



# Asamblea General

Distr. limitada  
14 de diciembre de 2005\*  
Español  
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para  
el Derecho Mercantil Internacional**  
Grupo de Trabajo II (Arbitraje)  
44º período de sesiones  
Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006

## Solución de controversias comerciales

### Preparación de disposiciones uniformes sobre la forma escrita para los acuerdos de arbitraje

### Párrafo 2 del artículo II de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958)

Nota de la Secretaría

## Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción .....	1-10	3
I. Interpretación del artículo II 2) de la Convención de Nueva York por los tribunales estatales .....	11-23	6
A. Interpretación de los términos “firmados” y “canje de documentos” .....	11-15	6
<i>Observación general</i> .....	11	6
<i>Exigencia estricta de firma o canje de documentos</i> .....	12	7
<i>Combinación de requisitos alternativos de forma</i> .....	13	8
<i>Interpretaciones divergentes del requisito de firma</i> .....	14	9

\* El retraso en la presentación de este documento se ha debido a la necesidad de esperar a que finalizaran las consultas.



	<i>Interpretaciones divergentes del requisito de canje de documentos entre las partes</i> .....	15	11
B.	Aplicación de otros principios jurídicos cuando no se han cumplido los requisitos de forma .....	16-21	11
	<i>Remisión al comportamiento de las partes ("estoppel")</i> .....	16-17	11
	<i>Incorporación de la cláusula o acuerdo de arbitraje en el contrato o canje de documentos por una simple referencia a dicha cláusula o acuerdo o por las relaciones comerciales normales</i> .....	18-21	12
C.	Nuevos medios de comunicación .....	22-23	15
II.	Interacción entre el artículo II 2) y el artículo VII 1) de la Convención de Nueva York .....	24-34	16
A.	Requisito de forma uniforme o máximo .....	26-30	16
B.	Régimen de autosuficiencia .....	31-33	20
C.	El artículo VII 1) y la referencia a los acuerdos de arbitraje .....	34	21
III.	Observaciones finales .....	35-37	21
A.	Observaciones generales .....	35-36	21
B.	Proyecto de declaración sobre la interpretación del artículo VII 1) de la Convención .....	37	22

## Introducción

1. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión tuvo ante sí una nota titulada “Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional” (A/CN.9/460; este documento, y todos los demás documentos de la CNUDMI que se citan a continuación, pueden consultarse en el sitio web [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)). Uno de los temas que se plantearon fue en qué medida era necesario actualizar la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (en adelante “la Convención de Nueva York”) en lo relativo a la formación del acuerdo de arbitraje<sup>1</sup>. La Comisión decidió que, como parte de su labor futura, era necesario actualizar el párrafo 2 del artículo 2 de la Convención de Nueva York<sup>2</sup> (en adelante “artículo II 2”), que dispone que el acuerdo de arbitraje constará por escrito “en un contrato o en un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas<sup>3</sup>”. La Comisión consideró que se necesitaba seguir considerando dos de las cuestiones generales señaladas en una nota de la Secretaría (A/CN.9/460, párrs. 22 a 31), a saber, la cuestión del requisito de forma escrita y sus consecuencias para los medios actuales de comunicación y comercio electrónico, y la cuestión de la aceptación por las partes de un acuerdo de arbitraje que no conste en un canje de cartas o telegramas<sup>4</sup>. Además, la Comisión señaló que tal vez se habría de prestar atención especial a determinadas situaciones de hecho que planteaban graves problemas a los efectos de la Convención de Nueva York, entre ellas las siguientes: aceptación tácita o verbal de una orden de compra por escrito; o un contrato concluido en forma verbal que se refiera a condiciones generales escritas; o ciertas notas de intermediarios, conocimientos de embarque y otros instrumentos o contratos por los que se transfieran derechos u obligaciones a terceros no firmantes<sup>5</sup>.

2. Se expresaron diversas opiniones con respecto a la manera de actualizar la Convención de Nueva York<sup>6</sup>, entre ellas: mediante un protocolo adicional<sup>7</sup>;

<sup>1</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 17, A/54/17, párr. 344.*

<sup>2</sup> El artículo II de la Convención de Nueva York establece lo siguiente:

*“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.”*

<sup>3</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 17, A/54/17, párr.344.*

<sup>4</sup> *Ibid.*, párr. 345.

<sup>5</sup> *Ibid.*, párr. 346.

<sup>6</sup> *Ibid.*, párrs. 347 a 349.

mediante una revisión del artículo II 2) a través de la aprobación de una ley modelo que permita relegar ese artículo al amparo de la disposición relativa a la ley más favorable del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York<sup>8</sup> (en adelante “artículo VII 1”)<sup>9</sup>; mediante la elaboración, aparte de esa ley modelo, de directrices u otro tipo de instrumentos no vinculantes que puedan utilizar los tribunales como guía para la aplicación de la Convención de Nueva York<sup>10</sup>; o mediante la preparación de una convención independiente de la Convención de Nueva York que aborde las situaciones que no estén comprendidas en la esfera de aplicación de ésta, entre ellas, por ejemplo, situaciones en que el acuerdo de arbitraje no cumpla el requisito de forma establecido en el artículo II 2)<sup>11</sup>.

3. La Comisión encomendó la labor al Grupo de Trabajo encargado de las cuestiones relacionadas con el arbitraje<sup>12</sup> el cual la abordó en su 32º período de sesiones (Viena, 20 a 31 de marzo de 2000).

<sup>7</sup> Ibid., párr. 347; se expresó preocupación por la condición jurídica de ese protocolo y por la posibilidad de que si se intentaba revisar la Convención de Nueva York se podían poner en peligro los resultados que la Convención de Nueva York había logrado hasta la fecha. En respuesta a esa preocupación se señaló que el propio éxito de la Convención de Nueva York (...) debía facilitar a la CNUDMI la tarea de abordar una revisión limitada del texto, si esa labor era necesaria para adaptar sus disposiciones a la realidad cambiante de la práctica comercial.

<sup>8</sup> El artículo VII de la Convención de Nueva York establece lo siguiente:

*“1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.*

*2. El Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje y la Convención de Ginebra de 1927 sobre la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras dejarán de surtir efectos entre los Estados Contratantes a partir del momento y en la medida en que la presente Convención tenga fuerza obligatoria para ellos.”*

<sup>9</sup> Ibid., párr. 348; se observó que esa solución sólo podría adoptarse si el artículo II 2) ya no debe interpretarse como una regla uniforme que establece el requisito mínimo de escritura, sino como una regla que establece el requisito máximo de forma. También se sugirió que cualquier legislación modelo que se preparara con respecto a la formación del acuerdo de arbitraje podría comprender una disposición redactada con arreglo al artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) a fin de facilitar la interpretación sobre la base de principios internacionalmente aceptados (véanse también los párrs. 26 a 30 y la nota 59 del presente documento).

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Ibid., párr. 349; aunque se expresó cierto apoyo en favor de esa sugerencia, según otra opinión la experiencia indicaba que el proceso de lograr la aprobación y la amplia ratificación de una nueva convención podía tomar muchos años y que entre tanto existiría una indeseable falta de uniformidad. Se indicó que el criterio que se sugería podía ser especialmente adecuado para abordar varias de las situaciones de hecho concretas que planteaban graves problemas a los efectos de la Convención de Nueva York (véase el párr. 1 del presente documento). Sin embargo, con respecto a varias de estas situaciones (por ejemplo, la transferencia de derechos u obligaciones a terceros no firmantes), en general se opinó que lo que estaba en juego eran cuestiones generales relativas a la esencia y validez de la transacción básica. En consecuencia, se expresaron dudas acerca de si era conveniente y factible tratar de abordar esas cuestiones en el contexto de un conjunto de disposiciones orientadas, en principio, a la formación del acuerdo de arbitraje.

<sup>12</sup> Ibid., párrs. 344 a 350 y 380.

4. En su 32º período de sesiones, el Grupo de Trabajo debatió posibles vías alternativas para lograr una interpretación más amplia del artículo II 2), tal y como había señalado la Comisión, mediante: a) la adopción de una declaración, resolución o nota en que se abordara la interpretación de la Convención de Nueva York y se estableciera que, para eliminar dudas, el objetivo del artículo II 2) era abarcar determinadas situaciones o tener determinados efectos; o b) alentando una interpretación más amplia de la Convención de Nueva York basándose en el planteamiento de algunos tribunales estatales que interpretaban el artículo II 2) en consonancia con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional<sup>13</sup> (en adelante “la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje”) o preparando directrices prácticas o notas que establecieran cómo puede utilizarse el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje como instrumento interpretativo que aclare la aplicación del artículo II 2) según se indica en los párrafos 33 y 34 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1.

5. La opinión que prevaleció en el 32º período de sesiones del Grupo de Trabajo fue que, como enmendar oficialmente la Convención de Nueva York o elaborar un protocolo de dicha Convención probablemente exacerbaría la falta actual de armonía en la interpretación y como la aprobación de ese protocolo o enmienda por algunos Estados requeriría bastantes años y, mientras tanto, contribuiría a agravar la incertidumbre, ese planteamiento era básicamente inviable. El Grupo de Trabajo, haciendo suyo el punto de vista de que sería útil aprobar una directriz relativa a la interpretación del artículo II 2) para lograr el objetivo de garantizar una interpretación uniforme que respondiera a las necesidades del comercio internacional, decidió que se siguiera estudiando una declaración o resolución sobre la interpretación de la Convención de Nueva York que reflejara una interpretación más amplia del requisito de forma, a fin de determinar cuál sería el enfoque óptimo<sup>14</sup>.

6. En sus períodos de sesiones 33º (Viena, 20 de noviembre a 1º de diciembre de 2000) y 34º (Nueva York, 21 de mayo a 1º de junio de 2001), el Grupo de Trabajo examinó anteproyectos de instrumentos interpretativos del artículo II 2)<sup>15</sup>.

7. En su 36º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002), el Grupo de Trabajo tuvo ante sí el texto del proyecto de declaración aprobado en su 34º período de sesiones<sup>16</sup> y volvió a examinar las diversas opciones existentes para resolver las dificultades planteadas por la aplicación práctica del artículo II 2), antes de entrar a considerar el proyecto de instrumento interpretativo revisado.

