

**Asamblea General**

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

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional****47º período de sesiones**

Nueva York, 7 a 25 de julio de 2014

Solución de controversias comerciales**Guía de la CNUDMI relativa a la Convención sobre el
Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales
Extranjeras (Nueva York, 1958)****Nota de la Secretaría****Adición****[Artículo II 2)]****C. Una cláusula compromisoria o un compromiso contenido en un
canje de documentos****a. *Un canje***

47. De conformidad con el artículo II 2), un compromiso también cumplirá el requisito de figurar “por escrito” si está contenido en un canje de cartas o telegramas. Como señaló un tribunal alemán, el factor fundamental del requisito del intercambio de documentos previsto en la Convención de Nueva York es la mutualidad, es decir, la transmisión recíproca de documentos⁸².

48. El Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia, en los Estados Unidos, ha afirmado que la conducta unilateral de una de las partes no basta para constituir un “acuerdo por escrito” en el sentido del artículo II 2) de la Convención⁸³. En el caso en cuestión, la contraparte nunca respondió, ni expresa ni implícitamente, a las cartas que contenían los acuerdos de arbitraje.

⁸² Oberlandesgericht [OLG] Frankfurt, Alemania, 26 de junio de 2006, 26 Sch 28/05; Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG], Alemania, 12 de diciembre de 2002, 4 Z Sch 16/02.

⁸³ *Moscow Dynamo v. Alexander M. Ovechkin*, Tribunal de Distrito, Distrito de Columbia, Estados Unidos de América, 18 de enero de 2006, 05-2245 (EGS).



49. En el contexto del arbitraje respecto de una controversia en materia de inversiones, el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos sostuvo que el requisito del canje de documentos en el sentido del artículo II de la Convención se cumplía con un ofrecimiento de recurrir al arbitraje contenido en un tratado bilateral de inversiones y su posterior aceptación por el inversionista en la Solicitud de Arbitraje⁸⁴.

b. Lista no exhaustiva de documentos

50. Aunque el artículo II 2) solo hace referencia expresa a “un canje de cartas o telegramas”, está ampliamente aceptado que el artículo II 2) abarca cualquier intercambio de documentos y no se limita a las cartas y telegramas. La mayoría de los tribunales reconocen que un acuerdo de arbitraje contenido en un canje de documentos u otras comunicaciones escritas, sean físicas o electrónicas, es suficiente para que se cumpla el requisito del artículo II 2)⁸⁵.

51. A vía de ejemplo, un tribunal canadiense que debía pronunciarse sobre la validez de un acuerdo de arbitraje a la luz del artículo V 1) a) confirmó que el “acuerdo por escrito” previsto en el artículo II 2) podía adoptar diversas formas y se debía interpretar con un criterio funcional y pragmático⁸⁶.

52. En efecto, en su 39º período de sesiones, celebrado en julio de 2006, la CNUDMI recomendó expresamente que el artículo II 2) se aplicara “reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas”⁸⁷. Reafirmando lo anterior, en el mismo período de sesiones la CNUDMI modificó la

⁸⁴ *Republic of Ecuador v. Chevron Corp. (US)*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 17 de marzo de 2011, 10–1020–cv (L), 10–1026 (Con). Véase también *Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould Inc., Gould Marketing, Inc., Hoffman Export Corporation, and Gould International, Inc.*, Tribunal de Apelaciones, Noveno Circuito, Estados Unidos de América, 23 de octubre de 1989, 88–5879/88–5881 con respecto a si el Estatuto del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos puede considerarse un “acuerdo por escrito”.

⁸⁵ En relación con un intercambio de mensajes por télex y por fax, véase: *Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Tribunal Federal, Suiza, 16 de enero de 1995; *C.S.A. v E. Corporation*, Tribunal de Justicia de Ginebra, Suiza, 14 de abril de 1983, 187. Con respecto a un intercambio de mensajes por correo electrónico con una confirmación por fax, véase: *Great Offshore Ltd v Iranian Offshore Engineering & Construction Co*, Corte Suprema, Sala de Apelaciones de lo Civil, India, 25 de agosto de 2008, Petición de Arbitraje núm. 10 de 2006.

⁸⁶ *Sheldon Proctor v. Leon Schellenberg*, Tribunal de Apelaciones de Manitoba, Canadá, 11 de diciembre de 2002.

⁸⁷ Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (2006), párr. 1. *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, Sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/61/17), párrs. 177 a 181 y anexo II, que puede consultarse en www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/A2E.pdf. Ya en 2005, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, preparada por la CNUDMI, estableció, en su artículo 20, que sería aplicable al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que fuese aplicable la Convención de Nueva York. Véase la resolución 60/21, aprobada por la Asamblea General el 23 de noviembre de 2005, relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, publicada en www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf

Ley Modelo sobre Arbitraje para aclarar que “el requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica (...)”⁸⁸. De acuerdo con la recomendación de la CNUDMI, en una sentencia española reciente se sostuvo que la lista de documentos que figuraba en el artículo II no era exhaustiva y que, por lo tanto, un acuerdo de arbitraje celebrado por medios electrónicos de comunicación cumplía el requisito de que el acuerdo constara “por escrito”⁸⁹.

53. Algunos comentaristas, basándose en la palabra “include” utilizada en la versión en inglés del artículo II 2) (en español traducida como “denotará”), también han entendido que las circunstancias que se describen en el artículo II 2) no son exhaustivas⁹⁰.

c. Si el requisito de la firma se aplica al canje de documentos

54. Cuando el acuerdo de arbitraje está contenido en un canje de documentos, el texto del artículo II 2) no exige explícitamente la firma de las partes en el acuerdo de recurrir al arbitraje.

55. El Tribunal Federal de Suiza ha sostenido que cuando el acuerdo de arbitraje está contenido en un intercambio de documentos, el requisito de la firma no es aplicable⁹¹. De manera similar, la Corte Suprema de la India, en una resolución sobre el artículo 7 de la Ley de Arbitraje de la India de 1996 (que es fiel reflejo del artículo II 2) de la Convención), ratificó un acuerdo de arbitraje contenido en un contrato no firmado intercambiado entre las partes⁹². Este criterio se ha aplicado en muchas jurisdicciones⁹³.

⁸⁸ Artículo 7, párr. 4 (Opción I) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (con las enmiendas aprobadas en 2006).

⁸⁹ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, España, 15 de marzo de 2012, RJ 2012/6120.

⁹⁰ Véase, por ejemplo, Toby Landau, Salim Moollan, *Article II and the Requirement of the Form*, en ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 189, págs. 244-247 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008); Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Arbitration Agreements in Online Business to Business Transactions*, en LIBER AMICORUM K.-H. BOCKSTIEGEL 355 (2001), págs. 358 a 362. A decir verdad, tomado aisladamente, este argumento no es determinante, ya que no está respaldado por los textos de la Convención en los demás idiomas oficiales. Por ejemplo, en la versión en francés se usa la expresión “*On entend par “convention écrite” (...)*”, lo que no sugiere que se trate de una lista no exhaustiva sino más bien de una definición del “acuerdo por escrito”.

⁹¹ *Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Tribunal Federal, Suiza, 16 de enero de 1995; *Tradax Export SA v Amoco Iran Oil Company*, Tribunal Federal, Suiza, 7 de febrero de 1984.

