



Asamblea General

Distr. general
13 de enero de 2014
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

47º período de sesiones

Nueva York, 7 a 25 de julio de 2014

Solución de controversias comerciales

Guía de la CNUDMI relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)

Nota de la Secretaría

Adición

“Artículo II

1. *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 o ciertas 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.*
2. *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.*
3. *El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”*



LABOR PREPARATORIA SOBRE EL ARTÍCULO II

La labor preparatoria sobre el artículo II, tal como fue aprobado en 1958, se describe en los documentos siguientes:

Proyecto de Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y observaciones de gobiernos y organizaciones:

- Informe del Comité Especial sobre la ejecución de sentencias arbitrales internacionales: E/2704 y anexo.
- Observaciones de gobiernos y organizaciones sobre el proyecto de Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras: E/2822, anexos I y II; E/2822/Add.1, anexo I; E/2822/Add.2, anexo I; E/2822/Add.4, anexo I; E/2822/Add.5, anexo I; E/CONF.26/3/Add.1.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional:

- Enmiendas al proyecto de Convención presentadas por delegaciones nacionales: E/CONF.26/7; E/CONF.26/L.8; E/CONF.26/L.17; E/CONF.26/L.18; E/CONF.26/L.20; E/CONF.26/L.22; E/CONF.26/L.31; E/CONF.26/C.3/L.1; E/CONF.26/L.34.
- Comparación de los proyectos relacionados con los artículos III, IV y V del proyecto de Convención: E/CONF.26/L.33.
- Declaración presentada por el Observador de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: E/CONF.26/L.36.
- Otras enmiendas al proyecto de Convención presentadas por delegaciones nacionales: E/CONF.26/L.40.
- Texto del Protocolo Adicional sobre la Validez de los Acuerdos de Arbitraje presentado por el Grupo de Trabajo núm. 2: E/CONF.26/L.52 (en inglés únicamente).
- Enmiendas presentadas por delegaciones nacionales a los proyectos presentados por los Grupos de Trabajo y a otros proyectos sugeridos: E/CONF.26/L.45; E/CONF.26/C.3/L.3; E/CONF.26/L.53; E/CONF.26/L.54.
- Texto de los nuevos artículos que habrán de incluirse en la Convención aprobada por la Conferencia: E/CONF.26/L.59.
- Texto de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras en su forma aprobada por el Comité de Redacción de manera provisional: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8.

Actas resumidas:

- Actas resumidas de las sesiones 7^a, 9^a, 11^a, 12^a, 13^a, 14^a, 17^a, 21^a, 23^a y 24^a de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional: E/CONF.26/SR.7; E/CONF.26/SR.9; E/CONF.26/SR.11; E/CONF.26/SR.12; E/CONF.26/SR.13; E/CONF.26/SR.14; E/CONF.26/SR.17; E/CONF.26/SR.21; E/CONF.26/SR.23; E/CONF.26/SR.24.
- Acta resumida de la cuarta sesión del Comité Especial sobre la Ejecución de Sentencias Arbitrales Internacionales: E/AC.42/SR.4.

(Pueden consultarse en Internet, en www.uncitral.org)

INTRODUCCIÓN

1. El artículo II rige el reconocimiento y la ejecución de los acuerdos de arbitraje. Si se cumplen determinadas condiciones, el artículo II obliga a los Estados Contratantes a reconocer los acuerdos por escrito conforme a los cuales se deban someter las controversias a arbitraje, y a ejecutar dichos acuerdos remitiendo a las partes al arbitraje.

2. La intención que se tuvo inicialmente fue limitar el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, excluyendo de ese ámbito los acuerdos de arbitraje¹. Si bien se habían planteado algunas cuestiones relacionadas con la validez de los acuerdos de arbitraje en el contexto de los debates sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales en el marco de los artículos IV 1) b) y V 1) a) de la Convención², no fue hasta el momento de celebrar la Conferencia, menos de tres semanas antes de la aprobación de la Convención, cuando los redactores del proyecto decidieron incluir una disposición específica sobre el reconocimiento y la ejecución de los acuerdos de arbitraje³. A esas alturas ya se había aprobado la mayoría de las demás disposiciones, que no se modificaron para reflejar esta adición tardía⁴. Es por ello por lo que el reconocimiento y la ejecución de los acuerdos de arbitraje no se mencionan ni en el título ni en otras disposiciones de la Convención, en particular los artículos I y VII.

3. Por ejemplo, el artículo I 1), en el que se define el ámbito de aplicación de la Convención, no hace referencia a los acuerdos de arbitraje. Sin embargo, la reserva relativa al carácter comercial que figura en el artículo I 3), que se aplica a “los litigios surgidos de relaciones jurídicas”, abarca, según sus propios términos, los acuerdos de arbitraje mencionados en el artículo II. En cambio, la Convención no resuelve en forma explícita la cuestión de si la reserva relativa a la reciprocidad prevista en el artículo I 3), que se refiere “al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas [...] en el territorio de otro Estado Contratante”, se aplica *mutadis mutandis* a los acuerdos de arbitraje.

4. Algunos tribunales han llegado a la conclusión, por analogía con el artículo I 1), de que la Convención se aplica únicamente a los acuerdos de arbitraje que prevén una sede en un Estado distinto del Estado del tribunal que entienda en la controversia⁵. Esta interpretación ha sido respaldada por algunos comentaristas⁶.

¹ Labor preparatoria, Informe del Comité Especial sobre la Ejecución de Sentencias Arbitrales Internacionales, E/2704, E/AC.42/4/Rev.1, pág. 6, párrs. 18 y 19. Las propuestas de Polonia (E/CONF.26/7) y Suecia (E/CONF.26/L.8) de añadir una disposición sobre la validez de las cláusulas compromisorias se examinaron durante las sesiones séptima y novena de la Conferencia pero finalmente fueron rechazadas.

² Labor preparatoria, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, Actas resumidas de las sesiones 11ª (E/CONF.26/SR.11, págs. 7 a 12), 12ª (E/CONF.26/SR.12, págs. 3 a 6), 13ª (E/CONF.26/SR.13, págs. 4 a 7 y 9 a 11), 14ª (E/CONF.26/SR.14, págs. 4 y 5 y 7 a 9), 17ª (E/CONF.26/SR.17, págs. 4 a 6).

³ Labor preparatoria, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, Actas resumidas de la 21ª sesión, E/CONF.26/SR.21, pág. 17. Véase el documento E/2822, anexos I y II.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Kaverit Steel and Crane v. Kone Corp.*, Court of Queen's Bench (Tribunal Superior) de Alberta, Canadá, 14 de mayo de 1991; *Compagnie de Navigation et Transports SA v. MSC Mediterranean*

5. Otros comentaristas han sugerido que la intención fue que el artículo II se aplicara al reconocimiento y la ejecución de todos los acuerdos de arbitraje, cualquiera que fuese la sede. El profesor Minoli, por ejemplo, señala que la propuesta de Israel (posteriormente modificada por Italia) de introducir una cláusula de reserva general que permitiera a los Estados no aplicar el artículo II en determinadas situaciones fue rechazada durante la Conferencia. Según el profesor Minoli, esto no deja dudas en cuanto a la intención de los redactores de la Convención de Nueva York de que el artículo II se aplicara tanto a las situaciones nacionales como a las internacionales sin limitación alguna⁷. Otro de los primeros comentaristas de la Convención también expresó la opinión de que el artículo II, a diferencia del Protocolo de Ginebra de 1923, no exigía que las partes estuvieran sujetas a la jurisdicción de Estados Contratantes diferentes, lo que confería a la disposición un ámbito de aplicación general⁸. Otros comentaristas han sugerido que la Convención de Nueva York no pretendió imponer ninguna limitación territorial al ámbito de aplicación de los acuerdos de arbitraje comprendidos dentro del alcance del artículo II⁹.

