

VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL BAJO LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK: UN EJERCICIO CONFLICTUAL

Francisco González de Cossío*

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL.....	3
A.	Antecedentes	3
B.	La Norma Conflictual.....	3
C.	Contenido	4
1.	Requisitos de Validez bajo la Convención de Nueva York	4
a)	Nulo	5
b)	Ineficaz.....	5
c)	Inaplicable o de Imposible Ejecución	5
d)	Nota de precaución.....	6
2.	Requisitos bajo la <i>lex causae</i>	6
D.	Interrelación entre la Convención de Nueva York y la <i>lex causae</i>	7
1.	Introducción.....	7
2.	Soluciones conflictuales de la Convención de Nueva York.....	7
3.	Solución conflictual con respecto al acuerdo arbitral	8
4.	Solución conflictual con respecto al laudo arbitral.....	9
5.	Llevando la Convención de Nueva York al extremo.....	13
III.	IMPACTO DE LA RELAJACIÓN DE LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL EN EL ESQUEMA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK	15
A.	Introducción	15
B.	El Paradigma vigente.....	15
1.	La Convención de Nueva York.....	16
2.	La Ley Modelo	16
C.	Problemas Derivados de los Requisitos de Forma del Acuerdo Arbitral.....	16
D.	El nuevo paradigma	18
E.	Las implicaciones jurídicas	19
F.	Efectos en la ejecución del laudo arbitral.....	19
1.	Los requisitos de forma aplican a la ejecución del <i>acuerdo</i> , no del <i>laudo</i> , arbitral.....	19
2.	La validez del acuerdo arbitral para efectos de la ejecución del laudo se realiza en base al derecho (nacional) aplicable.....	20
3.	La disposición de derecho más favorable.....	20
IV.	CONCLUSIÓN	21

* Fundador de GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. (www.gdca.com.mx). Abogado y árbitro en asuntos nacionales e internacionales. Autor de *Arbitraje* (2004), *Competencia Económica: Aspectos Jurídicos y Económicos* (2005), *Arbitraje Deportivo* (2006), *Arbitraje y la Judicatura* (2007), *El Estado de Derecho: Un Enfoque Económico* (2007) y *El Árbitro* (2008). Profesor de Arbitraje, Arbitraje de Inversión y Competencia Económica.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha dicho que el acuerdo arbitral es la piedra angular del arbitraje. La metáfora no es exagerada. De estar mal diseñado, el edificio arbitral se desmorona. Así lo prevé el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York¹ al contemplar como causal de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral:

Que ... el acuerdo [arbitral] ... no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia ...

Quedando claro que la invalidez del acuerdo arbitral puede tornar los cimientos de la construcción arbitral en arenas movedizas, surge la duda: ¿con qué metro se mide su validez?

La pregunta es relevante. De poca utilidad serán los cálculos del arquitecto arbitral al dibujar una cláusula arbitral si no considera sobre qué tipo de terreno se construye. Continuando con la metáfora, sería como edificar sin tomar en cuenta que se erigirá sobre roca o arena. Por más sofisticado que sea el diseño, no verá la luz del día por mucho.

El objetivo de este ensayo es analizar los cimientos conceptuales sobre los que descansa el acuerdo arbitral, particularmente a la luz de ciertos cambios recientes.

Debo adelantar que el tema es, no solo *estimulante*, sino *divertido*. Es *estimulante* pues exige un entendimiento de diversos cuerpos normativos que, dado el diseño de la Convención de Nueva York, se enfrentarán. Es *divertido* pues se presta para hipótesis exóticas. Y entre más exóticas, más ilustrativo es el fenómeno que se analizará. Como se verá, el tema se traslapa con derecho conflictual, una rama famosa por su abstracción. Ya lo alertaba Prosser:²

The realm of the conflict of laws is a dismal swamp filled with quaking quagmires and inhabited by learned but eccentric professors who theorize about mysterious matters in strange and incomprehensible jargon.

Le ruego al lector que no cierre el capítulo. Este estudio no será aún otro ensayo sobre el sexo de los ángeles. Se abordará un tema práctico y que ha generado debates. Prometo que al final del mismo el arquitecto legal gozará de una herramienta adicional cuando se siente en su restirador jurídico a diseñar su obra arbitral.

¹ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958 (la “Convención de Nueva York”).

² Juenger, Friederich K., *Choice of Law and Multistate Justice*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht/Boston/London, 1993, pg. 1. La obra de Juenger, quien es uno de los estudiosos más interesantes que sobre esta materia he encontrado, hace un interesante (y elegante) estudio sobre lo que es y debe ser el derecho internacional privado. (Confieso que fue mi maestro, y uno de los mejores que he tenido.)

II. VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL

A. ANTECEDENTES

Un acuerdo arbitral, como todo acto jurídico, será inválido si no reúne ciertos requisitos. ¿Pero qué requisitos? La internacionalidad del arbitraje no es noticia. Por definición, ello implica pluralidad de leyes que concurren, o pueden concurrir, a regir el tema. Nada más y nada menos que el fenómeno que origina la (esotérica³) disciplina del derecho conflictual.⁴ Ante dicha incógnita, ¿qué derecho—o para ser más exactos—qué norma conflictual contemplar en la Convención de Nueva York?

El planteamiento no busca *teorizar* sino *contextualizar*. La Convención de Nueva York es comúnmente aludida como el instrumento legal mercantil más exitoso de la historia. Para entender porqué es necesario explicar las soluciones adoptadas ante su trasfondo.

B. LA NORMA CONFLICTUAL

La determinación del derecho aplicable al acuerdo arbitral es un momento importante, pues será trascendente. Y puede ser difícil en un arbitraje internacional dada (i) la frecuente existencia de una diversidad de puntos de conexidad, (ii) que el tribunal arbitral no tiene foro,⁵ (iii) la determinación del derecho aplicable debe hacerse de conformidad con alguna norma de conflicto, lo cual implica de sí la determinación de un derecho conflictual.⁶ La circularidad que ello invita se asemeja a una discusión ‘huevo-gallina’.

La solución adoptada por la Convención de Nueva York es la siguiente: el derecho aplicable a efecto de analizar los requisitos de validez de un acuerdo arbitral es: (i) aquél que las partes hayan designado (sea en el contrato en el cual el acuerdo arbitral está contenido o en el acuerdo arbitral mismo); o (b) en ausencia de dicha designación, lo será el derecho de la sede del arbitraje.⁷

Es decir, la *lex causae* es la *lex voluntatis* o, en su ausencia, la *lex arbitrii*.⁸

³ Ya lo decía Frankenstein: “no hay dominio más discutido, no hay rama del derecho más confusa, que el Derecho Internacional Privado”. Otros autores han calificado la materia como un “matorral impenetrable”, un “rompecabezas chino”. Y aún otros la erigen (o idealizan) calificándola *inter alia* como “el Derecho del Derecho”.

⁴ Conocida también como derecho internacional privado, *choice of law* en jurisdicciones de *common law* o *droit conflictuelle* en Francia.

⁵ A diferencia de un tribunal estatal.

⁶ Lo cual lleva a una situación circular: tener que escoger algún derecho para, de conformidad con sus reglas de conflicto, se escoja otro derecho sustantivo. El origen del (raro) fenómeno conocido en el argot *conflictuelle* como *renvoi*.

⁷ Artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York.

⁸ En estricto sentido, el derecho de la sede no es la *lex arbitrii*. Sin embargo, así lo aludo por simplicidad de referencia.

La solución es buena. No solo eso, la Convención de Nueva York superó debates diversos adoptando una norma conflictual moderna.⁹ Tanto, que sigue siendo vigente. No es necesario actualizarla—algo encomiable si se tiene en cuenta su quincuagésimo aniversario.

C. CONTENIDO

El contenido de los requisitos de validez del acuerdo arbitral es interesante pues lo comprenden dos cuerpos normativos: la Convención de Nueva York y la *lex causae*. Mientras que el primero es fijo, el segundo es variable. A continuación se abordarán por separado para luego analizar cómo se interrelacionan.

1. Requisitos de validez bajo la Convención de Nueva York

La Convención de Nueva York contiene un régimen de validez del acuerdo arbitral dentro del contexto de su ejecución. Establece:¹⁰

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.