8. El Grupo de Trabajo examinó a fondo los diversos argumentos aducidos en favor de las propuestas de enmendar la Convención de Nueva York y de aprobar una declaración interpretativa<sup>17</sup>. El Grupo de Trabajo reconoció que no podía, en aquella etapa, llegar a un consenso sobre si procedía preparar un protocolo de enmienda o una declaración interpretativa de la Convención de Nueva York y decidió que ambas opciones siguieran abiertas para su examen por el Grupo de Trabajo o la Comisión

<sup>13</sup> A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, párr. 36 y nota 9.

<sup>14</sup> A/CN.9/468, párrs. 88 a 99.

<sup>15</sup> A/CN.9/485, párrs. 60 a 77 y A/CN.9/487, párrs. 42 a 63, respectivamente; el último proyecto de declaración considerado por el Grupo de Trabajo figura en el documento A/CN.9/508, párr. 41.

<sup>16</sup> A/CN.9/508, párr. 41.

<sup>17</sup> *Ibid.*, párrs. 42 a 48.

en una etapa ulterior. Entre tanto, el Grupo de Trabajo convino en que sería útil impartir directrices sobre la interpretación y aplicación del requisito de forma que establece la Convención de Nueva York con miras a lograr un mayor grado de uniformidad. Cabía hacer una contribución valiosa al respecto en la guía para la promulgación del proyecto de revisión del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, que se había pedido a la Secretaría que preparara para su futuro examen por el Grupo de Trabajo, estableciendo un vínculo armonioso entre las nuevas disposiciones de dicha Ley Modelo y la Convención de Nueva York, a reserva de una decisión definitiva del Grupo de Trabajo sobre la mejor forma de abordar la aplicación del artículo II 2)<sup>18</sup>.

9. Si bien no se objetó nada contra esta línea de actuación, se expresó el parecer de que el mero hecho de tratar de resolver esta cuestión en una guía para la promulgación de un nuevo texto del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje podía condicionar el examen de la posibilidad de preparar un protocolo de enmienda de la Convención de Nueva York. Se dijo que sería contraproducente suscitar cuestiones relativas a la Convención de Nueva York en una guía para la promulgación (texto auxiliar de valor jurídico dudoso) de una nueva disposición de dicha Ley Modelo, que era a su vez un texto carente de todo valor jurídico vinculante. Se dijo que sería preferible no intentar resolver en modo alguno las cuestiones suscitadas por la interpretación del requisito de forma que establecía la Convención de Nueva York. El Grupo de Trabajo tomó nota de esas observaciones<sup>19</sup>.

10. Examinar cómo han definido los tribunales qué se entiende por acuerdo por escrito en la Convención de Nueva York puede ayudar a identificar las divergencias de dichos tribunales en la interpretación de la forma de los acuerdos de arbitraje. En esta nota se considera cómo han interpretado los tribunales estatales los requisitos de forma que establece el artículo II 2) y se explora en qué medida el artículo VII 1) de la Convención de Nueva York puede facilitar la actualización del requisito de forma de los acuerdos de arbitraje.

## **I. Interpretación del artículo II 2) de la Convención de Nueva York por los tribunales estatales**

### **A. Interpretación de los términos “firmados” y “canje de documentos”**

#### *Observación general*

11. El artículo II 2) de la Convención de Nueva York contiene una definición de unos términos incluidos en el artículo II 1), que obliga a los Estados Contratantes a reconocer un “acuerdo por escrito”. El artículo II 2) prevé dos posibles formas de cumplir el requisito de que el acuerdo sea “por escrito”, denominado también “requisito de forma”. La primera es que las partes firmen una cláusula de arbitraje incluida en un contrato, o un acuerdo de arbitraje. La segunda es que un canje de cartas o telegramas contenga una cláusula de arbitraje incluida en un contrato, o un

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, párr. 49.

<sup>19</sup> *Ibid.*, párr. 50.

acuerdo de arbitraje. El requisito de forma, al exigir que haya o bien una firma o bien un canje de documentos, garantiza que exista constancia expresa del consentimiento del arbitraje por las partes.

*Exigencia estricta de firma o canje de documentos*

12. En varios casos, los tribunales estatales han exigido un cumplimiento estricto de los requisitos que establece el artículo II 2) y sólo han fallado en favor de la ejecución de sentencias arbitrales si el contrato que contenía la cláusula de arbitraje, o el acuerdo de arbitraje, habían sido firmados por las partes<sup>20</sup> o estaban contenidos en un canje de cartas o telegramas<sup>21</sup>. En diversos casos, los tribunales estatales exigieron estrictamente una aceptación expresa, bien mediante firma o bien mediante canje de documentos de ambas partes<sup>22</sup>. Sin embargo, no parece que este principio exija que la cláusula de arbitraje haya sido aprobada por separado y por escrito<sup>23</sup> o haya sido debatida expresamente por las partes<sup>24</sup>. Al menos un tribunal

<sup>20</sup> Noruega, Tribunal de Apelación de Halogaland, 16 de agosto de 1999 (Stockholm Arbitration Report, (1999), vol. 2, página 121): *el tribunal consideró que un contrato concluido mediante un intercambio de correos electrónicos en el que se hacía referencia a una póliza GENCON no constituía un acuerdo de arbitraje por escrito conforme con los términos del artículo II 2) de la Convención de Nueva York. El tribunal concluyó que el intercambio de correos electrónicos junto con la copia de la póliza GENCON, que no había sido firmada, no cumplían los "requisitos básicos de protección jurídica que establece la Convención"*; Países Bajos, Tribunal de Primera Instancia de Dordrecht, North American Soccer League Marketing, Inc. (Estados Unidos) v. Admiral International Marketing and Trading BV (Países Bajos) y Frisol Eurosport BV (Países Bajos), 18 de agosto de 1982, (Yearbook Commercial Arbitration X (1985), página 490); Alemania, Tribunal de Apelación de Brandenburgo, 13 de junio de 2002, (Nº 8, Sch 2/01); España, Tribunal Supremo, Delta Cereales España SL (España) v. Barredo Hermanos S.A., 6 de octubre de 1998, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 854): *la ejecución del laudo arbitral no se admitió porque el documento que contenía la cláusula arbitral y que las partes presentaron no estaba firmado.*

<sup>21</sup> Países Bajos, Tribunal de Apelación, Hertogenbosh, Sneek Hardhout Import BV (Países Bajos) v. Karl Schlueter KG (GmbH & Co) (Alemania), 14 de julio de 1995, (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 643): *se consideró que era válido un acuerdo de arbitraje contenido en las condiciones generales del contrato, firmado por una parte y enviado por fax a la otra parte, la cual firmó y devolvió por fax el documento*; Austria, Tribunal Supremo, 22 de mayo de 1991, (OGH 22.5.1991, 3 Ob 73/91, SZ 64/61): *en relación con el artículo V 1), un tribunal decidió que podía denegarse la ejecución (previa solicitud de la parte contraria a tal ejecución) si no se cumplían los requisitos de forma "que establece de forma exclusiva y exhaustiva el artículo II 2)"; Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, Sen Mar, Inc. v. Tiger Petroleum Corporation (1991) (774 F Supp. 879): *el tribunal decidió que sólo podía exigirse el cumplimiento de una cláusula de arbitraje al amparo de la Convención de Nueva York si dicha cláusula estaba incluida en un documento escrito y firmado o en un canje de cartas; en ese caso concreto no se podía exigir el cumplimiento del acuerdo porque éste sólo figuraba en un télex que había sido impugnado en su totalidad por la otra parte.**

<sup>22</sup> Estados Unidos, Tribunal del Distrito Oeste de Washington, Richard Bothell and Justin Bothell, d/b/a Atlas Technologies and Atlas Bimetals Labs Inc. v. Hitachi Zosen Corp et al, 19 de mayo de 2000 (97 F Supp 2d 1048): *el tribunal consideró que no había ningún indicio de un acuerdo de arbitraje en el contenido expreso de las órdenes de compra y demás documentos intercambiados entre las partes.*

<sup>23</sup> Italia, Tribunal Supremo, Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH (Alemania) v. Bristol Myers Squibb (Italia), 10 de marzo de 2000, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 816): *el tribunal declaró que no era necesario que la cláusula de arbitraje hubiera sido aprobada por separado y por escrito puesto que tal cláusula era válida si estaba contenida en un documento firmado por las dos partes contratantes: "una vez que esta claro que las partes*

concluyó que el requisito de forma no se podía ignorar ni siquiera en caso de que dictar una resolución que afirmara que un acuerdo de arbitraje no cumpla el requisito de forma establecido en el artículo II 2) contradijera el principio de buena fe<sup>25</sup>. Este requisito prevalecía sobre otros requisitos más o menos exigentes de las leyes nacionales (véase *infra*, párrafo 32)<sup>26</sup>.