6. Con ese espíritu, el Tribunal Superior de Delhi sostuvo que el artículo II no parecía contener ninguna “limitación o impedimento expreso o implícito que prevea únicamente el reconocimiento y la ejecución de aquellos acuerdos de arbitraje que puedan dar lugar a que se dicten laudos extranjeros. No puede darse tal interpretación a dicho artículo, ya que ello sería contrario al espíritu y la esencia de la Convención”. En conclusión, el tribunal entendió que “la Convención de Nueva York se aplicaba a los acuerdos de arbitraje que tuviesen un elemento o sabor extranjero relacionado con el comercio internacional, aunque dicho acuerdo no diera lugar a que se dictara un laudo extranjero (...)”¹⁰. El mismo criterio ha sido

Shipping Company SA, Tribunal Federal, Suiza, 16 de enero de 1995; Tribunal Federal, Suiza, 21 de marzo de 1995, 5C.215/1994/lit; Tribunal Federal, Suiza, 25 de octubre de 2010, 4 A 279/2010; *X v. Y*, Tribunal Federal, Suiza, 9 de enero de 2008, 4A_436/2007.

⁶ Reinmar Wolff, *Commentary on Article II*, en NEW YORK CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS — COMMENTARY 85, págs. 99 a 104 (R. Wolff ed., 2012); ICCA’S GUIDE TO THE INTERPRETATION OF THE 1958 NEW YORK CONVENTION: A HANDBOOK FOR JUDGES (P. Sanders ed., 2011), pág. 19; Jean-François Poudret, Gabriel Cottier, *Remarques sur l’application de l’Article II de la Convention de New York*, 1995 ASA BULL. 383, pág. 384.

⁷ Eugenio Minoli, *L’Italie et la Convention de New York pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères*, en INTERNATIONAL ARBITRATION LIBER AMICORUM FOR MARTIN DOMKE 199, pág. 203 (P. Sanders ed., 1967). Véase también Labor preparatoria, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, Acta resumida de la 21ª sesión, E/CONF.26/SR.21, pág. 14, observaciones del representante de Noruega, según el cual era fundamental formular “una reserva en el sentido de que la Convención se aplicaría a las controversias de carácter internacional”, y del representante de Italia, quien señaló que “su propuesta apuntaba a asegurar que la Convención no se aplicara a las controversias que no fuesen internacionales”.

⁸ Frédéric-Edouard Klein, *Autonomie de la volonté et arbitrage (suite et fin)*, 1958 R.C.D.I.P. 479, pág. 491.

⁹ Véase, por ejemplo, Philippe Fouchard, *La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l’application de la Convention de New York*, 1990 REV. ARB. 571, quien argumentó que como Francia había retirado la reserva relativa al carácter comercial, el artículo II se aplicaba a todos los acuerdos de arbitraje.

¹⁰ *Gas Authority of India Ltd. v. SPIE-CAPAG SA and ors*, Tribunal Superior de Delhi, India, 15 de octubre de 1993, Juicio núm. 1440; IA núm. 5206.

aplicado por algunos tribunales de los Estados Unidos conforme a la Ley Federal de Arbitraje y la Convención de Nueva York¹¹. De manera similar, los tribunales franceses han adoptado la posición de que la Convención debería aplicarse a toda impugnación de la existencia o validez de un acuerdo de arbitraje, y que la redacción del artículo I no restringe en modo alguno esa posibilidad¹².

7. El artículo II rige la forma y los efectos de los acuerdos de arbitraje. El artículo II 1) impone a cada uno de los Estados Contratantes la obligación de reconocer el “acuerdo por escrito” conforme al cual las partes se obliguen a someter sus diferencias a arbitraje. Esta disposición se ha interpretado en el sentido de que establece la presunción de que los acuerdos de arbitraje son válidos¹³. El artículo II 2), que rige la forma de los “acuerdos por escrito”, se refiere a los acuerdos que han sido “firmados por las partes o [que están] contenidos en un canje de cartas o telegramas”.

8. Con el fin de asegurar que se cumplan los acuerdos de arbitraje, el artículo II 3) exige que los tribunales nacionales a los que se someta un litigio comprendido en un acuerdo de arbitraje remitan a las partes al arbitraje, “a menos que compruebe[n] que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”. El principio subyacente de que las partes que han celebrado un acuerdo de arbitraje deben cumplir su obligación de someter a arbitraje cualquier litigio comprendido en dicho acuerdo se pone en práctica exigiendo a los tribunales nacionales que remitan a las partes al arbitraje cuando se les presenta un acuerdo de arbitraje válido. De esto se deduce que los tribunales nacionales tienen prohibido examinar los aspectos de fondo de dichas controversias. En virtud del principio de “competencia de la competencia”, que faculta a los árbitros a decidir sobre su propia competencia, la impugnación de la existencia o la validez de un acuerdo de arbitraje no impide a un tribunal arbitral seguir adelante con el arbitraje¹⁴.

9. Al aceptar el principio de “competencia de la competencia”, los tribunales nacionales no renuncian a su potestad de examinar la existencia y la validez de un acuerdo de arbitraje cuando recuperan la facultad de analizar íntegramente dicho acuerdo al final del proceso arbitral, una vez que el tribunal arbitral ha dictado el laudo. El interrogante que se plantea es si, en la etapa anterior al laudo, al cumplir su obligación de remitir a las partes al arbitraje de conformidad con el artículo II 3), los tribunales nacionales pueden realizar un examen completo o limitado del acuerdo de arbitraje para determinar si existe como tal y es válido. En algunas jurisdicciones, los tribunales han limitado su examen a una revisión *prima facie*,

¹¹ *Fred Freudensprung v. Offshore Technical Services, Inc., et al.*, Tribunal de Apelaciones, Quinto Circuito, Estados Unidos de América, 9 de agosto de 2004, 03-20226.

¹² *Société Bomar Oil N.V. v. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, Tribunal de Apelaciones de Versailles, Francia, 23 de enero de 1991, sentencia confirmada por *Société Bomar Oil N.V. v. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, Tribunal de Casación, Francia, 9 de noviembre de 1993, 91-15.194.

¹³ ALBERT JAN VAN DEN BERG, *THE NEW YORK ARBITRATION CONVENTION OF 1958: TOWARDS A UNIFORM JUDICIAL INTERPRETATION* (1981), pág. 156; *ICCA'S GUIDE*, *supra* nota 6, pág. 37.

¹⁴ PHILIPPE FOUCHARD, *L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL* (1965), párr. 203; Antonias Dimolitsa, *Separability and Kompetenz-Kompetenz*, en *ICCA CONGRESS SERIES NO. 9, IMPROVING THE EFFICIENCY OF ARBITRATION AND AWARDS: 40 YEARS OF APPLICATION OF THE NEW YORK CONVENTION 217* (A.J. van den Berg ed., 1999).

permitiendo así que sean los árbitros los primeros en decidir la cuestión relativa a su competencia. Este principio, al que a veces se alude con el nombre de “efecto negativo de la competencia de la competencia”, da prioridad a los árbitros para determinar su propia competencia, mientras que los tribunales conservan la potestad de realizar un examen completo de la existencia, la validez y el alcance del acuerdo de arbitraje al final del proceso arbitral¹⁵. En otras jurisdicciones, los tribunales hacen un examen completo de la existencia, la validez y el alcance del acuerdo de arbitraje a fin de determinar si deben remitir a las partes al arbitraje.

10. Por lo tanto, el criterio que deben aplicar los tribunales para determinar si un acuerdo es “nulo, ineficaz o inaplicable” cuando deciden si remitirán a las partes al arbitraje sigue siendo objeto de debate¹⁶.

ANÁLISIS ARTÍCULO II 1)

A. La obligación de reconocer un acuerdo por escrito

11. En el artículo II 1) se establece que, cuando se cumplen determinadas condiciones, cada uno de los Estados Contratantes “reconocerá” (en inglés “*shall recognize*”) el acuerdo por escrito de someter una diferencia a arbitraje.

