

¿Cuál mismo es la ley aplicable al convenio arbitral en el Ecuador? Un análisis a propósito de las alegaciones de las partes en Pañaturi c. Petroecuador

WHAT ABOUT THE LAW APPLICABLE TO THE ARBITRATION AGREEMENT IN ECUADOR? AN ANALYSIS IN OCCASION OF THE PARTIES' SUBMISSIONS IN PAÑATURI V. PETROECUADOR

*Brisney David Molina Coello**

Recibido/Received: 15/09/2024

Aceptado/Accepted: 03/02/2025

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La ley aplicable al convenio arbitral: una consecuencia de la presunción de separabilidad del convenio arbitral. 3. Las soluciones más recurrentes al problema de la ley aplicable al convenio arbitral. 3.1. La solución francesa: el Derecho arbitral transnacional o arbitral legal order. 3.2. Ley de la sede. 3.3. Ley del contrato. 3.4. El principio de validación. 3.5. La solución de las cortes del Reino Unido: entre la ley aplicable al contrato, la ley de la sede y el principio de validación. 4. ¿Cuál es la ley aplicable al convenio arbitral bajo el régimen ecuatoriano? 4.1. Reglas de conflicto de leyes para determinar la ley aplicable al convenio arbitral. 4.2. El artículo 5 de la LAM prevé que la ley aplicable al convenio arbitral es la ley del contrato. 4.3. Aplicar la misma ley al contrato y al convenio arbitral resuelve los problemas de inconsistencias que trae la separabilidad. 5. Conclusiones.

RESUMEN: A propósito del caso Pañaturi c. Petroecuador, se analiza el problema de la ley aplicable al convenio arbitral en Ecuador. Se presenta el problema con enfoques de distintas jurisdicciones para luego interpretar el Artículo 5

* Asociado del área de arbitraje de Bullard Falla Ezcurra+, Madrid. Profesor adjunto en la clase de Advanced Legal Writing in International Litigation en el Máster de Abogacía Internacional de ICADE, Madrid. LL.M. en Resolución de Disputas Internacionales (MIDS program) por la Universidad de Ginebra y el IHEID de Suiza. Abogado Summa Cum Laude por la Universidad Hemisferios de Quito. Correo electrónico: dmolina@bullardfallaezcurra.com

de la Ley de Arbitraje y Mediación, concluyendo que este prevé que la ley aplicable al convenio arbitral es la ley del contrato, aun cuando las partes no la hayan pactado expresamente. Esto pues: (i) el Artículo V de la Convención de Nueva York no prevé una regla de conflicto de leyes para determinar la ley aplicable al convenio arbitral; (ii) la solución que más se ajusta a las expectativas de los contratantes es adoptar la ley del contrato; y, (iii) el ámbito de aplicación del *receptum arbitri* implica que la ley de la sede aplique para los aspectos procedimentales del arbitraje aun aplicando la ley del contrato al convenio arbitral.

PALABRAS CLAVE: Ley aplicable, Convenio arbitral, Ley de la sede, Ley del contrato, principio de validación, Derecho transnacional.

ABSTRACT: The issue of the law applicable to the arbitration agreement in Ecuador is examined in occasion of the *Pañaturi v. Petroecuador* case. The discussion considers different jurisdictional approaches before interpreting Article 5 of the Ecuadorian Arbitration and Mediation Law. It concludes that the law applicable to the arbitration agreement is the law applicable to the main contract, even if the parties have not expressly chosen that law. This conclusion is based on three main points: (i) Article V of the New York Convention does not establish a specific conflict rule for determining the law applicable to the arbitration agreement; (ii) the application of the law of the contract best reflects the expectations of the parties; and (iii) the scope of the *receptum arbitri* implies that the law of the seat applies to the procedural aspects of the arbitration, even if the law of the contract applies to the arbitration agreement.

KEYWORDS: Applicable law, Arbitration agreement, Law of the seat, Law of the contract, Validation principle, Arbitral legal order.

1. INTRODUCCIÓN

El 30 de agosto de 2022, se leía en los titulares de la prensa ecuatoriana: “Petroecuador pierde arbitraje por más de USD 60 millones contra Pañaturi”¹. El tribunal arbitral constituido para resolver la controversia había aceptado la pretensión de Servicios Integrados Pañaturi S.A. (en adelante “**Pañaturi**”), que consistía en ordenar que la extinta Petroamazonas (ahora fusionada con Petroecuador) pague por los servicios que Pañaturi le prestó para la optimización en la producción de los campos petroleros Indillana, Limoncocha y Yanaquincha, ubicados en la Amazonía del Ecuador².

La optimización se dio con base en tres contratos, uno por cada campo petrolero.³ Con el mismo clausulado, los contratos previeron la ley ecuatoriana como su ley sustantiva aplicable. Asimismo, se incluyeron convenios arbitrales con dos opciones respecto de la sede del arbitraje. Se pactó que la sede sea Chile para los reclamos superiores a USD 10 millones y Ecuador para los reclamos menores a dicha cuantía⁴.

Iniciado el arbitraje en Chile, uno de los puntos controvertidos fue si la ley aplicable al convenio arbitral era la ley ecuatoriana (como ley sustantiva aplicable a los contratos) o la ley chilena (como ley de la sede del arbitraje). Aunque no se han publicado los memoriales de las partes en este punto, se entiende del laudo arbitral que estas alegaron que una de las referidas leyes permitía la acumulación de pretensiones de distintos contratos en un mismo arbitraje, mientras que la otra la impedía.

El tribunal arbitral finalmente concluyó que ni la ley ecuatoriana ni la ley chilena impedían la acumulación de pretensiones de distintos contratos en un mismo arbitraje. Entonces, decidió permitir la acumulación con base en el principio de autonomía de la voluntad de las partes y el hecho de que los contratos se habían adjudicado y ejecutado en conjunto, representando una misma unidad contractual⁵.

1 M. OROZCO, “Petroecuador Pierde arbitraje por más de USD 60 millones contra Pañaturi”, *Primicias*, Economía, 30/08/2022, <<https://www.primicias.ec/noticias/economia/arbitraje-millonario-petroecuador-sinopec/>> (28/08/2024).

2 Servicios Integrados Pañaturi S.A. c. Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP, Arbitraje ad-hoc, Laudo, 21 de febrero de 2022 (*Pañaturi c. Petroecuador*), ¶ 8.

3 *Pañaturi c. Petroecuador*, ¶7, 286.

4 *Pañaturi c. Petroecuador*, ¶ 8 (Transcripción de la cláusula 37.3 de los contratos).

5 *Pañaturi c. Petroecuador*, ¶¶ 669, 689 y 696.

Habiendo tomado esta decisión, el tribunal arbitral se abstuvo de resolver el asunto de la ley aplicable al convenio arbitral suscrito entre Pañaturi y Petroamazonas, pues dicha determinación había perdido relevancia práctica⁶.

A pesar de lo anterior, este es el primer caso reportado en el que las partes han discutido la ley aplicable al convenio arbitral en un arbitraje internacional basado en un contrato suscrito bajo ley sustantiva ecuatoriana.

De esta manera, Pañaturi c. Petroecuador (antes Petroamazonas) presenta la oportunidad perfecta para *ecuatorianizar* una discusión que está vigente en las sedes de arbitraje más relevantes a nivel mundial: ¿Cuál es la ley aplicable al convenio arbitral en un arbitraje internacional? El presente trabajo tiene por objeto resolver dicha interrogante aplicando el Derecho ecuatoriano. Primero, se explica el origen de la discusión sobre la ley aplicable al convenio arbitral y sus implicaciones prácticas [§2]. Segundo, se presentan las soluciones que distintos sistemas jurídicos le han dado al problema de la ley aplicable al convenio arbitral [§3]. Finalmente, se analiza la forma de resolverlo aplicando la Ley ecuatoriana [§4].

2. LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL: UNA CONSECUENCIA DE LA PRESUNCIÓN DE SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL.

Ilustrativamente, en un arbitraje internacional suelen interactuar las siguientes leyes:

- (i) Las leyes del domicilio de las partes, pues estas marcan su capacidad para contratar;
- (ii) La ley aplicable al contrato suscrito entre las partes, que determina el contenido de sus obligaciones sustantivas (dar, hacer y no hacer); y,
- (iii) La ley de la sede del arbitraje, que es la jurisdicción desde la que el tribunal arbitral emite el laudo. En general, esta ley determina: (i) la nacionalidad del laudo para su ejecución, (ii) las normas procesales aplicables al procedimiento arbitral, (iii) las cortes que asistirán al tribunal arbitral durante el arbitraje, (iv) y las acciones de impugnación disponibles en contra del laudo arbitral⁷.

6 *Pañaturi c. Petroecuador*, ¶ 689.

7 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) con enmiendas hasta el 2006 (Ley Modelo CNUDMI), Artículos (Arts.) 1, 5-9 y 34.

Sin embargo, a más de la ley de las partes, del contrato y de la sede, no es inusual el escenario en el que las partes tengan que lidiar con la pregunta de la ley aplicable al convenio arbitral en un arbitraje internacional.

La génesis de esta discusión está en el principio de separabilidad del convenio arbitral. En Ecuador, este principio está previsto en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante “LAM”) que manda: “la nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”⁸.

En virtud de este principio, el convenio arbitral suele concebirse como un contrato autónomo e independiente del contrato principal al que accede. Entonces, se entiende que los vicios de nulidad del contrato principal (al menos en principio) no afectan a la validez del convenio arbitral⁹. Esto permite al tribunal arbitral decidir sobre la validez del contrato principal, manteniendo la seguridad de que su decisión causará efectos entre las partes, sin que se entienda que la nulidad del contrato principal también implicaría declarar la nulidad del convenio arbitral y, en consecuencia, la falta de jurisdicción del tribunal arbitral.

Sin embargo, el principio de separabilidad también trae una discusión teórica que presenta distintos efectos prácticos. Si es cierto que el convenio arbitral es un contrato distinto y autónomo del contrato principal, entonces teóricamente también le podría aplicar una ley distinta a dicho contrato.

Con base en el principio de separabilidad del convenio arbitral, se obtiene una cuarta ley que interactúa en los arbitrajes internacionales: la ley aplicable al convenio arbitral.

La discusión de la ley aplicable al convenio arbitral en un arbitraje internacional es relevante por sus efectos. Dependiendo de la ley que se adopte, existirá la posibilidad (o no) de, entre otros:

- (i) Incluir terceros no signatarios del convenio arbitral al arbitraje;
- (ii) Aceptar la cesión del convenio arbitral a un tercero;
- (iii) Incorporar un convenio arbitral de un contrato a otro contrato que

8 Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), Artículo (Art.) 5, RO No. 417, 14/12/2006.

9 F. SOLIMENE, “The Doctrines of Kompetenz-Kopmetenz and Separability and their Contribution to the Development of International Commercial Arbitration”, en M. O’REILLY (Ed.), *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 80 CI Arb, 2014, p. 252

- no contiene una cláusula arbitral pero que fue suscrito por las mismas partes y en el marco de la misma operación económica;
- (iv) Extender o limitar los efectos de la separabilidad del convenio arbitral; y,
 - (v) Determinar la obligatoriedad del cumplimiento de los pasos previos al arbitraje en cláusulas escalonadas¹⁰.

La ley aplicable al convenio arbitral podría volverse de vital relevancia para la teoría del caso de las partes en un arbitraje internacional. Esto especialmente cuando lo que se alega es que alguno de los temas descritos anteriormente es permitido en una posible ley aplicable mientras que se rechaza en la otra – como sucedió en Pañaturí.

Es importante destacar que el problema de la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral únicamente se encuentra en casos en los que las partes no han determinado expresamente dicha ley¹¹.

De todas formas, como se explicará a continuación, también existen distintas posturas de lo que se entiende como un acuerdo de las partes determinando la ley aplicable al convenio arbitral. Dependiendo de la postura que se adopte, el acuerdo de las partes sobre la ley sustantiva aplicable al contrato principal –o cláusula de legislación aplicable– puede ir de no guardar alguna relación con el análisis, a ser la prueba de un acuerdo tácito de las partes sobre la ley aplicable al convenio arbitral.

3. LAS SOLUCIONES MÁS RECURRENTES AL PROBLEMA DE LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL.

Existen cuatro leyes que potencialmente podrían aplicar a un convenio arbitral: el derecho arbitral transnacional o el *arbitral legal order* [§3.1.]; la ley de la sede del arbitraje [§3.2.]; la ley del contrato [§3.3.]; y, el principio de validación [§3.4.]. También existen cortes que han aceptado aplicar la ley del contrato, de la sede y el principio de validación en distintos pasos de su

10 Ver G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 3ra. Ed., Kluwer, 2024, Sección S 4.04. [A] (1) (b) (iv).

11 Ver Ley Modelo CNUDMI, N. 6, Art. 34(2)(a)(i). Ver también Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958) (Convención de Nueva York), Art. V(1)(a).

análisis, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso [§3.5.]. A continuación, se explican todas estas posturas.

3.1. LA SOLUCIÓN FRANCESA: EL DERECHO ARBITRAL TRANSNACIONAL O *ARBITRAL LEGAL ORDER*

Bajo la concepción francesa del arbitraje internacional, la ley aplicable al convenio arbitral es el Derecho arbitral transnacional o *arbitral legal order*. Este consiste en un conjunto de normas sustantivas extrapoladas por los árbitros cuando resuelven sus arbitrajes y que son autónomas de cualquier ley nacional¹².

Lo que sucede en Francia es que los árbitros extrapolan las reglas del *arbitral legal order* de los principios y usos generales transnacionales que reflejan las exigencias fundamentales de la justicia en el comercio internacional y el concepto de buena fe en los negocios¹³. El contenido de dichas reglas y usos transnacionales generalmente son los mismos que los adoptados en las leyes nacionales para la interpretación de los contratos¹⁴. Se usan, por ejemplo, el principio de buena fe, la interpretación efectiva y la interpretación contra preferente¹⁵.

El principio de separabilidad forma parte de estas reglas sustantivas internacionales. En virtud de este, la validez del convenio arbitral únicamente se ve a la luz del acuerdo de las partes y consideraciones de orden público¹⁶. En el

12 Corte de Apelaciones de París, Decisión del caso: *New Euro. Corporate Advisory Ltd v. Innova 5/LP-ès Qualités de Liquidateur de la Société Twelve Hornbeams Sarl*, Rev. Arb. 847, 18/12/2018. Ver también D. HASHER, “The Review of Arbitral Awards by Domestic Courts – France”, en E. GAILLARD (ed.), *The Review of International Arbitral Awards*, IAI Series on International Arbitration, No. 6., Juris, 2010, p. 97. (“*the French concept of arbitration is based on the premise that there is an arbitral legal order, which is distinct from the legal order of individual States [...] this arbitral legal order – and no national legal order – [...] confers jurisdiction to arbitration*”)

13 Arbitraje *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs*, CCI No. 9987, Laudo Parcial.

14 Arbitraje CCI No. 17146, Laudo Final, en ICC Dispute Resolution Bulletin No. 114, 2015.

15 Ídem.