⁹² *M/S Unissi (India) Pvt Ltd v Post Graduate Institute of Medical Education and Research*, Corte Suprema, India, 1 de octubre de 2008, Apelación Civil núm. 6039 de 2008.

⁹³ *Not Indicated v. Not Indicated*, Corte Suprema, Austria, 21 de febrero de 1978, X Y.B. COM. ARB. 418 (1985), págs. 418 y 419; *Standard Bent Glass Corp. v. Glassrobots OY*, Tribunal de Apelaciones, Tercer Circuito, Estados Unidos de América, 20 de junio de 2003, 02-2169. Véase también, en la etapa de ejecución del laudo: Landgericht [LG] Zweibrücken, Alemania, 11 de enero de 1978, 6.0 H 1/77; Oberlandesgericht [OLG] Schleswig, Alemania, 30 de marzo de 2000, 16 SchH 05/99.

56. En cambio, en un número reducido de sentencias se ha denegado la ejecución de un acuerdo de arbitraje no firmado intercambiado por télex⁹⁴.

57. La labor preparatoria y la redacción del artículo II 2) respaldan el criterio de que el requisito de la firma no se aplica al intercambio de documentos. Los redactores de la Convención de Nueva York querían adoptar un requisito flexible de constancia “por escrito” que reflejara la realidad empresarial⁹⁵. Fue por ese motivo que se hizo una distinción entre “una cláusula compromisoria [...] o un compromiso, firmados por las partes” “o” “contenidos en un canje de cartas o telegramas”.

ARTÍCULO II 3)

58. Cuando existe un acuerdo por escrito tal como se define en el artículo II 1) y 2), el artículo II 3) obliga a los tribunales nacionales a remitir a las partes al arbitraje, si así lo solicita por lo menos una de ellas, a menos que el tribunal compruebe que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

A. Principios generales

a. *Obligación de remitir a las partes al arbitraje*

59. El artículo II 3) establece que “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 [...]”. Como señaló la Corte Suprema del Canadá, el objeto y la finalidad del artículo II 3) es reforzar la obligación de hacer cumplir los acuerdos de arbitraje⁹⁶.

60. En la labor preparatoria se guardó silencio en cuanto al alcance de la obligación de los tribunales de remitir a las partes al arbitraje. La frase “remitir a las partes al arbitraje” tiene su origen en el Protocolo de Ginebra, que en la parte pertinente establece que los “tribunales de los Estados contratantes [...] remitirán a los interesados al juicio de árbitros si así lo solicitare uno de ellos”⁹⁷. El texto fue

⁹⁴ Véase, por ejemplo, *Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financiera Inmobiliaria y Agropecuaria v. Moinho Paulista Ltd*, Tribunal Superior de Justicia, Brasil, 17 de mayo de 2006, SEC 866, sentencia confirmada por *Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financiera Inmobiliaria y Agropecuaria v Moinho Paulista Ltda.*, Tribunal Superior de Justicia, Brasil, 7 de marzo de 2007, Recurso de Aclaración sobre SEC 866.

⁹⁵ Labor preparatoria, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, Observaciones de gobiernos y organizaciones sobre el proyecto de Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, E/2822/Add.4 (Reino Unido); Labor preparatoria, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, Actas resumidas de la 13ª sesión, E/CONF.26/SR.13 (Representante de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado); Labor preparatoria, Informe del Comité Especial sobre la Ejecución de Sentencias Arbitrales Internacionales, E/AC.42/SR.7 (Suecia, India); *Labor preparatoria*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, Actas resumidas de la novena sesión, E/CONF.26/SR.9 (representante de Alemania), pág. 3.

⁹⁶ *GreCon Dimter Inc. v. J.R. Normand Inc. and Scierie Thomas-Louis Tremblay Inc.*, Corte Suprema, Canadá, 22 de julio de 2005, 30217.

⁹⁷ Protocolo de Ginebra relativo a las cláusulas de arbitraje en materia comercial, artículo 4.

propuesto por la delegación de Suecia en la Conferencia de Nueva York y aprobado posteriormente con modificaciones por el comité de redacción⁹⁸.

61. Los tribunales interpretan que la palabra “*shall*” que figura en la versión en inglés del artículo II 3) indica que la remisión al arbitraje es obligatoria y no puede quedar a criterio de los tribunales⁹⁹. En la práctica, los tribunales han cumplido su obligación de remitir a las partes al arbitraje de dos maneras diferentes.

62. El primer criterio, adoptado por los países de tradición jurídica romanista, consiste en declinar competencia en presencia de un acuerdo de arbitraje. Por ejemplo, en varias resoluciones, algunos tribunales franceses y suizos han sostenido que, conforme al artículo II de la Convención, la presencia de un acuerdo de arbitraje excluye la competencia de los tribunales nacionales y, en consecuencia, han remitido a las partes al arbitraje¹⁰⁰.

63. El segundo criterio, al que se pliega la mayoría de los países de derecho anglosajón, consiste en suspender las actuaciones judiciales, cumpliendo así la obligación de los tribunales de ejecutar los acuerdos de arbitraje. Por ejemplo, el Tribunal Federal de Australia, al interpretar el artículo 7, párrafo 2, de la Ley australiana sobre arbitraje internacional a la luz del artículo II 3) de la Convención, ha sostenido que la expresión “remitirá a las partes al arbitraje [...] no debe entenderse en el sentido de que obliga a las partes a someter sus diferencias a arbitraje”¹⁰¹. El tribunal explicó que, en lugar de ello, los tribunales deben suspender las actuaciones judiciales, pero no pueden obligar a las partes a recurrir al arbitraje si no desean hacerlo.

⁹⁸ Labor preparatoria, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, Acta resumida de la 21ª sesión, E/CONF.26/SR.21, págs. 17 a 23; Labor preparatoria, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, Examen del proyecto de Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, E/CONF.26/L.59.

⁹⁹ Véase, por ejemplo, *Renusagar Power Co Ltd v General Electric Company and anor*, Corte Suprema, India, 16 de agosto de 1984; *Shin-Etsu Chemical Co Ltd v Aksh Optifibre Ltd and anor*, Corte Suprema, India, 12 de agosto de 2005; *Ishwar D. Jain v. Henri Courier de Mere*, Tribunal de Apelaciones, Séptimo Circuito, Estados Unidos de América, 3 de abril de 1995, 94-3314; *Aasma et al. v. American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association Inc. (USA)*, Tribunal de Apelaciones, Sexto Circuito, Estados Unidos de América, 29 de agosto de 1996, 94-3881, 94-3883; *InterGen N.V. (Netherlands) v. Grina (Switzerland)*, Tribunal de Apelaciones, Primer Circuito, Estados Unidos de América, 22 de septiembre de 2003, 03-1056; *Ingosstrakh v. Aabis Rederi Sovfrakht*, Tribunal Municipal de Moscú, ex URSS, 6 de mayo de 1968, I Y.B. COM. ARB. 206 (1976); *Louis Dreyfus Corporation of New York v. Oriana Soc. di Navigazione S.p.a.*, Tribunal de Casación, Italia, 27 de febrero de 1970, 470, I Y.B. COM. ARB. 189 (1976); *Nile Cotton Ginning Company v. Cargill Limited*, Tribunal de Apelaciones de El Cairo, Egipto, 29 de junio de 2003, 92-7876.