12. La obligación de reconocer los “acuerdos por escrito” es ampliamente aceptada por los tribunales nacionales. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que el término imperativo “*shall*” utilizado en el artículo II 1) no da a los tribunales la posibilidad de actuar según su criterio, ya que deben reconocer el acuerdo de arbitraje de conformidad con las claras disposiciones de la Ley Federal de Arbitraje y la Convención de Nueva York¹⁷. De manera similar, el Tribunal Federal de Suiza ha interpretado el artículo II en el sentido de que obliga a los Estados Contratantes a reconocer la validez y los efectos de los acuerdos de arbitraje¹⁸. En la mayoría de las jurisdicciones se han dictado sentencias que confirman el carácter obligatorio de la exigencia de reconocer y hacer cumplir los acuerdos de arbitraje¹⁹.

¹⁵ Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, *Prima Facie Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement*, N.Y.L.J. (diciembre de 2005), pág. 3; Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, *Article II*, en RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS: A GLOBAL COMMENTARY ON THE NEW YORK CONVENTION 37, págs. 95 y 96 (H. Kronke, P. Nacimiento, D. Otto, N.C. Port eds., 2010).

¹⁶ Véase un análisis detallado en *infra* [A/CN.9/814, Add.2], párrs. 79 a 99.

¹⁷ *Scherk v. Alberto-Culver Company*, Corte Suprema, Estados Unidos de América, 17 de junio de 1974, 73-781. Véase también: *Lindo (Nicaragua) v. NCL (Bahamas), Ltd.*, Tribunal de Apelaciones, Undécimo Circuito, Estados Unidos de América, 29 de agosto de 2011, 10-10367; *Ernesto Francisco v. Stolt Achievement MT*, Tribunal de Apelaciones, Quinto Circuito, Estados Unidos de América, 4 de junio de 2002, 01-30694.

¹⁸ *Tradax Export SA v. Amoco Iran Oil Company*, Tribunal Federal, Suiza, 7 de febrero de 1984.

¹⁹ Australia: *Seeley International Pty Ltd. v. Electra Air*, Tribunal Federal, Australia, 29 de enero de 2008, SAD 157 de 2007; Colombia: *Sunward Overseas SA v. Servicios Marítimos Limitada Semar*, Corte Suprema de Justicia de Colombia, 20 de noviembre de 1992, 472; Francia: *SA C.F.T.E. v. Jacques Dechavanne*, Tribunal de Apelaciones de Grenoble, Francia, 13 de septiembre de 1993; Hong Kong: *Westco Airconditioning Ltd. v. Sui Chong Construction & Engineering Co Ltd.*, Tribunal de Primera Instancia, Tribunal Superior de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, Hong Kong, 3 de febrero de 1998, A12848; India:

B. Significado de “acuerdo”

13. El artículo II 1) se refiere a los acuerdos o compromisos arbitrales. A los efectos de decidir si harán cumplir o no un acuerdo de arbitraje, los tribunales tienen en cuenta el consentimiento de las partes para determinar si han acordado someter a arbitraje la controversia en cuestión.

14. La tarea que realiza un tribunal para determinar la existencia de un acuerdo de arbitraje ha sido definida de la siguiente manera por la Corte Suprema de los Estados Unidos, conforme a las disposiciones tanto de la Ley Federal de Arbitraje como de la Convención de Nueva York: “lo primero que debe hacer un tribunal cuando se le pide que ordene que una controversia se someta a arbitraje es determinar si las partes han acordado recurrir al arbitraje” para solucionar esa controversia²⁰. Como lo ha confirmado un tribunal australiano, el consentimiento debe evaluarse caso por caso²¹.

15. La jurisprudencia publicada de varias jurisdicciones que aplican la Convención²² muestra que los tribunales remiten a las partes al arbitraje conforme al artículo II 3) cuando han llegado a la conclusión de que estas consintieron en el arbitraje. Se ha determinado que ha habido consentimiento para el arbitraje en muy diversas situaciones, entre ellas cuando las partes: i) participaron en la negociación del contrato; ii) participaron en la ejecución del contrato; iii) participaron tanto en la negociación como en la ejecución del contrato; iv) tenían conocimiento del acuerdo de arbitraje, o v) participaron en las actuaciones arbitrales sin oponer excepciones a la competencia del tribunal arbitral.

16. *En primer lugar*, un tribunal de los Estados Unidos sostuvo que la participación en la negociación del contrato que contenía la cláusula compromisoria mediante un canje de documentos era una prueba del consentimiento de las partes para someter a arbitraje cualquier discrepancia que surgiera a raíz de ese contrato, cumpliéndose así los requisitos previstos en el artículo II²³. Al dictar su resolución, el tribunal señaló que la parte había estampado su sello en el documento del asegurador, lo que constituía una prueba más del consentimiento.

Renusagar Power Co Ltd. v. General Electric Company and anor., Tribunal Supremo, India, 16 de agosto de 1984; Italia: *Louis Dreyfus Corporation of New York v. Oriana Soc. di Navigazione S.p.a.*, Tribunal de Casación, Italia, 27 de febrero de 1970, 470, I Y.B. COM. ARB. 189 (1976).

²⁰ *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth*, Corte Suprema, Estados Unidos de América, 2 de julio de 1985, 3-1569.

²¹ *ACD Tridon v. Tridon Australia*, Corte Suprema de Nueva Gales del Sur, Australia, 4 de octubre de 2002, 5738 de 2001. Véase también: *Moscow Dynamo v. Alexander M. Ovechkin*, Tribunal de Distrito, Distrito de Columbia, Estados Unidos de América, 18 de enero de 2006, 05-2245 (EGS), en el cual el Tribunal del Distrito de Columbia de los Estados Unidos rechazó la aplicación de la presunta cláusula compromisoria al no haber podido encontrar “*fundamentos de hecho o de derecho que respaldaran [el] argumento de que podía encontrarse un acuerdo de arbitraje por escrito en ausencia de un canje de documentos escritos que demostrara que ambas partes habían acordado someter sus diferencias a arbitraje*”.

²² Este estudio se basó en más de 350 sentencias de Alemania, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Colombia, Egipto, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Hong Kong, India, Italia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suiza y Venezuela. Dichas sentencias pueden encontrarse en Internet, en www.newyorkconvention1958.org.

²³ *Chloe Z Fishing Co. Inc., et al. v. Odyssey Re (London) Ltd., formerly known as Sphere Drake Insurance, P.L.C., et al.*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de California, Estados Unidos de América, 26 de abril de 2000, 109 F.Supp.2d 1236 (2000).

17. *En segundo lugar*, se han encontrado pruebas del consentimiento en la conducta desplegada por las partes durante la ejecución del contrato. En situaciones en que una parte no firma el contrato o no envía una confirmación por escrito, pero de todos modos cumple sus obligaciones, muchos tribunales han sostenido que esa conducta equivale a una aceptación tácita de las condiciones estipuladas en el contrato, incluido el acuerdo de arbitraje²⁴. Por ejemplo, la Corte Suprema de la India hizo lugar a la ejecución de un laudo arbitral a pesar de que el acuerdo de arbitraje no había sido firmado ni figuraba en un canje de documentos. La Corte sostuvo que la conducta de la parte, en particular la apertura por esta de las cartas de crédito relacionadas con el contrato y su invocación de la cláusula de fuerza mayor prevista en el contrato, demostraba la aceptación de las condiciones estipuladas en el contrato escrito, incluida la cláusula compromisoria²⁵. Siguiendo el mismo razonamiento, pero aplicando la legislación francesa sobre la norma del “derecho más favorable”²⁶, un tribunal francés ratificó un acuerdo de arbitraje contenido en una reserva de flete argumentando que las partes habían dado cumplimiento a esa reserva. El tribunal sostuvo que, dado que las partes tenían conocimiento de la reserva de flete, que constituía la única “convergencia de opiniones” entre ellas, estaban obligadas por el acuerdo de arbitraje contenido en dicha reserva²⁷.

