

LA LEY APLICABLE AL PACTO ARBITRAL: INCERTIDUMBRE EN CONTRAVIA DE LAS BASES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

1. Introducción

Para abordar el estudio de la ley aplicable al pacto arbitral es necesario empezar por diferenciar esta problemática de otras que guardan con ella alguna similitud; en este sentido, conviene indicar que la ley aplicable al pacto arbitral es un asunto diferente al de las leyes aplicables al procedimiento arbitral y al fondo de la controversia. La primera gobierna la forma, capacidad y validez del acuerdo por medio del cual dos o más partes deciden someter una controversia a arbitraje internacional; la segunda, más conocida como *lex arbitri*¹, regula los pasos, derechos y obligaciones que deben cumplir los árbitros y las partes en el trámite arbitral; y la última, es aquella que será utilizada para dirimir materialmente la controversia.

En la práctica, las partes no le dan mayor relevancia a la ley que gobierna el pacto arbitral, a pesar de los importantes efectos que tiene en el desarrollo del proceso; de hecho, es poco común encontrar cláusulas en las que se defina el punto, siendo

necesario determinar y encontrar dicha ley a lo largo de la solución de la controversia.

Ahora bien, la determinación de la ley aplicable al pacto arbitral es un asunto complejo, pues involucra tres de las principales problemáticas que estudia el derecho internacional privado: El conflicto de jurisdicción, el conflicto de leyes y el conflicto de calificación.

En cuanto al primero, debe anotarse que los aspectos relacionados con la existencia o validez del pacto arbitral pueden ser analizados en al menos cuatro foros diferentes: ante los jueces excluidos por el pacto, ante el tribunal arbitral, ante los jueces de la sede arbitral mediante el recurso de anulación o ante los jueces del reconocimiento del laudo. Si a esta situación le agregamos que cada uno de estos foros puede aplicar su propio sistema de conflicto de leyes tenemos como resultado un amplio abanico de normas que podrían ser aplicables al mismo asunto en momentos diferentes. Frente al conflicto de leyes, existe una multiplicidad de normas jurídicas que tienen conexión y vocación para gobernar el pacto arbitral. La ley escogida por las

*Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Master (D.E.A) en Derecho Internacional Económico, Universidad de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Especialista en Derecho de seguros, Universidad Externado de Colombia. Arbitro. Profesor de Derecho Comercial Internacional en la Pontificia Universidad Javeriana. Socio de la firma M&P Abogados. Contacto: hmedina@mypabogados.com.co

¹Explica Talero Rueda que la *lex arbitri* no necesariamente se refiere a un ordenamiento nacional, pues la autonomía privada permite escoger reglas institucionales, internacionales o transnacionales obtenidas de la comparación de diversas fuentes. TALERO RUEDA, Santiago. Arbitraje Comercial Internacional. 1ra. Edición. Bogotá: Universidad de Los Andes/Temis. 2008. P. 248-249. Sobre los aspectos regulados por la *lex arbitri* consúltese: REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. Law and Practice of International Commercial Arbitration. Edición estudiantes. Londres: Sweet and Maxwell. 2003. P. 80.

partes, la ley del contrato que contiene la cláusula compromisoria, las leyes del lugar de celebración del pacto, de la sede arbitral, del lugar del reconocimiento, e incluso reglas transnacionales, han sido utilizadas en diversas oportunidades y jurisdicciones como referentes para regular la materia.

Por otro lado, desde el punto de vista del conflicto de calificación se ha discutido si la ley aplicable al pacto arbitral es un asunto de carácter procesal o contractual, en función de esta respuesta, si se permite o no a las partes escoger la ley que regulará el pacto. Aunque en la actualidad este debate se ha ido depurando en favor de la calificación contractual del pacto arbitral, es un aspecto que no puede dejar de mencionarse. Sobre el particular Eduardo Zuleta Jaramillo ha sostenido lo siguiente:

“[...] la determinación de la norma aplicable al acuerdo arbitral exige caracterizar el mismo como un asunto de forma o de fondo. Si bien originalmente existió una tendencia a ver el acuerdo arbitral como una cuestión procesal, dicha perspectiva está hoy cuestionada y la visión contractual ha terminado por prevalecer casi completamente.”²