¹⁰⁰ *Société Sysmode S.A.R.L. et Société Sysmode France v Société Metra HOS et Société SEMA*, Tribunal de Apelaciones de París, 8 de diciembre de 1988; *Les Trefileries & Ateliers de Commercy v. Société Philipp Brothers France et Société Derby & Co Limited*, Tribunal de Apelaciones de Nancy, 5 de diciembre de 1980. Véase también: *Fondation M v Banque X*, Tribunal Federal, Suiza, 29 de abril de 1996.

¹⁰¹ *Hi-Fert Pty Ltd v. Kuikiang Maritime Carriers Inc.*, Tribunal Federal, Australia, 26 de mayo de 1998, NG 1100 y 1101 de 1997. Véase también: *Westco Airconditioning Ltd v Sui Chong Construction and Engineering Ltd*, Juzgado de Primera Instancia, Tribunal Superior de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, Hong Kong, 3 de febrero de 1998, núm. A12848.

64. Ambos criterios son compatibles con la obligación de los tribunales de las Partes Contratantes en la Convención de remitir a las partes al arbitraje.

65. Los tribunales de algunas jurisdicciones llegan al extremo de dictar resoluciones prohibiendo que se entable juicio para propiciar que se recurra al arbitraje. En particular, el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra ha sostenido que las resoluciones que prohíben el inicio de acciones judiciales con el fin de obligar a las partes a cumplir un acuerdo de arbitraje no infringen la Convención de Nueva York¹⁰².

b. Necesidad de la instancia de parte

66. Conforme al artículo II 3), la obligación de los tribunales de remitir a las partes al arbitraje nace “a instancia de una de ellas”.

67. El artículo II 3) no establece expresamente si un tribunal puede o no remitir de oficio a las partes al arbitraje. Sin embargo, como el arbitraje se basa por definición en el consentimiento, las partes siempre tienen la libertad de renunciar a su acuerdo anterior de recurrir a esa vía. Si ninguna de las partes invoca la existencia de un acuerdo de arbitraje, el tribunal no remitirá de oficio a las partes al arbitraje sino que, como resultado de ello, confirmará su propia competencia¹⁰³. En esas situaciones, los tribunales suelen considerar que las partes han renunciado a su derecho a recurrir al arbitraje.

68. Por ejemplo, los tribunales de los Estados Unidos entienden por lo general que las partes renuncian a su derecho al arbitraje cuando participan “sustancialmente” en la litis, o cuando piden que se declare la nulidad del acuerdo de arbitraje ante los tribunales de otro país¹⁰⁴. Al evaluar si la conducta de las partes equivalía a una renuncia a su derecho de recurrir al arbitraje, un tribunal brasileño sostuvo que la renuncia debía manifestarse claramente; es decir, todas las partes tenían que actuar de un modo que demostrara en forma inequívoca que deseaban renunciar al acuerdo de arbitraje¹⁰⁵.

69. La labor preparatoria refleja el hecho de que los redactores de la Convención de Nueva York contemplaron la posibilidad de que las partes no invocaran la existencia de un acuerdo de arbitraje en las actuaciones ante los tribunales nacionales. De hecho, los redactores eliminaron expresamente la frase “*of its own*

¹⁰² *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v. Pagnan SpA*, Tribunal de Apelaciones, Inglaterra y Gales, 17 de mayo de 1994; *Midgulf International Ltd v. Groupe Chimiche Tunisien*, Tribunal de Apelaciones, Inglaterra y Gales, 10 de febrero de 2010, A3/2009/1664; A3/2009/1664(A); A3/2009/1664(B); A3/2009/1664(C).

¹⁰³ Véase, por ejemplo, *British Telecommunications Plc v SAE Group Inc*, Tribunal Superior de Justicia, Inglaterra y Gales, 18 de febrero de 2009, HT-08-336, [2009] EWHC 252 (TCC).

¹⁰⁴ *Anna Dockeray v. Carnival Corporation*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de la Florida, División de Miami, Estados Unidos de América, 11 de mayo de 2010, 10-20799; *Apple & Eve LLC v. Yantai North Andre Juice Co. Ltd*, Tribunal de Distrito, Distrito del Este de Nueva York, Estados Unidos de América, 27 de abril de 2009, 07-CV-745 (JFB)(WDW).

¹⁰⁵ *Companhia Nacional de Cimento Portland – CNCP v CP Cimento e Participações S/A*, Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, Brasil, 18 de septiembre de 2007, Apelación Civil 24.798/2007. Compárese con *L’Aiglon S/A v Têxtil União S/A*, Tribunal Superior de Justicia, Brasil, 18 de mayo de 2005, SEC 856 (*supra* [A/CN.9/814/Add.1] párr. 22), causa en la que el Tribunal Superior de Justicia sostuvo que la participación en las actuaciones arbitrales equivalía a consentir en el arbitraje.

motion” (por su propia iniciativa) en una versión anterior del artículo II 3), para dar mayor libertad a las partes y para que estas tuvieran siempre la posibilidad de renunciar a su derecho a resolver una determinada controversia mediante arbitraje¹⁰⁶.

c. Litigios respecto de los cuales exista un acuerdo

70. El artículo II 3) limita la obligación de remitir a las partes al arbitraje a los “litigio[s] respecto de” los cuales las partes hayan concluido un acuerdo por escrito, como se define en los párrafos 1 y 2 del artículo II.

71. El Tribunal de Apelaciones de Inglaterra ha indicado que, de conformidad con las disposiciones tanto de la Ley de Arbitraje inglesa de 1975 como de la Convención de Nueva York, los tribunales “están obligados a remitir una controversia al arbitraje si está relacionada con algún asunto que corresponda remitir al arbitraje”¹⁰⁷. Para interpretar la palabra “matter” (asunto), el Tribunal Federal de Australia se basó en la política favorable al arbitraje que se consagra en la Convención y sostuvo que el término tenía “amplia trascendencia” y no estaba limitado, a los efectos del artículo 7, párrafo 2 b), de la Ley de Arbitraje australiana (que es similar al artículo II 3) de la Convención), a las cuestiones planteadas en los escritos presentados por las partes¹⁰⁸.

72. Para determinar si una controversia o una reclamación en particular queda comprendida dentro de la obligación de remitir a las partes al arbitraje, los tribunales nacionales evalúan el alcance del acuerdo de arbitraje¹⁰⁹. Por ejemplo, un tribunal australiano suspendió el procedimiento de conformidad con el artículo 7, párrafo 2, de la Ley de Arbitraje (que incorpora al derecho interno de Australia el artículo II 3) de la Convención de Nueva York), interpretando la redacción amplia del acuerdo de arbitraje, que abarcaba “todas las controversias que se planteen en relación con el presente acuerdo o con su otorgamiento (...)”. El tribunal llegó a la conclusión de que las reclamaciones relacionadas con el cumplimiento del acuerdo estaban comprendidas dentro del ámbito de aplicación del acuerdo de arbitraje¹¹⁰. En cambio, cuando las partes han excluido voluntariamente determinadas cuestiones del alcance de su acuerdo, los tribunales las remiten al

¹⁰⁶ Labor preparatoria, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, Actas resumidas de la 24ª sesión, E/CONF.26/SR.24.