16 Corte de Apelaciones de París, Decisión del caso: *Kout Food Group Company c. Kabab-Ji Sal Company*, Directorio General No. RG 17/22943 y Portalis No. 35L7-V-B7B-B4VAV, 23/07/2020.

arbitral legal order, el convenio arbitral es válido siempre que exista acuerdo, indistintamente de cualquier otra consideración de alguna legislación nacional. Esto a punto tal que este es ejecutable incluso en casos en los que las partes aún no han dado su voluntad para celebrar el contrato principal¹⁷.

Entonces, bajo este entendimiento la ley aplicable al convenio arbitral siempre es el Derecho arbitral transnacional, y cualquier consideración respecto del convenio debe hacerse en atención a este. Esta postura es ampliamente conocida por la popularidad de Francia como sede de arbitrajes internacionales. Sin embargo, es raramente adoptada en otros foros.

La mayor ventaja de aplicar el *arbitral legal order* a los convenios arbitrales, en lugar de alguna ley nacional, es que las reglas del sistema se encuentran en constante redescubrimiento. Por ello, permiten soluciones innovadoras y pro-arbitraje, especialmente en casos de vanguardia.

Sin embargo, su mayor desventaja es que también por su potencial innovador, las soluciones que presentan podrían contravenir la ley o los asuntos de orden público del lugar de ejecución de un eventual laudo arbitral.

Si bien el *arbitral legal order* permite soluciones de avanzada respecto de temas relacionados al convenio arbitral, esta misma innovación implica el riesgo de no ejecución de un eventual laudo —a menos que el laudo se ejecute en Francia.

17 El principio de separabilidad del convenio arbitral también se encuentra en el Art. 1447 del Código de Procedimiento Civil francés, aplicable al arbitraje internacional por mandato del Art. 1506(1) del mismo código. Ver Código de Procedimiento Civil Francés, 2011. Ver también L. KIFFER, “National Report for France (2020 through 2021)”, en L. BOSMAN (ed.), ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, Suplemento No. 114, 2020, p. 33

3.2. LEY DE LA SEDE.

La legislación de ciertos países prevé expresamente que la ley aplicable al convenio arbitral sea la ley de la sede del arbitraje. Por ejemplo, la sección 48 de la Ley de Arbitraje de Suecia prevé que: “[s]i el convenio arbitral tiene un carácter internacional, este deberá ser gobernado por la ley acordada por las partes. Si las partes no llegaron a dicho acuerdo, el convenio arbitral deberá ser gobernado por la ley del país en el que, en virtud del acuerdo de las partes, el arbitraje debe tener su sede” (traducción libre)¹⁸.

También se ha interpretado la adopción de la ley de la sede como la ley aplicable al convenio arbitral tanto en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante “**Convención de Nueva York**” o “**CNY**”) como en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante “**CNUDMI**”) sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante “**Ley Modelo**”).

Lo anterior pues tanto el artículo 34(2)(a)(i) de la Ley Modelo, que trata sobre las causales de nulidad del laudo arbitral, como el artículo V(1)(a) de la CNY, que prevé los escenarios de oposición al reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral extranjero, incluyen a la ley de la sede como la ley de referencia para determinar la validez del convenio arbitral, cuando las partes no han pactado su ley aplicable.

La CNY permite oponerse al reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral en un país signatario cuando se haya probado que el convenio arbitral “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 del país en que se haya dictado la sentencia**”¹⁹.

La Ley Modelo, por su parte, permite solicitar la nulidad de un laudo arbitral si se ha probado que el convenio arbitral “no es válido en virtud de la ley a que

18 Ver Ley de Arbitraje de Suecia (*Swedish Arbitration Act*), 1999, sección 48, <https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-11/the-swedish-arbitration-act_1march2019_eng-2.pdf>, 25/08/2024 (“If an arbitration agreement has an international connection, the agreement shall be governed by the law agreed upon by the parties. If the parties have not reached such an agreement, the arbitration agreement shall be governed by the law of the country where, in accordance with the parties’ agreement, the arbitration had or shall have its seat”).

19 Convención de Nueva York, N. 11, Art. V(1)(a) (énfasis añadido).

las partes lo han sometido, **o si nada se hubiera indicado a este respecto en virtud de la ley de este Estado** [de la sede]²⁰.

Quienes abogan por esta solución justifican que tiene sentido que la ley de la sede rija al convenio arbitral puesto que esta ley mantiene mayores puntos de conexión con dicho convenio, considerando su naturaleza de pacto para acceder al sistema arbitral. El postulado es que la ley de la sede debe regir al convenio arbitral pues las obligaciones relacionadas al mismo tienen a la sede del arbitraje, que es donde el arbitraje se sustancia, como su foro natural de ejecución²¹.

Con base en el principio de separabilidad, se entiende que la ley de la sede aplica al convenio arbitral incluso en los escenarios en los que las partes contratantes han previsto la ley que regirá al contrato principal en una cláusula de legislación aplicable. Como el contrato principal es separado y autónomo del convenio arbitral, se asume que las partes no tuvieron la intención de aplicar la ley del contrato principal al convenio arbitral. Esta postura aplica la ley de la sede al convenio arbitral, sin considerar a la ley aplicable al contrato en su análisis.

El mayor beneficio de esta postura es que asuntos como la obligación de las partes de acudir a mediación antes de iniciar el proceso arbitral se resuelven aplicando la ley de la sede, que es la que rige el proceso arbitral. Sin embargo, su mayor desventaja es que no resuelve las posibles inconsistencias entre la ley de la sede y la ley del contrato. Por ejemplo, cuando la ley de la sede permite la incorporación de terceros no signatarios al convenio arbitral, mientras que la ley del contrato prohíbe juntar a nuevas partes a un contrato sin que exista un acuerdo expreso. Este tipo de contradicciones tienen el potencial de evitar la ejecución de un laudo arbitral en un país ajeno a la sede del arbitraje²².

3.3. LEY DEL CONTRATO.

Asimismo, existen sistemas que solucionan la pregunta de la ley aplicable al convenio arbitral afirmando que esta deberá ser la ley aplicable al contrato. Tal es el caso de la Ley de Arbitraje Federal o *Federal Arbitration Act* (en adelante “**FAA**”) de los Estados Unidos, que aplica a arbitrajes nacionales e

20 Ley Modelo CNUDMI, N. 6, Art. 34(2)(a)(i) (énfasis añadido).

21 G. BORN, N. 10, Capítulo 4, Sección 4.04 [A][2](c).

22 Convención de Nueva York, N. 11, Art. V.

internacionales. Aunque con resistencia de los practicantes de arbitraje internacional²³, con base en la sección 2 del FAA, las cortes de los Estados Unidos suelen aplicar la ley del contrato para determinar la validez del convenio arbitral²⁴.

Bajo esta postura, entonces, se entiende que la ley aplicable al convenio arbitral siempre será la ley del contrato, ya sea que las partes la hayan pactado en una cláusula de legislación aplicable o que el tribunal arbitral deba determinarla a través de las reglas de conflicto de ley aplicables al caso.