En lo que se refiere a la aplicación concreta de la ley que regula el pacto arbitral, específicamente a los aspectos que esta normatividad abarca, tenemos como

principales asuntos la capacidad de las partes, la validez formal y material del acuerdo, la arbitrabilidad objetiva y la extensión del pacto arbitral a terceros. Con frecuencia ocurre que estos aspectos son discutidos por alguna de las partes con el fin de dejar sin efecto el acuerdo para acudir a arbitraje internacional, ya sea porque se cuestiona la existencia misma del pacto arbitral por incumplimiento de requisitos formales o por extralimitación de las facultades de quienes lo suscriben, o porque se pone en entredicho su validez afirmando que las controversias que estudiará el tribunal arbitral no son arbitrables, o porque se argumenta que alguna controversia específica no fue consentida para someterla a arbitraje por las partes.

Al respecto, Gary Born ha indicado:

There are a variety of possible challenges to the enforceability of an international commercial arbitration agreement. These challenges include (a) claims by a party that it never consented to any agreement, including any arbitration agreement, with its counterparty, and therefore that no agreement to arbitrate exists; (b) claims that any arbitration agreement between the parties is invalid, either on grounds of formal invalidity or substantive invalidity; or (c) claims that, while the parties agreed to arbitrate some disputes, they did not agree to arbitrate the dispute with has actually arisen. (...) Challenge to the existence, validity or scope of an international arbitration agreement can arise in a variety of different procedural settings.³

²ZULETA JARAMILLO, Eduardo. “Algunas reflexiones sobre el pacto de arbitraje comercial internacional en el derecho colombiano”. En: SOTO, Carlos. Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral. Tomo I. Bogotá: Universidad Javeriana/Instituto Peruano de Arbitraje/Ibañez. P. 468.

³BORN, Gary. International Arbitration: Law and Practice. Second Edition. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer. 2016. P. 47-48

⁴Sobre la forma del pacto arbitral indica Silva Romero: “El derecho aplicable a la forma del mismo, como el derecho aplicable a la forma de cualquier contrato debería ser aquél del lugar en el que ha sido concluido según el conocido principio *locus regit actum*. Sin embargo, algunos autores y algunas legislaciones sostienen, (...), que el derecho aplicable a la forma del acuerdo de arbitraje es o debe ser el derecho del Estado en el que la sede del arbitraje ha sido fijada”. SILVA ROMERO, Eduardo. “Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano”. En: Revista de derecho privado No. 28. Bogotá: Universidad de los Andes. P. 22. Consúltese igualmente: NOODT TAQUELA, María Blanca y

Ante este escenario, surgen algunos interrogantes como los siguientes: ¿Cómo se determina entonces la ley aplicable al pacto arbitral? ¿De qué manera se puede brindar seguridad al pacto arbitral celebrado conscientemente por las partes?, ¿Cómo articular los distintos foros en búsqueda de soluciones uniformes? Estas preguntas y otras inquietudes que surgen alrededor del pacto arbitral intentarán ser aclaradas a lo largo de estas líneas. Para este efecto, se abordará principalmente la determinación de la ley aplicable al pacto arbitral desde el punto de vista de su validez material y de la arbitrabilidad objetiva y, en algunas oportunidades, se hará mención a la validez formal del acuerdo⁴. Los aspectos de capacidad de las partes no se tratarán en este trabajo⁵. En primer lugar se presentarán los principales debates que surgen alrededor de la ley aplicable al pacto arbitral y, en segundo lugar, las teorías y fórmulas que se han desarrollado para darle mayor seguridad a dicho pacto. En cada uno de los capítulos se hará especial referencia a la aplicación y alcance de las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958.

2. Debates alrededor de la determinación de la ley aplicable al pacto arbitral

En la determinación de la ley aplicable al pacto arbitral juega un papel primordial el alcance y la interpretación que se haga del principio de autonomía o separabilidad

del pacto arbitral frente al contrato que lo contiene. En virtud de este principio la nulidad que pueda afectar el contrato principal no implica la nulidad del pacto arbitral o más concretamente de la cláusula compromisoria, pues ésta se entiende autónoma o separable del primero; en este sentido, en materia arbitral es perfectamente válido que los árbitros puedan declarar la nulidad del contrato principal sin afectar su propia competencia⁶.