Como puede observarse, alude a ‘nulidad’, ‘ineficacia’ o ‘inaplicabilidad’. Aunque dichos conceptos pueden parecerle familiares a juristas de diversas jurisdicciones,¹¹ su contenido conceptual legal es independiente. No necesariamente coincide con la de algún derecho local. La terminología utilizada es intencionalmente amplia y obedece al deseo de lograr una aplicación homogénea de la Convención de Nueva York en diferentes jurisdicciones abarcando las doctrinas y principios nacionales que puedan generar la “invalidez” del acuerdo arbitral.¹²

Los antecedentes de la Convención de Nueva York no son ricos sobre el significado de las palabras, nulo, ineficaz o inaplicable. Pocos autores han expresado opinión acerca de su significado legal y, hasta recientemente, pocos tribunales las han interpretado.

Las palabras “nulo, ineficaz, o inaplicable” comprenden razones distintas por las cuales el acuerdo arbitral puede no generar efectos jurídicos. A continuación se comentarán.

⁹ Recuérdense las diferentes escuelas que ofrecían soluciones al (abstracto) problema sobre el derecho que debe regir un contrato con puntos de conexidad con más de un sistema jurídico. Por ejemplo, las corrientes territorialistas (la *lex loci contractus* o *lex loci celebrationis*), corrientes personalistas (ley de nacionalidad (*lex patriae*), ley de domicilio (*lex domicilli*)) y la autonomía de la voluntad (*lex voluntatis*). (Empiezan a asomarse los términos incomprensibles a los que aludía Prosser.)

¹⁰ Artículo II(3) de la Convención de Nueva York.

¹¹ Por ejemplo, mientras que en derecho mexicano la ‘nulidad’ e ‘ineficacia’ son términos con un contenido legal específico bajo la teoría del acto jurídico del derecho de las obligaciones, la ‘inaplicabilidad’ es desconocida.

¹² Broches, Aron, *A Commentary on The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1990, pgs. 45 y 46.

a) *Nulo*

El término “nulo” del artículo II(3) de la Convención de Nueva York se refiere a circunstancias que, bajo el derecho aplicable al acuerdo arbitral, vician *de origen* la validez del acuerdo arbitral. Se asemeja al concepto “null and void”¹³ en inglés y “caduque” en francés.¹⁴

b) *Ineficaz*

La palabra “ineficaz” comprende casos en los cuales el acuerdo arbitral, habiendo nacido válido, ha dejado *a posteriori* de tener efecto. Alude a casos en los que el acuerdo arbitral, aunque existente y válido, ha cesado de propiciar efectos, lo cual puede ocurrir por diversos motivos. Por ejemplo, que el acuerdo arbitral sea condicional,¹⁵ haya sido revocado, modificado, novado, o exista un laudo que resuelva una disputa que de otra manera quedaría abarcada por el acuerdo arbitral, inconsistencia de un acuerdo arbitral,¹⁶ que las partes hayan (implícita o explícitamente) revocado el acuerdo arbitral, que la controversia se haya ya decidido ya sea en arbitraje o mediante un litigio,¹⁷ que se haya transigido la controversia, y que la controversia ya no pueda resolverse por arbitraje debido a que ha prescrito el plazo para entablar la reclamación.¹⁸ La variedad de circunstancias que pueden generar la ineficacia del acuerdo arbitral son diversas, y no se agotan en este estudio.¹⁹

c) *Inaplicable*

La “inaplicabilidad” bajo la Convención de Nueva York es una causal fáctica, no jurídica. Abarca casos en los que, aún y cuando el acuerdo arbitral es válido y obligatorio, existe una imposibilidad *fáctica* para cumplir con el mismo. Las razones pueden ser que el acuerdo arbitral carece de claridad, no es inteligible o no puede ser cumplido. Carece de requisitos prácticos necesarios su ejecución.

Algunos ejemplos de circunstancias que pueden acarrear la “inaplicabilidad” del acuerdo arbitral son mala redacción que propicie nudos gordianos,²⁰ que no se cuente con recursos para

¹³ Las palabras “null and void” en inglés son generalmente utilizadas en forma conjunta para significar lo mismo: un vicio del acto jurídico que se presenta desde el principio. (Ver §7 del *Restatement of the Law, Contracts*, American Law Institute, 1981, pgs. 21 et seq.)

¹⁴ En francés “caduque” tiene la misma connotación que “nulo” en español.

¹⁵ Por ejemplo, los acuerdos arbitrales ‘escalonados’, también conocidos como “multi-tiered arbitration clauses” o “*Scott Avery clauses*” (por el caso Inglés *Scott v. Avery* (1865) 5 H.L.L. Cas. 811).

¹⁶ Piénsese por ejemplo en la circunstancia en que se incluyen dos sedes del arbitraje en países distintos (como ocurrió en el caso *E.J.R. Lovelock Ltd. v. Exportles* ([1968] 1 Lloyd’s Rep. 163) en donde el acuerdo arbitral designaba como sede, al mismo tiempo, Moscú y Londres. El resultado fue que el acuerdo arbitral fue calificado como inconsistente y, por ende, ineficaz).

¹⁷ En cuyo caso aplicarían los principios de *res judicata* y *ne bis in idem*.

¹⁸ Tengo dudas acerca de que la prescripción sea una causal para considerar al acuerdo arbitral ineficaz. No abordaré los motivos.

¹⁹ Para abundar, véase, González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004, pgs. 55 et seq.

²⁰ Como lo son problemas de designación.

satisfacer el anticipo de arbitraje.²¹ En la jerga arbitral se les alude con frecuencia como ‘cláusulas patológicas’.²²

d) *Nota de precaución*

La forma de concebir y aplicar las causales descritas ha generado problemas. No es el lugar para agotar el tema.²³ Sin embargo, es relevante indicar que las causales no implican (ni implican) que el juez nacional realice un análisis exhaustivo. Ello le corresponde (en principio) al tribunal arbitral y (en definitiva) al juez nacional al momento de ejecución del laudo.²⁴ Nunca al momento de ejecución del acuerdo arbitral.²⁵ El nivel de revisión al momento de ejecución del acuerdo arbitral es *mínimo*. La causal tiene que ser *evidente*. *Manifiesta*. De otra manera, debe dejarse que el tribunal arbitral la analice con detenimiento.²⁶ Una postura contraria traería como resultado una paradoja: que las partes, para *arbitrar*, tengan que *litigar*. Justo lo que se quería evitar al inventar el principio *compétence-compétence*.

2. Requisitos bajo la *lex causae*

El derecho aplicable influirá en la validez del acuerdo arbitral. Después de todo, el acuerdo arbitral es un acto jurídico que requiere de un régimen detallado, que la Convención de Nueva York no contempla ni debe contemplar.²⁷ Por consiguiente, su espina dorsal estará constituida por el derecho de las obligaciones que resulte aplicable.

²¹ Otros ejemplos son la incorrecta referencia a la institución arbitral sea que el arbitraje parezca opcional, que el acuerdo contenga un mecanismo defectuoso de designación de árbitros, que se hayan designado directamente árbitros que hayan fallecido o no que puedan fungir como tales por no reunir los requisitos aplicables, que imponga fechas límite imposibles de cumplir, o cláusulas en blanco.

²² El término tiene su origen en la conferencia de 1974 de Frédéric Eisemann, entonces Secretario General Honorario de CCI. Acuñó el término para referirse a un acuerdo arbitral que contuviera un defecto que impide la consecución apropiada de un procedimiento arbitral. (Eisemann, Frédéric, *La clause d'arbitrage pathologique*, en *Commercial Arbitration—Essays in Memoriam Eugenio Minoli*, 1974, pg. 129.)

²³ Realizó dicho análisis en *The Compétence-Compétence Principle, Revisited*, 24 *Journal of International Arbitration*, no. 3, pg. 231; en *Kompetenz-kompetenz a la Mexicana: Crónica de una Muerte Anunciada, Arbitraje y la Judicatura*, México, D.F., Ed. Porrúa, 2007, pg. 25 et seq.; *Compétence-compétence à la mexicaine et à l'américaine: une évolution douteuse*, *Gazette du Palais*, no. 127, année 194-198, París, Francia, 2007, pg. 27; capítulo *Arbitraje: Estado Actual de Efectividad en México*, en González Martín, Nuria (coordinadora), *Lecciones de Derecho Internacional Privado Mexicano*, México, D.F., UNAM y Ed. Porrúa, 2007, pg. 417; *El Principio compétence-compétence revisitado*, *Revista de Arbitragem e Mediação*, año 4-13, abril-junho de 2007, Sao Paulo, Brasil, pg. 100; y *Prognosis de la Salud Arbitral Mexicana*. La multiplicidad de lugares obedece a lo erróneo de las decisiones de las Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos (*Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna et al* (546 U.S. ____ (2006))) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) (Contradicción 51/2005, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de enero de 2006, tesis jurisprudencial 25/2006).