¹⁰⁷ *Kammgarn Spinnerei GmbH v. Nova (Jersey) Knit Ltd*, Tribunal de Apelaciones, Inglaterra, 2 de abril de 1976.

¹⁰⁸ *Casaceli v. Natuzzi S.p.A. (formerly known as Industrie Natuzzi S.p.A.)*, Tribunal Federal, Australia, 29 de junio de 2012, NSD 396 de 2012. Véase también: *CTA International Pty Ltd v. Sichuan Changhong Electric Co.*, Corte Suprema de Victoria, Australia, 6 de septiembre de 2002, 4278 de 2001.

¹⁰⁹ *Nicola v. Ideal Image Development Corporation Inc.*, Tribunal Federal, Australia, 16 de octubre, NSD 1738 de 2008; *Commonwealth Development, Corp v. Montague*, Corte Suprema de Queensland, Australia, 27 de junio de 2000, Apelación núm. 8159 de 1999, DC núm. 29 de 1999.

¹¹⁰ *CTA International Pty Ltd v. Sichuan Changhong Electric Co.*, Corte Suprema de Victoria, Australia, 6 de septiembre de 2002, 4278 de 2001.

arbitraje en la medida en que la controversia no esté comprendida en la exclusión¹¹¹.

73. De manera similar, para decidir si correspondía someter o no la controversia a arbitraje con arreglo a la Ley Federal de Arbitraje y la Convención, el Tribunal de Apelaciones del Undécimo Circuito de los Estados Unidos evaluó si la controversia estaba relacionada o vinculada con los contratos de trabajo en cuestión, o si surgía de ellos. El tribunal determinó que las alegaciones de prisión falsa, trastornos emocionales provocados deliberadamente, destrucción de pruebas, intromisión en la vida privada y falsedad fraudulenta no dependían de la relación laboral entre las partes y, por lo tanto, no estaban comprendidas en el ámbito de aplicación de la cláusula compromisoria¹¹².

d. Medidas provisionales y de conservación

74. El deber de remitir a las partes al arbitraje no se extiende a las medidas provisionales y de conservación, a menos que el propio acuerdo de arbitraje haga referencia a dichas medidas. La mayoría de los tribunales asumen competencia para ordenar medidas cautelares o provisionales en apoyo del arbitraje a instancia de una de las partes, a pesar de la existencia de un acuerdo de arbitraje¹¹³.

75. Por ejemplo, un tribunal francés ha afirmado que la presencia de un acuerdo de arbitraje no impide que una de las partes obtenga medidas provisionales urgentes que no exijan un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia¹¹⁴. De manera similar, el Tribunal Federal de Australia ha sostenido que la existencia de una cláusula compromisoria que sería de otro modo aplicable no impedía a ninguna de las partes interponer un recurso de amparo cautelar o pedir una resolución de carácter declarativo¹¹⁵.

76. Algunos comentaristas han afirmado que la jurisdicción ejercida por los tribunales nacionales para ordenar medidas provisionales no infringe la Convención de Nueva York porque no perjudica el fondo de la controversia¹¹⁶.

¹¹¹ *Société Générale Assurance Méditerranéenne - G.A.M. v Société FSA-RE et S.A. Garantie Assistance*, Tribunal de Apelaciones de París, Francia, 14 de marzo de 2008, 07/16773.

¹¹² *Jane Doe v. Princess Cruise Lines, LTD., a foreign corporation, d.b.a. Princess Cruises*, Tribunal de Apelaciones, Undécimo Circuito, Estados Unidos de América, 23 de septiembre de 2011, 10-10809.

¹¹³ *Hi-Fert Pty Ltd v. Kuikiang Maritime Carriers Inc.*, Tribunal Federal, Australia, 26 de mayo de 1998, NG 1100 y 1101 de 1997; *Société Fieldworks-INC v Société Erim, S.A. Logic Instrument et Société ADD-on Computer Distribution (A.C.D.)*, Tribunal de Apelaciones de Versailles, Francia, 4 de julio de 1996, 3603/96, 3703/96, 3998/96; *Toyota Services Afrique (TSA) v Société Promotion de Représentation Automobiles (PREMOTO)*, Corte Suprema, Côte d'Ivoire, OHADA, 4 de diciembre de 1997, Resolución núm.317/97.

¹¹⁴ *Société Fieldworks-INC v Société Erim, S.A. Logic Instrument et Société ADD-on Computer Distribution (A.C.D.)*, Tribunal de Apelaciones de Versailles, Francia, 4 de julio de 1996. La nueva ley de arbitraje francesa de 2011 limita la competencia de los tribunales franceses a la adopción de medidas provisionales en el período anterior a la constitución del tribunal arbitral: véase el artículo 1449 del Código de Procedimiento Civil francés.

¹¹⁵ *Electra Air Conditioning BV v. Seeley International Pty Ltd*, Tribunal Federal, Australia, 8 de octubre de 2008, SAD 16 de 2008.

¹¹⁶ Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, *Article II, supra* [A/CN.9/814/Add.1] nota 15, págs. 139 a 144.

B. Ejecución de un acuerdo de arbitraje conforme al artículo II 3)

77. El artículo II 3) obliga a los tribunales nacionales a remitir a las partes al arbitraje a menos que comprueben que el acuerdo en cuestión es “nulo, ineficaz o inaplicable”.

78. Ni en la labor preparatoria ni en el texto de la Convención se da indicación alguna sobre el alcance del examen que deben efectuar los tribunales nacionales para hacer esa comprobación, ni se aclaran en mayor medida los términos “nulo, ineficaz o inaplicable”.

a. Alcance del examen

79. La Convención de Nueva York no aborda la cuestión del alcance del examen que debe hacerse de los acuerdos de arbitraje con arreglo al artículo II 3)¹¹⁷.

80. En la jurisprudencia se observan dos tendencias. Algunos tribunales hacen un examen completo del acuerdo de arbitraje para determinar si es “nulo, ineficaz o inaplicable”, mientras que otros se limitan a hacer una verificación restringida o *prima facie*, que a su vez puede adoptar diversas formas y distinciones.

81. Como la Convención no prohíbe a los tribunales realizar un examen *prima facie* del acuerdo de arbitraje¹¹⁸ ni hacer un análisis completo de su existencia y validez, no puede sostenerse que alguno de esos dos criterios infringe la Convención de Nueva York.

82. El criterio del examen completo ha sido respaldado por algunas jurisdicciones, en particular Italia y Alemania.

83. El Tribunal de Casación italiano sostuvo que el artículo II 3) permite a los tribunales nacionales evaluar la validez y eficacia de los acuerdos de arbitraje, señalando que es parte inherente de las potestades de los tribunales nacionales examinar la validez de los acuerdos de arbitraje¹¹⁹.