Sobre el particular Talero Rueda ha indicado "(...) la doctrina de la autonomía del pacto arbitral es una ficción jurídica que pretende deslindar los efectos que se produzcan sobre la validez del contrato principal de la suerte que corra el pacto arbitral, lo que le permite al tribunal de arbitramento dirimir el fondo del asunto. Situaciones como la nulidad absoluta o la terminación del contrato principal no afectan, en consecuencia, la posibilidad de los árbitros para resolver los méritos de la controversia."⁷

A su turno, la ley modelo de arbitraje de la CNUDMI dispone sobre el principio de autonomía y separabilidad, lo siguiente: "Artículo 16: El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo. A este efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.

CÓRDOBA, Julio César. "La forma escrita del acuerdo arbitral según la convención de Nueva York de 1958 y la recomendación de Uncitral de 2006". En: SOTO, Carlos. Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral. Tomo I. Bogotá: Universidad Javeriana/Instituto Peruano de Arbitraje/Ibañez. P. 199.

⁵Sobre la capacidad de las partes indica Zapata de Arbeláez lo siguiente: "¿Puede un ente estatal acordar someter sus diferencias a arbitramento internacional? Y, en relación con las personas naturales ¿cómo establecer si dicha persona es o no capaz? En lo relativo a las personas de derecho público, baste decir que el derecho internacional privado reconoce a las personas el derecho para comprometer, sin perjuicio de la obligada referencia a las normas internas de cada Estado sobre la materia. En cuanto a la capacidad de la persona natural, aunque el derecho internacional privado reconoce distintas soluciones, por regla general prima el estatuto de la ley nacional. En consecuencia, cuando se trate de establecer si una persona es capaz de celebrar un acuerdo arbitral, tal capacidad se establecerá por referencia a su ley nacional". ZAPATA DE ARBELAEZ, Adriana. "Ley aplicable al fondo del litigio y al procedimiento en el arbitramento internacional". En: Revista de Derecho Privado No. 4. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. P.89.

La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria”⁸

Este mismo principio de separabilidad o autonomía de la cláusula compromisoria, en conjunto con el principio de la autonomía de la voluntad, permite afirmar que las partes pueden elegir el derecho que regulará el pacto arbitral y, en esa elección, escoger unas normas jurídicas para el pacto y otras para el fondo de la controversia, tal y como se desprende del artículo V.1.a.⁹ de la Convención de Nueva York que acepta claramente la autonomía de la voluntad en esta materia.

Pues bien, en desarrollo de este principio fundamental del arbitraje, la ley aplicable al pacto arbitral puede cambiar en función de la interpretación más o menos amplia que se haga del mismo (2.1). Con todo, el análisis de la validez desde el punto de vista de la arbitrabilidad supera incluso la más amplia interpretación de dicho principio (2.2.)

2.1 El papel del principio de autonomía o separabilidad

Como ya se indicó, en virtud del principio de autonomía o separabilidad del pacto arbitral las partes tienen la facultad de escoger la ley aplicable al pacto. Ahora bien, cuando las partes no han hecho una elección expresa de la ley aplicable al pacto arbitral la determinación de la misma depende en gran medida del

alcance e interpretación que se haga del principio de autonomía o separabilidad.

Para un sector de la doctrina y en algunas jurisdicciones se ha afirmado que, a pesar de la autonomía del pacto, no puede negarse que se trata de un contrato accesorio al contrato principal y, en ese sentido, debe entenderse que implícitamente las partes han elegido al pacto arbitral la misma ley que escogieron para gobernar su acuerdo. Esta es la solución que se ha propuesto básicamente en el derecho inglés.¹⁰

Al respecto Alan Redfern y Martin Hunter han sostenido lo siguiente: (...) it seems that an arbitration clause which forms part of a contract should be governed by the same law, as the other provisions of the contract – unless the parties agree otherwise. This is not an unreasonable assumption, particularly where there is an express choice of law in the contract. The two clauses, the arbitration clause and the choice of law clause are usually adjoining clauses –or at least close neighbours. It seems odd to suggest, in such a context, that the choice of laws governs all the provisions of the contract except the arbitration clause. ¹¹