El mayor beneficio de esta postura es que se evitan inconsistencias sustanciales en la resolución de una disputa. Por ejemplo, se evita el escenario expuesto anteriormente en el que la ley aplicable al convenio arbitral permite extender sus efectos a terceros no signatarios, mientras que la ley del contrato impide adjudicarles responsabilidad sustantiva.

Se podría argumentar que una desventaja de esta postura es que aplicar la ley del contrato a las obligaciones previstas entre las partes en el convenio arbitral tiene el potencial de implicar inconsistencias con la ley de la sede. Sin embargo, como se explicará en la siguiente sección, este problema se soluciona mediante la aplicación del *receptum arbitri* o el pacto de arbitraje entre las partes y los árbitros²⁵.

3.4. EL PRINCIPIO DE VALIDACIÓN.

Con base en el principio de validación, la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral se vuelve secundaria. Un convenio arbitral será válido si se demuestra su validez ya sea bajo la ley de la sede, la ley del contrato o la ley elegida por las partes. Es decir, el tribunal arbitral ratifica la validez del convenio arbitral con base en la ley que sea más favorable.

23 Ver *Restatement of the U.S. Law of International Commercial and Investor-State Arbitration*, sección §4.10, comentario C, 2023. Ver también Ídem, sección 2.13(c), comentario E, sección 2.14(b), comentario C; y, sección 4.12 comentario B (“If the parties have not agreed upon a body of law to govern the arbitration agreement (either expressly or impliedly), a general choice-of-law clause in the contract determines the law governing the validity of the arbitration agreement. If the parties have neither selected any law to govern the arbitration agreement nor included in the contract a general choice-of-law clause, the law of the seat of arbitration, without resort to its choice-of-law rules, governs the issue”).

24 Ver G. BORN, N. 10, Capítulo 4, Sección 4.04 [A] [2] [j] [v] (2)

25 Infra § 4.3.

Existen Estados que han adoptado esta postura en su legislación. Por ejemplo, el artículo 178(2) de La Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado o *Federal Act on Private International Law* (en adelante “PILA”) de Suiza dice: “[e]n cuanto a su sustancia, un convenio arbitral es válido si se ajusta ya sea a la ley elegida por las partes, a la ley aplicable al objeto de la disputa, en particular la ley que rige el contrato principal, o a la ley suiza [ley de la sede]” (traducción libre).²⁶

Lo mismo sucede con la Ley de Arbitraje del Perú, cuyo artículo 13(7) contiene una formulación muy parecida: “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 peruano”.²⁷

Incluso, autores como Gary Born afirman que el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York también prevé el principio de validación.²⁸ Esto en tanto el artículo prevé la opción de que las cortes de la ejecución apliquen la ley pactada por las partes²⁹ para determinar la validez del convenio arbitral. A decir de Born, esta aceptación del acuerdo de las partes para determinar la ley aplicable incluye su intención primordial de que el convenio arbitral sea válido y ejecutable, sin importar las complejidades que pudiese enfrentar por su carácter transnacional.³⁰

Si bien esta tesis es ilustrativa, como se explicará en la sección siguiente, no existen razones para determinar que la Convención de Nueva York prevé la aplicación del principio de validación. Asimismo, su artículo V no aplica a la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral por parte del tribunal arbitral, sino que se limita las causales para no reconocer o ejecutar un laudo arbitral en las cortes de los Estados contratantes.³¹

26 Ver Swiss Federal Act on Private International Law (PILA), 2021, Art. 178(2) (“As regards its substance, an arbitration agreement is valid if it conforms either to the law chosen by the parties, to the law governing the subject-matter of the dispute, in particular the law governing the main contract, or to Swiss law”).

27 Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, 01/09/2008, Perú.

28 G. BORN, N. 10, Capítulo 4, Sección 4.04 [A][1](b).

29 Convención de Nueva York, N. 11, Art. V(1)(a).

30 G. BORN, N. 10, Capítulo 4, Sección 4.04 [A][1](b).

31 Infra Sección § 4.1.

De cualquier manera, el mayor beneficio de aplicar el principio de validación es que permite la validez del convenio arbitral siempre que este sea válido para alguna de las leyes relevantes. Sin embargo, su mayor desventaja es que se mantiene el riesgo de inconsistencias con la ley del contrato que se explicó en las posturas de la ley de la sede y el *arbitral legal order*. Claro está, salvo que la ley aplicable al convenio arbitral que resulte de la aplicación del principio de validación sea la ley del contrato.

3.5. LA SOLUCIÓN DE LAS CORTES DEL REINO UNIDO: ENTRE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO, LA LEY DE LA SEDE Y EL PRINCIPIO DE VALIDACIÓN.

La decisión de la Corte Suprema del Reino Unido en el caso *Enka Insaat Ve Sanayi AS c. Insurance Company Chubb* (en adelante “*Enka c. Chubb*”) presenta un análisis que toma en cuenta la aplicación de la ley del contrato, de la sede y del principio de validación, en distintos pasos de su análisis.

En 2016, como consecuencia de un incendio de una planta de energía atribuible a su diseño y construcción, Chubb Rusia (en adelante “**Chubb**”) pagó una póliza por alrededor de 400 millones de dólares a la propietaria, la compañía PJSC Unipro (en adelante “**Unipro**”). Por dicho pago, Chubb se subrogó en los derechos de Unipro para reclamar por el accidente³².

El 25 de mayo de 2019, Chubb presentó un reclamo ante la Corte Arbitrazh (i.e. Comercial) de Moscú en contra de Enka, uno de los subcontratistas que construyó la planta. Este reclamo a Enka fue posible puesto que la contratista, una compañía llamada Energoproekt, transfirió sus derechos respecto de Enka a Unipro mediante una cesión de contrato de construcción suscrita entre las tres compañías el 21 de mayo de 2014³³.

Enka se excepcionó a la jurisdicción de la Corte Arbitrazh alegando la existencia de un convenio arbitral en el contrato de construcción que se había cedido a Unipro, y en el que Chubb se había subrogado. De acuerdo con este convenio, las controversias derivadas del contrato debían someterse a un arbitraje con sede en Londres y administrado bajo las reglas de la Cámara de Comercio

32 Corte Suprema del Reino Unido, *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. (Respondent) v OOO Insurance Company Chubb (Appellant)* [2020] EWCA Civ 574, 09/10/2020 (*Enka c. Chubb*), ¶ 7-12

33 Ídem, ¶ 11.

Internacional (en adelante “CCI”)³⁴.

En primera instancia, la corte rechazó la excepción de Enka a la par que desestimó las pretensiones de Chubb el 18 de marzo de 2020. Ambas partes apelaron de la decisión.³⁵

El 16 de septiembre de 2019, mientras se tramitaba la primera instancia en Rusia, Chubb acudió a las cortes del Reino Unido para solicitar la emisión de una orden preliminar que obligue a Enka a dejar de perseguir el proceso judicial en Rusia (o *anti-suit injunction*). El 15 de octubre de 2019 las cortes de primera instancia de Reino Unido rechazaron esta petición, en deferencia a la jurisdicción de las cortes rusas. Chubb apeló de dicha decisión³⁶.

El 10 de enero de 2020, Chubb inició un arbitraje CCI con base en el convenio arbitral del contrato de construcción en el que solicitó que el tribunal declare que el reclamo de Chubb ante las cortes rusas está dentro del ámbito de aplicación del convenio arbitral, junto con la respectiva indemnización de perjuicios³⁷.