18. *En tercer lugar*, cuando una parte que no firmó el contrato que contiene el acuerdo de arbitraje pero a pesar de ello participó en la negociación de ese contrato y cumplió las obligaciones establecidas en él, algunos tribunales han remitido a esa parte no signataria al arbitraje. En un caso en que se presentó una demanda de anulación de un laudo arbitral, pero en el que se planteó la cuestión del carácter vinculante de un acuerdo de arbitraje respecto de una parte no signataria, el Tribunal de Apelaciones de París confirmó que la sociedad matriz que había participado en la negociación del contrato principal y había asumido las obligaciones estipuladas en él quedaba obligada por el acuerdo de arbitraje, aunque no fuera parte en el contrato principal²⁸. Sin embargo, este criterio no goza de aceptación universal. Por ejemplo,

²⁴ *Metropolitan Steel Corporation Ltd. v. Macsteel International U.K. Ltd.*, Tribunal Superior de Karachi, Pakistán, 7 de marzo de 2006, XXXII Y.B. COM. ARB. 449 (2007), págs. 451 y 452; *Standard Bent Glass Corp. v. Glassrobots OY [Fin.]*, Tribunal de Apelaciones, Tercer Circuito, Estados Unidos de América, 20 de junio de 2003, 02-2169; *Compagnie de Navigation et Transports SA v. MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Tribunal Federal, Suiza, 16 de enero de 1995; *Smita Conductors Ltd. v. Euro Alloys Ltd.*, Tribunal Supremo, India, 31 de agosto de 2001, Apelación Civil núm. 12930 de 1996. En la posición contraria: *Concordia Trading B.V. v. Nantong Gangde Oil Co., Ltd.*, Tribunal Popular Supremo, China, 3 de agosto de 2009, [2009] MinSiTaZi núm. 22.

²⁵ *Smita Conductors Ltd. v. Euro Alloys Ltd.*, Tribunal Supremo, India, 31 de agosto de 2001, Apelación Civil núm. 12930 de 1996.

²⁶ ALBERT JAN VAN DEN BERG, *THE NEW YORK ARBITRATION CONVENTION OF 1958: TOWARDS A UNIFORM JUDICIAL INTERPRETATION* (1981), pág. 81; Emmanuel Gaillard, *The Relationship of the New York Convention with other Treaties and with Domestic Law*, en *ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS: THE NEW YORK CONVENTION IN PRACTICE* 69, pág. 70 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008).

²⁷ *SA Groupama transports v. Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, Tribunal de Apelaciones de Basse Terre, Francia, 18 de abril de 2005.

²⁸ *Société Kis Francia et autres v. Société Générale et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, Francia, 31 de octubre de 1989, 1992 REV. ARB. 90. Siguiendo un razonamiento similar, concluyó que el Gobierno de Turkmenistán había actuado como el “alter ego” de [una entidad estatal] en relación con esa Empresa Mixta con [el demandante en el arbitraje]”: *Bridas*

en el caso *Dallah*, la Corte Suprema inglesa, basándose en la Convención de Nueva York, no hizo lugar al pedido de autorización de una parte para ejecutar un laudo dictado contra la República Islámica del Pakistán, aduciendo que no había pruebas de que ambas partes hubiesen tenido la intención de añadir al Gobierno del Pakistán como parte en el contrato principal, a pesar de su participación en las negociaciones y en el cumplimiento de algunas obligaciones estipuladas en dicho contrato²⁹.

19. *En cuarto lugar*, también se ha determinado que hubo consentimiento en ciertas situaciones en las que una parte conocía la existencia del acuerdo de arbitraje. Por ejemplo, cuando el acuerdo de arbitraje figura impreso al dorso del contrato (o está incluido en los términos y condiciones generales impresos al dorso del contrato), se considera que las partes tomaron conocimiento del acuerdo de arbitraje ya que tuvieron la oportunidad de examinarlo³⁰. En este sentido, en una controversia en que el acuerdo de arbitraje figuraba en un documento distinto del contrato principal, el Tribunal de Casación italiano señaló que, para determinar si las partes habían consentido en el acuerdo de arbitraje, era necesario que se hubiesen enterado de la existencia de dicho acuerdo mediante una referencia específica al acuerdo de arbitraje contenida en el contrato principal (“*per relationem perfecta*”)³¹.

20. En algunas jurisdicciones se considera que las partes están enteradas del acuerdo de arbitraje cuando, con independencia de si tienen efectivamente conocimiento de él, es razonable suponer que saben de su existencia. En esos casos, los tribunales ordenan la ejecución de los acuerdos de arbitraje cuando las partes están o deberían haber estado en conocimiento de esos acuerdos. Por ejemplo, el Tribunal de Casación italiano reconoce actualmente que, cuando las partes son empresarios profesionales que deberían de conocer el contenido de los términos y condiciones generales que se estipulan en su esfera de actividades, una referencia genérica a dichos términos y condiciones (“*per relationem imperfecta*”) basta para que se cumpla el requisito exigido por el artículo II de la Convención³². Los tribunales alemanes también admiten que el consentimiento puede inferirse de los usos pertinentes del comercio internacional cuando el contrato es típico del sector económico de que se trate y las partes desarrollan sus actividades en esa esfera de negocios³³.

21. Algunos tribunales también han concluido que las partes están obligadas por un acuerdo de arbitraje incorporado al contrato mediante una referencia, alegando

S.A.P.I.C., Bidas Energy International, Ltd., Intercontinental Oil and Gas Ventures, Ltd., and Bidas Corp v. Government of Turkmenistan, Tribunal de Apelaciones, Quinto Circuito, Estados Unidos de América, 21 de abril de 2006, 04-20842.

²⁹ *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, Corte Suprema, Inglaterra y Gales, 3 de noviembre de 2010, UKSC 2009/0165.

Véase también la decisión contraria del Tribunal de Apelaciones de París, Francia, en el mismo asunto: *Gouvernement du Pakistan — Ministère des affaires religieuses v. société Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*, Tribunal de Apelaciones de París, Francia, 17 de febrero de 2011, 09/28533, 09/28535 and 09/28541, 2011 REV. ARB. 286.

³⁰ Tribunal de Apelaciones del Cantón de Basilea-Landschaft, Suiza, 5 de julio de 1994, 30-94/261; *Bobbie Brooks Inc. v. Lanificio Walter Banci s.a.s.*, Tribunal de Apelaciones de Florencia, Italia, 8 de octubre de 1977, IV Y.B. COM. ARB. 289 (1979), pág. 291.

³¹ *Louis Dreyfus S.p.A. v. Cereal Mangimi S.r.l.*, Tribunal de Casación, Italia, 19 de mayo de 2009, 11529.

³² *Del Medico & C. SAS v. Iberprotein SL*, Tribunal de Casación, Italia, 16 de junio de 2011, 13231.