En oposición a lo anterior, dentro de una concepción más amplia del principio de autonomía, se ha desconocido la relación entre el pacto arbitral y la ley que gobierna el contrato, y se ha dado prevalencia a la independencia jurídica del pacto arbitral frente al contrato principal. Esta posición ha sido sostenida en Francia, especialmente con ocasión del caso Dalico resuelto

⁶Sobre el principio de autonomía y su relación con otras figuras como la arbitrabilidad y el principio de la competencia-competencia consúltese a CARDENAS MEJIA, Juan Pablo. “La Autonomía del Contrato de arbitraje”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director Académico). El contrato de arbitraje. Bogotá: Legis/ Universidad del Rosario. P. 79-109.

⁷Ibid. P. 138-139.

⁸Países como Perú y Colombia han adoptado sus legislaciones internas con fundamento en la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional.

por la Corte de Casación Francesa¹².

En similar sentido encontramos el caso Bulbank, en el cual la Corte Suprema de Suecia al no encontrar elección de ley al pacto arbitral, pero sí al contrato principal decidió analizar la validez de la cláusula con fundamento en el derecho de la sede arbitral excluyendo de esa forma la aplicación de la ley del contrato¹³.

Bajo este análisis más amplio del principio de autonomía las posibilidades para determinar la ley aplicable al pacto arbitral aumentan, pues se tienen como opciones la ley de la sede arbitral, fundada en el artículo V.1.a de la Convención de Nueva York, la utilización del método conflictual del juez que se encuentra analizando el asunto, o la aplicación de normas transnacionales sin referencia a normativas estatales, como ocurre bajo la solución francesa. En cada uno de estos supuestos la determinación de la ley aplicable al pacto arbitral estará en función de las reglas que se sigan en el foro ante el cual se deba estudiar la problemática.

Por último, mención especial debe hacerse a la ley de la sede arbitral, pues si bien es una de las opciones de mayor utilización y relevancia ante el silencio de las partes, en parte por la consagración expresa que de ella realiza la Convención de Nueva York, esta opción tiene la dificultad de poder ser utilizada cuando el análisis de validez del pacto arbitral se efectúa antes del inicio

del proceso arbitral, por ejemplo, ante el foro excluido con el fin de evitar el inicio del trámite arbitral, o cuando las partes no han elegido la sede o, habiéndolo hecho, deciden modificarla. Bajo estos supuestos la aplicación de la ley de la sede al pacto arbitral termina siendo prácticamente imposible.

El anterior panorama se oscurece un poco más cuando el análisis se centra en la posible invalidez por aspectos de arbitrabilidad, pues en este caso otra legislación puede entrar en escena, tal y como se muestra en el siguiente aparte.

2.2 La arbitrabilidad de la controversia y su propio análisis legal

En materia de arbitrabilidad se distingue entre arbitrabilidad subjetiva y objetiva. La primera, relativa a la imposibilidad de ciertas personas para acudir a arbitraje¹⁴ y, la segunda, relacionada con el tipo de controversias o de litigios que pueden someterse y solucionarse mediante arbitraje.

La arbitrabilidad objetiva se encuentra íntimamente ligada con el objeto del pacto arbitral, de ahí que las discusiones alrededor de lo que es y no es arbitrable puedan llevar en la práctica a la anulación del pacto. Si bien la regla general en materia de arbitraje internacional tiende a ser la arbitrabilidad¹⁵, no se puede perder de vista que el concepto involucra el orden público de los diferentes Estados que tienen alguna relación con la controversia, lo que obliga a tenerla presente en el momento de la celebración del pacto arbitral.

⁹“Solo se podrá negar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley en que se haya dictado la sentencia; (...)”

¹⁰Ibid. SILVA ROMERO, Eduardo. P. 20

¹¹Ibid. P.157.

¹²Corte de Casación Francesa. 20 de diciembre de 1993.