*Combinación de requisitos alternativos de forma*

13. Los tribunales estatales han concluido también que, aparte de aquellas situaciones en las que ambas partes firman el mismo documento<sup>27</sup>, hay firma si se produce un cumplimiento combinado de requisitos alternativos de forma, reconociéndose así la validez de un acuerdo de arbitraje si las dos partes han cumplido sea el requisito de la firma sea el requisito del canje de documentos, pero no reconociéndola si sólo una parte cumplió el requisito de que el acuerdo conste por escrito<sup>28</sup>. Los tribunales, basándose en la idea de que tiene que haber un acuerdo

---

*tienen que firmar la cláusula de arbitraje y que ha de constar sin ambigüedades su intención inequívoca de someter a arbitraje la controversia, de ello se deduce que una cláusula de arbitraje no es válida si está contenida (...) en los documentos (...) firmados por el vendedor extranjero pero no aparece en el documento (...) mediante el cual el comprador aceptó la oferta del vendedor”.*

<sup>24</sup> Corea, Tribunal Supremo, Kukje Sangsa Co Ltd (Corea) v. GKN International Trading (London) Ltd (Reino Unido), 10 de abril de 1990, (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), página 568): *el tribunal sostuvo que el requisito de forma del artículo II 2) se cumplía si se concluía un contrato de venta mediante la aceptación de órdenes de compra según los términos de éstas, que incluían una cláusula de arbitraje; el tribunal desestimó el argumento del demandado de que no se había aceptado la cláusula de arbitraje porque estaba impresa en letras más pequeñas que las demás condiciones contractuales y no había sido debatida por las partes.*

<sup>25</sup> Italia, Tribunal Supremo, Robobar Limited (Reino Unido) v. Finncold sas (Italia), 28 de octubre de 1993, (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), página 739): *se desestimó el argumento de que sería contrario a la buena fe impugnar la validez de la cláusula de arbitraje porque no se podía ignorar ese requisito formal.*

<sup>26</sup> Austria, Tribunal Supremo, 22 de mayo de 1991, (OGH 22.5.1991, 3 Ob 73/91, SZ 64/61): *en relación con el artículo V 1), un tribunal decidió que podía denegarse la ejecución (previa solicitud de la parte contraria a tal ejecución) si no se cumplían los requisitos de forma escrita “que establece de forma exclusiva y exhaustiva el artículo II 2)”*; Alemania, Tribunal Superior de Land (OLG), Schleswig, 30 de marzo de 2000, (16 SchH 05/99): *el tribunal declaró que el artículo II 2) prevalecía sobre cualquier disposición legal nacional relativa a los requisitos formales, y el principio de interpretación autónoma significaba que no se podía aplicar la legislación nacional para interpretar y establecer el alcance del acuerdo de arbitraje*; Suiza, Tribunal Supremo, Insurance Company (Suecia) v. Reinsurance Company (Suiza), 21 de marzo de 1995 (Yearbook Commercial Arbitration XXII (1997), página 800): *el tribunal señaló que los requisitos formales eran exclusivamente los determinados por el artículo II 2), que se debían interpretar independientemente, sin recurrir a la legislación nacional*; Alemania, Tribunal Superior de Land (OLG), Colonia, 22 de junio de 1999, (9 Sch 08/99): *el tribunal afirmó que el requisito de forma que establecía el artículo II 2) se cumplía si las partes firmaban un contrato que contuviera una cláusula de arbitraje.*

<sup>27</sup> Austria, Tribunal Supremo (OGH), 21 de febrero de 1978, 3 Ob 120/77, SZ 51/18 (Yearbook Commercial Arbitration X (1985), página 418).

<sup>28</sup> Austria, Tribunal Supremo, 7 de noviembre de 1979, (OGH 7.11.1979, 3 Ob 144/79, SZ 52/160); Italia, Tribunal Supremo, Universal Peace Shipping Enterprises SA (Panamá) v. Montedipe SpA (Italia), 28 de marzo de 1991 (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), página 562): *el tribunal falló que un contrato oral de venta y un conocimiento de embarque que incluía una cláusula de arbitraje y que fue enviado por una parte pero no fue*

mutuo de arbitraje, sea firmado o sea a través de un canje de documentos, en general han rechazado los acuerdos de arbitraje orales<sup>29</sup>, aun los confirmados por la otra parte por escrito e incluso si hubo una comparecencia posterior de ambas partes ante el árbitro<sup>30</sup>, una aceptación tácita<sup>31</sup> o la ejecución del contrato<sup>32</sup>. Por otra parte, tampoco han permitido que se reconozca la existencia de un acuerdo de arbitraje basándose en que anteriormente se habían aplicado de forma ordinaria las condiciones generales del comercio<sup>33</sup>.

#### *Interpretaciones divergentes del requisito de firma*

14. El requisito de firma que establece el artículo II 2) no ha sido interpretado uniformemente por los tribunales estatales. Se pueden encontrar interpretaciones divergentes a este respecto en decisiones de los tribunales de los Estados Unidos, que han considerado en algunos casos que el requisito de firma o canje de documentos que establece el artículo II 2) sólo se aplica si se trata de un acuerdo de arbitraje separado del contrato principal, y no si se trata de una cláusula de arbitraje contenida en un contrato<sup>34</sup>. Según esa interpretación, el artículo II 2) establecería

---

*firmado no cumplen el requisito de forma que establece el artículo II 2) de la Convención de Nueva York.*

<sup>29</sup> Italia, Tribunal Supremo, Marc Rich & Co AG v. Societa Italiana Impianti SpA, 25 de enero de 1991, (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), página 554, y decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha 25 de julio de 1991, página 233): *el contrato se concluyó mediante un canje de télex: habida cuenta de que Impianti no respondió a un télex posterior de Marc Rich estableciendo nuevas condiciones para el contrato, incluida una cláusula de arbitraje, ni lo aceptó, el tribunal decidió que no había prueba de un acuerdo mutuo de arbitraje por escrito y que, por tanto, los tribunales italianos tenían jurisdicción sobre el caso; el tribunal indicó que “en lo que respecta a las cláusulas de arbitraje extranjero, la Convención de Nueva York exige siempre la forma escrita”.*

<sup>30</sup> Alemania, Tribunal Superior de Land (OLG), Düsseldorf (1971) (Yearbook Commercial Arbitration II (1977), página 237).

<sup>31</sup> Alemania, Tribunal Superior de Land (OLG), Rostock, 22 de noviembre de 2001, (1 Sch 03/2000); Italia, Tribunal Supremo, Marc Rich & Co AG v. Societa Italiana Impianti SpA, 25 de enero de 1991, (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), página 554).

<sup>32</sup> Italia, Tribunal Supremo, Robobar Limited (Reino Unido) v. Finncold sas (Italia) 28 de octubre de 1993, (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), página 739).

<sup>33</sup> Países Bajos, Tribunal de Apelación de La Haya, James Allen (Irlanda) Ltd v. Marea Producten B.V. (Países Bajos), 17 de febrero de 1984, (Yearbook Commercial Arbitration X (1985), página 485): *las partes habían realizado al menos 25 transacciones anteriores de conformidad con las condiciones normales, que incluyen una cláusula de arbitraje; en la última transacción, la que motiva esta controversia, no se hizo referencia a estas condiciones normales y el tribunal decidió que la utilización anterior de forma ordinaria de las condiciones generales del comercio (que contienen una cláusula de arbitraje) no puede constituir un acuerdo de arbitraje ejecutable en un caso en el que no se hizo expresamente referencia a esas condiciones generales; el tribunal señaló que el requisito de “acuerdo por escrito” a que se hace referencia en la Convención de Nueva York excluía la posibilidad de invocar esa utilización continua.*

<sup>34</sup> Estados Unidos, Tribunal de Apelación del Quinto Circuito, Sphere Drake Insurance plc v. Marine Towing, Inc., 23 de marzo de 1994, (16 F 3d 666 Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), página 937): *ese caso se relacionaba con un contrato de seguro que no había sido firmado por la parte asegurada. El asegurado sostenía que como no había firmado el contrato no había “acuerdo por escrito” según los términos de la Convención de Nueva York; para que su cumplimiento sea exigible de conformidad con la Convención de Nueva York, o bien el contrato que contiene la cláusula de arbitraje tiene que haber sido firmado por las partes o las partes tienen que demostrar su consentimiento del mismo mediante un canje de correspondencia. El tribunal rechazó esa interpretación y resolvió que la definición de la*

dos regímenes diferentes, uno de ellos el correspondiente a “una cláusula de arbitraje en un contrato” y el otro a “un acuerdo de arbitraje a) firmado por las partes o b) contenido en un canje de cartas o telegramas”. Ese razonamiento fue posteriormente seguido en un juicio en primera instancia en el que el tribunal consideró que una orden de compra no firmada constituía una “cláusula arbitral en un contrato” y que, como tal, no estaba sometida al requisito de firma o canje de documentos<sup>35</sup>. Sin embargo, debe señalarse que esa interpretación fue rechazada en apelación<sup>36</sup>, y no ha sido utilizada mucho como precedente en los Estados Unidos o por los tribunales de otros Estados. En otros casos los tribunales estatales han afirmado que la definición de “acuerdo por escrito” exige que tal acuerdo, tanto si es una cláusula de arbitraje como si es un acuerdo contenido en un contrato, haya sido firmado por las partes o esté contenido en una serie de cartas o telegramas intercambiados por las partes<sup>37</sup>.

---

*Convención de Nueva York del “acuerdo por escrito” incluía o bien: 1) una cláusula de arbitraje en un contrato o 2) un acuerdo de arbitraje: a) firmado por las partes, o b) contenido en un canje de cartas o telegramas. Para llegar a esta decisión, el tribunal citó la decisión del Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, Sen Mar, Inc. v. Tiger Petroleum Corporation (1991) (774 F Supp. 879), aunque renunciando a respetarla, y adoptó una opinión contraria sobre la interpretación del artículo II 2).*

*La interpretación aceptada en el caso Sphere Drake (1994) fue utilizada como precedente en el asunto Stony Brook Marine Transportation Corporation v. Leslie Wilton, Compagnie d’Assurances Maritimes Aeriennes et Terrestres and Lev A. Osman (1996) 94 CV 5880 (JS) en el que se hacía referencia a una cláusula de arbitraje contenida en un certificado de aseguramiento emitido después de que se hubiera producido la pérdida y no firmado por el asegurado, pero a la que se hacía referencia en una póliza escrita preparada por el agente del asegurado y firmada por el asegurador. La interpretación en el caso Sphere Drake (1994) aparentemente influyó también en el Tribunal de Distrito de Minnesota, en el caso Polytek Engineering v. Jacobson Companies y Jacobson Inc. (1997) 984 F Supp 1238 (aunque no mencionó expresamente el caso, llegó a la conclusión de que una orden de compra no firmada en la que se hacía referencia por dos veces a un contrato anexo que contenía una cláusula de arbitraje, que fue parcialmente cumplido por la parte que intentaba evitar el arbitraje, cumplía el requisito de que el acuerdo fuera escrito).*