³³ Bundesgerichtshof [BGH], Alemania, 3 de diciembre de 1992, III ZR 30/91.

que las partes tendrían que haber conocido las condiciones del acuerdo. De hecho, es muy común en el comercio internacional que las partes no describan en detalle los términos de sus contratos sino que hagan referencia a documentos separados, como las condiciones generales y los formularios tipo de contratos preparados por entidades profesionales, que pueden contener acuerdos de arbitraje³⁴. Algunos tribunales han aceptado que, cuando las partes hacen referencia en sus contratos a los términos y condiciones generales, están dando su consentimiento para el acuerdo de arbitraje mencionado en ellos, porque es razonable suponer que han tenido conocimiento de dicho acuerdo³⁵. En efecto, como lo señaló un tribunal de la India, el artículo II no especifica que el acuerdo de arbitraje deba estar contenido en un solo documento³⁶. Por lo tanto, en un caso en que era aplicable la Convención, un tribunal de los Estados Unidos confirmó un acuerdo de arbitraje contenido en los términos y condiciones generales, alegando que las partes habían consentido tácitamente en los términos y condiciones generales a que se refería el contrato, a pesar de que el demandante nunca los había tenido en su poder. El tribunal argumentó que el hecho de no pedir los términos y condiciones mencionados en un contrato equivalía a aceptar tácitamente esas condiciones, incluido el acuerdo de arbitraje³⁷. En el mismo sentido, en el caso *Bomar*, un tribunal francés, invocando como fundamento tanto la Convención como la legislación francesa, sostuvo que un acuerdo de arbitraje contenido en un documento mencionado en el contrato principal debía ejecutarse en la medida en que pudiera demostrarse que las partes habían o debían haber tomado conocimiento de dicho acuerdo³⁸. Algunos tribunales han ratificado así acuerdos de arbitraje contenidos en las condiciones generales mencionadas en el contrato principal³⁹. En igual sentido, en una controversia

³⁴ Domenico Di Pietro, *Validity of Arbitration Clauses Incorporated by Reference*, en ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS — THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE, pág. 355 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008).

³⁵ *Owners & Parties Interested in the Vessel M.V. Baltic Confidence, et al. v. State Trading Corp. of India, et al. (India)*, Tribunal Supremo, India, 20 de agosto de 2001, Petición de Autorización Especial (civil) 17183 de 2001; *Tradax Export SA v. Amoco Iran Oil Company*, Tribunal Federal, Suiza, 7 de febrero de 1984; *X S.A. v. Y Ltd.*, Tribunal Federal, Suiza, 12 de enero de 1989, 5P.249/1988.

³⁶ *Gas Authority of India Ltd. v. SPIE-CAPAG SA and ors*, Tribunal Superior de Delhi, India, 15 de octubre de 1993, Juicio núm. 1440; IA núm. 5206.

³⁷ *Copape Produtos de Pétroleo LTDA. v. Glencore LTD.*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de Nueva York, Estados Unidos de América, 8 de febrero de 2012, 11 Civ. 5744 LAK.

³⁸ *Société Bomar Oil N.V. v. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, Tribunal de Apelaciones de Versailles, Francia, 23 de enero de 1991, sentencia confirmada por *Société Bomar Oil N.V. v. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, Tribunal de Casación, Francia, 9 de noviembre de 1993, 91-15.194. Véase también *SA Groupama transports v. Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, Tribunal de Apelaciones de Basse Terre, Francia, 18 de abril de 2005.

³⁹ *Del Medico & C. SAS v. Iberprotein SI*, Tribunal de Casación, Italia, 16 de junio de 2011, 13231; *Copape Produtos de Pétroleo LTDA. v. Glencore LTD.*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de Nueva York, Estados Unidos de América, 8 de febrero de 2012, 11 Civ. 5744 LAK; *Standard Bent Glass Corp. v. Glassrobots OY [Fin.]*, Tribunal de Apelaciones, Tercer Circuito, Estados Unidos de América, 20 de junio de 2003, 02-2169; *SA Groupama transports v. Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, Tribunal de Casación, Francia, 21 de noviembre de 2006, 05-21.818; Tribunal de Apelaciones del Cantón de Basilea-Landschaft, Suiza, 5 de julio de 1994, 30-94/261; Oberlandesgericht [OLG] Colonia, Alemania, 16 de diciembre de 1992, XXI Y.B. COM. ARB. 535 (1996).

planteada en relación con un conocimiento de embarque en el que se hacía referencia expresa a un contrato de fletamento, la Corte Suprema de la India ratificó un acuerdo de arbitraje contenido en el contrato de fletamento⁴⁰. Confirmando este criterio, el artículo 7, párrafo 6 (Opción I) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional establece expresamente que la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito⁴¹.

22. *En quinto lugar*, los tribunales han tenido en cuenta la conducta procesal de las partes para deducir el consentimiento de estas para someter sus diferencias a arbitraje. En consecuencia, se ha sostenido que la participación en las actuaciones arbitrales sin oponer excepciones a la competencia del tribunal arbitral demuestra que las partes han acordado recurrir al arbitraje⁴². Por ejemplo, tras determinar que un acuerdo de arbitraje no firmado no cumplía los requisitos exigidos por el artículo II 2), el Tribunal Superior de Justicia del Brasil hizo lugar de todos modos a la ejecución de un laudo dictado con arreglo a ese acuerdo de arbitraje, fundando su decisión en que las partes habían aceptado la competencia del tribunal arbitral al participar en las actuaciones arbitrales sin oponer excepciones a la competencia del tribunal⁴³. De manera similar, un tribunal australiano dispuso la ejecución de un laudo arbitral sobre el pago de costas procesales dictado con el auspicio de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en París, en el que el tribunal arbitral había decidido que no tenía competencia porque el acuerdo de arbitraje era nulo. El tribunal australiano sostuvo que, al firmar los Términos de Referencia, las partes habían consentido en someter sus diferencias a arbitraje⁴⁴.

23. El papel fundamental que asignan los tribunales al consentimiento de las partes para el arbitraje es congruente con la filosofía de la Convención de que se debe aportar “prueba suficiente del acuerdo”⁴⁵. Los comentaristas han destacado la

⁴⁰ *Owners & Parties Interested in the Vessel M.V. Baltic Confidence, et al. v. State Trading Corp. of India, et al. (India)*, Tribunal Supremo, India, 20 de agosto de 2001, Petición de Autorización Especial (civil) 17183 de 2001. Véase también: *Tradax Export SA v. Amoco Iran Oil Company*, Tribunal Federal, Suiza, 7 de febrero de 1984; *Welex A.G. v. Rosa Maritime Ltd.*, Tribunal de Apelaciones, Inglaterra y Gales, 3 de julio de 2003, A3/02/2230 A3/02/2231.

⁴¹ Artículo 7, párrafo 6 (Opción I) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (con las enmiendas aprobadas en 2006).

⁴² *CTA Lind & Co. Scandinavia AB in Liquidation's bankruptcy Estate v. Erik Lind*, Tribunal de Distrito, Distrito de la Región Media de la Florida, División de Tampa, Estados Unidos de América, 7 de abril de 2009, 8:08-cv-1380-T-30TGW; *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, Tribunal Superior, Corte Suprema de Hong Kong, Hong Kong, 13 de julio de 1994, 1992 núm. MP 2411; *Oberlandesgericht [OLG] Schleswig, Alemania*, 30 de marzo de 2000, 16 SchH 05/99.

⁴³ *L'Aiglon S/A v. Têxtil União S/A*, Tribunal Superior de Justicia, Brasil, 18 de mayo de 2005, SEC 856.

⁴⁴ *Commonwealth Development Corp v. Montague*, Corte Suprema de Queensland, Australia, 27 de junio de 2000, Apelación núm. 8159 de 1999; DC núm. 29 de 1999.

⁴⁵ Labor preparatoria, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, Observaciones de gobiernos y organizaciones sobre el proyecto de Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Observaciones del Reino Unido, E/2822/Add.4, anexo I, pág. 5.

importancia de la intención de las partes y de la existencia de una “convergencia de opiniones”⁴⁶.

C. Alcance del “acuerdo por escrito”

24. El artículo II 1) exige que los tribunales nacionales reconozcan los acuerdos por escrito conforme a los cuales las partes se hayan obligado a someter a arbitraje todas las “diferencias” que surjan respecto de una determinada relación jurídica y que puedan resolverse mediante arbitraje.

a. Significado de “diferencias”

25. El artículo II 1) se refiere al compromiso que asumen las partes de someter a arbitraje “todas las diferencias o ciertas diferencias” que hayan surgido o puedan surgir entre ellas y que estén comprendidas en el acuerdo que han celebrado.

26. Se han publicado muy pocos casos en los que se haya abordado esta cuestión y en todos ellos se hizo una interpretación amplia del término “diferencias”, en consonancia con la postura favorable al arbitraje que muestra la Convención.