La dificultad alrededor del punto radica en que, en aplicación de la Convención de Nueva York, la arbitrabilidad objetiva también se analiza bajo la ley del lugar en el cual se solicita el reconocimiento del laudo, lo que implica en la práctica que el tipo de controversia que se somete a arbitraje debe cumplir con la ley que regula el pacto conforme con lo expuesto en el punto anterior y también con la ley del lugar del reconocimiento. En otros términos, la arbitrabilidad objetiva tiene al menos un doble análisis legal, el del lugar del reconocimiento y el de la ley que regula el pacto arbitral, salvo que éstas coincidan lo cual es poco probable.¹⁶

Dispone el artículo V.2.a de la Convención de Nueva York lo siguiente:

“(…) 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en el que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje (...)”

El punto se torna aún más complejo si se acepta la posibilidad de analizar la arbitrabilidad no solo en el foro del reconocimiento con aplicación de la ley de ese lugar, sino también en los foros excluidos por el pacto arbitral en aplicación de lo dispuesto en el artículo II.1 de la Convención de Nueva York¹⁷, según el cual podría negarse la validez del pacto

arbitral si la controversia no es susceptible de ser arbitrable. Gary Born muestra como distintas jurisdicciones han sostenido tal posibilidad bajo el argumento, según el cual, si en el foro del reconocimiento es posible analizar la arbitrabilidad, también es posible hacerlo en el foro en el cual se analiza la validez del pacto arbitral, aplicando en este caso su propia ley o incluso la de los Estados que tienen relación con la controversia¹⁸.

Como se observa, la situación no es sencilla y no existen respuestas o soluciones definitivas para impedir que la arbitrabilidad de una controversia pueda ser discutida en varios foros. En nuestro concepto el principio de una solución está evitar interpretaciones restringidas del concepto de arbitrabilidad, bajo el entendido que el objetivo de la Convención de Nueva York es el reconocimiento del laudo; en este sentido, los Estados deben limitar la arbitrabilidad de las controversias a casos excepcionales y sólo por verdaderos motivos de orden público.

3. En búsqueda de certeza y seguridad para el pacto arbitral

Las dificultades alrededor de la ley aplicable al pacto arbitral han llevado a la formulación de posiciones jurídicas encaminadas a buscar la validez del pacto y la aceptación de la voluntad de las partes que han decidido acudir a arbitraje. De hecho, algunos autores han planteado como tendencia en materia arbitral

¹³Bulgarian Foreign Trade Bank vs Al Trade Finance. 27 de octubre de 2000. Se indicó en la sentencia lo siguiente: “The agreement comprising the arbitration clause provides that the agreement shall be governed by the laws of Austria. There is, however, no particular provision on the laws applicable to the arbitration clause. In these circumstances, the question of the validity of the arbitration clause shall be tried under the laws of the country where the arbitration proceeding took place.”

¹⁴La arbitrabilidad subjetiva no se aborda en estas líneas. Sobre el tema se puede consultar SALCEDO CASTRO, Myriam. “La arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director Académico). El contrato de arbitraje. Bogotá: Legis/Universidad del Rosario. P.113-130.

¹⁵Ibid. TALERO RUEDA, Santiago. P. 124.

la utilización de interpretaciones favorables a la validez del pacto y han manifestado: (...) lo que sí parece se unánime en la práctica arbitral internacional es la voluntad de llegar a decisiones que faciliten la ejecución de los convenios arbitrales y por tanto se intenta adoptar una postura favor validitatis. (...) tanto el legislador como los encargados de aplicar la ley, esto es, los árbitros y los jueces, están de acuerdo en que sea cual sea la ley que consideren que debe regir al convenio arbitral en primer lugar, en todo caso debe regir el principio favor negotii para preservar la voluntad de las partes de someter una controversia al arbitraje.¹⁹

De esta forma, se pueden identificar dos grandes vertientes encaminadas a lograr un mayor reconocimiento del pacto arbitral. Por un lado, legislaciones, decisiones judiciales y posturas que utilizan el principio favor validitatis (3.1) y, por otro lado, el creciente desarrollo de principios y reglas no nacionales aplicables al pacto (3.2).

3.1 La interpretación en favor de la validez del pacto arbitral

En la búsqueda de la validez del pacto arbitral se encuentran soluciones legales, posiciones doctrinales y decisiones judiciales.

Desde el punto de vista legal, la legislación suiza y la legislación española son referentes del principio pro validez del pacto arbitral. En efecto, en estos dos países se encuentra establecido que el pacto arbitral será válido si cumple con los requisitos definidos en ley escogida por las partes, en la ley

que gobierna el contrato principal o en la ley suiza o española respectivamente.