<sup>35</sup> Estados Unidos, Tribunal de Distrito, Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd (11 de agosto de 1997) (Nº 95 CIV 10506): *el tribunal siguió el precedente de Sphere Drake Insurance plc v. Marine Towing, Inc. y rechazó el precedente del caso Sen Mar Inc. v. Tiger Petroleum Corp.: el caso se refería a unas ordenes de compra atendidas por el demandado pero no firmadas por él; el tribunal consideró que “la existencia de una cláusula arbitral en un contrato basta para que sea aplicable la Convención de Nueva York; el “acuerdo por escrito” no tiene que estar necesariamente firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas siempre que el tribunal pueda constatar de otro modo la existencia de una cláusula arbitral en un contrato”. En apelación (véase la nota 36 infra), esa interpretación del artículo II 2) fue rechazada.*

<sup>36</sup> Estados Unidos, Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd, 29 de julio de 1999 (186 F 3d 210): *el tribunal afirmó que la definición de “acuerdo por escrito” exigía que tal acuerdo, tanto si era un acuerdo de arbitraje como si era una cláusula de arbitraje contenida en un contrato, estuviera firmado por las partes o contenido en una serie de cartas o telegramas intercambiados por las partes.*

<sup>37</sup> *El razonamiento seguido en apelación en el caso Kahn Lucas ha sido utilizado como precedente en casos posteriores por el Tribunal de Distrito de Connecticut, Coutinho Caro and Co USA Inc. v. Marcus Trading Inc., 14 de marzo de 2000, y Judy Tien Lo v. Aetna International (2000) WL 565465 y por el Tribunal del Distrito Sur de California, Chloe Z Fishing Co., Inc. v. Odyssey Re (London) Ltd., 29 de abril de 2000, 109 F Supp 2d 1236, caso en el que el tribunal señaló la existencia de diferentes interpretaciones y manifestó su preferencia por la*

*Interpretaciones divergentes del requisito de canje de documentos entre las partes*

15. El requisito de canje de documentos entre las partes no ha sido interpretado de forma uniforme por los tribunales estatales. Algunos de ellos han interpretado estrictamente el término “canje” para que signifique que el documento que contiene la cláusula o el acuerdo de arbitraje debe ser devuelto, por la parte a la que fue enviado a la parte que lo envió inicialmente<sup>38</sup>. Según esta tendencia de la jurisprudencia, el requisito de que haya un “canje”, y por consiguiente una oferta escrita de un contrato que contenga una cláusula de arbitraje, o de un acuerdo de arbitraje, y una aceptación escrita, excluye una amplia gama de situaciones de hecho<sup>39</sup>. En otros casos se consideró suficiente para considerar cumplido el requisito de forma del artículo II 2) una referencia a la cláusula o el acuerdo de arbitraje en una correspondencia posterior procedente de la parte a la que se había enviado la cláusula o el acuerdo de arbitraje<sup>40</sup>.

## **B. Aplicación de otros principios jurídicos cuando no se han cumplido los requisitos de forma**

*Remisión al comportamiento de las partes (“estoppel”)*

16. Se ha planteado la cuestión de que, si una parte realiza, sin objeciones, actos expresos vinculados con un acuerdo de arbitraje, dicha parte, no podrá alegar posteriormente, por razones de buena fe, que el acuerdo de arbitraje no cumple el requisito de forma escrita que establece el artículo II 2). La jurisprudencia no permite definir una tendencia dominante.

17. En varias decisiones, los tribunales estatales han reconocido la existencia de un acuerdo de arbitraje, aunque no hubiera un documento escrito, basándose en el comportamiento de las partes, remitiéndose para ello a los principios del régimen jurídico interno de los contratos<sup>41</sup>, o considerando que la redacción permisiva del

---

*interpretación en el caso Kahn Lucas (1999) (en contraposición al caso Sphere Drake (1994)), señalando, sin embargo, que los hechos que concurrían en el caso Kahn Lucas no se podían trasponer al caso examinado en aquel momento. En algunos otros casos se ha seguido expresamente la interpretación aceptada en el caso Kahn Lucas: Tribunal del Distrito Oeste de Washington, Bothell and Bothell v. Hitachi Rosen Corporation, 19 de mayo de 2000, (97 F Supp 2d 1048), caso en el que el tribunal rechazó la petición de que el procedimiento judicial se basara en una interpretación muy restrictiva del canje de documento; también se mencionó el razonamiento en apelación del caso Kahn Lucas en el caso del Reino Unido, Queen’s Bench Division, Commercial Court, XL Insurance Ltd. V. Owens Corning, 28 de julio de 2000, 2 Lloyd’s Rep 500, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001) página 869).*

<sup>38</sup> Italia, Tribunal de Apelación de Nápoles (1974) (Yearbook Commercial Arbitration I, (1976) Caso N° 11, página 193).

<sup>39</sup> A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, párr. 12.

<sup>40</sup> Italia, Tribunal de Apelación de Florencia (1977), (Yearbook Comercial Arbitration IV (1979), Caso N° 29, página 289).

<sup>41</sup> Estados Unidos, Tribunal de Apelación, Séptimo Circuito, Mary D. Slaney (Estados Unidos) v. International Amateur Athletic Federation (Mónaco), 27 de marzo de 2001, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 1091): *el Tribunal decidió que las partes que no hubieran firmado un acuerdo de arbitraje podían no obstante estar vinculadas por él en aplicación de los principios contractuales y de representación ordinarios, incluido el principio estoppel.*

artículo V 1), “se podrá denegar”, reservaba a los tribunales un margen de flexibilidad para determinar si se había concluido válidamente un acuerdo de arbitraje<sup>42</sup>. Por otra parte, un tribunal falló que el incumplimiento del requisito de forma escrita quedaba salvado por la participación en el arbitraje sin objeciones<sup>43</sup>. Sin embargo, los límites de la aplicación de este principio son menos claros y algunas decisiones de tribunales sugieren que se considera necesario que los actos de cumplimiento se refieran directamente al acuerdo de arbitraje o permitan al tribunal deducir que la parte deseaba aceptar el acuerdo de arbitraje<sup>44</sup>.

*Incorporación de la cláusula o acuerdo de arbitraje en el contrato o canje de documentos por una simple referencia a dicha cláusula o acuerdo o por las relaciones comerciales normales*

18. La Convención de Nueva York no aborda la cuestión del reconocimiento de una cláusula o acuerdo de arbitraje que, aunque no cumpla el requisito de forma, se constate que ha sido incorporado en un contrato o canje de cartas o telegramas por una simple referencia.

19. En lo que respecta a la incorporación por referencia, los tribunales estatales han establecido que el artículo II 2) exige que la referencia al acuerdo de arbitraje figure en el contrato principal<sup>45</sup> salvo si las partes tienen una relación empresarial continua<sup>46</sup>. En caso de que haya tal relación continua, se ha considerado que una

<sup>42</sup> Hong Kong, High Court, China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch (RP China) v. Gee Tai Holdings Co Ltd, 13 de julio de 1994, (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), página 671): “El Tribunal Supremo analizó la doctrina estoppel y declaró que esa doctrina era inherente a la Convención de Nueva York.

<sup>43</sup> Grecia, Tribunal de Apelación de Atenas, Greek Company v. FR German Company, Decisión N° 4458, (1984) (Yearbook Commercial Arbitration XIV (1989), página 638): *el incumplimiento del requisito de forma escrita quedó salvado por la participación en el arbitraje sin objeciones; para llegar a esa conclusión, el tribunal aplicó la legislación nacional que regula los procedimientos de arbitraje (sin hacer referencia al artículo VII 1) de la Convención de Nueva York).*

<sup>44</sup> España, Tribunal Supremo, Delta Cereales España SL (España) v. Barredo Hermanos SA (España), 6 de octubre de 1998, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 854): *“la interpretación del Tribunal pretende establecer, a partir de las comunicaciones y actos de las partes, si deseaban incluir la cláusula de arbitraje en su contrato o, en general, someter su controversia a arbitraje”; en este caso, sin embargo, ni los documentos presentados por Delta ni los presentados por Barredo contenían una cláusula de arbitraje que cumpliera los requisitos del artículo II 2) porque no habían sido firmados por la otra parte; Suiza, Tribunal de Apelación, Ginebra, C Import and Export Company (RP China) v. G SA (Suiza), 11 de diciembre de 1997, (Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998), página 764): el Tribunal falló que la Convención de Nueva York permitía, aparte de actos escritos y firmados, actos que tuvieran una forma menos estricta pero fueran aceptados por los usos comerciales de las partes.*

<sup>45</sup> Italia, Tribunal Supremo, Molini Lo Presti SpA (Italia) v. Continentale Italiana SpA (Italia), 2 de marzo de 1996, (Yearbook Commercial Arbitration XXII (1997), página 734): *se consideró suficiente la referencia, en un contrato, a una cláusula de arbitraje que figuraba normalmente en los acuerdos para considerar que incorporaba la cláusula de arbitraje per relationem.*

<sup>46</sup> Francia, Tribunal Supremo, Bomar Oil N.V. (Antillas Neerlandesas) v. Entreprise Tunisienne d’Activités Pétrolières ETAP (Túnez), 9 de noviembre de 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), página 660): *los intercambios de télex en los que se hacía referencia a “la práctica industrial normal”, “el contrato normal” y “la práctica del comercio internacional” demostraban el consentimiento del arbitraje; Alemania, The BayObLG, 17 de septiembre de 1998 (4 Z Sch 01/98): un contrato de venta firmado por las partes que incorpore*

cláusula de arbitraje estaba incorporada por referencia en un contrato aunque la otra parte no hubiera recibido el documento concreto, sobre la base de que cabía presumir que esa parte tenía conocimiento de la cláusula de arbitraje<sup>47</sup>.