²⁴ Bajo el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York.

²⁵ Bajo el artículo II de la Convención de Nueva York.

²⁶ Su inclusión en el artículo II busca evitar que casos evidentemente injustificados, por ser nulos, ineficaces o de imposible ejecución, sean canalizados al arbitraje, con el consecuente costo y tiempo de resolución. (Para abundar, *vid* la bibliografía citada en el pie de página 23 anterior.)

²⁷ De hacerlo, se tornaría en un código de obligaciones.

Mucho podría decirse al respecto. En el contexto de este estudio, cuyo enfoque se ciñe a sus implicaciones bajo la Convención de Nueva York, basta abordar un tema: ¿cómo se conjugan la Convención de Nueva York y la *lex causae*?

D. INTERRELACIÓN ENTRE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LA *LEX CAUSAE*

1. Introducción

La forma en que se conjugan la Convención de Nueva York y la *lex causae* ha generado dudas. Y no son teóricas. Practicantes importantes se han visto enigmados ante la interrogante sobre qué derecho utilizar para aquilatar la validez de un acuerdo arbitral.²⁸ Las aristas pueden ser diversas,²⁹ y las respuestas pueden ser no sólo distintas, sino diametralmente opuestas—inclusive contradictorias.

A continuación se abordará el tema comenzando por las soluciones conflictuales adoptadas por la Convención de Nueva York, para luego analizar cada una.

2. Soluciones conflictuales de la Convención de Nueva York

La Convención de Nueva York establece un régimen que soluciona conflictos de leyes. La forma en que lo hace es variable, y atendiendo al tema: ejecución del *acuerdo* arbitral y ejecución del *laudo* arbitral. Para ello, adopta dos soluciones conflictuales. Primero, sobre la forma del acuerdo arbitral. Segundo, el resto del régimen del acuerdo arbitral. El primero se resolvió mediante una norma de derecho uniforme. El segundo mediante una norma de remisión.³⁰

La solución adoptada habla de destreza en el uso del derecho conflictual—además de inteligencia. Ello queda en manifiesto si se observan las consecuencias de cada solución conflictual.

Comencemos con la primera. Al establecer una norma de derecho uniforme para resolver los conflictos en materia de *forma* del acuerdo arbitral se logra un objetivo tan claro como positivo: velocidad en la ejecución del acuerdo arbitral. El juez nacional, al momento de recibir

²⁸ En un caso reciente, una estimulante discusión con un experto nos llevó a identificar *in casu* cuatro derechos aplicables que establecían regímenes distintos con respecto a los requisitos que un mandatario que había actuado en representación de una persona moral debía cumplir, así como las consecuencias (p.e., la *inexistencia* del acto, *anulabilidad* y su *nulidad* (que son distintos)).

²⁹ Por ejemplo, los requisitos de existencia y validez del acuerdo arbitral. Dentro de los primeros, piénsese en el régimen aplicable al objeto del acto y el consentimiento, los cuales son regulados en forma dispar en diferentes jurisdicciones, tanto en su contenido como sus consecuencias. En los segundos, considérese el régimen de representación (incluyendo capacidad), las consecuencias de la existencia de un vicio del consentimiento, la teoría de la causa y la forma del acto. Y todo lo anterior sin tomar en cuenta que diferentes derechos contemplan más o menos requisitos como elementos de los actos jurídicos. Visto bajo esta lupa, cada uno de los elementos se convierte en una variable que da lugar a una infinidad de hipótesis que constituyen caldo de cultivo para cuestionamientos de validez del acuerdo arbitral.

³⁰ *lex voluntatis* o *lex arbitrii*.

una solicitud de remisión al arbitraje, *únicamente* tiene que constatar que exista un acuerdo por escrito y firmado. De ser el caso, remite. Punto.

El segundo tenía que ser más exhaustivo. El acuerdo arbitral es un acto jurídico (un contrato) como cualquier otro. Como tal, debe cumplir un régimen para ser válido. Dado que el régimen es variable, la solución conflictual que la Convención de Nueva York adopta es sana, además de eficiente. Es *sana* pues establece la posibilidad de que las partes solucionen el conflicto de leyes mediante una elección expresa. De no hacerlo, contempla una norma conflictual subsidiaria: la *lex arbitrii*. Y es *eficiente* pues canaliza la solución al órgano mejor situado para hacer la determinación: el tribunal arbitral.³¹

3. Solución conflictual con respecto al acuerdo arbitral

Quedando entendido que la solución conflictual de la Convención de Nueva York a la concurrencia simultánea de leyes con respecto a la forma del acuerdo arbitral es derecho uniforme, surge la duda sobre sus implicaciones. ¿Qué significa que los requisitos de forma del artículo II sean derecho uniforme? Se vislumbran tres posibles consecuencias:

- a) *Mínimo*: que su régimen constituya el *mínimo* de forma necesario para ejecución, de tal forma que no sea violatorio de la Convención establecer requisitos más formales;
- b) *Máximo*: que sea un *máximo* de forma. Es decir, que no pueda exigirse más; o
- c) *Ambos*: que sea tanto un *mínimo* como un *máximo*; y, por ende, no puedan ni relajarse ni adicionarse.

Parece quedar claro que el artículo II de la Convención de Nueva York no es un mínimo. Es decir, no exige que se cumpla con sus lineamientos para ejecutar el acuerdo dejando abierta la posibilidad que el derecho local pueda imponer requisitos adicionales más exigentes. Más bien, la Convención de Nueva York prevalece sobre el derecho local que sea más estricto al respecto. Lo desplaza cuando la contradice.

Esto podría invitar la conclusión de que es un máximo. De ser esto cierto, el derecho local podría establecer menos requisitos que la Convención de Nueva York sin ser violatoria de la misma. Sin embargo, la redacción de la Convención de Nueva York no parece permitir dicha postura. Además, el objetivo del régimen de la Convención de Nueva York bajo artículo II es que, de reunirse los requisitos allí contemplados, las judicaturas estatales tienen que remitir al arbitraje. Se trata de una norma que busca establecer *un* régimen mundial que asegure ejecución de los acuerdos arbitrales.

Ello nos lleva a concluir que la Convención de Nueva York no establece un mínimo ni un máximo, sino que *establece una regla uniforme*. Es tanto un mínimo como un máximo.³² Por lo

³¹ Sin perjuicio de la revisión final que realizará el juez nacional bajo el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York.

³² Esta es la opinión del Dr. Albert Jan van den Berg, reconocido experto sobre la materia, quien considera que no existe argumento textual para considerar que el Artículo II(2) de la Convención de Nueva York establece nada más un máximo. Al contrario, considera que el texto establece una regla uniforme total y

anterior, el derecho local de Estados Parte de la Convención de Nueva York no puede exigir más, ni aceptar menos, requisitos que los contemplados en el artículo II(2) de la Convención de Nueva York.

Simplemente, bajo el artículo II de la Convención de Nueva York, no se puede ejecutar un acuerdo arbitral si no cumple con el requisito de constar por escrito y estar firmado.³³

4. Solución conflictual con respecto al laudo arbitral

Como se indicó, la solución conflictual con respecto al análisis de validez del acuerdo arbitral en el contexto de la validez del laudo arbitral es doble: *lex voluntatis* o *lex arbitrii*. Sea que las partes hayan pactado un derecho aplicable al acuerdo arbitral³⁴ o que se sujete al derecho de la sede, un derecho local (la *lex causae*) influirá y nutrirá el régimen de validez del mismo.