Dispone el artículo 9.6 de la ley 60/2003 en España lo siguiente: “Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.”

A su turno, indica el artículo 178.2 de la ley Suiza de derecho internacional privado lo siguiente: “El acuerdo de arbitraje es válido si se ajusta al derecho acordado por las partes, o al derecho aplicable al fondo de la controversia, en particular al contrato principal, o al derecho suizo.”

La Ley Suiza inspiró la legislación española, la cual es un poco más amplia al referirse a requisitos establecidos en normas jurídicas y no específicamente a derechos nacionales, lo que abriría la puerta a que las partes escogieran como ley aplicable a su contrato normas y principios de carácter transnacional, favorables por naturaleza al arbitraje.

Doctrinalmente algunos autores han propuesto una interpretación flexible de la condición escrita del pacto arbitral establecida en el artículo II.2 de la Convención de Nueva York²⁰. Esta flexibilidad validaría

¹⁶Sobre las dificultades que se generan alrededor de la arbitrabilidad, Gary Born indica: Part of the difficulty in determining the choice of law applicable to questions of nonarbitrability results from the facts that this questions can arise at different stages in the arbitral process and a different fora: at least in principle, different choice of law considerations may exist depending upon a procedural posture and forum of a dispute. For example, in a judicial proceeding to enforce an arbitration agreement, the national court might look either to its own law, the law of the arbitral seat, or the law governing of arbitration agreement – without considering the law in the place where any subsequent award might be enforced. Conversely, a decision to enforce an award might look only to the law of the judicial enforcement forum – without considering whether the arbitration involved claims that were not arbitrable under the law governing the arbitration agreement. BORN, Gary. International Commercial Arbitration. Second Edition. Kluwer Law International. 2014. P. 596.

pactos que podrían considerarse inexistentes y se justifica en los avances de los medios de comunicación y en el cambio en las formas de contratación utilizadas en la actualidad en comparación con las existentes en 1958.

En efecto, son numerosos los casos en los cuales las partes han celebrado el pacto arbitral sin seguir de forma rigurosa el requisito escrito referido por la Convención y que ameritan un análisis detallado para decidir la existencia del pacto; casos como la celebración de pactos arbitrales por medios electrónicos, contratos principales con cláusula compromisoria y sus accesorios sin ella, o incluso pactos que podrían surgir de la práctica comercial reiterada entre las partes, son solo algunos de los supuestos que podrían requerir una interpretación flexible de la forma escrita²¹.

Estas nuevas necesidades llevaron en 2006 a la adopción por parte de la CNUDMI de la recomendación relativa a la interpretación del artículo II.2 de la Convención de Nueva York, en la cual, en consideración a la necesidad de promover el reconocimiento de laudos arbitrales, se indicó que es recomendable aplicar dicha norma bajo el entendido que los casos que contiene no son exhaustivos.

Ahora, ¿cuál es el alcance de esta recomendación? Sin duda se trata de un instrumento persuasivo no vinculante, que en la práctica muestra la tendencia existente sobre la materia. No obstante,

como lo afirman NOOD TAQUELA y CORDOBA su aplicación podría llevar a considerar la forma escrita como eliminada.²²

Por otro lado, desde el punto de vista judicial el caso Dalico resuelto por la Corte de Casación francesa es un ejemplo de la búsqueda de soluciones en pro de la validez del pacto. En dicho asunto se discutió que, conforme a la ley Libia que había sido escogida por las partes para gobernar el contrato principal, no era posible acudir a arbitraje mediante una cláusula compromisoria por referencia que además no se encontraba firmada, careciendo de validez el pacto arbitral. La Corte de Casación descartó como aplicable la ley escogida por las partes y consideró correcto el análisis realizado por la Corte de apelaciones de París, según el cual debía prevalecer la común intención de las partes en someterse a arbitraje más allá de los requisitos de forma establecidos en dicha ley.²³ En este caso, adicionalmente, la Corte de Casación indicó que el pacto arbitral estaría sometido a reglas internacionales sobre la materia, aspecto que se abordará a continuación.