20. En varios casos se adoptó un enfoque todavía más amplio pues se consideró que se podía aceptar la incorporación por referencia incluso en caso de que la cláusula de arbitraje no estuviera en el contrato principal, siempre que hubiera alguna referencia escrita al documento que contuviera esa cláusula y que la parte contra la que se invocara conociera el contenido del documento cuando concluyó el contrato y aceptara la incorporación del documento en el contrato<sup>48</sup>. En otro caso el

---

*expresamente “los términos y condiciones que figuran al reverso”, incluida una cláusula de arbitraje, cumplía los requisitos de forma del artículo II 2) ya que no hacía referencia a un documento distinto.*

<sup>47</sup> Alemania, Schleswig, 30 de marzo de 2000, 16 SchH 05/99: *se consideró que un contrato que hacía referencia a condiciones que figuraban en el reverso del contrato utilizado normalmente por las partes desde hacía varios años, cumplía el requisito de forma escrita a pesar de que nunca llegara a la otra parte el reverso de la página del contrato*; Suiza, Tribunal Supremo Federal, Tradax Export S.A. (Panamá) v. Amoco Iran Oil Company (Estados Unidos), 7 de febrero de 1984, (Yearbook Commercial Arbitration XI (1986), página 532): *el Tribunal declaró que el artículo II 2) no abordaba la cuestión de la incorporación por referencia y que no se habían armonizado las soluciones de esta cuestión; había una póliza de fletamento que contenía una cláusula de arbitraje válida y la cuestión que se planteaba era si la referencia a la póliza de fletamento en el conocimiento de embarque incorporaba también la cláusula de arbitraje; en el presente caso, intervenían unas empresas comerciales firmemente establecidas y familiarizadas con la utilización de condiciones normalizadas en las pólizas de fletamento; así pues, el Tribunal llegó a la conclusión de que, como en el conocimiento de embarque se hacía referencia a la totalidad de las cláusulas y condiciones que contenía la póliza de fletamento, a la que también pertenecía la cláusula de arbitraje, y debido a la experiencia de las partes interesadas, cabía suponer que el demandado (perteneciente al grupo Amoco) conocía o debía conocer los aspectos pertinentes del contrato de transporte; el Tribunal falló que, por consiguiente, la cláusula de arbitraje era válida.*

<sup>48</sup> Francia, Tribunal Supremo, Bomar Oil N.V. (Antillas Neerlandesas) v. Entreprise Tunisienne d'Activités Petrolières ETAP (Túnez), 11 de octubre de 1989, (Yearbook Commercial Arbitration XV (1990), página 447): *el tribunal señaló que aunque la Convención de Nueva York no excluyera el reconocimiento de un acuerdo de arbitraje incorporado por referencia, el artículo II 2) exigía “que la existencia de la cláusula se mencionara en el contrato principal, salvo si había entre las partes una relación empresarial anterior que asegurara que conocían adecuadamente las condiciones escritas que normalmente regulaban sus relaciones comerciales.* Francia, Tribunal Supremo, Bomar Oil N.V. (Antillas Neerlandesas) v. Entreprise Tunisienne d'Activités Petrolières ETAP (Túnez), 9 de noviembre de 1993, (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), página 660): *el tribunal, sin referirse a la Convención de Nueva York señaló que: “en la esfera del arbitraje internacional, una cláusula de arbitraje que no haya sido mencionada en el contrato principal puede haber sido estipulada válidamente mediante una referencia escrita a un documento que contenga, por ejemplo, condiciones generales o un contrato normalizado si la parte contra la que se invoca la cláusula conocía el contenido de este documento en el momento de concluir el contrato y aceptó aunque sólo fuera tácitamente la incorporación del documento en el contrato”*; Australia, Tribunal Supremo de Queensland, División del Tribunal de Apelaciones, 27 de junio de 2000, Austin John Montague v. Commonwealth Development Corporation (Reino Unido), Apelación N° 8159, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 744): *el Tribunal Supremo de Queensland falló que la firma de un mandato, como parte de un procedimiento de arbitraje de la CCI, equivalía a un acuerdo por escrito*; Estados Unidos, Tribunal del Distrito Este de Nueva York, Estados Unidos, Stony Brook Marine Transportation Corp v. Leslie Wilton et al (1996): *la orden de compra redactada por el agente de una parte y firmada por el agente de la otra parte, en la que se hacía referencia a una cláusula de arbitraje, se consideró que, en el*

tribunal, después de observar que la Convención de Nueva York promovía una política firme en favor del arbitraje, frente a los litigios judiciales, y que esta política tenía especial vigor en la esfera del comercio internacional, señaló que, a pesar del hecho de que las partes no hubieran firmado un acuerdo de arbitraje, bastaba la incorporación de una cláusula de arbitraje mediante una referencia a la misma en cartas intercambiadas por las partes<sup>49</sup>.

21. En otros casos, los tribunales estatales han fallado que la referencia no tenía que remitir expresamente a la cláusula de arbitraje, sino más bien al contrato en su totalidad siempre que las partes tuvieran la posibilidad de examinar las condiciones generales, es decir, si estaban impresas en el reverso o si eran conocidas debido a las asiduas relaciones empresariales entre las partes o si dichas partes debieron haber tenido conocimiento del documento debido a los usos comerciales<sup>50</sup>. En algunos casos, la incorporación por una referencia no fue admitida porque dicha referencia no era expresa o era ambigua según la práctica comercial habitual. En otros casos, si el acuerdo de arbitraje estaba incorporado en un documento y si se demostraba que las partes estaban vinculadas por un contrato que incluía el contenido de ese documento, no se necesitaba más prueba de la existencia del acuerdo de arbitraje<sup>51</sup>.

---

*contexto de las costumbres y la práctica de los aseguradores marítimos, incorporaba por referencia la cláusula de arbitraje; España, Tribunal Supremo, Consmaremma (Italia) v. Hermanos Madrid SA (España), 20 de febrero de 2001, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 858): el documento de confirmación de ventas, que contenía una cláusula de arbitraje por la CCI y una referencia a un formulario, que también contenía una cláusula de arbitraje por la CCI, fue firmado únicamente por una parte. El Tribunal Supremo consideró que la Convención de Nueva York era aplicable y que se habían cumplido los requisitos del artículo II 2) porque se estimó que el contrato original que contenía una cláusula de arbitraje, junto con un contrato posterior, demostraban que las partes pretendían someter al arbitraje las controversias que derivaran de su contrato. Suiza, Tribunal Supremo, G S.A. (Suiza) v. T Ltd (Reino Unido), 12 de enero de 1989, (Yearbook Commercial Arbitration XV (1990), página 509): no es necesario que se mencione la cláusula de arbitraje en un acuerdo resultante de un canje de documentos escritos y se consideró suficiente una referencia general a un contrato que contenía una cláusula de arbitraje como cumplimiento del requisito de forma del artículo II 2).*

<sup>49</sup> Estados Unidos, Tribunal de Apelación, Tercer Circuito, 20 de enero de 2003, N° 02-2169, (Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004), página 978).

<sup>50</sup> Suiza, Tribunal de Apelación, Cantón de Basilea, DIETF Ltd v. RF AG, 5 de julio de 1994, (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 685): *Un vendedor había enviado una orden de confirmación a un comprador que contenía una referencia a los reglamentos empresariales generales, los cuales incluían una cláusula de arbitraje; el comprador replicó por fax haciendo referencia a la orden de confirmación y formuló algunas peticiones sobre el empaquetado de las mercancías, etc.; el Tribunal consideró que se habían cumplido los requisitos de forma del artículo II 2), y afirmó que no era necesario que la aceptación escrita contuviera una referencia expresa a la cláusula de arbitraje sino que podía remitir al contrato en su totalidad.*

<sup>51</sup> Reino Unido, Tribunal de Apelación, Zambia Steel & Building Supplies Ltd. v. James Clark & Eaton Ltd, 16 de mayo de 1986 ((1986 2 Lloyd's Rep. 225): *refiriéndose a la Ley de Arbitraje Inglesa de 1975, el Tribunal falló que "una vez que está claro que no es necesario que la aceptación de las condiciones escritas conste en el acuerdo escrito sino que se puede demostrar esa aceptación de las condiciones escritas por otros medios, (...) cualquier prueba que demuestre que la parte ha aceptado estar vinculada por un acuerdo [de arbitraje] (...) contenido en un documento o documentos bastará para que el documento o documentos se consideren un acuerdo [de arbitraje] por escrito (...)"*. El razonamiento en el caso anterior,

### C. Nuevos medios de comunicación

22. La referencia expresa a “cartas o telegramas” del artículo II 2) plantea la cuestión de si se puede considerar que los nuevos medios de generar y almacenar comunicaciones (además de las cartas y los telegramas) cumplen los requisitos de forma del artículo II 2). La mayoría de los tribunales estatales han respondido positivamente a esta cuestión si se trataba de télex<sup>52</sup> y telefax<sup>53</sup>. Un tribunal falló que no se podía suponer que el propósito del artículo II 2) era excluir todas las demás formas de comunicación escrita utilizadas normalmente en las operaciones comerciales<sup>54</sup>. En algunos casos, los tribunales estatales fallaron que, aunque el requisito de forma significara que el acuerdo de arbitraje tenía que estar plasmado en forma escrita, bastaba con que el acuerdo estuviera contenido en un documento que pudiera considerarse una prueba escrita y la confirmación de la voluntad común de las partes<sup>55</sup>.

23. En otro caso, un tribunal estatal resolvió que el artículo II 2) se debía interpretar y aplicar teniéndose en cuenta el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje y el artículo 178 de la Ley Suiza sobre el

---

*Zambia Steel (1986), fue respetado en una decisión del Queen’s Bench Division of the Commercial Court, Abdullah M Fahem and Co (Yemen) v. Mareb Yemen Insurance Co and Tomen (UK) Ltd (1997) (Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998) página 789), caso en el que se había pedido una suspensión de las actuaciones judiciales invocando para ello un acuerdo de arbitraje; el Tribunal citó la Ley Inglesa de Arbitraje y señaló que la Ley atribuía un significado muy amplio a los términos “por escrito”, más amplio incluso que el que les atribuía el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, pero afirmó que ese significado seguía siendo conforme con el artículo II 2); el Tribunal afirmó que si un acuerdo de arbitraje estaba incorporado en un documento y si se demostraba que las partes estaban vinculadas por un contrato que incluía el contenido de ese documento, no se necesitaba más pruebas de la existencia del acuerdo de arbitraje.*

<sup>52</sup> Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, Oriental Commercial and Shipping Co Ltd (Arabia Saudita) y Oriental Commercial and Shipping Co (UK) Ltd (Reino Unido) v. Rosseel N.V. (Bélgica), 4 de marzo de 1985, (609 F Supp 75); Francia, Tribunal de Apelación, París, Bomar Oil NV v. ETAP, 20 de enero de 1987, (1987, rev. arb. 482); Suiza, Tribunal Federal, G.S.A. v. T. Ltd, 12 de enero de 1989, (Yearbook Commercial Arbitration XV (1990)); Italia, Tribunal de Savona, Dimitros Varverakis v. Companis de Navigacion Artico SA, 26 de marzo de 1981, (Yearbook Commercial Arbitration, X (1985)); Austria, Tribunal Supremo, 2 de mayo de 1972, (Yearbook Commercial Arbitration X (1985)); Suiza, Tribunal Supremo Federal, Tracom SA v. Sudan Oil Seeds Co, 1987, (Yearbook Commercial Arbitration XII (1987)).