84. Aunque sin referirse expresamente a la Convención, los tribunales alemanes también hacen un examen completo del acuerdo de arbitraje para decidir si remitirán a las partes al arbitraje. En esa tarea, los tribunales se basan en el Código de Procedimiento Civil alemán, que establece expresamente que antes de la constitución del tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede pedir a un órgano judicial que determine la admisibilidad o inadmisibilidad del juicio arbitral¹²⁰. Por ejemplo, el Tribunal Federal Supremo de Alemania, basándose en

¹¹⁷ La misma conclusión puede extraerse de la jurisprudencia relativa al artículo 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, véase CNUDMI, 2012 DIGEST OF CASE LAW ON THE MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, artículo 16 (2012), págs. 75 y 76, párr. 3, publicado en www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf.

¹¹⁸ Esta opinión se recoge en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuyo artículo 8, párr. 1 *in fine*, refleja exactamente el texto del artículo II 3) de la Convención: Frédéric Bachand, *Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?*, 22 ARB. INT'L 463 (2006).

¹¹⁹ *Heraeus Kulzer GmbH v. Dellatorre Vera SpA*, Tribunal de Casación, Italia, 5 de enero de 2007, 35.

¹²⁰ Véase el artículo 1032 del Código de Procedimiento Civil (ZPO), publicado en: www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p3471.

el artículo 1032 del Código de Procedimiento Civil, hizo un examen completo del acuerdo de arbitraje contenido en un contrato tipo con un consumidor. El Tribunal sostuvo que, sin perjuicio del principio de *Kompetenz-Kompetenz*, el tribunal inferior había incurrido en un error al limitar su examen del acuerdo de arbitraje, ya que la competencia del tribunal no podía ser restringida por un acuerdo entre las partes. Tras comprobar que el acuerdo de arbitraje cumplía los requisitos de forma y de fondo exigidos por la legislación alemana, el tribunal remitió a las partes al arbitraje¹²¹. Los comentaristas alemanes confirman que los tribunales alemanes aplican el mismo criterio en relación con la Convención de Nueva York¹²².

85. Otras jurisdicciones han restringido su examen del acuerdo de arbitraje a un análisis limitado para confirmar *prima facie* que no es “nulo, ineficaz o inaplicable”¹²³.

86. Por ejemplo, en Francia los tribunales aplican el criterio del examen *prima facie* del acuerdo de arbitraje. De esa manera, los tribunales nacionales quedan impedidos de realizar un análisis a fondo del acuerdo de arbitraje y deben remitir a las partes al arbitraje a menos que el acuerdo de arbitraje sea manifiestamente nulo¹²⁴.

87. De manera similar, en la India, la Corte Suprema se ha basado en el espíritu de la Convención de Nueva York y su inclinación favorable a la ejecución para determinar el alcance del examen de los acuerdos de arbitraje. En el caso *Sin-Etsu*,

¹²¹ Bundesgerichtshof [BGH], Alemania, 13 de enero de 2005, III ZR 265/03.

¹²² Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, *Article II*, en RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS: A GLOBAL COMMENTARY ON THE NEW YORK CONVENTION 37, págs. 99 y 100 (H. Kronke, P. Nacimiento, D. Otto, N.C. Port eds., 2010); Peter Huber, *Arbitration Agreement and Substantive Claim Before Court*, en ARBITRATION IN GERMANY: THE MODEL LAW IN PRACTICE 139, págs. 143 y 144, párr. 15 (K.-H. Böckstiegel, S. Kröll y P. Nacimiento eds., 2007).

¹²³ Véase un argumento a favor del examen *prima facie* en R. Doak Bishop, Wade M. Coriell, Marcelo Medina, *The ‘Null and Void’ Provision of the New York Convention*, en ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 275, págs. 280 y 286 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008); Yas Banifatemi, Emmanuel Gaillard, *Negative Effect of Competence-Competence – The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators*, en ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 257 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008); FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (E. Gaillard, J. Savage eds., 1996), págs. 407 y 408. Véase la posición contraria en Jean-François Poudret, Gabriel Cottier, *Remarques sur l’application de l’article II de la Convention de New York (Arrêt du Tribunal Fédéral du 16 janvier 1995)*, 13 ASA BULL. 383 (1995), págs. 388 y 389.

¹²⁴ *Legal Department du Ministère de la Justice de la République d’Irak v Société Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Société Finmeccanica et Société Armamenti E Aerospazio*, Tribunal de Apelaciones de París, Francia, 15 de junio de 2006; *SA Groupama transports v Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, Tribunal de Casación, Francia, 21 de noviembre de 2006, 05-21.818; *Ste A.B.S. American Bureau of Shipping v Copropriété Maritime Jules Verne et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, Francia, 4 de diciembre de 2002; *Société Generali France Assurances et al. v Société Universal Legend et al.*, Tribunal de Casación, Francia, 11 de julio de 2006, 05-18.681. La nueva ley de arbitraje francesa de 2011 confirmó que el derecho de los tribunales a realizar incluso un examen *prima facie* de los acuerdos de arbitraje prescribe cuando el tribunal arbitral comienza a entender en la controversia (véase el artículo 1448 del Código de Procedimiento Civil francés).

la Corte Suprema sostuvo que, si bien no había nada en el texto del propio artículo II 3) que “indicara si una decisión sobre la naturaleza del acuerdo arbitral tenía que ser *ex facie* o *prima facie*, exigir solamente un examen *prima facie* se adecuaba más al objetivo de la Convención de Nueva York, que era permitir un arbitraje rápido sin la intervención de las autoridades judiciales, cuando esta se podía evitar”¹²⁵. La Corte subrayó que un examen *prima facie* del acuerdo de arbitraje en la etapa anterior al laudo permitiría agilizar el proceso arbitral, dando al mismo tiempo a las partes la debida oportunidad de impugnar el laudo una vez finalizado el juicio.

88. En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia se basó en el principio de competencia de la competencia y en el artículo II 3) de la Convención para concluir que no podía realizar un análisis completo del acuerdo de arbitraje, sino que debía limitarse a un control sumario para determinar si el acuerdo de arbitraje era “nulo, ineficaz o inaplicable”. El Tribunal Supremo de Justicia sostuvo además que, al aplicar el criterio del examen *prima facie*, los tribunales venezolanos debían limitarse a constatar el carácter escrito del acuerdo de arbitraje, excluyendo cualquier análisis del consentimiento prestado por las partes para el arbitraje¹²⁶.

89. El criterio del examen *prima facie* también ha sido adoptado en Filipinas mediante la aprobación del Reglamento Judicial Especial sobre métodos alternativos de solución de controversias, que son unas directrices preparadas por la Corte Suprema que obligan a los tribunales inferiores. El artículo 2.4 del Reglamento Judicial Especial prevé expresamente que se haga un examen *prima facie* para determinar si el acuerdo de arbitraje es “nulo, ineficaz o inaplicable”¹²⁷.

90. En varias jurisdicciones, los tribunales se han plegado al criterio del examen *prima facie*, pero han limitado el alcance de ese examen a determinadas situaciones o cuestiones.

91. Por ejemplo, los tribunales suizos aplican el criterio del examen *prima facie* siempre y cuando el acuerdo de arbitraje designe a Suiza como sede del arbitraje¹²⁸. En ese contexto, el Tribunal Federal de Suiza ha sostenido que el examen judicial se limita a una verificación *prima facie* de la existencia y validez de la cláusula

¹²⁵ *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd (Japan) v Aksh Optifibre Ltd. & Anr. (Ind)*, Corte Suprema, India, 12 de agosto de 2005, Apelación (civil) 5048 de 2005; Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, *Prima facie Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement*, N.Y.L.J. (diciembre de 2005), pág. 3. Véase también *JS Ocean Liner LLC v MV Golden Progress, Abhoul Marine LLC*, Tribunal Superior de Bombay, India, 25 de enero de 2007.