3.2 La aplicación de principios internacionales

Una de las soluciones más avanzadas que se ha dado en el análisis de la ley aplicable al pacto arbitral es aquella que consiste en analizar la validez del pacto con fundamento en normas o principios de carácter internacional

¹⁷“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.”

¹⁸Ibid.

¹⁹DE LOS SANTOS, Carlos, SOTO Margarita, BONIN, Víctor. “Ley aplicable al convenio arbitral”. En: SOTO, Carlos. Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral. Tomo I. Bogotá: Universidad Javeriana/Instituto Peruano de Arbitraje/Ibañez. P. 679.

²⁰“La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.”

²¹Talero Rueda en su obra hace toda una clasificación de eventos que en la práctica podrían requerir una interpretación más flexible del artículo II.2. con la inclusión de casos en los cuales se han abordado esas problemáticas. Ibid. P.97-106.

con exclusión de las normas estatales.

En Francia con ocasión del ya mencionado caso Dalico, la Corte de Casación afirmó que la validez del pacto arbitral se debía apreciar conforme con la voluntad de las partes y la existencia de reglas internacionales, siendo autónomo el pacto arbitral frente a toda legislación nacional²⁴; el único límite estaría dado por las normas imperativas y el orden públicofrancés. Numerosos procesos arbitrales administrados por la cámara de comercio internacional han seguido esta misma línea²⁵

Por su lado, diferentes cortes en Estados Unidos han definido que los asuntos relacionados con la validez del pacto arbitral deben ser resueltos mediante la aplicación directa de las disposiciones de la Convención de Nueva York con exclusión de las normas sobre conflicto de leyes del foro. Bajo esta posición, se ha considerado que la Convención de Nueva York presume la efectividad del pacto arbitral, por lo que no pueden prevalecer sobre esta presunción normas de carácter local²⁶

4. Conclusión

La determinación de la ley aplicable al pacto arbitral es un asunto complejo en razón de la multiplicidad de foros ante los cuales se puede discutir su validez y del número de leyes con vocación a regularlo. Aunque sería ideal contar con legislaciones uniformes similares a la suiza o española que propendan por la validez del pacto, procesos de unificación de normas en este sentido son poco frecuentes y dispendiosos.

Bajo esta perspectiva, existen dos alternativas tendientes a minimizar la problemática que la materia presenta. De un lado, que las partes en uso de la autonomía de la voluntad definan la ley aplicable al pacto arbitral y, del otro lado, que jueces y árbitros analicen el pacto bajo reglas y principios reconocidos a nivel internacional tales como el respeto a la voluntad de las partes, la interpretación en favor de la validez del pacto arbitral, la necesidad de promover el reconocimiento de los laudos y el deseo de contar con soluciones uniformes sobre la materia.

²²“Llegamos a la conclusión de que la forma escrita puede considerarse eliminada en la medida en que los tribunales nacionales recepten la recomendación en alguno de sus puntos. Una de las posibilidades es que los jueces se inclinen por interpretar que los dos supuestos expresamente mencionados en el artículo II.2 de la Convención no son taxativos y permiten otros modos de conclusión del pacto arbitral. Otra posibilidad es utilizar el recurso de aplicar las normas más favorables a la validez del acuerdo arbitral contenidas en la legislación nacional menos exigente, en virtud del artículo VII. 1 de la Convención.” Ibid. P.221.

²³Dijo la Corte de Casación Francesa: “(...) qu'en l'espèce, la cour d'appel a légalement justifié sa décision en établissant l'existence de la clause d'arbitrage sans avoir égard à la loi libyenne du contrat et a, souverainement, retenu, par l'analyse et l'interprétation des documents produits, que l'annexe invoquée avait, notamment, pour objet de substituer la clause d'arbitrage stipulée à l'origine à celle donnant compétence aux tribunaux libyens et que son intégration dans l'ensemble contractuel démontrait, bien que ce document ne fut pas signé, la commune intention des parties de se soumettre à la clause litigieuse.” Sentencia de diciembre 20 de 1993.

²⁴Dijo la Corte de Casación Francesa: Mais attendu qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique.” Sentencia de diciembre 20 de 1993.

²⁵Ibid. P.550

²⁶Ibid. P.551