El acatamiento de este principio ha sido conflictivo. Diferentes tribunales arbitrales y estatales han entendido en forma diversa esta mecánica. *Grosso modo*, existe una dicotomía. Hay tribunales que han tomado la postura que el régimen bajo la Convención de Nueva York es hermético. Si un requisito no está contenido en dicho tratado, simplemente no aplica. Por otro lado, otros tribunales analizan el contenido de la *lex causae*, entendiendo que el régimen de la Convención de Nueva York únicamente versa sobre forma.

La segunda postura es la correcta. Si bien los casos son diversos,³⁵ haré un comentario sobre una muestra selectiva de los mismos.

que no deja margen de acción en su aplicación por un tribunal estatal. (van den Berg, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law and Taxation Publishers, T.M.C. Asser Institute, The Hague, 1981, pg. 178).

³³ Como ejemplo de una interpretación acorde con esta postura, la Suprema Corte de Justicia de Austria sostuvo que “*the requirement of the written form of the arbitration agreement is exclusively governed by the New York Convention*”, (Yearbook of Commercial Arbitration (“YBCA”) I, 1976, pg. 183). A su vez, el Tribunal Federal Suizo sostuvo que “*an arbitration agreement [...] is only valid if it meets the requirements of an agreement in writing under Article II(2) of the New York Convention*” (*Compagnie de Navigation et Transports S.A. v. MSC (Mediterranean Shipping Company S.A.)*, 16 de enero de 1995; YBCA XXI, 1996, pg 697.)

³⁴ Algo que jamás he sabido que suceda.

³⁵ Sólo en los últimos años se reportan decenas de casos. Por ejemplo, Tribunal Supremo [Supreme Court], Civil Chamber, 28 March 2000, enforcement case no. 1724 of 1998, YBCA XXXII, 2007, pg. 518; Tribunal Supremo [Supreme Court], Civil Chamber, 11 April 2000, enforcement case no. 3536 of 1998, YBCA XXXII, 2007, pg. 525; Tribunal Supremo [Supreme Court], Civil Chamber, 31 July 2000, enforcement case no. 332 of 2000, YBCA XXXII, 2007, pg. 532; Tribunal Supremo [Supreme Court], Civil Chamber, 28 November 2000, enforcement case no. 2658 of 1999, YBCA XXXII, 2007, pg. 540; Tribunal Supremo [Supreme Court], Civil Chamber, 26 February 2002, enforcement case no. 153 of 2001, YBCA XXXII, 2007, pg. 550; Tribunal Supremo [Supreme Court], Civil Chamber, Plenary session, 4 March 2003, enforcement case no. 2065 of 2001, YBCA XXXII, 2007, pg. 571; Tribunal Supremo [Supreme Court], Civil Chamber, Plenary Session, 1 April 2003, enforcement case no. 2009 of 2001, YBCA XXXII, 2007, pg. 582; Tribunal Supremo [Supreme Court], Civil Chamber, Plenary Session, 29 April 2003, enforcement case no. 120 of 2002, YBCA XXXII, 2007, pg. 591; Tribunal Supremo [Supreme Court], Civil Chamber, 31 May 2005, enforcement case no. 743 of 2003, YBCA, XXXII, 2007, pg. 608; Court of Appeal (Civil Division), 13 November 2006, Case no. B6/2005/2737, YBCA XXXII, 2007, pg. 629; United States

District Court, Middle District of Pennsylvania, 23 August 2006, Civil Action No. 1:CV-98-0678, YBCA XXXII, 2007, pg. 830; Supreme People's Court, 12 November 2003, [2003] Civil 4 Miscellaneous proceedings No. 9, YBCA XXXI, 2006, pg. 620; Oberlandesgericht [Court of Appeal], Schleswig, 30 March 2000, 16 SchH 5/99, YBCA XXXI, 2006, pg. 652; Court of Appeal [Oberlandesgericht], Koblenz, 28 July 2005, 2 Sch 04/05, YBCA XXXI, 2006, pg. 673; Bundesgerichtshof [Federal Supreme Court], 21 September 2005, III ZB 18/05, YBCA XXXI, 2006, pg. 679; Oberlandesgericht [Court of Appeal], Hamm, 27 September 2005, 29 Sch 1/05, YBCA XXXI, 2006, pg. 685; High Court of the Hong Kong Special Administrative region, Court of First Instance, Construction and Arbitration proceedings No. 80 of 1997, 6 March 2002, YBCA XXXI, 2006, pg. 729; Corte di Cassazione [Supreme Court], First Chamber, 8 April 2004, no. 6947, YBCA XXXI, 2006, pg. 802; Tribunal Supremo [Supreme Court], Civil Chamber, First Section, 13 November 2001, case no. 2977/2000, YBCA XXXI, 2006, pg. 834; High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, 4 November 2005, Case No: 2004 Folio 272, YBCA XXXI, 2006, pg. 906; High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, 24 March 2006, Case No: 20055 Folio 370, YBCA XXXI, 2006, pg. 964; United States District Court, Southern District of New York, 25 November 2004, No. 02 Civ. 9787 (SCR), YBCA XXXI, 2006, pg. 992; United States District Court, District of Kansas, 10 May 2005, Case No. 03-41 65-JAR., YBCA XXXI, 2006, pg. 1105; United States District Court, District of Columbia, 18 January 2006, Civ. No. 05-2245 (EGS); Oberster Gerichtshof [Supreme Court], 26 January 2005, No. 30b221/04b, YBCA XXX, 2005, pg. 421; Supreme Court, Province of Prince Edward Island, Trial Division, 23 March 2001, Docket no. GSC-17431, YBCA XXX, 2005, pg. 450; Hanseatisches Oberlandesgericht [Court of Appeal], Hamburg, 24 January 2003, No. 11 Sch 06/01, YBCA XXX, 2005, pg. 509; Oberlandesgericht [Court of Appeal], Celle, 4 September 2003, No. 8 Sch 11-02, YBCA XXX, 2005, pg. 528; Oberlandesgericht [Court of Appeal], Celle, 18 September 2003, No. 8 Sch 12-02, YBCA XXX, 2005, pg. 536; Oberlandesgericht [Court of Appeal], Cologne, 23 April 2004, No. 9 Sch 01-03, YBCA XXX, 2005, pg. 557; Bayerisches Oberstes Landesgericht [Higher Court of Appeal of Bavaria], 23 September 2004, No. 4Z Sch 005-04, YBCA XXX, 2005, pg. 568; High Court, Andhra Pradesh, 9 September 2002, Civil Revision Petition Nos. 331 and 1441 of 2002, YBCA XXX, 2005, pg. 577; Tribunal Supremo [Supreme Court], 14 January 2003, No. 16508/2003, YBCA XXX, 2005, pg.605; Tribunal Supremo [Supreme Court], 7 October 2003, No. 112/2002, YBCA XXX, 2005, pg. 617; Tribunal Supremo [Supreme Court], 14 October 2003, No. 1943/2001, YBCA XXX, 2005, pg. 627; High Court of Justice, Queens Bench Division, Commercial Court, 11 January 2005, YBCA XXX, 2005, pg. 701; United Court of Appeals, Eleventh Circuit, 20 July 2004, No. 02-16794 and No. 03-013418, YBCA XXX, 2005, pg. 872; United States Court of Appeals, Second Circuit, 14 April 2005, Docket No. 02-9383, YBCA XXX, 2005, pg. 1158; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion tercera [Council of State, Administrative Chamber, Third Section], 24 October 2003, No. 25.251 and 22 April 2004, No. 25.261, YBCA XXIX, 2004, pg. 643; Hanseatisches Oberlandesgericht [Court of Appeal], Hamburg, 12 March 1998, no. 6 U 110/97, YBCA XXIX, 2004, pg. 663; Oberlandesgericht [Court of Appeal], Dresden, 13 January 1999, No. 11 Sch 06/98, YBCA XXIX, 2004, pg. 679; Oberlandesgericht [Court of Appeal], Schleswig, 24 June 1999, No. 16 SchH 01/99, YBCA XXIX, 2004, pg. 687; Oberlandesgericht [Court of Appeal], Stuttgart, 18 October 1999, No. 5 U 89/98; Bundesgerichtshof [Federal Supreme Court], 1 February 2001, No. III ZR 332/99, YBCA XXIX, 2004, pg. 700; Oberlandesgericht [Court of Appeal], Rostock, 22 November 2001, No. 1 Sch 03/00, YBCA XXIX, 2004, pg. 732; Brandenburgisches Oberlandesgericht [Brandenburg Court of Appeal], 13 June 2002, No. 8 Sch 2/01, YBCA XXIX, 2004, pg. 747; Bayerisches Oberlandesgericht [Higher Court of Appeal of Bavaria], 12 December 2002, No. 4Z Sch 16/02, YBCA XXIX, 2004, pg. 761; United States District Court, District of Columbia, 29 October 2002, Civil Action No. 01-2693 (JR), YBCA XXIX, 2004, pg. 864; United States District Court, Southern District of Florida, Miami Division, 4 June 2003, Case No. 02-23249- CIV-MOORE, YBCA XXIX, 2004, pg. 882; United States Court of Appeals, Third Circuit, 26 June 2003, Nos. 02-2897 and 02-3542, YBCA XXIX, 2004, pg. 1003; United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 26 November 2003, No. 01-30553, YBCA XXIX, 2004, pg. 1160; United States District Court, Southern District of New York, 4 December 2003, 03 Civ. 4363 (SAS), YBCA XXIX, 2004, pg. 1172; United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, 4 February 2004, No. 03-10518, YBCA XXIX, 2004, pg. 1200.