¹²⁶ *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. v. Oceanlink Offshore A.S.*, Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela, 10 de noviembre de 2011, Exp. No. 09-0573, XXXVI Y.B. COM. ARB. 496 (2011).

¹²⁷ Artículo 2.4 del Reglamento Judicial Especial sobre métodos alternativos de solución de controversias. Véase ARBITRATION IN THE PHILIPPINES UNDER THE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION ACT OF 2004 R.A. 9285 155 (E. Lizares ed., 2011), págs. 200 a 212, párrs. 11.01 y 11.02.

¹²⁸ Con respecto a la cuestión de si esta solución puede extenderse a todos los acuerdos de arbitraje, véase la opinión a favor en: Emmanuel Gaillard, *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence*, en GLOBAL REFLECTIONS ON INTERNATIONAL LAW, COMMERCE AND DISPUTE RESOLUTION – LIBER AMICORUM IN HONOUR OF ROBERT BRINER 311 (G. Aksen et al eds., 2005). Véase la opinión contraria en: Jean-François Poudret, Gabriel Cottier, *Remarques sur l'application de l'Article II de la Convention de New York*, 13 ASA BULL. 383 (1995).

compromisoria¹²⁹. En cambio, cuando el acuerdo de arbitraje prevé una sede fuera de Suiza, el Tribunal Federal suizo ha sostenido que tiene derecho a realizar un examen completo de la existencia y validez del acuerdo de arbitraje¹³⁰.

92. En el Canadá, los tribunales han adoptado el criterio del examen *prima facie* del acuerdo de arbitraje, pero han limitado el alcance de dicho examen a las cuestiones de hecho. En consecuencia, los tribunales canadienses pueden realizar un examen completo del acuerdo de arbitraje en la medida en que la impugnación de la competencia de los árbitros se refiera a “cuestiones de derecho”. Este principio fue establecido por la Corte Suprema del Canadá en el caso *Dell*. Tras describir las dos escuelas de pensamiento con respecto al alcance del examen, la Corte sostuvo que el artículo II 3) de la Convención no exigía que los tribunales se pronunciaran sobre la posible nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del acuerdo de arbitraje antes de que lo hicieran los árbitros. La Corte añadió que, como norma general, “cualquier impugnación que se haga de la competencia del árbitro debe ser resuelta primero por el árbitro” de conformidad con el principio de competencia de la competencia¹³¹. Si bien la Corte Suprema del Canadá ha adoptado claramente el criterio del examen *prima facie* como norma general, por otro lado ha limitado la potestad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia solamente a los hechos del caso, confirmando así la competencia de los tribunales para pronunciarse sobre la competencia de los árbitros en relación con cuestiones de derecho y para determinar si la impugnación de la competencia de los árbitros constituye una táctica dilatoria.

93. En Inglaterra, los tribunales han respaldado el principio de que los árbitros deben ser el primer tribunal en pronunciarse sobre su propia competencia, pero han limitado este principio de varias maneras. En la importante sentencia dictada en el caso *Fiona Trust*¹³², el Tribunal de Apelaciones inglés afirmó que “en general, es correcto que los árbitros sean el primer tribunal en analizar si es competente para resolver la controversia”. No obstante, el tribunal sostuvo asimismo que los tribunales conservaban, dentro del ámbito de su competencia, el derecho a determinar si el acuerdo de arbitraje había llegado a existir. Citando el caso *Fiona Trust*, el Tribunal Superior de Justicia explicó, en la causa *Albon*, que a pesar de que el tribunal arbitral era competente para determinar, conforme al principio de *Kompetenz-Kompetenz*, si el acuerdo de arbitraje se había celebrado, ese principio “no impide que el propio tribunal dilucide esa cuestión”¹³³. Afirmó que, antes de suspender las actuaciones judiciales y remitir a las partes al arbitraje conforme al

¹²⁹ *Fondation M v Banque X*, Tribunal Federal, Suiza, 29 de abril de 1996.

¹³⁰ *Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Tribunal Federal, Suiza, 16 de enero de 1995; Tribunal Federal, Suiza, 25 de octubre de 2010, 4 A 279 / 2010.

¹³¹ *Dell Computer Corporation v. Union des consommateurs and Olivier Dumoulin*, Corte Suprema, Canadá, 13 de julio de 2007.

¹³² *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov*, Tribunal de Apelaciones, Inglaterra y Gales, 24 de enero de 2007, 2006 2353 A3 QBCMF, sentencia confirmada en el caso *Fili Shipping Co Ltd and others v Premium Nafta Products Ltd and others*, Cámara de los Lores, Inglaterra y Gales, 17 de octubre de 2007.

¹³³ *Albon (t/a NA Carriage Co) v. Naza Motor Trading Sdn Bhd*, Tribunal Superior de Justicia, Inglaterra y Gales, 29 de marzo de 2007, HC05C02150, [2007] EWHC 665 (Ch).

artículo 9, párrafo 1, de la Ley de Arbitraje de 1996¹³⁴, el tribunal debía verificar que: i) existía un acuerdo de arbitraje válido, y ii) la controversia estaba comprendida dentro de su ámbito de competencia. Al examinar este proceso de dos etapas en el caso *Berezovsky*, el Tribunal de Apelaciones sostuvo que se haría lugar a la suspensión cuando el solicitante demostrara, en función del equilibrio de probabilidades, que el acuerdo de arbitraje existía y aparentemente abarcaba las cuestiones objeto del litigio¹³⁵.

94. En la práctica, cuando un tribunal comprueba que existe un acuerdo de arbitraje y que la controversia está comprendida en su ámbito de aplicación de conformidad con el artículo 9, párrafo 1, de la Ley de Arbitraje de 1996, hace lugar a la suspensión con arreglo al artículo 9, párrafo 4, de la misma ley (que incorpora el artículo II 3) de la Convención al derecho inglés), a menos que compruebe que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o inaplicable¹³⁶. Como sostuvo el Tribunal Superior de Justicia en el caso *A v. B.*, los tribunales deben hacer un análisis de los costos para determinar si quien debe examinar la posible nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del acuerdo de arbitraje es el tribunal arbitral o los órganos judiciales¹³⁷. El Tribunal sostuvo que ello “dependerá principalmente de la medida en que la solución del litigio implique llegar a conclusiones de hecho que afecten a los derechos y obligaciones sustantivos de las partes que ya son objeto de la controversia, y de si, en general, el juicio puede limitarse a un aspecto relativamente restringido de la investigación o tiene probabilidades de extenderse ampliamente a las cuestiones de fondo que son objeto del litigio entre las partes. Si sucede esto último, es más probable que el tribunal apropiado para resolver las cuestiones de competencia sea el tribunal arbitral, siempre y cuando tenga *Kompetenz-Kompetenz*”. Este criterio se ha aplicado de manera sistemática¹³⁸.