27. Al interpretar la palabra “diferencias”, el Tribunal Superior de Hong Kong ha sostenido que se debe remitir a las partes al arbitraje aunque el objeto de la controversia sea la propia existencia de esa controversia⁴⁷. El tribunal concluyó que la existencia o ausencia de una controversia era algo que debía determinar el tribunal arbitral. La Corte Suprema de Australia se basó en las palabras “todas [las diferencias] o ciertas [diferencias]”, que figuran en el artículo II 1), para sostener que el artículo II 1) debía interpretarse en sentido amplio⁴⁸. De manera similar, el Tribunal de Apelaciones inglés sostuvo, en el caso *Fiona Trust*, que a menos que en el texto se estableciera claramente lo contrario, las cláusulas compromisorias debían interpretarse en el sentido más amplio posible, ya que lo más probable era que las partes, como empresarios racionales, hubiesen tenido la intención de que cualquier diferencia que emanara de la relación que habían acordado crear entre ellas fuera resuelta por el mismo tribunal⁴⁹.

b. “Relación jurídica determinada”

28. El requisito establecido en el artículo II 1), de que la diferencia haya surgido “respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”, es muy amplio y ha sido cuestionado solamente en raras ocasiones en la jurisprudencia.

⁴⁶ REINMAR WOLFF, *THE NEW YORK CONVENTION*, *supra* nota 6, págs. 128 a 132; ICCA’S GUIDE, *supra* nota 6, pág. 45.

⁴⁷ *Guangdong Agriculture Ltd. v. Conagra International Far East Company Ltd.*, Tribunal Superior, Corte Suprema de Hong Kong, Hong Kong, 24 de septiembre de 1992, HCA003032/1992.

⁴⁸ *Seeley International Pty Ltd. v. Electra Air*, Tribunal Federal, Australia, 29 de enero de 2008, SAD 157 de 2007.

⁴⁹ *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov*, Tribunal de Apelaciones, Inglaterra y Gales, 24 de enero de 2007, 2006 2353 A3 QBCMF, sentencia confirmada por *Fili Shipping Co. Ltd. and others v. Premium Nafta Products Ltd. and others*, Cámara de los Lores, Inglaterra y Gales, 17 de octubre de 2007.

29. La Corte Suprema del Canadá, basándose en el texto del artículo II, ha sostenido que una reclamación extracontractual puede quedar comprendida en el ámbito de aplicación de un acuerdo de arbitraje cuando se refiere a obligaciones contractuales⁵⁰.

c. “Asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”

30. La exigencia de que el litigio guarde relación con un “asunto que pueda ser resuelto por arbitraje” se refiere a la arbitrabilidad de la controversia⁵¹. Dado que la Convención de Nueva York no ofrece orientación a este respecto, los tribunales nacionales han decidido si un determinado asunto puede resolverse mediante arbitraje ya sea remitiéndose al derecho aplicable al acuerdo de arbitraje o a su propio ordenamiento jurídico.

31. Algunos tribunales han determinado que esta cuestión debería resolverse de conformidad con la ley aplicable al acuerdo de arbitraje. Para tomar esta decisión, se han remitido a la norma sobre conflictos de leyes que figura en el artículo V 1) a) de la Convención, es decir, “la ley a que las partes ... han sometido [el acuerdo de arbitraje], o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”⁵². Por analogía, los tribunales han interpretado que la expresión “en que se haya dictado la sentencia” significa “en que se dictará la sentencia”, es decir, haciendo referencia a la sede del arbitraje. Los tribunales suizos y austríacos han aplicado este criterio⁵³.

32. Otros tribunales han evaluado si una controversia es susceptible de resolverse mediante arbitraje de acuerdo con su propio ordenamiento jurídico. En esa evaluación, los tribunales han aplicado tres enfoques distintos para llegar a la conclusión de que debería aplicarse la *lex fori* a fin de determinar si una controversia puede resolverse por arbitraje.

33. *En primer lugar*, varios tribunales han invocado el artículo V 2) a) de la Convención, que establece que para determinar si el objeto de una diferencia es susceptible de solución por vía de arbitraje se debe tener en cuenta la ley del país donde se pide el reconocimiento y la ejecución. Por analogía, el Tribunal de Casación italiano sostuvo que debía aplicarse la *lex fori*, es decir, la ley del Estado del tribunal que

⁵⁰ *Kaverit Steel and Crane v. Kone Corp.*, Court of Queen’s Bench (Tribunal Superior) de Alberta, Canadá, 14 de mayo de 1991, AJN° 450 y *Kaverit Steel v. Kone Corp.*, Tribunal de Apelaciones de Alberta, Canadá, 16 de enero de 1992, ABCA 7.

⁵¹ Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, *Article II, supra* nota 15, 96-73; Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958: An Overview*, en ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS — THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 39, pág. 53 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008); Jan Paulsson, *Arbitrability, Still Through a Glass Darkly*, en ARBITRATION IN THE NEXT DECADE — 1999 SPECIAL SUPPLEMENT 95, pág. 96 (ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION BULLETIN, 1999).

⁵² *Misr Insurance Company v. Alexandria Shipping Agencies Company*, Tribunal de Casación, Egipto, 23 de diciembre de 1991, 547/51 (traducción no oficial).

⁵³ Tribunal Federal, Suiza, 21 de marzo de 1995, 5C.215/1994/lit; Corte Suprema, Austria, 17 de noviembre de 1971, I Y.B. COM. ARB. 183 (1976).

entendía en el asunto, para determinar si un litigio podía resolverse mediante arbitraje⁵⁴. Los tribunales belgas han aplicado el mismo criterio⁵⁵.

34. *En segundo lugar*, al evaluar si una controversia puede resolverse mediante arbitraje y por ende decidir si corresponde remitir a las partes al arbitraje conforme al artículo II 3), algunos tribunales de los Estados Unidos han aplicado la Ley Federal de Arbitraje, es decir, la *lex fori*, pero sin hacer referencia al artículo V 2) a)⁵⁶. En consecuencia, los tribunales estadounidenses han reconocido que las controversias planteadas a raíz de una Ley son susceptibles de solución mediante arbitraje con arreglo a la Convención. Por ejemplo, se ha entendido que las controversias relacionadas con la Ley Shearman de defensa de la competencia⁵⁷, la Ley de Títulos Valores y la Ley de Cambios⁵⁸, la Ley Jones sobre el empleo⁵⁹ y la legislación en materia de quiebra⁶⁰ son susceptibles de solución por vía de arbitraje. Algunos tribunales estadounidenses también han aceptado que las controversias derivadas de contratos de trabajo⁶¹ y de distribución⁶² puedan resolverse mediante arbitraje⁶³.

35. *En tercer lugar*, algunos tribunales franceses han rechazado la aplicación de una ley nacional en particular para determinar si una controversia es o no susceptible de solución por vía de arbitraje. El Tribunal de Apelaciones de París, basándose en el artículo VII de la Convención, sostuvo que eran aplicables los principios franceses por ser más favorables que el artículo II. Sostuvo además que el principio de la validez de los acuerdos de arbitraje internacionales, que es una “norma sustantiva del derecho internacional francés en materia de arbitraje”, establece la validez de cualquier cláusula compromisoria “con independencia de que

⁵⁴ *Compagnia Generale Costruzioni 'COGECO' S.p.A. v. Piersanti*, Tribunal de Casación, Italia, 27 de abril de 1979, XVI Y.B. COM. ARB. 229 (1996).

⁵⁵ *Colvi N.V. v. Interdica*, Corte Suprema, Bélgica, 15 de octubre de 2004, C.02.0216.N.

⁵⁶ *Scherk v. Alberto-Culver Company*, Corte Suprema, Estados Unidos de América, 17 de junio de 1974, 73-781; *Rhone Mediterranee Compagnia Franciase v. Lauro*, Tribunal de Apelaciones, Tercer Circuito, Estados Unidos de América, 6 de julio de 1983, 82-3523.