El 29 de abril de 2020, la Corte de Apelaciones aceptó la solicitud de Enka y ordenó a Chubb que no continúe con el proceso judicial en Rusia³⁸. Chubb recurrió de esta decisión, por lo que ahora correspondía que la escuche la Corte Suprema del Reino Unido, que emitió su decisión ratificando la decisión subida en grado y por lo tanto la orden emitida en contra de Chubb³⁹.

La sentencia de la Corte Suprema de 9 de octubre de 2020 se centró en determinar la ley aplicable al convenio arbitral. Esto debido a que dicha ley determinaría también las reglas en virtud de las cuales se entiende que el convenio arbitral es válido y ejecutable. Si al convenio le aplicaban las leyes rusas, entonces este no sería válido y se debía seguir la decisión de las cortes rusas. Pero, si al convenio le aplicaban las leyes del Reino Unido, entonces este sería válido y por lo mismo habría base para ordenar a Chubb que no avance sus acciones ante las cortes rusas.

34 Ídem, ¶¶13-16.

35 Ídem, ¶¶15-16.

36 Ídem, ¶¶18-19.

37 Ídem, ¶20.

38 Ídem, ¶19.

39 Ídem, ¶186.

Para determinar la ley aplicable al convenio arbitral, la Corte Suprema aplicó las normas de conflicto del *common law* y concluyó que se deben seguir los siguientes pasos⁴⁰.

- (i) Si las partes han pactado la ley sustantiva aplicable al contrato en una de sus cláusulas (cláusula de legislación aplicable), se entiende que estas han hecho una elección implícita de que la misma ley aplicará al convenio arbitral. Entonces, la ley aplicable al convenio arbitral será la ley aplicable al contrato.
- (ii) Si, por el contrario, las partes no han pactado la ley sustantiva aplicable al contrato, entonces se debe determinar la ley aplicable al convenio arbitral dependiendo de la legislación con la que este guarda mayor cercanía. La Corte concluyó que esta ley sería la ley de la sede, siendo esta la jurisdicción donde el convenio arbitral se ejecuta. Entonces, la ley aplicable al convenio arbitral cuando no hay una elección implícita de las partes será la ley de la sede.
- (iii) Finalmente, la Corte reconoció que el principio de validación forma parte de las reglas del *common law* para determinar la ley aplicable al convenio arbitral. Esto en la medida en la que se podría prescindir de la ley de la sede o la ley del contrato y aplicar la que quede, si resulta que al concluir el ejercicio de los incisos anteriores se concluye que el convenio arbitral sería inválido bajo su ley aplicable.

Dado que las partes no pactaron la ley aplicable al contrato de construcción⁴¹ (que de todas maneras hubiera sido la ley de Rusia aplicando las reglas de conflicto de leyes aplicables al asunto), la Corte Suprema del Reino Unido decidió que la ley aplicable al convenio arbitral era el *Arbitration Act* (Ley de Arbitraje) también del Reino Unido. Es por esto que decidió ratificar la sentencia de apelación puesta a su revisión.

Interesantemente, el voto disidente de Lord Borrows en este caso aboga por la postura de que la ley aplicable al convenio arbitral siempre debe ser la ley aplicable al contrato. Esto con base en un análisis del principio de separabilidad. Para Lord Borrows, el principio de separabilidad es una excepción específica que está dirigida a casos en los que se discute la validez, existencia o eficacia del convenio arbitral. Esto quiere decir que no es la regla general, y que tampoco aplica a la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral. Lord Borrows discrepa del voto de mayoría en la medida en la que considera que el convenio

40 Ídem, ¶ 170.

41 Ídem, ¶ 171.

arbitral, por regla general, forma parte del contrato principal, por lo que no existe razón para que se le aplique una ley diferente⁴².

Cabe destacar que en Reino Unido actualmente se encuentra en proceso de discusiones una reforma legal que implicaría especificar en la Ley de Arbitraje que la ley aplicable al convenio arbitral es la ley de la sede del arbitraje, y no el criterio desarrollado por *Enka c. Chobb*.⁴³ Esta reforma está justificada en la mera intención de mantener a Londres como una de las sedes más populares de arbitraje internacional al unificar sus prácticas con la tendencia en las jurisdicciones arbitrales importantes que aplican la ley de la sede al convenio arbitral⁴⁴.

De todas maneras, *Enka c. Chobb* es ilustrativo de la interacción que puede existir entre las distintas posturas para resolver el problema de la ley aplicable al convenio arbitral y sobre todo de las dificultades que ello conlleva.

4. ¿CUÁL ES LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL BAJO EL RÉGIMEN ECUATORIANO?

Como se desarrollará en esta sección, la postura de este trabajo es que la ley aplicable al convenio arbitral bajo el régimen ecuatoriano es la ley aplicable al contrato, aún cuando las partes no han pactado una cláusula de legislación aplicable. Para sustentar esta postura se tratan tres temas: las reglas de conflicto de leyes aplicables al problema de la ley aplicable al convenio arbitral [§4.1]; la interpretación del artículo 5 de la LAM [§4.2.]; y, la preferencia en general de la ley del contrato por sobre la ley de la sede para regir al convenio arbitral [§4.3].

4.1. REGLAS DE CONFLICTO DE LEYES PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL.

Para determinar la ley aplicable al convenio arbitral, el primer paso es identificar si existen reglas de conflicto de leyes aplicables a la situación en específico.

42 Ídem, ¶ 232-233.

43 Law Commission del Reino Unido, Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill, 2023 <<https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2023/09/Arbitration-final-report-with-cover.pdf>> (28/08/2024).

44 Ídem, ¶ 12.44.

Para esto, se debe estar a las reglas tanto en el régimen nacional como en los tratados internacionales suscritos por el Ecuador.

Como se explicó en la sección anterior⁴⁵, la postura que aplica la ley de la sede al convenio arbitral sostiene que existe una regla de conflicto que prefiere la ley de la sede en caso de que las partes no pacten la ley aplicable al convenio arbitral, en el artículo 34(2)(a)(i) de la Ley Modelo y en el artículo V(1)(a) de la CNY. Sin embargo, ninguna de las referidas reglas puede aplicarse como regla de conflicto de leyes en el régimen ecuatoriano.

Por un lado, si bien la LAM recoge algunos de los principios de la Ley Modelo⁴⁶, su contenido no es equiparable. El artículo 34(2)(a)(i) de la Ley Modelo, de donde se extrapola la supuesta regla de conflicto de leyes en favor de la ley de la sede, prevé la nulidad del laudo arbitral por falta de validez del convenio arbitral con base en la ley del Estado que haya adoptado la Ley Modelo. Esta causal no existe en el artículo 31 de la LAM, que prevé las causales de nulidad del laudo arbitral. Entonces, el análisis respecto de la ley Modelo no le aplica a la LAM.

Por otro lado, aun considerando que el Ecuador es uno de los Estados suscriptores de la Convención de Nueva York, no se puede entender a su artículo V(1)(a) como una regla de conflicto de leyes que los tribunales arbitrales deban aplicar al momento de analizar la ley aplicable al convenio arbitral. Esto por tres razones.

Primero, pues el artículo V de la CNY, que prevé las causales por las que un Estado puede rechazar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral, no aplica a la determinación de la validez del convenio arbitral. El artículo II de la Convención es la norma que aplica para dicho efecto, y la cual no contiene alguna regla de conflicto de leyes.