<sup>53</sup> Estados Unidos, Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, Titan Inc v. Guangzhou Zhen Hua Shipping Co Ltd, 15 de febrero de 2001 (241 F 3d 135); Alemania, Tribunal Superior de Land (OLG), Hamburgo, 30 de julio de 1998 (Yearbook Commercial Arbitration XXV (2000), página 714): *el tribunal señaló que, a la vista de los avances tecnológicos, el télex y el fax, lo mismo que los telegramas, tenían que ser considerados cartas según los términos del artículo II 2)*; Suiza, Tribunal Supremo Federal, Tracom S.A. (Suiza) v. Sudan Oil Seeds Co Ltd (Reino Unido), 5 de noviembre de 1985 (Yearbook Commercial Arbitration XII (1987), página 511): *el Tribunal Supremo decidió que los télex y las cartas aceptando resolver las controversias mediante arbitraje, y el nombramiento de un árbitro mediante un télex, cumplían los requisitos de forma del artículo II 2).*

<sup>54</sup> Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de California, Chloe Z Fishing Co Inc et al v. Odyssey Re (London) Ltd (2000) (109 F Supp 2d 1236).

<sup>55</sup> Suiza, Tribunal de Apelación de Basilea, DIETF Ltd v. RF AG (1994).

Derecho Internacional Privado<sup>56</sup>. A la vista de los medios modernos de telecomunicación, los escritos no firmados desempeñan un papel cada vez más destacado, mientras que el requisito de firma va perdiendo importancia y, en casos particulares, en virtud de las normas de buena fe, una conducta determinada permite salvar el requisito de forma. Sin embargo, esa interpretación no es aceptada universalmente y al menos un tribunal consideró que un intercambio de mensajes electrónicos no bastaba para satisfacer el requisito de forma del artículo II 2)<sup>57</sup>.

## II. Interacción entre el artículo II 2) y el artículo VII 1) de la Convención de Nueva York

24. Se ha dicho que la Convención de Nueva York está “sesgada” porque pretende promover la ejecución de los laudos en el mayor número posible de casos. Ese objetivo es el que cumple el artículo VII 1) al eliminar las condiciones que establecen las leyes nacionales para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales que sean más exigentes que las establecidas en la Convención de Nueva York, permitiendo al mismo tiempo que sigan aplicándose las disposiciones nacionales que atribuyen derechos especiales o más favorables a la parte que pretende la ejecución de una sentencia arbitral (A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, párr. 21).

25. En la medida en que hay muchas legislaciones nacionales que regulan también la validez formal del acuerdo de arbitraje, los tribunales estatales se han visto obligados a determinar qué relación tienen esas normas nacionales con los requisitos de forma que establece el artículo II 2). Se plantea la cuestión de si los tribunales estatales, al amparo del artículo VII 1), pueden aplicar sus leyes más liberales en lugar de aplicar los requisitos más estrictos de la Convención de Nueva York.

### A. Requisito de forma uniforme o máximo

26. La primera cuestión que se plantea es si debe interpretarse que la Convención de Nueva York establece un requisito unificado de forma que los acuerdos de arbitraje tienen que cumplir en aplicación de la Convención de Nueva York<sup>58</sup> o si el

---

<sup>56</sup> Suiza, Tribunal Federal, *Compagnie de Navigation de Transports SA v. MSC Mediterranean Shipping Company SA* (1995) BGE 121 III 38, ASA Bulletin 3/1995 503: *el artículo 178 de la Ley Federal sobre el Derecho Internacional Privado establece lo siguiente: “En lo que respecta a la forma, el acuerdo de arbitraje será válido si está formulado por escrito, telegrama, télex, telecopia o cualquier otro medio de comunicación que permita aportar un texto como prueba de su existencia (...)”*.

<sup>57</sup> Noruega, Tribunal de Apelación de Halogaland, 16 de agosto de 1999, (Stockholm Arbitration Report, (1999), Vol 2, página 121): *el tribunal consideró que un contrato concluido mediante un intercambio de correos electrónicos en el que se hacía referencia a una póliza GENCON no constituía un acuerdo de arbitraje por escrito conforme con los términos del artículo II 2) de la Convención de Nueva York. El tribunal concluyó que el intercambio de correos electrónicos junto con la copia de la póliza GENCON, que no había sido firmada, no cumplían los “requisitos básicos de protección jurídica que establece la Convención”*.

<sup>58</sup> Suiza, Tribunal Supremo Federal, *Tradax Export S.A. (Panamá v. Amoco Iran Oil Company (Estados Unidos)*, 7 de febrero de 1984 (Yearbook Commercial Arbitration XI (1986), página 532) y Suiza, Tribunal Supremo Federal, *Tracom S.A. (Suiza) v. Sudan Oil Seeds Co. Ltd.*

artículo II 2) de la Convención de Nueva York establece un requisito máximo de forma (dejando así a los Estados en libertad de establecer unos requisitos menos restrictivos)<sup>59</sup> (A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, párrs 21 y 22).

27. Muchas legislaciones nacionales han adoptado un planteamiento más amplio de los requisitos del artículo II 2). Además, en algunos casos los tribunales estatales han aplicado las leyes nacionales con preferencia a la Convención de Nueva York con el fin de mantener la validez de una cláusula de arbitraje<sup>60</sup>, y en varias decisiones de tribunales, basándose en el artículo VII 1), han corroborado la validez de un acuerdo de arbitraje en virtud de la legislación nacional cuando ese acuerdo de arbitraje no hubiera sido considerado válido en virtud de la Convención de Nueva York<sup>61</sup>. En un caso, el tribunal concluyó que “los principios contractuales ordinarios establecen cuándo las partes están obligadas por una cláusula de arbitraje

---

(Reino Unido), 5 de noviembre de 1985, (Yearbook Commercial Arbitration, XII (1987), página 511): *en estos casos el tribunal subrayó el carácter de norma uniforme del artículo II 2) estableciendo que “el artículo II contiene normas de aplicabilidad uniforme que sustituyen a la legislación nacional si la Convención es aplicable”*; Tribunal Superior de Land (OLG), Schleswig, 30 de marzo de 2000, 16 SchH 05/99: *el artículo II 2) prevalece sobre las leyes nacionales en lo que respecta los requisitos de forma y el principio de interpretación autónoma significa que no se puede utilizar la legislación nacional para determinar la interpretación y el alcance del acuerdo de arbitraje, tanto si esa legislación es más restrictiva que el artículo II 2) en lo que respeta a los requisitos de forma como en caso contrario.*

<sup>59</sup> Alemania, Tribunal de Apelación de Colonia, Danish buyer vs. German seller, 16 de diciembre de 1992, (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 535): *el tribunal falló que “el artículo II 2) de la Convención no establece una norma uniforme, como cabe deducir del artículo VII 1) de la Convención (...)”*. (Véase también la nota 8 del presente documento.)

<sup>60</sup> Países Bajos, Tribunal de Primera Instancia, Rotterdam, 28 de septiembre de 1995, Petrasol BV (Países Bajos), v. Stolt Spur Inc. (Liberia) (Yearbook Commercial Arbitration, XXII, páginas 762 a 765): *El Tribunal afirmó que “las disposiciones de la Convención de Nueva York, en particular su artículo II) no impiden la aplicación del artículo 1074 CCP, porque hay que aplicar por analogía la disposición sobre la norma más favorable del artículo VII de la Convención”*; India, Tribunal Superior de Delhi, 15 de octubre de 1993 (Caso N° 1440 de 1990 e I.A N° 5206 de 1990, D – 15-10-1993), Gas Authority of India, Ltd v. SPIE-CAPAG, SA (Francia), Nippon Kokan Corporation (Japón), Toyo Engineering Corporation (Japón), International Chamber of Commerce (Yearbook Commercial Arbitration XXIII, páginas 688 a 712): *El Tribunal afirmó que “las partes en un acuerdo de arbitraje comercial internacional pueden pedir la ejecución de un laudo arbitral basándose en la legislación nacional, en lugar de la Convención, a pesar del hecho de que hubieran acordado ejecutar el acuerdo de arbitraje de conformidad con el artículo II de la Convención. Cuando el acuerdo de arbitraje no da por resultado un laudo capaz de ser ejecutado en virtud de la Convención, cabe todavía pedir su ejecución en virtud de la legislación paralela de la India, la Ley de Arbitraje de la India”*; Francia, Tribunal Supremo, Bomar Oil NV (Antillas Neerlandesas) v. Entreprises Tunisiennes d'Activité Pétrolière, 9 de noviembre de 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995) página 660); Francia, Tribunal de Apelación de Versalles, Bomar Oil NV (Antillas Neerlandesas) v. Entreprises Tunisiennes d'Activité Pétrolière, 23 de enero de 1991 (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), páginas 488 a 490): *La cuestión fue abordada en 1987 en la decisión del Tribunal de Apelación de París en el caso Bomar Oil, en la que se señaló que el artículo II 2) de la Convención de Nueva York contenía una “norma sustantiva que tenía que aplicarse en todos los casos”. Esa decisión fue posteriormente revocada por el Tribunal de Casación, pero esa cuestión no fue abordada directamente.*

<sup>61</sup> Tribunal Supremo (Alemania), 25 de mayo de 1970, (Yearbook Commercial Arbitration 1977, página 237); Países Bajos, Tribunal de Apelación, La Haya, Owerri commercial Inc. (Panamá) v. Dielle Srl. (Italia), 4 de agosto de 1993, (Yearbook Commercial Arbitration XIX, página 703).

escrita si no la han firmado<sup>62</sup>". En otro caso, el tribunal ejecutó un laudo arbitral en virtud del artículo VII 1) de la Convención de Nueva York porque no se cumplían los requisitos de forma del artículo II 2)<sup>63</sup>.