⁵⁷ *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth*, Corte Suprema, Estados Unidos de América, 2 de julio de 1985, 3-1569.

⁵⁸ *Scherk v. Alberto-Culver Company*, Corte Suprema, Estados Unidos de América, 17 de junio de 1974, 73-781.

⁵⁹ *Lindo v. NCL, Ltd.*, Tribunal de Apelaciones, Undécimo Circuito, Estados Unidos de América, 29 de agosto de 2011, 10-10367.

⁶⁰ *Société Nationale Algérienne Pour La Recherche, La Production and others v. Distrigas Corp.*, Tribunal de Distrito, Distrito de Massachusetts, Estados Unidos de América, 17 de marzo de 1987, 86-2014-Y.

⁶¹ *Lindo v. NCL, Ltd.*, Tribunal de Apelaciones, Undécimo Circuito, Estados Unidos de América, 29 de agosto de 2011, 10-10367; *Jane Doe v. Princess Cruise Lines, LTD., a foreign corporation, d.b.a. Princess Cruises*, Tribunal de Apelaciones, Undécimo Circuito,

Estados Unidos de América, 23 de septiembre de 2011, 10-10809.

⁶² *Becker Autoradio U.S.A., Inc. v. Becker Autoradiowerk GmbH*, Tribunal de Apelaciones, Tercer Circuito, Estados Unidos de América, 17 de julio de 1978, 77-2566, 77-2567; *Travelport Global Distribution Systems B.V. v. Bellview Airlines Limited*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de Nueva York, Estados Unidos de América, 10 de septiembre de 2012, 12 Civ. 3483(DLC).

⁶³ Al hacerlo, los tribunales han evaluado si, en cada una de esas leyes, la intención del Congreso fue distinguir una categoría específica de controversias susceptibles de solución por vía de arbitraje: *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth*, Corte Suprema, Estados Unidos de América, 2 de julio de 1985, 437 U.S. 614. Véase, en un sentido más general, GARY B. BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (2009), págs. 769 y 778.

haga referencia o no a la legislación nacional”⁶⁴. El Tribunal de Apelaciones de París distinguió expresamente este principio de los artículos II y V de la Convención, “que exigen, en particular, que se aplique la legislación nacional para que la cláusula tenga validez”⁶⁵. Por ejemplo, un tribunal francés remitió a las partes al arbitraje sobre la base de un acuerdo de arbitraje contenido en un contrato de trabajo, a pesar del argumento del demandante de que las controversias laborales no eran susceptibles de resolverse mediante arbitraje. El tribunal señaló que debía aplicarse la Convención, ya que el contrato de trabajo era internacional y Francia había retirado su reserva relativa al carácter comercial⁶⁶.

ARTÍCULO II 2)

36. En el artículo II 2) se define el requisito de que el acuerdo conste “por escrito”. Un “acuerdo por escrito” denotará⁶⁷ “una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”.

37. Antes de que la CNUDMI abordara esta cuestión, los tribunales nacionales tenían opiniones divergentes en cuanto a si el principio de la norma más favorable consagrado en el artículo VII 1) de la Convención se aplicaba al requisito de que todo acuerdo de arbitraje constara “por escrito” en el sentido del artículo II. En 2006, la CNUDMI confirmó que el artículo VII 1) debía “aplicarse de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje”⁶⁸. Desde entonces, los tribunales nacionales han hecho cumplir los acuerdos de arbitraje de manera más sistemática, aplicando los requisitos formales menos estrictos previstos

⁶⁴ *Ste A.B.S. American Bureau of Shipping v. Copropriété Maritime Jules Verne et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, Francia, 4 de diciembre de 2002, 2001/17293, sentencia confirmada por *Copropriété Maritime Jules Verne et autres v. Société A.B.S. American bureau of shipping*, Tribunal de Casación, Francia, 7 de junio de 2006, 03-12.034.

⁶⁵ *Ste A.B.S. American Bureau of Shipping v. Copropriété Maritime Jules Verne et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, Francia, 4 de diciembre de 2002, 2001/17293.

⁶⁶ *SA C.F.T.E. v. Jacques Dechavanne*, Tribunal de Apelaciones de Grenoble, Francia, 13 de septiembre de 1993.

⁶⁷ En cuanto a la importancia de la palabra “denotará”, véase, más abajo [A/CN.9/814, Add.2], el párr. 53 y la nota 91.

⁶⁸ Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (2006), *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, Sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/61/17), párrs. 177 a 181 y anexo II, que puede consultarse en www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitraje/NY-conv/A2E.pdf. La Labor preparatoria de la Recomendación figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/56/17), párr. 313; *ibid.*, Quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/57/17), párr. 183; y en los documentos de las Naciones Unidas A/CN.9/468, párrs. 88 a 106; A/CN.9/485, párrs. 60 a 77; A/CN.9/487, párrs. 42 a 63; A/CN.9/508, párrs. 40 a 50; A/CN.9/592, párrs. 82 a 88; A/CN.9/WG.II/WP.118, párrs. 25 a 33; A/CN.9/607; y A/CN.9/609 y sus adiciones 1 a 6.

en sus tratados o leyes nacionales, como se establece en el artículo VII con respecto a los laudos arbitrales⁶⁹.

A. “Cláusula compromisoria incluida en un contrato” versus “compromiso”

38. La Convención establece que un “acuerdo por escrito” puede ser una “cláusula compromisoria incluida en un contrato” o un “compromiso”.

39. Se han encontrado ejemplos de “cláusulas compromisorias incluidas en un contrato” en el sentido del artículo II 2) cuando el compromiso o acuerdo de arbitraje luce impreso al dorso del contrato⁷⁰.

40. Con respecto al “compromiso” (compromiso arbitral o acuerdo de arbitraje), un tribunal australiano ha confirmado que los Términos de Referencia firmados en actuaciones arbitrales sustanciadas con el auspicio de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en Francia pueden considerarse un “compromiso” y un “acuerdo por escrito” en el sentido del artículo II 2)⁷¹. En ese caso, uno de los demandados en el proceso arbitral se había opuesto con éxito a la competencia del tribunal arbitral. El tribunal emitió entonces un laudo en el que dictaba condena en costas a favor de ese demandado, quien a su vez pidió la ejecución del laudo. El apelante se opuso a la ejecución alegando que el tribunal arbitral había concluido que no existía un acuerdo de arbitraje válido que obligara al demandado. La Corte Suprema de Queensland hizo lugar a la ejecución del laudo, por considerar que los Términos de Referencia firmados por las partes en el proceso arbitral constituían un “acuerdo por escrito” en el sentido del artículo II.

41. La distinción entre cláusula compromisoria incluida en un contrato y compromiso (o acuerdo de arbitraje), a veces denominado “acuerdo de sometimiento”⁷², ha dejado mayormente de ser pertinente en la práctica arbitral contemporánea. En una sentencia de 1994, el Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito de los Estados Unidos distinguió entre una cláusula compromisoria incluida en un contrato y un acuerdo de arbitraje. El Tribunal concluyó que, en el sentido de lo dispuesto en el artículo II 2), si bien era necesario que el primero estuviera firmado por las partes, no se aplicaba el mismo requisito respecto del segundo⁷³. Esta posición fue más tarde rechazada por el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, que sostuvo que el requisito de la firma previsto en

⁶⁹ En el comentario sobre el artículo VII, en los párrs. 31 a 35, figura un análisis más detallado de la interacción entre los artículos II y VII.

⁷⁰ Véase el párr. 19 *supra*. Véase también: Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG], Alemania, 17 de septiembre de 1998, BayObLG 4 Z Sch 1/98; Bundesgerichtshof [BGH], Alemania, 25 de mayo de 1970, VII ZR 157/68; Oberlandesgericht [OLG] Schleswig, Alemania, 30 de marzo de 2000, 16 SchH 05/99; Bundesgerichtshof [BGH], Alemania, 12 de febrero de 1976, III ZR 42/74.