Segundo, el artículo V de la CNY no es obligatorio de ejecución para los Estados contratantes. Las causales previstas en el mismo no son mandatorias, en la medida en la que este dice expresamente que los estados “pueden” pero no “deben” negar el reconocimiento o la ejecución de un laudo si se verifica alguna de las causales. Entonces, los Estados contratantes siempre podrían

45 *Supra*, § 3.4.

46 E. CARMIGNIANI Y C. CEPEDA, “Implementación (parcial) en Ecuador de principios de la Ley Modelo CNUDMI, sobre arbitraje comercial. Retrospectiva histórica y necesidades”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016, pp. 356-357.

llegar a una conclusión diferente a la prevista en la CNY, dependiendo de la legislación nacional de cada país.

Como normalmente los países recogen principios pro-arbitraje, esta dinámica de no aplicación del artículo V se suele ver en contexto de la provisión del artículo VII de la CNY, en virtud de la cual se debe preferir la ley nacional más favorable que las disposiciones de la CNY. Sin embargo, la falta de obligatoriedad de aplicación del artículo V demuestra que no existe una regla de conflicto de leyes que sea aplicable a los árbitros para determinar la ley aplicable al convenio arbitral.

Finalmente, el artículo V(1)(a) de la CNY no prevé directamente que la ley de la sede del arbitraje será aplicable siempre que las partes no hayan acordado una ley aplicable a la validez del convenio arbitral. Lo que la CNY prevé en este punto es que aplicará la ley de la sede “si nada se hubiera indicado [...] respecto” de la ley determinada por las partes⁴⁷. Es decir, aplicará la ley de la sede si tampoco ha existido una determinación de la ley aplicable al convenio arbitral por parte del tribunal arbitral. Esto pues una decisión del tribunal arbitral en esta línea se constituiría como una “indicación” en los términos de dicha norma. Entonces, si un tribunal concluye que la ley aplicable al convenio arbitral es una ley distinta a la sede, esta determinación debería primar como una determinación de la voluntad de las partes descubierta por el tribunal arbitral, y ser analizada por las cortes de la ejecución como tal.

Dado que no existen reglas de conflicto de leyes en el régimen ecuatoriano, ni se puede aplicar el artículo V(1)(a) de la CNY para determinar la ley aplicable al convenio arbitral, corresponde resolver la interrogante con base en las disposiciones de la LAM.

4.2. EL ARTÍCULO 5 DE LA LAM PREVÉ QUE LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL ES LA LEY DEL CONTRATO.

Considerando que las disposiciones de la LAM regulan tanto arbitrajes nacionales como internacionales⁴⁸, se debe interpretar el artículo 5 de dicha ley como punto de partida para determinar la ley aplicable al convenio arbitral en el Ecuador. Esto pues dicho artículo define al convenio arbitral, determina sus

⁴⁷ O “*failing any indication thereon*” en su versión en inglés. Ver Convención de Nueva York, N. 11.

⁴⁸ LAM, No. 8, Arts. 40, 41.

alcances y prevé el principio de separabilidad:

El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.

La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral.

No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al Juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él (énfasis añadido)⁴⁹.

De la lectura del artículo se ve que:

- (i) El inciso primero es descriptivo. Únicamente define lo que se debe entender por convenio arbitral. El Legislador ha utilizado formulaciones parecidas, por ejemplo, en el artículo 1454 del Código Civil que define al contrato como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”⁵⁰.
- (ii) El inciso segundo prevé el requisito de escrituración del convenio arbitral y su carácter accesorio, asumiendo que este en general estará incluido como una cláusula en un contrato. Ya sea que se pacte con base en una relación contractual o no contractual, el convenio arbitral siempre debe especificar el contexto en el que se suscribe, haciendo referencia a la situación jurídica específica a la que accede.

49 LAM, No. 8, Art. 5.

50 Codificación del Código Civil, RO Sup. 46, 24/06/2005, Art 1454.

- (iii) El inciso tercero prevé la separabilidad únicamente en sus efectos al especificar que el convenio arbitral estará protegido de la eventual nulidad del contrato principal, esto a diferencia de la Ley Modelo de la CNUDMI o legislaciones como el *Arbitration Act* del Reino Unido, que prevén expresamente que el convenio arbitral es un acuerdo “autónomo” al contrato principal⁵¹.
- (iv) Finalmente, el último inciso prevé el principio *kompetenz kompetenz*, en virtud del cual los árbitros son los llamados a decidir sobre su competencia y los jueces están obligados a remitir las causas donde se haya pactado arbitraje a los tribunales arbitrales⁵².

Entonces, aplicando la primera regla de interpretación de la Ley prevista en el artículo 18 del Código Civil que manda: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”, se puede concluir que, en el Ecuador, la separabilidad del convenio arbitral no es absoluta ni implica la autonomía del convenio arbitral respecto del contrato principal. Dicho principio está previsto en forma de una regla especial aplicable únicamente a casos de nulidad del convenio arbitral, que no justifica aislar al convenio arbitral del contrato principal ni su ley aplicable.

Esto pues es claro del tenor literal del artículo 5 que: (i) no se prevé que el convenio arbitral sea autónomo del contrato principal, sino que se espera este siempre mantenga una relación con el contrato al que accede; y, (ii) que la separabilidad está presentada como una norma especial aplicable a los convenios arbitrales para procurar su validez, y no como una forma de deslindarles del contrato principal. Es decir, la norma no prevé o justifica la exclusión del convenio arbitral del resto del régimen contractual aplicable al contrato principal.

En consecuencia, bajo el artículo 5 de la LAM, la ley aplicable al convenio arbitral es la ley del contrato.

Esta conclusión es la misma siempre que la ley ecuatoriana aplique al contrato principal, indistintamente de si fue determinada por las partes en una cláusula de legislación aplicable o si el tribunal arbitral la determinó considerando las reglas de conflictos de ley que fueren aplicables.

Entonces, con base en el artículo 5 de la LAM la ley aplicable al convenio

51 Ver, Ley Modelo CNUDMI, N. 6, Art 16(1); *Arbitration Act* del Reino Unido, 1996, Sección 7.

52 Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1737-16-EP/21, 21/07/2021, ¶40.

arbitral en Ecuador será la ley aplicable al contrato principal, aun cuando las partes no hayan pactado una cláusula de legislación aplicable. Este análisis resulta de la interpretación del texto del artículo 5 de la LAM, que no debe desatenderse al ser claro en su tenor literal.

4.3. APLICAR LA MISMA LEY AL CONTRATO Y AL CONVENIO ARBITRAL RESUELVE LOS PROBLEMAS DE INCONSISTENCIAS QUE TRAE LA SEPARABILIDAD.

Aplicar la ley del contrato como solución derivada del tenor literal de la LAM permite un mayor nivel de predictibilidad respecto del alcance del convenio arbitral. Esto puesto que: (i) evita escenarios en los que se extienden los efectos del convenio arbitral a terceros o a contratos que no contienen convenio arbitral a pesar de que la ley aplicable al fondo de la controversia no lo permita; y, (ii) corresponde con las expectativas de las partes contractuales.

El caso *Kebab Ji c. Kout Food Group Company* es justamente el ejemplo de la inconsistencia que se puede evitar al aplicar la ley del contrato al convenio arbitral. Este consistió en un arbitraje CCI con sede en Francia, por la violación de un contrato de franquicia de comida bajo ley inglesa. Durante el arbitraje, la actora consiguió incorporar al arbitraje a un tercero no signatario al convenio arbitral. El tribunal arbitral finalmente emitió un laudo a favor de la actora, obligando también al tercero a los remedios respectivos. La demandada aplicó para anular el laudo en las cortes de Francia, a la par que la actora solicitó su ejecución en las cortes del Reino Unido. Mientras que la anulación fue rechazada en Francia, las cortes del Reino Unido no ejecutaron el laudo, pues determinaron que la ley aplicable al convenio arbitral es la ley del contrato, es decir la ley inglesa, y que esta no permite la incorporación de terceros⁵³.