Como ejemplo de los primeros está la Suprema Corte Austriaca que sostuvo,³⁶ en el contexto del análisis de validez del laudo, que:³⁷

Los requisitos formales del artículo II de la Convención [de Nueva York] son exhaustivos y no exigen que el demandante presente pruebas por escrito del poder de quienes firman por las partes³⁸ ... En un caso decidido ... la Suprema Corte sostuvo que los requisitos formales del artículo II de la Convención de Nueva York son exhaustivos.³⁹ ... la primera oración del artículo V(1)(a) no exige que se demuestre que estaba bajo alguna incapacidad para celebrar el acuerdo arbitral.⁴⁰ ...

Aunque el resultado es favorable,⁴¹ el razonamiento conflictual es defectuoso. En otro caso,⁴² el mismo tribunal refinó su razonamiento al decir:⁴³

Jurisprudencia constante del derecho del estado donde fue emitido el laudo aplica a la cuestión sobre la validez del acuerdo arbitral en el contexto internacional ... la validez del acuerdo arbitral no puede ser examinada bajo diferentes leyes en diferentes etapas procesales⁴⁴ ... el derecho aplicable a la validez de un acuerdo arbitral en el contexto internacional—excluyendo la capacidad personal de las partes—debe ser determinado de conformidad con el derecho del Estado en donde el laudo fue emitido⁴⁵ ... si el asunto es internacional y es necesario para ejecutar el laudo arbitral en el extranjero, la cuestión de

³⁶ Oberster Gerichtshof [Supreme Court], 24 August 2005, case no. 3Ob65/05p, YBCA XXXII, 2007, pg. 254.

³⁷ Traducción del autor. Sus palabras son: "...the formal requirements in Art. II [of the New York] Convention are exhaustive and do not provide that the claimant supply written evidence of the power of attorney of those who sign on behalf of the parties ... [I]n a case decided ... the Supreme Court held that the formal requirements in Art II. of the New York Convention are exhaustive. ... Art. V(1)(a) first half-sentence does not require it to prove that it was under some incapacity to enter into the agreement. ...". (Notas suprimidas.)

³⁸ Id. pg. 255.

³⁹ Id. pg. 256.

⁴⁰ Id. pg. 257.

⁴¹ La sentencia es congruente con el principio pro-validez de los laudos arbitrales y deja entrever que la parte que deseaba anular el laudo no cumplió adecuadamente con su carga de la prueba.

⁴² Oberster Gerichtshof [Supreme Court], 26 April 2006, case no. 7Ob236/05i, YBCA XXXII, 2007, pg. 266.

⁴³ En sus palabras: "constant jurisprudence of the law of the state of rendition of the award applies to the issue of the validity of an arbitration agreement in an international context ... the validity of the arbitration agreement may not be examined under different laws at different procedural stages... the law applicable to the validity of an arbitration agreement in an international context—to the exclusion of the personal capacity of the parties—must be determined pursuant to the law of the state in which the arbitral award shall be rendered ... if the matter is international and it may be necessary to enforce the arbitral award abroad, the issue of the formal validity of the arbitration agreement cannot be examined under different regulations at different procedural stages". (Notas suprimidas.)

⁴⁴ Id. pg. 267.

⁴⁵ Id. pg. 268.

la validez del acuerdo arbitral no puede ser examinada bajo diferentes leyes en diferentes etapas procesales⁴⁶

Mucho mejor derecho.

Existen ejemplos distintos de la segunda postura. Por ejemplo, la Corte de Apelación de Berlín realizó el ejercicio conflictual correcto acudiendo al derecho material chino para agotar los requisitos que debe reunir un acuerdo arbitral.⁴⁷ Sin embargo, el aplauso no puede extenderse a toda Alemania pues la Corte de Apelación de Celle⁴⁸ entendió que los requisitos bajo V(1)(a) estaban satisfechos si cumplían los del artículo II(1) de la Convención de Nueva York.⁴⁹

Otras jurisdicciones han adoptado la postura correcta. Por ejemplo, Singapur, cuya Suprema Corte⁵⁰ realizó un ejercicio conflictual impecable en un caso reciente.⁵¹ Lo mismo puede decirse de España.⁵² En un interesante estudio,⁵³ que es relevante para este ensayo dado el perfil que toma,⁵⁴ el Dr. van den Berg reporta cuatro casos diversos en los que la causal se utilizó.⁵⁵ De su análisis se percibe que los tribunales estatales que la aplicaron (Grecia,⁵⁶ Estados Unidos,⁵⁷ Italia,⁵⁸ Rusia⁵⁹) lo hicieron correctamente: la validez del acuerdo se analizó en base a la *lex causae*.

⁴⁶ Id. pg. 269.

⁴⁷ Kammergericht [Court of Appeal], Berlin, 18 May 2006, 20 Sch 13/04, YBCA XXXII, 2007, pg. 347. El caso es positivo en cuanto a método, pero desastroso en cuanto a resultado. La Corte de Apelación determinó que, como derecho arbitral Chino requería que el tribunal arbitral estuviera predeterminado, el acuerdo arbitral era inválido.

⁴⁸ Oberlandesgericht [Court of Appeal], Celle, 14 December 2006, no. 8 Sch 14/05, YBCA XXXII, 2007, pg. 372.

⁴⁹ Id. pg. 377. Además, el tribunal confundió la forma en que la Convención de Nueva York se conjuga con derecho local, en particular con respecto a *compétence-compétence* (Id. pg. 373).

⁵⁰ Supreme Court of Singapore, High Court, 10 May 2006, Suit No. OS 762/2004, RA 327/2005, YBCA XXXII, 2007, pg. 489.

⁵¹ Siguió los pasos conflictuales que la llevaron a analizar derecho de Arizona para aquilatar la validez del acuerdo arbitral (Id. pg. 503).

⁵² Tribunal Supremo [Supreme Court], Civil Chamber, 8 February 2000, enforcement case no. 1467 of 1998, YBCA XXXII, pg. 513, 517.

⁵³ Van den Berg, Albert Jan, *Refusals of Enforcement under the New York Convention of 1958: The Unfortunate Few*, en *Arbitration in the Next Decade*, Special Supplement, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1999, pg. 75.

⁵⁴ El Dr. Van den Berg es reconocido como el experto más importante sobre la Convención de Nueva York. Su estudio toma una foto sobre la forma en que causales distintas de la Convención de Nueva York han sido interpretadas por tribunales estatales de segunda instancia.

⁵⁵ Van den Berg, *Refusals of Enforcement*, pg. 77.

⁵⁶ Areios Pagos [Supreme Court], 14 January 1977, Decisión No. 88, *Agrimpex SA v. J.F. Braun & Sons Inc.*, YBCA IV, 1989, pg. 269.

⁵⁷ US District Court, Southern District of Ohio, Eastern Division, 13 July 1993, *Harry Reynolds, Jr. v. International Amateur Athletic Federation (IAAF)*, YBCA XXI, 1996, pgs. 715-19.

⁵⁸ Corte di Appello Firenze [Court of Appeal of Florence], 27 January 1988, *Eastern Mediterranean Maritime*

5. Llevando la Convención de Nueva York al extremo

Aclarado el papel conflictual de la Convención de Nueva York, deseo ahora adoptar una postura con respecto a sus implicaciones.