95. En los Estados Unidos de América, los tribunales han encarado la cuestión del alcance del examen desde el punto de vista de definir quién tiene la “potestad primaria” para determinar la validez de un acuerdo de arbitraje: los órganos judiciales o el tribunal arbitral. La sentencia más importante en este sentido, aunque

¹³⁴ El artículo 9, párrafo 1, de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996 pone en vigor el artículo II al establecer que: “Toda parte en un acuerdo de arbitraje contra quien se inicie una acción judicial (ya sea mediante una demanda o una contrademanda) respecto de un asunto que conforme a ese acuerdo deba someterse a arbitraje podrá (tras notificar a las demás partes en el juicio) solicitar al tribunal ante el cual se haya iniciado el juicio que suspenda las actuaciones en la medida en que se refieran a dicho asunto”.

¹³⁵ *Joint Stock Company ‘Aeroflot-Russian Airlines’ v. Berezovsky & Ors*, Tribunal de Apelaciones, Inglaterra y Gales, 2 de julio de 2013, [2013] EWCA Civ 784.

¹³⁶ *Golden Ocean Group Ltd v. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, Tribunal Superior de Justicia, Inglaterra y Gales, 16 de mayo de 2013, [2013] EWHC 1240; *Joint Stock Company ‘Aeroflot-Russian Airlines’ v. Berezovsky & Ors*, Tribunal de Apelaciones, Inglaterra y Gales, 2 de julio de 2013, [2013] EWCA Civ 784.

¹³⁷ *A v. B.*, Tribunal Superior de Justicia, Inglaterra y Gales, 28 de julio de 2006, 2005 FOLIO 683, [2006] EWHC 2006 (Comm).

¹³⁸ *Joint Stock Company ‘Aeroflot-Russian Airlines’ v. Berezovsky & Ors*, Tribunal de Apelaciones, Inglaterra y Gales, 2 de julio de 2013, [2013] EWCA Civ 784; *Golden Ocean Group Ltd v. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, Tribunal Superior de Justicia, Inglaterra y Gales, 16 de mayo de 2013, [2013] EWHC 1240.

no cita la Convención de Nueva York, fue dictada por la Corte Suprema en la causa *First Options*.¹³⁹

96. En el caso *First Options*, la Corte Suprema sostuvo que existía una presunción a favor de que los órganos judiciales decidieran si el tribunal arbitral tenía competencia, a menos que las partes hubiesen convenido expresamente en someter esa cuestión al tribunal arbitral en su acuerdo de arbitraje. Sin embargo, la Corte sostuvo que una vez que el tribunal comprobaba la existencia de un acuerdo de arbitraje válido, y que este cumplía los requisitos tanto de la Ley Federal de Arbitraje como de la Convención, la presunción se invertía a favor del tribunal arbitral¹⁴⁰.

97. Los tribunales estadounidenses han sostenido que las partes han convenido en facultar a los árbitros para determinar la existencia y la validez del acuerdo de arbitraje cuando el reglamento de arbitraje permite expresamente a los árbitros que lo hagan. Por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito sostuvo que una referencia al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI constituía una “prueba clara e inequívoca de la intención de las partes” de que los árbitros decidieran sobre su propia competencia¹⁴¹. Esa “prueba clara e inequívoca” también se ha deducido de los acuerdos de arbitraje que establecen que “cualquier” controversia que se plantee, “o todas” ellas, deberán resolverse por la vía del arbitraje¹⁴².

98. A falta de una prueba clara e inequívoca de la intención de las partes, la Corte Suprema sostuvo, en el caso *Prima Paint*, que si una reclamación se refería a la “celebración” del acuerdo de arbitraje, los órganos judiciales eran competentes¹⁴³. En sentencias dictadas posteriormente aplicando la Convención de Nueva York se siguió el mismo razonamiento¹⁴⁴. En ese contexto, los tribunales han afirmado que tanto la impugnación de la existencia del contrato que contiene el acuerdo de arbitraje como la impugnación de la validez del acuerdo se refieren a la “celebración” del acuerdo de arbitraje y, por lo tanto, deben ser resueltas por los

¹³⁹ *First Options of Chicago Inc. v. Kaplan*, Corte Suprema, Estados Unidos de América, 22 de mayo de 1995, 514 U.S. 938 (1995). Véase también William Park, *The Arbitrability Dicta in First Options v. Kaplan: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?*, 12 ARB. INT’L 137 (1996), impreso nuevamente 11 INT’L ARB. REP. 28 (1996).

¹⁴⁰ *First Options of Chicago Inc. v. Kaplan*, Corte Suprema, Estados Unidos de América, 22 de mayo de 1995, 514 U.S. 938 (1995).

¹⁴¹ *Republic of Ecuador v. Chevron Corp. (US)*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 17 de marzo de 2011, 10-1020-cv (L), 10-1026 (Con). Véase un razonamiento similar con respecto al Reglamento de Arbitraje de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos en *JSC Surgutneftegaz v. President and fellows of Harvard College*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de Nueva York, Estados Unidos de América, 3 de agosto de 2005, 04 Civ. 6069 (RCC).

¹⁴² *Oriental Republic of Uruguay, et al. v. Chemical Overseas Holdings, Inc., Chemical Overseas Holdings, Inc. and others v. Republica Oriental del Uruguay, et al.*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de Nueva York, Estados Unidos de América, 24 de enero de 2006, XXXI Y.B. COM. ARB. 1406 (2006).

¹⁴³ *Prima Paint Corporation v. Flood & Conklin MFG*, Corte Suprema, Estados Unidos de América, 12 de junio de 1967, 388 U.S. 395 (87 S.Ct. 1801, 18 L.Ed.2d 1270).

¹⁴⁴ Véase, por ejemplo, *Phoenix Bulk Carriers Ltd. V. Oldendorff Carriers GmbH & Co., KG*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de Nueva York, Estados Unidos de América, 6 de noviembre de 2002, XXVIII Y.B. COM. ARB. 1088 (2003), pág. 1091.

órganos judiciales¹⁴⁵. Por ejemplo, en el caso *Sphere Drake*, el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito sostuvo que si “una parte alega que un contrato es nulo y ofrece alguna prueba en apoyo de esa afirmación, no es necesario que esa parte alegue específicamente que la cláusula compromisoria incluida en ese contrato es nula y la parte tiene derecho a entablar juicio [respecto de esa cuestión ante el tribunal]”¹⁴⁶. De manera similar, en la causa *Nanosolutions*, el Tribunal del Distrito de Columbia, basándose en la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso *Buckeye*, sostuvo que las “impugnaciones relacionadas [específicamente] con la validez del acuerdo de arbitraje pueden ser resueltas por este Tribunal”¹⁴⁷. Sin embargo, al evaluar la validez del acuerdo de arbitraje, los tribunales han realizado un “análisis muy limitado” en consonancia con la “firme política federal a favor del arbitraje” que surge de la Ley Federal de Arbitraje que incorpora al derecho interno de los Estados Unidos la Convención de Nueva York¹⁴⁸.