Adicionalmente, considerando todas las distintas posturas respecto de la ley aplicable al convenio arbitral y las múltiples complejidades que derivan de estas, lo razonable y más intuitivo es pensar que la intención de los comerciantes es que sus obligaciones sean juzgadas sobre la base del mismo régimen. Idealmente, del régimen que rige su contrato. La interpretación presentada del

53 Ver Corte Suprema del Reino Unido, Decisión del caso: *Kebab-Ji SAL (Lebanon) (Appellant) c Kout Food Group (Kuwait) (Respondent)* [2021] UKSC 48, 01/07/2021. Ver también Primera Sala de lo Civil de la Cour de Cassation francesa, Decisión en el caso: *Kout Food Group abab-Ji SAL c. Kebab-Ji SAL*, Arrêt N. 679 FS-B, Pourvoi N. K 20-20.260, 28/09/2022.

artículo 5 de la LAM ratifica este entendimiento.

La opinión del autor es que en realidad la complicación que trae aceptar la ley del contrato para que rija al convenio arbitral viene de una concepción indebida del ámbito de aplicación de dicho convenio.

Por ejemplo, Born expresa que la ley de la sede del arbitraje debería preferirse pues esta podría prever normas más amplias para terceros no signatarios, un estándar probatorio más beneficioso al arbitraje, normas explícitas de confidencialidad para el proceso arbitral, una aplicación más fuerte del principio *kompetenz kompetenz*, o facultades más amplias de los árbitros para conducir el procedimiento arbitral y dictar medidas cautelares⁵⁴.

Sin embargo, la ley aplicable al convenio arbitral no determina todas estas situaciones. Determina, principalmente: (i) la obligación de las partes de cumplir etapas previas para acudir al arbitraje; (ii) la obligación de acudir al arbitraje en sí misma; y, (iii) el ámbito de aplicación del convenio arbitral –i.e.– la posibilidad de extenderlo a terceros no signatarios o a contratos sin convenio arbitral. De este último punto, como se dijo, lo más conveniente para evitar la eventual falta de ejecución de un laudo sería preferir la predictibilidad que brinda aplicar la ley del contrato.

El resto de los asuntos –como el *kompetenz kompetenz* y los poderes del tribunal arbitral– no se rigen bajo la ley aplicable al convenio arbitral. Con base en el *receptum arbitri* o pacto en virtud del cual los árbitros se comprometen con las partes a resolver su disputa, estas circunstancias se rigen bajo la ley de la sede. Esto pues es este contrato el que se ejecuta en su totalidad en la sede del arbitraje.

Con esta explicación, el único punto sobre el que quedaría alguna duda respecto de la posible contradicción entre las leyes de la sede y la ley del contrato aplicada al convenio arbitral sería respecto de las obligaciones de confidencialidad y de cumplir los pasos previos antes de acudir al arbitraje y su ejecutabilidad. Para este punto en específico, se aclara que la determinación de la obligatoriedad de la obligación y los efectos de su incumplimiento en el proceso arbitral son dos cosas distintas. Un tribunal arbitral podría, aplicando la ley del contrato, determinar si la cláusula escalonada era obligatoria o no para las partes (e incluso ordenar el resarcimiento de perjuicios), pero a la vez

54 G. BORN, N.10, Capítulo 4, Sección 4.04. [A] [1] [b] (iv).

determinar que dicho incumplimiento no afecta la admisibilidad del reclamo puesto a su conocimiento, en aplicación de la ley de la sede. Asimismo, un tribunal podría determinar que el arbitraje es confidencial con base en las normas de la ley de la sede y el *receptum arbitri*, aún si la ley del contrato que aplica al convenio arbitral no prevé la obligación de guardar confidencialidad en el arbitraje.

Por lo anterior, la solución de aplicar la ley del contrato al convenio arbitral prevista en el artículo 5 de la LAM debe preferirse sobre la tendencia de aplicar la ley de la sede. Esto sobre todo tomando en cuenta la interacción entre los ámbitos de aplicación del *receptum arbitri* y del convenio arbitral, y que esta solución trae predictibilidad a un sistema que se ha vuelto incierto y complicado a la hora de determinar la ley aplicable al convenio arbitral.

5. CONCLUSIONES

El problema de la ley aplicable al convenio arbitral nace de la aplicación del principio de separabilidad en el arbitraje. Bajo la presunción de que el convenio arbitral es un acuerdo autónomo del contrato principal, también se asume que le puede aplicar una ley distinta de la ley de dicho contrato.

Distintas jurisdicciones han adoptado diversas posturas para resolver el asunto de la ley aplicable al convenio arbitral:

- (i) En Francia la ley aplicable al convenio arbitral es el *arbitral legal order*, que es un ordenamiento que existe con independencia de cualquier ley nacional. Este ordenamiento autónomo permite la innovación de soluciones ante los nuevos problemas que se presenten en el sistema arbitral. Sin embargo, el país que lo ha adoptado es principalmente Francia, por lo que su falta de popularidad crea incertidumbre respecto de su interacción con otros sistemas.
- (ii) En países como Suecia se prevé expresamente que la ley aplicable al convenio arbitral sea la ley de la sede del arbitraje. Normalmente, esta postura se deriva también de interpretaciones del artículo 34(2) (a)(i) de la Ley Modelo CNUDMI y del artículo V(1)(a) de la CNY. Ello debido a que se considera que la sede es el foro natural de ejecución del pacto para acudir a arbitraje. Bajo esta postura, la ley de la sede aplica al convenio arbitral aún si las partes han pactado una cláusula de legislación aplicable en el contrato principal. Con el

beneficio de que la ley de la sede aplicaría a los temas procedimentales pre-arbitraje, esta postura no resuelve el problema de inconsistencias con la ley del contrato en casos como la extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios.

- (iii) En Estados Unidos, la aplicación del *Federal Arbitration Act* trae como consecuencia la aplicación de la ley del contrato al convenio arbitral, indistintamente de si las partes han pactado una cláusula de legislación aplicable. Esta postura elimina el riesgo de inconsistencias entre el ámbito de aplicación del convenio arbitral y del contrato principal. Si bien se ha argumentado que esta postura implica el riesgo de inconsistencias entre las reglas de la ley de la sede y las obligaciones del convenio arbitral, este problema se resuelve a través de la aplicación del *receptum arbitri*.
- (iv) En países como Suiza y Perú se aplica el principio de validación. En virtud de este, la ley aplicable al convenio arbitral será la que permita su validez entre la ley de la sede, la ley del contrato y la ley pactada por las partes. Esto con la desventaja de que, si la ley aplicable al convenio arbitral no es la ley del contrato, se mantiene el riesgo de inconsistencias entre el ámbito de aplicación del convenio arbitral y el contrato principal.
- (v) En *Enka c. Chubb*, la Corte Suprema del Reino Unido resolvió: (i) aplicar la ley del contrato como pacto implícito para el convenio arbitral siempre que las partes la hayan pactado en una cláusula de legislación aplicable; (ii) aplicar la ley de la sede a falta de acuerdo de las partes, siendo esta la ley con conexiones más cercanas al objeto del convenio arbitral; y (iii) aplicar el principio de validación de manera transversal, para dejar abierta la posibilidad de elegir otra ley en caso de que la ley aplicable al convenio arbitral electa como consecuencia de este ejercicio implique su invalidez.