Entendida la correcta interpretación de las reglas conflictuales contempladas en la Convención de Nueva York, surge la interrogante si puede una jurisdicción adoptar una regulación menos onerosa (es decir, concebir el artículo II como un máximo) sin violar la Convención de Nueva York, como resultado de la disposición de derecho más favorable contenida en el artículo VII de la Convención de Nueva York.⁶⁰

La interrogante no busca hacer un ejercicio teórico vacuo. Guarda relevancia dado un desarrollo reciente—que explicaré en la siguiente sección.

Existen argumentos para descartar la postura. Sin embargo, deseo argumentar a favor de la misma.

Comencemos con los argumentos en contra. El primero es que el texto del artículo VII de la Convención de Nueva York aplica a *laudos*, no *acuerdos*, arbitrales. El segundo es que podría dar lugar a conflictos de competencia. El juez al que se le solicite la remisión está obligado a evaluar el acuerdo al amparo de lo dispuesto en el artículo II(3) de la Convención de Nueva York.⁶¹ En forma paralela, si se entabla un procedimiento arbitral, el árbitro tendrá que realizar el mismo ejercicio y, aunque presumiblemente debería llegar a la misma conclusión, podría no ser el caso. Como puede verse, la forma más fácil de evitar este tipo de conflictos es respetar legislativamente el carácter de norma de derecho uniforme del artículo II de la Convención de Nueva York.

Deseo invitar una relectura. ¿Por que no interpretar que existen dos cuerpos normativos paralelos que pueden regir el mismo tema y que, en caso de que *cualquiera* de ellos logre la validez del acuerdo arbitral, ello es suficiente para resistir el análisis de validez bajo el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York.

Parecería que contraría la postura de derecho uniforme. La apariencia es engañosa. La norma de derecho uniforme es bajo el artículo II. Lo que aquí abogo aplica al artículo V(1)(a). Si la *lex causae* derivada de las normas conflictuales de remisión contenidas en el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York le da validez a ciertos acuerdos arbitrales, ello debe ser

Ltd. v. SpA Cerealtoscana, YBCA XV, 1990, pg. 496.

⁵⁹ Moscow District Court (Civil Department), 21 April 1997, *IMP Group (Cyprus) Ltd. v. Aeroimp*, YBCA XXIII, 1998, pg. 745.

⁶⁰ Por ejemplo, el caso de Inglaterra, que admite acuerdos arbitrales verbales. El argumento sostendría que, no obstante que no se cumple con el artículo II de la Convención de Nueva York, el acuerdo verbal es válido—bajo la Convención de Nueva York, y no sólo derecho local—puesto que el artículo VII de la Convención de Nueva York establece la posibilidad de invocar un derecho que contenga una disposición más favorable en aras de fomentar la ejecución de laudos.

⁶¹ Por ejemplo, si el acuerdo es verbal, el juez podría considerarlo “nulo” y retendrá competencia sobre la controversia.

suficiente para no anular el laudo—inclusive si son menos requisitos que los contemplados en el artículo II.

No se trata de ciegamente buscar a toda costa cómo darle vida a laudos que deberían perecer. Se trata de esclarecer la dicotomía de regímenes bajo la Convención de Nueva York.

La concurrencia de leyes no debe confundir. Y mucho menos ser interpretada en detrimento de la validez del laudo. Los cuerpos normativos se deben interpretar en forma independiente y, ante una contradicción, preferir el que logra lo que las partes desearon hacer: arbitrar. Dicho de otra manera, abogo por una postura *favor negotii*.

Ejemplificaré la postura. Imaginemos un laudo emitido en base a un acuerdo arbitral verbal. *A*, la parte que prevaleció, desea ejecutarlo contra *B*. Se vislumbran dos jurisdicciones: Reino Unido y México. Mientras que la primera jurisdicción da efectos a acuerdos arbitrales verbales,⁶² la segunda no.⁶³ La sede del arbitraje es Londres.

B solicita la nulidad en Londres argumentando que el laudo es nulo pues el acuerdo arbitral no reúne los requisitos del artículo II de la Convención de Nueva York. *A* solicita la ejecución en México.

Ambos tribunales deben respetar la validez del laudo. El juez mexicano tiene que resistir la tentación de cometer el error de aplicar su *lex fori*⁶⁴ como guía de validez del laudo; debe seguir el camino conflictual indicado por el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York y aplicar derecho inglés. Dado que el mismo da validez a los acuerdos arbitrales verbales, el juez mexicano debe de tener la causal de invalidez como no actualizada—aunque bajo *su* derecho el resultado sea distinto.

Algo similar debe ocurrir con el juez inglés. Aunque la *lex patriae* de una de las partes requiera que el acuerdo sea por escrito, y la *lex scripta* internacional también lo haga,⁶⁵ el juez inglés debe de aquilatar la validez del acuerdo arbitral bajo la *lex causae* aplicable (la *lex arbitrii*), que *in casu* da efectos a los acuerdos arbitrales consensuales.

Teoría conflictual en su máxima (y mejor) expresión.

Si cualquier ley le da vida a un acuerdo arbitral, ello es suficiente para el análisis de validez bajo el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York. El que sea la Convención de Nueva York misma o un derecho arbitral más liberal no cambia el resultado.

⁶² *Zambia Steel v. James Clark*, Court of Appeal [1986], 2 Lloyd's Rep. 225, seguido por *Abdullah M. Fahem v. Mareb Yemen Insurance and Tomen*, Queen's Bench Reports [1997] 2 Lloyd's Rep, 738, YBCA, 1998, pg. 789.

⁶³ Artículo 1423 del Código de Comercio. Hago un llamado a que México adopte la modificación adoptada por la UNCITRAL en *La Forma Del Acuerdo Arbitral*, XI Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Propuestas Concretas Para Enriquecer El Orden Jurídico Nacional*, México, D.F., Ed. Themis, 2008.

⁶⁴ Artículo 1423 del Código de Comercio y artículo II de la Convención de Nueva York.

⁶⁵ Artículo II de la Convención de Nueva York.

Podría argumentarse en contra de la postura que definiendo arguyendo que no existe elemento alguno en la Convención de Nueva York para optar por dicha postura. Y si sus arquitectos no lo contemplaron, fue por algo. Máxime que si lo hicieron para los laudos.⁶⁶

Contestaría que el argumento pasa por alto justamente la relectura que invito. Es decir, se ciñe a la vieja interpretación. La Convención de Nueva York contiene una obligación a cargo del juez nacional de ejecutar los acuerdos que reúnan los requisitos del artículo II(3) Convención de Nueva York. Pero no contienen una obligación similar para el análisis de validez del laudo en relación con el acuerdo arbitral. Lo que es más, expresamente provee que el régimen de validez es:

[el] de la ley a que las partes [...] han sometido [el acuerdo arbitral], o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia ...

Como puede verse, no es derecho uniforme. Se trata de una norma conflictual de distinto género: de remisión. En el ejemplo que puse, el derecho de Reino Unido regiría el acuerdo arbitral, el cual *ex hypothesi* da validez al acuerdo arbitral.

No estoy *estirando* la Convención de Nueva York; sólo *esclareciendo* la interpretación que permite, la cual—dicho sea de paso—es más efectiva.

III. IMPACTO DE LA RELAJACIÓN DE LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL EN EL ESQUEMA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

A. INTRODUCCIÓN⁶⁷

Tanto la Convención de Nueva York⁶⁸ como la Ley Modelo de la UNCITRAL⁶⁹ sobre arbitraje comercial internacional (la “Ley Modelo”)⁷⁰ establecen como requisito de validez del acuerdo arbitral que conste por escrito y que esté firmado por las partes. En fechas recientes la UNCITRAL modificó dicho requisito. A continuación se analizarán las implicaciones de la reforma con respecto al artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York.

B. EL PARADIGMA VIGENTE

Comencemos por recordar los motivos por los que se eligió el régimen formal actual del acuerdo arbitral.

⁶⁶ Artículo VII Convención de Nueva York.

⁶⁷ La postura abordada en esta sección es explayada en *Revista Internacional de Arbitraje* número 7, julio-diciembre 2007, pg. 91. A su vez, la misma postura se ha tomado en *Ars Iuris* número 34, 2005, pg. 13 y *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 120, año XL, septiembre-diciembre 2007, pg. 779.