⁷¹ *Commonwealth Development Corp v. Montague*, Corte Suprema de Queensland, Australia, 27 de junio de 2000, Apelación núm. 8159 de 1999; DC núm. 29 de 1999.

⁷² La expresión “compromiso”(o acuerdo de arbitraje) se utiliza a veces en un sentido más amplio, que comprende tanto las cláusulas compromisorias como los acuerdos de sometimiento. Véase FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (E. Gaillard, J. Savage eds., 1999), págs. 193 a 196.

⁷³ *Sphere Drake Insurance PLC v. Marine Towing*, Tribunal de Apelaciones, Quinto Circuito, Estados Unidos de América, 23 de marzo de 1994, 93-3200. Véase también: *Borsack v. Chalk & Vermilion Fine Arts, Ltd.*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de Nueva York, Estados Unidos de América, 7 de agosto de 1997, 96 CV 6587 (BDP).

el artículo II 2) de la Convención se aplicaba tanto a los contratos que tenían una cláusula compromisoria como a los compromisos o acuerdos de arbitraje, a menos que estuvieran contenidos en un canje de cartas o telegramas⁷⁴.

B. El requisito de la firma

42. De conformidad con el artículo II 2), el requisito del acuerdo por escrito se cumple cuando las partes firman una cláusula compromisoria o un acuerdo de arbitraje.

43. Cuando las partes vinculadas por el contrato o instrumento que contiene el acuerdo de arbitraje han firmado ese contrato o instrumento, debe considerarse que se ha cumplido el requisito de la firma previsto en el artículo II 2). Este criterio ha sido adoptado en general por los tribunales⁷⁵.

44. En cambio, algunos tribunales se han negado a ejecutar acuerdos de arbitraje contra las partes que no los han firmado⁷⁶. Por ejemplo, la Corte Suprema de China rechazó el pedido de ejecución de un laudo debido a que solo una de las partes había firmado el contrato que contenía la cláusula compromisoria⁷⁷. De manera similar, el Tribunal Superior de Justicia del Brasil se negó a ejecutar un acuerdo de arbitraje porque las partes no habían firmado el contrato que lo contenía⁷⁸.

45. En igual sentido, en el caso *Javor v. Francoeur*, la Corte Suprema de la Columbia Británica, en el Canadá, no hizo lugar a la ejecución de un laudo dictado contra el demandado porque este no había firmado el acuerdo de arbitraje. Durante el proceso arbitral, el tribunal consideró que el demandado era el “alter ego” de la sociedad que había firmado el acuerdo de arbitraje y en consecuencia ordenó al demandado que participara en las actuaciones arbitrales. El tribunal se basó en el texto del artículo II 2) de la Ley sobre Laudos Arbitrales Extranjeros de la Columbia Británica (que es fiel

⁷⁴ *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 9 de julio de 1999, 97-9436. Véase también: *Czarina, L.L.C. v. W.F. Poe Syndicate*, Tribunal de Apelaciones, Undécimo Circuito, Estados Unidos de América, 4 de febrero de 2004, 03-10518; *Moscow Dynamo v. Alexander M. Ovechkin*, Tribunal de Distrito, Distrito de Columbia, Estados Unidos de América, 18 de enero de 2006, 05-2245 (EGS).

⁷⁵ *Sunward Overseas SA v. Servicios Marítimos Limitada Semar*, Corte Suprema de Justicia, Colombia, 20 de noviembre de 1992, 472; *Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH et al. v. Bristol Myers Squibb S.p.A.*, Tribunal de Casación, Italia, 10 de marzo de 2000, 58; *Steve Didmon v. Frontier Drilling (USA), INC., et al.*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de Texas, División de Houston, Estados Unidos de América, 19 de marzo de 2012, H-11-2051; *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 29 de julio de 1999, 97-9436; *Smita Conductors Ltd. v. Euro Alloy Ltd.*, Corte Suprema, India, 31 de agosto de 2001, Apelación Civil núm. 12930 de 1996; Bundesgerichtshof [BGH], Alemania, 8 de junio de 2010, XI ZR 349/08; Bundesgerichtshof [BGH], Alemania, 25 de enero de 2011, XI ZR 350/08.

⁷⁶ Tribunal de Apelaciones de la República y Cantón de Ticino, Segunda Sala de lo Civil, Suiza, 2 de abril de 2003.

⁷⁷ *Concordia Trading B.V. v. Nantong Gangde Oil Co., Ltd.*, Tribunal Popular Supremo, China, 3 de agosto de 2009, [2009] MinSiTaZi núm. 22.

⁷⁸ *Plexus Cotton Limited v. Santana Têxtil S/A*, Tribunal Superior de Justicia, Brasil, 15 de febrero de 2006, SEC 967; *Indutech SpA v. Algocentro Armazéns Gerais Ltda.*, Tribunal Superior de Justicia, Brasil, 17 de diciembre de 2008, SEC 978; *Kanematsu USA Inc. v. ATS — Advanced Telecommunications Systems do Brasil Ltda.*, Tribunal Superior de Justicia, Brasil, 18 de abril de 2012, SEC 885.

reflejo del artículo II 2) de la Convención) e indicó en su fallo que la finalidad de la Ley era limitar la ejecución de los laudos a “la[s] parte[s] signatarias del acuerdo [de arbitraje]”. Dado que el demandado no figuraba como parte en el contrato ni había firmado el acuerdo de arbitraje, no fue posible ejecutar el laudo en su contra⁷⁹.

46. En cambio, varios tribunales han ordenado la ejecución de acuerdos de arbitraje contra partes que no los han firmado. Por ejemplo, algunos tribunales estadounidenses han sostenido que una parte no signataria puede quedar obligada por un acuerdo de arbitraje siempre que dicho acuerdo no sea nulo conforme a la Convención y en la medida en que sea aplicable al caso una teoría del derecho contractual, como el mandato tácito, la doctrina de los propios actos (*estoppel*) o los principios relacionados con los alter egos y los terceros beneficiarios⁸⁰. En Francia, algunas entidades que no han firmado el acuerdo de arbitraje han sido a veces remitidas al arbitraje en virtud de la doctrina del grupo de sociedades⁸¹.

⁷⁹ *Javor v. Francoeur*, Corte Suprema de la Columbia Británica, Canadá, 6 de marzo de 2003. Véase también: *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, Corte Suprema, Inglaterra y Gales, 3 de noviembre de 2010, UKSC 2009/0165.

⁸⁰ *Formostar, LLC, et al. v. Henry Florentius, et al.*, Tribunal de Distrito, Distrito de Nevada, Estados Unidos de América, 13 de julio de 2012, 2:11-cv-01166-GMN-CWH; *Flexi-Van Leasing, Inc. v. Through Transport Mutual Insurance Association, Ltd., et al.*, Tribunal de Apelaciones, Tercer Circuito, Estados Unidos de América, 18 de agosto de 2004, 03-3383; *Sarhank Group v. Oracle Corporation*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 14 de abril de 2005; *Milton Escobal v. Celebration Cruise Operator Inc., Celebration Cruise Line LLC*, Tribunal de Apelaciones, Undécimo Circuito, Estados Unidos de América, 20 de julio de 2012, 11-14022. En cuanto a casos en los que no se ha considerado aplicable ninguna de las teorías del derecho contractual, véase: *Bel-Ray Co., Inc. (US) v. Chemrite (Pty) Ltd. (South Africa)*, Tribunal de Apelaciones, Tercer Circuito, Estados Unidos de América, 28 de junio de 1999, núm. 98-6297; *Sarhank Group v. Oracle Corporation*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 14 de abril de 2005, 02-9383.

⁸¹ *Société Kis Francia et autres v. Société Générale et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, Francia, 31 de octubre de 1989, 1992 REV. ARB. 90.