Por su parte, la ley aplicable al convenio arbitral en el Ecuador es la ley del contrato. Ello con base en el tenor literal del artículo 5 de la LAM, aplicable puesto que se entiende que el artículo V(1)(a) de la CNY, que prevé las causas por las que un Estado puede rechazar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral, no contiene una norma de conflicto de leyes que sea aplicable al análisis. Esto pues: (i) dicho artículo no aplica a la determinación de validez del convenio arbitral; (ii) su aplicación no es mandatoria para los Estados contratantes; y, (iii) de todas formas, las cortes de la ejecución deberán analizar la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral que haga el tribunal arbitral supliendo la falta de acuerdo de las partes, por lo que no aplicarían la

ley de la sede para su examen.

El inciso tercero del artículo 5 de la LAM únicamente prevé que “la nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”. En lugar de especificar que el convenio arbitral es autónomo del contrato principal, como lo hacen otras legislaciones, la LAM se limita a describir los efectos de la separabilidad en forma de una norma especial. El inciso inmediatamente anterior del artículo, por su parte, prevé la necesidad de que el convenio arbitral se suscriba como accesorio a una relación jurídica preexistente, y asume que esta generalmente será de carácter contractual. Por estas razones, hay claridad de que el tenor literal del artículo 5 de la LAM no prevé a la separabilidad como un principio absoluto sino como una excepción aplicable al convenio arbitral en virtud de su naturaleza. En consecuencia, para todo lo demás se deberá entender que el convenio arbitral es parte del contrato principal y le aplica la misma ley aun cuando las partes no la hayan pactado.

La ley del contrato debería preferirse por sobre la ley de la sede para regir al convenio arbitral puesto que aumenta la predictibilidad del sistema y corresponde con la expectativa de las partes contratantes de que todas sus obligaciones se rijan por un mismo régimen. Lo importante es que queden claras las obligaciones que se rigen: (i) por el convenio arbitral y aplican la ley del contrato, (ii) por el *receptum arbitri* y aplican la ley de la sede; y, (iii) las que coexistirían tanto en el convenio arbitral como en el *receptum arbitri*, en cuyo caso corresponde al tribunal arbitral determinar los efectos de dicha obligación en el proceso arbitral.

Todo lo relacionado al ámbito de aplicación del convenio arbitral, como la extensión de sus efectos a terceros no signatarios, es parte de los derechos sustantivos del convenio arbitral y por lo tanto le aplica la ley del contrato. Asimismo, todo lo relacionado con la conducción del proceso arbitral, como el principio *kompetenz komptenz* y el poder de dictar medidas cautelares se deriva del *receptum arbitri* por lo que le aplica la ley de la sede. Finalmente, en casos como la obligatoriedad de los pasos previos al arbitraje previstas en las cláusulas escalonadas y la confidencialidad, el tribunal arbitral siempre podrá decidir los efectos de estas obligaciones en el proceso, a la par de los efectos que su eventual incumplimiento traiga bajo el régimen general de obligaciones de la legislación del contrato, muy posiblemente incluso con la posibilidad de ordenar indemnizaciones. Es decir, podrá aplicar la ley del contrato para determinar los efectos del incumplimiento de estas obligaciones entre las partes contractuales, y la ley de la sede para determinar los efectos de dicho incumplimiento en el proceso arbitral.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arbitraje CCI No. 17146, Laudo Final, en ICC Dispute Resolution Bulletin No. 114, 2015.
- Arbitraje *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs*, CCI No. 9987, Laudo Parcial.
- Arbitration Act* del Reino Unido, 1996.
- Codificación del Código Civil, RO Sup. 46, 24/06/2005, Art 1454.
- Código de Procedimiento Civil Francés, 2011.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) con enmiendas hasta el 2006 (Ley Modelo CNUDMI), Artículos (Arts.) 1, 5-9 y 34.
- Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958) (Convención de Nueva York), Art. V(1)(a) de la Convención de Nueva York.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1737-16-EP/21, 21/07/2021, ¶40.
- Corte de Apelaciones de París, Decisión del caso: *Kout Food Group Company c. Kabab-Ji Sal Company*, directorio general No. RG 17/22943 y Portalis No. 35L7-V-B7B-B4VAV, 23/07/2020.
- Corte de Apelaciones de París, Decisión del caso: *New Euro. Corporate Advisory Ltd v. Innova 5/LP-ès Qualités de Liquidateur de la Société Twelve Hornbeams Sarl*, Rev. Arb. 847, 18/12/2018.
- Corte Suprema del Reino Unido, Decisión del caso: *Kabab-Ji SAL (Lebanon) (Appellant) c Kout Food Group (Kuwait) (Respondent)* [2021] UKSC 48, 01/07/2021.
- Corte Suprema del Reino Unido, *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. (Respondent) v OOO Insurance Company Chubb (Appellant)* [2020] EWCA Civ 574, 09/10/2020 (*Enka c. Chubb*), ¶ 7-12.
- D. HASHER, “The Review of Arbitral Awards by Domestic Courts – France”, en E. GAILLARD (ed.), *The Review of International Arbitral Awards*, IAI Series on International Arbitration, No. 6., Juris, 2010.
- Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, 01/09/2008, Perú.

- E. CARMIGNIANI Y C. CEPEDA, “Implementación (parcial) en Ecuador de principios de la Ley Modelo CNUDMI, sobre arbitraje comercial. Retrospectiva histórica y necesidades”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.
- F. SOLIMENE, “The Doctrines of Kompetenz-Kopmetenz and Separability and their Contribution to the Development of International Commercial Arbitration”, en M. O’REILLY (Ed.), *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 80 CIArb, 2014.
- G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 3ra. Ed., Kluwer, 2024, Seccion S 4.04. [A] (1) (b) (iv).
- L. KIFFER, “National Report for France (2020 through 2021)”, en L. BOSMAN (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, Suplemento No. 114, 2020.
- Law Commission del Reino Unido, Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill, 2023 <<https://cloud-platform-e218f50a-4812967ba1215eacede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2023/09/Arbitration-final-report-with-cover.pdf>> (28/08/2024).
- Ley de Arbitraje de Suecia (*Swedish Arbitration Act*), 1999, <https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-11/the-swedish-arbitration-act_1march2019_eng-2.pdf>, 25/08/2024.
- Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), Artículo (Art.) 5, RO No. 417, 14/12/2006.
- M. OROZCO, “Petroecuador Pierde arbitraje por más de USD 60 millones contra Pañaturi”, *Primicias*, Economía, 30/08/2022, <<https://www.primicias.ec/noticias/economia/arbitraje-millonario-petroecuador-sinopec/>> (28/08/2024).
- Primera Sala de lo Civil de la Cour de Cassation francesa, Decisión en el caso: *Kout Food Group abab-Ji SAL c. Kebab-Ji SAL*, Arrêt N. 679 FS-B, Pourvoi N. K 20-20.260, 28/09/2022.
- Restatement of the U.S. Law of International Commercial and Investor-State Arbitration*, 2023.
- Servicios Integrados Pañaturi S.A. c. Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP, Arbitraje ad-hoc, Laudo, 21 de febrero de 2022 (*Pañaturi c. Petroecuador*).
- Swiss Federal Act on Private International Law (PILA), 2021.