28. En algunos casos relacionados con el arbitraje internacional, los tribunales estatales citaron la Convención de Nueva York pero a continuación aplicaron principios de la legislación interna para resolver la cuestión de si el acuerdo de arbitraje era válido y se podía exigir su ejecución<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, *Beromun Aktiengesellschaft v. Societa Industriale Agricola "Tresse" di Dr. Domenico e Dr. Antonio dal Ferro*, 3 de abril de 1979, (41 F Supp 1163).

<sup>63</sup> Alemania, Tribunal Superior de Land (OLG), Colonia (1992) (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 535).

<sup>64</sup> Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, *Beromun Aktiengesellschaft v. Societa Industriale Agricola "Tresse" di Dr. Domenico e Dr. Antonio dal Ferro*, 3 de abril de 1979, (41 F Supp 1163); Estados Unidos, Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, *Genesco Inc v. Kakiuchi & Co*, 1º de abril de 1987, (815 F 2d 840): *planteamientos similares de la aplicación de la legislación interna fueron adoptados por los siguientes tribunales*: Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, 24 de mayo de 1985, *Jamaica Commodity Trading Company Limited v. Connell Rice & Sugar Co, Inc.*, (85 Civ 1210) *cuando decidió que, si bien el acuerdo de arbitraje tenía que constar por escrito para que se pudiera exigir su cumplimiento, no se exigía que estuviera firmado; en el caso Astor Chocolate Corporation v. Mikroverk Ltd*, 20 de enero de 1989, (704 F Supp 30 (EDNY)), *el Tribunal del Distrito Este de Nueva York sostuvo que la cuestión del alcance de una cláusula de arbitraje estaba sometida a la legislación federal pero que la legislación estatal regulaba la cuestión de si la cláusula formaba parte, o no, del contrato*. En el caso *Progressive Casualty Insurance Co. v. C.A. Reaseguradora Nacional de Venezuela* (1993) (991 F Supp 2d 42): *el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito ignoró la Convención de Nueva York y concluyó, citando únicamente casos sometidos a la legislación nacional, que en virtud de la legislación de Nueva York el acuerdo de arbitraje era vinculante porque estaba incorporado por referencia; en el caso Overseas Cosmos Inc v. NR Vessel Corp* (1997) (97 Civ 5898), *el Tribunal del Distrito Sur de California citó el caso Genesco (1987) y sostuvo que estaba firmemente establecido que una parte podía estar vinculada por un acuerdo de arbitraje aunque no hubiera firmado ese acuerdo. En ausencia de firmas, los principios contractuales ordinarios establecían si las partes estaban vinculadas por el acuerdo*; Reino Unido, Queen's Bench Division, *XL Insurance Ltd v. Owens Corning*, 28 de julio de 2000 (2 Lloyd's Rep 500, Yearbook Commercial Arbitration, XXVI (2001) página 869); Reino Unido, Tribunal de Apelación, *Zambia Steel & Building supplies Ltd. v. James Clark & Eaton Ltd*, 16 de mayo de 1986 ((1986) 2 Lloyd's Rep. 225): *refiriéndose a la Ley de Arbitraje Inglesa de 1975, el Tribunal falló que "una vez que está claro que no es necesario que la aceptación de las condiciones escritas conste en el acuerdo escrito sino que se puede demostrar esa aceptación de las condiciones escritas por otros medios, (...) cualquier prueba que demuestre que la parte ha aceptado estar vinculada por un acuerdo [de arbitraje] (...) contenido en un documento o documentos bastará para que el documento o documentos se consideren un acuerdo [de arbitraje] por escrito (...)". El razonamiento en el caso anterior, Zambia Steel (1986), fue respetado en una decisión del Queen's Bench Division of the Commercial Court, Abdullah M Fahem and Co (Yemen) v. Mareb Yemen Insurance Co and Tomen (UK) Ltd* (1997) (Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998) página 789), *caso en el que se había pedido una suspensión de las actuaciones judiciales invocando para ello un acuerdo de arbitraje; el Tribunal citó la Ley Inglesa de Arbitraje y señaló que la Ley atribuía un significado muy amplio a los términos "por escrito", más amplio incluso que el que les atribuía el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, pero afirmó que ese significado seguía siendo conforme con el artículo II 2); el Tribunal afirmó que si un acuerdo de arbitraje estaba incorporado en un documento y si se demostraba que las partes estaban vinculadas por*

29. Los tribunales estatales no siempre han considerado que la Convención de Nueva York prevalece sobre las leyes nacionales y algunos de estos tribunales han aplicado las leyes nacionales sin remitirse al artículo VII 1) de la Convención de Nueva York<sup>65</sup>, fallando que, aunque el acuerdo de arbitraje ha de constar por escrito, la firma no es un requisito ineludible y que, a falta de tal firma, los principios contractuales ordinarios establecerán si las partes están obligadas, o no, por el acuerdo de arbitraje<sup>66</sup>. Sobre esta base, algunos tribunales estatales han decidido que la incorporación específica, por referencia, de una cláusula de arbitraje cumple el requisito de forma, de conformidad con los principios en que se basa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)<sup>67</sup>, o los principios de la legislación nacional interna<sup>68</sup> o la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje<sup>69</sup>. Al menos un tribunal ha considerado que existe un acuerdo de arbitraje aunque ninguna de las partes haya firmado un contrato escrito, “lo cual es una práctica común en la rama en cuestión<sup>70</sup>”.

---

*un contrato que incluía el contenido de ese documento, no se necesitaba más pruebas de la existencia del acuerdo de arbitraje.*

- <sup>65</sup> Francia, Tribunal Supremo, *Société Britannia v. Société Jezequel et Maury*, 15 de julio de 1987, (Rev. arb. 1990, página 627); Francia, Tribunal de Apelación, París, *Société Abilio Rodríguez v. Société Vigelor* (1990) (Rev. arb. 1990, página 691): *el tribunal aplicó la legislación interna para considerar válida una cláusula de arbitraje incorporada por referencia en una carta de confirmación de una venta enviada por un corredor.*
- <sup>66</sup> Estados Unidos, Tribunal del Distrito Este de Nueva York, *Astor Chocolate Corporation v. Mikroverk Ltd* (1989) (704 F Supp 30 (EDNY)); Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de California, *Overseas Cosmos Inc. v. NR Vessel Corp* (1997) 97 Civ 5898 *citando Genesco* (1987); Francia, Tribunal Supremo, *Bomar Oil N.V. (Antillas Neerlandesas) v. Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières ETAP* (Túnez), 9 de noviembre de 1993, (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995) página 660).
- <sup>67</sup> Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, *Filanto SpA v. Chilewich International Corp.*, 14 de abril de 1992, (789 F Supp 1229, Yearbook Commercial Arbitration XVIII (1993), página 530): *el tribunal falló que las controversias que pertenecieran al ámbito de la Convención de Nueva York, tanto si eran sometidas a un tribunal estatal como si lo eran a un tribunal federal, tenían que resolverse haciéndose referencia a ese instrumento; sin embargo, a continuación indicó que los tribunales que habían interpretado ese requisito de forma escrita generalmente habían iniciado su examen con la lectura directa de la Convención de Nueva York y a continuación habían aplicado sus términos en función de la legislación federal, constituida por principios generalmente aceptados del derecho contractual; no obstante, se negó a aplicar el Código de Comercio Uniforme y aplicó en cambio la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).*
- <sup>68</sup> Estados Unidos, Tribunal de Apelación, Séptimo Circuito, *Mary D. Slaney* (Estados Unidos) v. *International Amateur Athletic Federation* (Mónaco), 27 de marzo de 2001, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 1091); Estados Unidos, Tribunal de Apelación, Segundo Circuito, *Square v. Bombay*, 23 de agosto de 1999.
- <sup>69</sup> Hong Kong, Tribunal Superior, *Jiangxi Provincial Metal and Minerals Import and Export Corp v. Sulanser Company Ltd*, 6 de abril de 1995, (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 546): *el tribunal falló que la definición de acuerdo por escrito que establece el artículo II 2) no es excluyente y no impide la aplicación del artículo 7 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje.*
- <sup>70</sup> Francia, Tribunal de Apelación, París, *SARL Centro Stoccaggio Grani v. SA Granit*, 8 de junio de 1995, (Rev. Arb. 89).

30. Cuando los tribunales estatales han aplicado las leyes nacionales en lugar de la Convención de Nueva York para determinar la validez de un acuerdo de arbitraje, se abre otro espacio de incertidumbre que es el de determinar cuál es la ley aplicable a la cuestión de que se trate. Sobre este tema, las soluciones ofrecidas por los tribunales han variado. La validez formal del acuerdo de arbitraje se juzgará aplicando la norma uniforme del artículo II 2), mientras que la validez sustantiva del acuerdo de arbitraje se puede determinar, de conformidad con el artículo V 1) a) de la Convención de Nueva York, de conformidad con las leyes nacionales. En determinados casos, los tribunales estatales no han establecido ninguna diferencia entre el requisito formal de la validez del acuerdo de arbitraje (forma escrita), que se rige por la Convención de Nueva York, y los requisitos sustantivos que se rigen por las leyes nacionales, y han aplicado estas últimas a los dos requisitos<sup>71</sup>. Otros tribunales estatales han opinado que la validez de los acuerdos de arbitraje se debe determinar de conformidad con la ley del país en que se dictó la sentencia si no existe acuerdo entre las partes<sup>72</sup>.

## B. Régimen de autosuficiencia

31. La cuestión de si se pueden combinar las disposiciones de la Convención de Nueva York con las disposiciones de las leyes nacionales se ha planteado principalmente en casos relacionados con la aplicación del artículo II 2) de dicha Convención de Nueva York.