⁶⁸ Párrafos 1 y 2 del artículo II de la Convención de Nueva York.

⁶⁹ Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law* —“UNCITRAL”).

⁷⁰ Artículo 7 de la Ley Modelo.

1. La Convención de Nueva York

El origen del derecho actual lo constituye el artículo II(2) de la Convención de Nueva York. Sus redactores analizaron la posibilidad de que el acuerdo arbitral fuera consensual. Sin embargo, se optó por incluir un ingrediente de formalidad. Los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York revelan que existieron dos motivos detrás de dicha decisión:⁷¹ (a) asegurarse que las partes estén conscientes de estar consintiendo al arbitraje; y (b) definir qué constituye un acuerdo por escrito.

Si bien no existe mucho análisis o comentario sobre porqué se optó por darle cierta formalidad al acuerdo arbitral (pues el foco de atención fue reemplazar las divergencias legislativas estatales sobre dicho requisito por una regla de derecho uniforme⁷²) me atrevo a concluir que el (poco debatido) motivo fue cerciorarse que la consecuencia no fuera inadvertidamente impuesta a una de las partes contratantes: la renuncia al derecho de acudir a tribunales estatales para ventilar la controversia.⁷³

2. La Ley Modelo

La Ley Modelo recoge los mismos requisitos. El motivo fue asegurar congruencia con la Convención de Nueva York ya que la mayoría de las legislaciones arbitrales estatales exigían dicho nivel de formalidad.⁷⁴ A su vez, y al igual que la Convención de Nueva York, se buscó establecer *una* norma de derecho uniforme, eliminando requisitos más formales.⁷⁵

C. PROBLEMAS DERIVADOS DE LOS REQUISITOS DE FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL

En un principio, la necesidad de que el acuerdo arbitral conste por escrito buscaba lograr un objetivo *per se* intachable.⁷⁶ Dicha *ratio legis*, si bien no ha perdido validez, ha perdido actualidad. Hoy en día existen prácticas que, dada la forma con la que se realizan, no dejan una constancia que reúne los requisitos en cuestión, no obstante que la intención de las partes sí es contar con el arbitraje.

La realidad rebasó el Derecho. Era necesario actualizarlo.

Como ejemplos de las circunstancias a las que se alude pueden citarse los siguientes:

⁷¹ UN DOC E/CONF.26/SR.22

⁷² Van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, pg. 173.

⁷³ Lo que la doctrina francesa conoce como una de las consecuencias negativas del acuerdo arbitral.

⁷⁴ Holtzmann, Howard M. y Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, T.M.C. Asser Instituut, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1994, pg. 260.

⁷⁵ Como podían ser requerir que el acuerdo arbitral constará en escritura pública o que debiera registrarse.

⁷⁶ Que la renuncia a la justicia estatal que del mismo resulta tenga un elemento de formalidad. Ello para lograr dos fines: que la parte que la realiza esté consciente del paso jurídico que está tomando y evitar que se determine la existencia de dicha renuncia en casos en los que no es la intención de las partes realizarla.

1. Los acuerdos celebrados por medios electrónicos.⁷⁷
2. Los intercambios de cartas y telegramas.
3. Las prácticas en las que, habiendo un acuerdo, no consta por escrito y firmado.
4. El cumplimiento del contrato no obstante que no ha sido firmado por alguna de las partes.
5. Cuando una operación es documentada en una serie de contratos que, conteniendo acuerdos arbitrales, son firmados por las partes, pero uno de ellos no se firma (sea por causas contemporáneas o porque surge de eventos posteriores) y es el que contempla la obligación cuyo incumplimiento motiva la reclamación que se desea someter al arbitraje.
6. Cuando un certificado de embarque emitido por un porteador, que no es firmado por el cargador, contiene un acuerdo arbitral.
7. Cuando un contrato que contiene un acuerdo arbitral es enviado a una parte que lo cumple sin devolverlo, por lo que no existe “intercambio”.
8. Cuando un contrato (con un acuerdo arbitral) es propuesto por una de las partes y, no siendo expresamente aceptado por escrito por la otra, ésta última se refiere por escrito a dicho contrato en correspondencia subsiguiente, facturas o cartas de crédito.
9. Cuando el contrato es concluido por un comisionista que emite texto evidenciando el acuerdo entre las partes, incluye un acuerdo arbitral, sin que exista comunicación directa entre las partes.
10. El acuerdo verbal que se refiere a términos que constan por escrito, que pueden estar en un formato estándar, y que contienen un acuerdo arbitral.
11. Conocimientos de embarque que incorporan por referencia términos que incluyen un acuerdo arbitral, pero dicha incorporación está firmada.
12. Cuando, existiendo tratos cotidianos entre ciertas partes, existe una serie de contratos uno de los cuales contempla un acuerdo arbitral pero otros no, y sea que (a) el contrato de donde surge la controversia no contiene un acuerdo arbitral; o (b) el contrato que contiene el acuerdo arbitral no ha sido firmado.
13. Que el contrato original contenga un acuerdo arbitral válido pero que no exista una cláusula arbitral en un addendum al mismo, una extensión, novación o transacción (dicho contrato ‘adicional’ puede haber sido concluido oralmente o por escrito).
14. Cuando un conocimiento de embarque que contiene un acuerdo arbitral no es firmado por el transportista o tenedor subsiguiente.

⁷⁷ Aunque en tiempos recientes ésta problemática se ha abordado mediante la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre comercio electrónico y la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre firmas electrónicas.

15. Casos de derechos de terceros. Por ejemplo, estipulaciones a favor de terceros o derechos de terceros beneficiarios que dan otro tipo de beneficios a partes que no han formalmente firmado un acuerdo arbitral por escrito. A su vez, cuando el tercero sea cesionario (y no haya formalmente firmado el acuerdo arbitral) o derive de una novación o el tercero sea sucesor (causahabiente) del contrato por otros motivos como fusión, escisión de sociedades.
16. Cuando el demandante inicie un arbitraje en contra de una identidad que no es la parte que originalmente firmó el acuerdo arbitral o basándose en teorías de derecho local como son ‘alter ego’, desestimación de la personalidad jurídica (*piercing the corporate veil*) o la ‘teoría de grupos’.

Como puede observarse, dichas situaciones pueden no cumplir *ad littera* la prueba de ácido de validez del acuerdo arbitral.⁷⁸ No son pocas, y no son casos exóticos.

La preocupación no es nueva. Ya desde 1981 el Dr. Albert Jan van den Berg se preguntaba si dichos requisitos de forma eran congruentes con las prácticas más actuales del comercio internacional.⁷⁹ Y tuvo voz de profeta. Desde que la aguda advertencia fue realizada, la realidad ha acentuado la preocupación.

La jurisprudencia ha ido salvando problemas mediante interpretaciones flexibles; sin embargo, no siempre en forma favorable. El resultado de ello es incertidumbre.

Y aunque pudiera ponerse en tela de juicio la seriedad de la preocupación dada la proporción de ocasiones en que las prácticas anteriormente aludidas generan el resultado indeseado, existe una circunstancia que pone en manifiesto lo anacrónico del requisito: se exigen más requisitos de forma para la determinación de existencia del acuerdo arbitral que para los aspectos medulares de la mayoría de los actos jurídicos que la contienen. Por ejemplo, es jurídicamente posible realizar un contrato por millones de dólares, pero si se desea que se arbitre, tendrán que seguirse formalidades adicionales.

Esto no podía ser buen derecho.

D. EL NUEVO PARADIGMA

El paradigma descrito empieza a evolucionar. Y en dos frentes. Por un lado, algunos derechos arbitrales han su superado la problemática con interpretaciones relajadas.⁸⁰ Por otro, en 2005 la

⁷⁸ Estos escenarios ponen en relieve lo que se conoce doctrinalmente como el “otro lado de la moneda del principio de separabilidad del acuerdo arbitral”: es porque el acuerdo arbitral es independiente del contrato principal que, de no reunir los requisitos de forma, será inválido—aún si el contrato principal sí es válido bajo los requisitos de forma de *su* derecho aplicable.

⁷⁹ Van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, pg. 229.

⁸⁰ Por ejemplo, en Francia, Bélgica, Suecia, Suiza, los Países Bajos e Italia se ha eliminado el requisito de “por escrito” al no establecer ninguna exigencia formal del acuerdo arbitral. La postura del Reino Unido es interesante: “por escrito” abarca acuerdos orales (!) (*Zambia Steel v. James Clark*, Court of Appeal [1986], 2 Lloyd’s Rep. 225, seguido por *Abdullah M. Fahem v. Mareb Yemen Insurance and Tomen*, Queen’s Bench Reports [1997] 2 Lloyd’s Rep, 738, YBCA, 1998, pg. 789).

UNCITRAL modificó el artículo 7 y 35 de la Ley Modelo con la finalidad de suprimir las referencias a la forma “por escrito” del acuerdo arbitral.⁸¹ A continuación se analizarán sus implicaciones jurídicas e impacto en el esquema de la Convención de Nueva York.

E. LAS IMPLICACIONES JURÍDICAS

En su esencia, la modificación transforma un requisito *in validitatis* en un requisito *ad probationem*.

La determinación de la existencia de un acuerdo arbitral será el resultado de analizar lo que al respecto establece el cuerpo legal idóneo para realizar dicha determinación: el derecho de las obligaciones⁸² que sea aplicable; y no sólo una determinación formalista consistente en verificar si existe un documento firmado. El *fin* prevalecerá sobre el *medio*: saber si existe consentimiento.

Manejar la exigencia formal como un elemento de convicción (de prueba) en vez de un elemento de existencia o validez del mismo no sólo parece más técnicamente adecuado, sino más acorde con la realidad. Y el efecto se verá de inmediato: se abarcarán prácticas comerciales nacionales e internacionales que de otra manera se verían desplazadas por un requisito legal que no es acorde con las mismas.

F. EFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

El impacto que la modificación de los artículos 7 y 35 de la Ley Modelo (el “Nuevo Texto”) tiene sobre la ejecución del laudo bajo la Convención de Nueva York merece especial atención.

Es posible interpretar que la modificación implique que el laudo basado en un acuerdo arbitral que no consta por escrito no es ejecutable *bajo la Convención de Nueva York* puesto que dicho instrumento requiere que el acuerdo conste por escrito para ser ejecutable.⁸³

Deseo postular que no es la mejor postura. Los motivos son tres: (1) los requisitos de forma contemplados en la Convención de Nueva York aplican al deber de la judicatura de remitir a las partes al arbitraje, no a la validez o ejecutabilidad del laudo; (2) la determinación de validez del acuerdo arbitral para efectos de la ejecutabilidad del laudo se realiza en base al derecho (nacional) aplicable; y (3) en caso de duda sobre la validez, la disposición de derecho más favorable de la Convención de Nueva York salvaría la ejecutabilidad del laudo.

1. Los requisitos de forma aplican a la ejecución del *acuerdo*, no del *laudo*, arbitral

El artículo II de la Convención de Nueva York regula la ejecución del *acuerdo*, no del *laudo*, arbitral. Para ello, se ha establecido, como requisito de derecho uniforme, que los jueces

⁸¹ Ver A/CN.9/WG.II/WP.137 y A/CN.9/WG.II/WP.137/Add.1.

⁸² O el derecho contractual, dependiendo de la tradición jurídica de la jurisdicción en cuestión.

⁸³ Artículo II(1) de la Convención de Nueva York.

estatales ante los cuales se someta una controversia amparada por un acuerdo arbitral *remitan* a las partes al arbitraje.

No se abordará la forma en que dicho deber es implementado. Lo relevante para este análisis es entender que el propósito del artículo II no es establecer el régimen *general* de validez del acuerdo arbitral sino enunciar los requisitos que deben cumplirse para que se detone la obligación de un juez nacional de dejar de conocer de un caso que está amparado por un acuerdo arbitral.

Ello no quiere decir que los requisitos bajo el artículo II sean *ipso iure* aplicables a la causal de no ejecución contemplada en el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York, como a continuación se explicará.

2. La validez del acuerdo arbitral para efectos de la ejecución del laudo se realiza en base al derecho (nacional) aplicable

En su artículo V la Convención de Nueva York regula un tema distinto al artículo II. Mientras que el artículo II regula la ejecución del *acuerdo* arbitral, el artículo V regula la ejecución de un *laudo* arbitral. Son dos universos distintos, que buscan objetivos diferentes, mediante mecánicas legales diversas.

Es cierto que el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York establece que la carencia de un acuerdo arbitral válido es una causal de no reconocimiento/ejecución. Sin embargo, la validez del acuerdo arbitral bajo el artículo V(1)(a) no está determinada por los requisitos del artículo II(2) de la Convención de Nueva York, sino por el derecho arbitral aplicable, que no es la Convención, sino la *lex causae*.

Por consiguiente, si el derecho arbitral aplicable ha adoptado el Nuevo Texto, la validez del acuerdo arbitral no dependerá de que haya sido manifestado por escrito y firmado, *sino de que exista*. Para demostrarlo estará disponible el arsenal legal de la *lex causae*. Entendido esto queda claro que el Nuevo Texto engrana bien en el diseño de la Convención de Nueva York.

El escéptico encontrará aun otro pilar argumentativo en la disposición de derecho más favorable, que a continuación se tratará.

3. La disposición de derecho más favorable

El artículo VII de la Convención de Nueva York contempla lo que la jerga arbitral internacional ha bautizado como ‘la disposición de derecho más favorable’ (*most favorable right provision*), que busca que la Convención de Nueva York sea, en cuanto al régimen de ejecución del laudo se refiere, una ‘ley de mínimos’: un piso que sirva de cimiento sobre el cual las legislaciones estatales puedan construir legislación arbitral más liberal, con la finalidad de que el laudo siga siendo ejecutable—y bajo el régimen de la Convención de Nueva York.

En la medida en que una legislación arbitral nacional recoja el Nuevo Texto, el laudo que como resultado de ello se emita seguirá siendo ejecutable bajo la Convención de Nueva York puesto que (utilizando las palabras de la Convención de Nueva York) es una ‘*sentencia arbitral*

que hace valer forma y medidas admitidas por la legislación que se invoca'. (Sería un laudo que se basa en derecho local que da efectos a un acuerdo arbitral que no consta por escrito.)

La disposición de derecho más favorable busca fomentar la ejecución de los laudos arbitrales en el mayor número de casos posible, y en la forma más amplia posible. En su esencia, implica que, en la interrelación entre la Convención de Nueva York y derecho local, se dará prioridad al derecho que sea más favorable al régimen de ejecución del laudo.

Entendido lo anterior, el *verdadero* impacto de aplicar la disposición de derecho más favorable a un laudo originado en un acuerdo arbitral que, no reuniendo los requisitos del artículo II de la Convención de Nueva York, es válido bajo el Nuevo Texto, no es dispositivo; sino que sirve como argumento *a minori ad majus*: debe persuadir a quien no ha completamente comprendido la—es de admitirse, no fácil—mecánica de la Convención de Nueva York.

IV. CONCLUSIÓN

La invalidez del acuerdo arbitral como causal de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo ha mostrado ser tan *interesante* como *compleja*.

La concurrencia de múltiples leyes, aunado a la diversidad de soluciones que el derecho comparado arroja, multiplicado por la (contraintuitiva) aproximación por la Convención de Nueva York, hace que el tema sea atractivo no sólo a los aficionados del derecho conflictual, sino también a las mentes prácticas.

Pero no nos confundamos. La Convención de Nueva York establece una dicotomía de regímenes. Por un lado, el aplicable para la ejecución de *acuerdos* arbitrales. Por otro, ejecución de *laudos* arbitrales. Mientras que el primero busca asegurar que los acuerdos arbitrales que reúnan ciertos requisitos *de minimis* sean ejecutados, el segundo busca posibilitar un análisis exhaustivo de validez del acuerdo arbitral bajo su régimen *total*, que se nutre de la *lex causae*.

Prosser encontraría satisfacción en la Convención de Nueva York. Lo que es más, probablemente matizaría su eufemismo para excluir la materia arbitral. Después de todo, 50 años después, el régimen delicadamente calibrado por los arquitectos de la Convención de Nueva York ha mostrado ser técnicamente correcto, aunque algunos lo hayan malentendido.