<sup>71</sup> Suiza, Tribunal Federal, *Compagnie de Navigation de Transports SA v. MSC Mediterranean Shipping Company SA* (1995) BGE 121 III 38, (ASA Bulletin 3/1995 503): *el tribunal falló que el artículo II 2) se debe interpretar y aplicar teniendo en cuenta los requisitos menos restrictivos que establece el artículo 7 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje y el artículo 178 de la Ley suiza sobre el Derecho Internacional Privado. El tribunal señaló que, a la vista de los medios modernos de comunicación, los escritos no firmados desempeñan un papel destacado y el requisito de firma va perdiendo importancia. En algunos casos particulares, en virtud de las normas de buena fe, una conducta determinada permite salvar el requisito de forma escrita; Italia, Tribunal Supremo, *Lanificio Walter Banci SaS (Italy) v. Bobbie Brooks Inc* (Estados Unidos) (1980) (Yearbook Commercial Arbitration VI (1981) página 233): *el tribunal examinó la relación entre el artículo II y el artículo V en los procedimientos de ejecución y llegó a la conclusión de que, en caso de ejecución, el artículo aplicable era el V y no el II. Por consiguiente, sostuvo que la forma escrita de la cláusula de arbitraje estaba en conformidad con la legislación interna aplicable, indicando que en virtud del artículo V 1) a), la validez del acuerdo de arbitraje tenía que determinarse en virtud de la ley del país en que se hubiera dictado la sentencia si las partes no llegaban a un acuerdo; el tribunal no indicó nada acerca de si el acuerdo de arbitraje estaba en conformidad con el artículo II; esta opinión fue corroborada de algún modo por una decisión del Tribunal Supremo, Italia, en *Conceria G De Maio & F snc (Italia) v. EMAG AG* (Suiza) (1995) (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996) página 602), según la cual: *el tribunal afirmó que, en un procedimiento de ejecución, el artículo aplicable es el V y no el II, y que la validez de la cláusula de arbitraje tiene que establecerse de conformidad con la ley aplicable.***

<sup>72</sup> Italia, Tribunal Supremo, *Lanificio Walter Banci SaS (Italia) v. Bobbie Brooks Inc*. (Estados Unidos), 15 de abril de 1980, (Yearbook Commercial Arbitration VI (1981), página 233); Italia, Tribunal Supremo, *Conceria G De Maio & F snc (Italia) v. EMAG AG* (Suiza), 20 de enero de 1995, (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 602); *Universal Peace Shipping Enterprises SA (Panamá v. Montipe SpA (Italia)* (1991), (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992) página 562).

32. Algunos tribunales estatales han adoptado el punto de vista de que la Convención de Nueva York establece un régimen autosuficiente y han fallado que resultaría contradictorio con la intención de los autores de la Convención de Nueva York que unas sentencias dictadas sobre la base de un acuerdo que no cumpla los requisitos que establece la Convención de Nueva York puedan beneficiarse, sin embargo, del régimen de dicha Convención. De acuerdo con este enfoque, el artículo VII 1) no permitiría que las partes combinaran las disposiciones de la Convención de Nueva York con las disposiciones de la legislación nacional sobre la ejecución de sentencias arbitrales. Se indicó que había que elegir entre la Convención de Nueva York o la legislación nacional<sup>73</sup>.

33. Sin embargo, otros tribunales estatales han establecido que la Convención de Nueva York no contiene ninguna disposición que impida utilizar algunas de sus disposiciones en conjunción con otras disposiciones más liberales de la legislación nacional<sup>74</sup>.

### C. El artículo VII 1) y la referencia a los acuerdos de arbitraje

34. Otra cuestión que se plantea es si el artículo VII 1), aplicable a la ejecución de las sentencias arbitrales, se puede aplicar también a los acuerdos de arbitraje. Algunos tribunales estatales han aplicado la legislación nacional para determinar la cuestión de si se puede exigir el cumplimiento de un acuerdo de arbitraje, considerando por consiguiente que el artículo VII 1), que en su texto hace referencia a la ejecución de las sentencias arbitrales, se debe interpretar que se aplica también a los acuerdos de arbitraje<sup>75</sup>.

## III. Observaciones finales

### A. Observaciones generales

35. Sigue habiendo grandes diferencias entre los tribunales estatales en su interpretación del requisito de forma definido en el artículo II 2). En particular, qué se entiende por el término “firmados”, si el requisito de firma afecta tanto a las cláusulas de arbitraje en un contrato como al acuerdo de arbitraje y qué se entiende

<sup>73</sup> Alemania, Tribunal de Apelación de Colonia, Danish buyer v. German seller, 16 de diciembre de 1992, (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 535).

<sup>74</sup> Alemania, Tribunal Superior de Land (OLG), Hamm, 2 de noviembre de 1983, (Yearbook Commercial Arbitration XIV (1989), página 629): *el tribunal aplicó simultáneamente las disposiciones del Nuevo Código de Procedimiento Civil alemán y de la Convención de Nueva York para resolver sobre la ejecución de un laudo extranjero*; Países Bajos, Tribunal de Primera Instancia, Rotterdam, Isaac Glecer (Israel) v. Moses Asrael Glecer and Estera Glecer-Nottman (Bélgica, 24 de noviembre de 1994 (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 635): *el tribunal aprobó la ejecución, declarando entre otras cosas que el artículo 1076 del Código de Procedimiento Civil de los Países Bajos se aplicaba a dicha ejecución en virtud del artículo VII 1) de la Convención de Nueva York*.

<sup>75</sup> Estados Unidos, Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, Genesco, Inc v. Kakiuchi & Co., 1º de abril de 1987, (815 F 2d 840); Reino Unido, Queen’s Bench Division, Commercial Court, XL Insurance Ltd v. Owens Corning, 28 de julio de 2000, 2 Lloyd’s Rep 500, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001) página 869).

por “canje de cartas o telegrama” son asuntos sobre los que ha habido interpretaciones diferentes y a veces contradictorias. Las diferencias en las interpretaciones judiciales del requisito de forma y la tendencia a evitar dicho requisito de forma remitiéndose a otras doctrinas jurídicas pueden socavar los principios de la Convención de Nueva York y la armonización de las disposiciones legales relativas al reconocimiento y ejecución de acuerdos de arbitraje.

36. En muchos Estados, los tribunales han definido unas posiciones claras sobre las circunstancias en que puede aplicarse el artículo VII 1) para mantener la validez de unos acuerdos de arbitraje que no cumplirían, en caso contrario, el requisito de forma que establece el artículo II 2), pero esas posiciones difieren de un Estado a otro. La ventaja de aplicar el artículo VII 1) sería que se evitaría la aplicación del artículo II 2) y que, como los Estados promulgarían disposiciones más favorables sobre el requisito de forma que deben cumplir los acuerdos de arbitraje, permitiría el desarrollo de normas favorables a la validez de los acuerdos de arbitraje en un mayor número de situaciones. Exhortar a la adopción general por los Estados del artículo 7 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, que actualmente está revisando el Grupo de Trabajo, sería una forma útil de lograr una mayor uniformidad con respecto al requisito de forma, que respondería mejor a las necesidades del arbitraje moderno.

## **B. Proyecto de declaración sobre la interpretación del artículo VII 1) de la Convención**

37. Como antes se indicó (párrafos 24 a 34), hay algunas zonas de incertidumbre en la aplicación del artículo VII 1). A la vista de la labor actual del Grupo de Trabajo sobre el artículo II 2), y del proyecto de revisión del artículo 7 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, quizá quiera considerar el Grupo de Trabajo si sería también útil preparar unos principios orientativos sobre el artículo VII 1) de la Convención de Nueva York para lograr una aplicación más uniforme. El texto de una declaración de interpretación del artículo VII 1) de la Ley Modelo podría ser el siguiente:

*“Declaración relativa a la interpretación del artículo VII 1) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958*

*La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,*

[1] *Recordando* la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, por la que fue establecida la Comisión con el objeto de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional,

[2] *Consciente* del hecho de que en la Comisión están representados los diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos del mundo, junto con los diferentes niveles de desarrollo,

[3] *Recordando* las sucesivas resoluciones en que la Asamblea General reafirmó el mandato de la Comisión como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, para coordinar las actividades jurídicas en este campo,

[4] *Consciente* de su mandato de impulsar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional promoviendo, entre otras cosas, medios para asegurar una interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional,

[5] *Convencida* de que la amplia adopción de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ha supuesto un logro importante para la promoción del imperio de la ley, especialmente en el ámbito del comercio internacional,

[6] *Recordando* que la Conferencia de Plenipotenciarios que preparó y abrió a la firma la Convención aprobó una resolución que decía, entre otras cosas, que la Conferencia “considera que una mayor uniformidad en las leyes nacionales relativas al arbitraje haría más eficaz el arbitraje como medio de solución de las controversias de derecho privado...”,

[7] *Teniendo en cuenta* las diferentes interpretaciones de los requisitos de forma que establece la Convención y que obedecen en parte a diferencias de expresión entre los cinco textos igualmente auténticos de la Convención,

[8] *Teniendo en cuenta* el artículo VII 1) de la Convención, uno de cuyos objetivos es permitir la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en la mayor medida posible, en particular reconociendo el derecho de cualquier parte interesada a acogerse a las leyes o los tratados del país donde la sentencia se invoque, incluyendo los casos en que dichas leyes o tratados ofrezcan un régimen más favorable que el de la Convención,

[9] *Considerando* el extendido uso del comercio electrónico,

[10] *Teniendo en cuenta* los instrumentos jurídicos internacionales, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, y sus revisiones posteriores, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI para las Firmas Electrónicas y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales,

[11] *Teniendo también en cuenta* que se han promulgado leyes nacionales más favorables que la Convención en lo que respecta al requisito de forma a que están sometidos los acuerdos de arbitraje, los procedimientos de arbitraje y la ejecución de las sentencias arbitrales, que han dado origen a una jurisprudencia,

[12] *Considerando* que, al interpretar la Convención, ha de tenerse en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales,

[13] *Recomienda* que el artículo VII 1) de la Convención se aplique de forma que permita a las partes interesadas acogerse a los derechos que puedan corresponderle en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje.”