99. En cambio, cuando los tribunales estadounidenses han tenido que pronunciarse respecto de una impugnación de la validez del contrato en su conjunto, han remitido a las partes al arbitraje de conformidad con las disposiciones tanto de la Convención de Nueva York como de la Ley Federal de Arbitraje¹⁴⁹.

b. Examen por los órganos judiciales de la existencia y la validez de un “acuerdo por escrito”

100. El artículo II 3) obliga a los tribunales nacionales a remitir a las partes al arbitraje “a menos que [comprueben que] dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

¹⁴⁵ *The Canada Life Assurance Company v. The Guardian Life Insurance Company of America*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de Nueva York, Estados Unidos de América, 22 de enero de 2003; *Guang Dong Light Headgear Factory v. ACI International, Inc.*, Tribunal de Distrito, Distrito de Kansas, Estados Unidos de América, 10 de mayo de 2005, 03-4165-JAR; *Dedon GMBH and Dedon Inc. v. Janus et CIE*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 6 de enero de 2011, 10-4331.

¹⁴⁶ *Sphere Drake Insurance Limited v. Clarendon America Insurance Company*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 28 de agosto de 2001, 00-9464, XXVII Y.B. COM. ARB. 700 (2002), pág. 707.

¹⁴⁷ *Nanosolutions, LLC et al. v. Rudy Prajza, et al.*, Tribunal de Distrito, Distrito de Columbia, Estados Unidos de América, 2 de junio de 2011, 10-1741.

¹⁴⁸ *Bautista v. Star Cruises and Norwegian Cruise Line, Ltd.*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de la Florida, Estados Unidos de América, 14 de octubre de 2003, 03-21642-CIV. Véase también *Agnelo Cardoso v. Carnival Corporation*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de la Florida, Estados Unidos de América, 15 de marzo de 2010, 09-23442-CIV-GOLD/MCALILEY; *Boston Telecommunications Group, Inc. et al. v. Deloitte Touche Tohmatsu, et al.*, Tribunal de Distrito, Distrito del Norte de California, Estados Unidos de América, 7 de agosto de 2003, C 02-5971 JSW.

¹⁴⁹ *Prima Paint Corporation v. Flood & Conklin MFG*, Corte Suprema, Estados Unidos de América, 12 de junio de 1967, 388 U.S. 395 (87 S.Ct. 1801, 18 L.Ed.2d 1270); *Sphere Drake Insurance Limited v. Clarendon America Insurance Company*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 28 de agosto de 2001, 00-9464, XXVII Y.B. COM. ARB. 700 (2002); *Nanosolutions, LLC et al. v. Rudy Prajza, et al.*, Tribunal de Distrito, Distrito de Columbia, Estados Unidos de América, 2 de junio de 2011, 10-1741; *Ascension Orthopedics, Inc. v. Curasan AG*, Tribunal de Distrito, Distrito del Oeste de Texas, División de Austin, Estados Unidos de América, 20 de septiembre de 2006, A-06-CA-424 LY.

101. Los tribunales estadounidenses han sostenido que las razones enumeradas en el artículo II 3) por las cuales un tribunal puede negarse a remitir a las partes al arbitraje son taxativas¹⁵⁰. De manera similar, un tribunal de la India ha sostenido que el artículo II 3) prevé solamente tres motivos para denegar la ejecución de un acuerdo de arbitraje: i) que el acuerdo es nulo; ii) que es ineficaz, y iii) que es inaplicable¹⁵¹.

102. En cambio, el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos se declaró competente para determinar si un acuerdo de arbitraje existía antes de remitir la controversia a los árbitros¹⁵². En su decisión, el Tribunal no mencionó ninguna de las excepciones previstas en el artículo II 3).

i. “Nulo”

103. El artículo II 3) de la Convención guarda silencio con respecto a la norma jurídica que debe aplicarse para determinar si un acuerdo de arbitraje es nulo. Algunos tribunales consideran que la cuestión debe resolverse de conformidad con la legislación municipal aplicable, ya se trate de la *lex fori*¹⁵³ o de la ley aplicable con arreglo a la norma relativa al conflicto de leyes que figura en el artículo V 1) a) de la Convención¹⁵⁴.

104. Los tribunales estadounidenses, seguidos por los tribunales ingleses, han definido el término “nulo” como “carente de efectos jurídicos”¹⁵⁵. En la práctica, han aplicado una norma internacional sobre las excepciones del derecho contractual. Conforme a una jurisprudencia de larga data, los tribunales de los Estados Unidos se han pronunciado sobre el fundamento de la nulidad teniendo en cuenta “las excepciones ordinarias de incumplimiento de contrato que pueden aplicarse neutralmente a nivel internacional, como el fraude, el error, la coacción

¹⁵⁰ *Lindo (Nicaragua) v. NCL (Bahamas), Ltd. (Bahamas)*, Tribunal de Apelaciones, Undécimo Circuito, Estados Unidos de América, 29 de agosto de 2011, 10-10367; *Aggarao (Philippines) v. MOL Ship Management Company Ltd. (Japan), Nissan Motor Car Carrier Company, Ltd., trading as Nissan Carrier Fleet (Japan), World Car Careers (Lebanon)*, Tribunal de Apelaciones, Cuarto Circuito, Estados Unidos de América, 16 de marzo de 2012, 10-2211.

¹⁵¹ *Gas Authority of India Ltd v SPIE-CAPAG SA and ors*, Tribunal Superior de Delhi, India, 15 de octubre de 1993, Juicio núm. 1440, IA No. 5206. Véase también, en Canadá: *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corporation*, Tribunal de Apelaciones de Ontario, Canadá, 17 de febrero de 1994.

¹⁵² *Dedon GMBH and Dedon Inc. v. Janus et CIE*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 6 de enero de 2011, 10-4331.

¹⁵³ Piero Bernardini, *Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause*, en IMPROVING THE EFFICIENCY OF ARBITRATION AGREEMENTS AND AWARDS: 40 YEARS OF APPLICATION OF THE NEW YORK CONVENTION, 1998 ICCA CONGRESS SERIES 197 (Albert Jan van den Berg ed., 1998).

¹⁵⁴ Tribunal Federal Supremo, Suiza, 21 de marzo de 1995, 5C.215/1994/lit.

¹⁵⁵ *Rhone Méditerranée Compagnia Francese v. Lauro*, Tribunal de Apelaciones, Tercer Circuito, Estados Unidos de América, 6 de julio de 1983, 82-3523. Véase también: *Albon (t/a NA Carriage Co) v. Naza Motor Trading Sdn Bhd*, Tribunal Superior de Justicia, Inglaterra y Gales, 29 de marzo de 2007, HC05C02150, [2007] EWHC 665 (Ch); *Golden Ocean Group Ltd v. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, Tribunal Superior de Justicia, Inglaterra y Gales, 16 de mayo de 2013, [2013] EWHC 1240.

y la renuncia”¹⁵⁶. Al aplicar estas normas internacionales, los tribunales estadounidenses han adoptado una interpretación estricta en vista de “la política general a favor de ejecutar los acuerdos de arbitraje”¹⁵⁷. Por ejemplo, los tribunales han desechado el argumento de que un acuerdo de arbitraje es nulo e inaplicable por ser contrario al orden público de los Estados Unidos, aduciendo que esta excepción “no podría aplicarse neutralmente a nivel internacional, ni tiene mayor peso que la política a favor del arbitraje”¹⁵⁸.

105. Algunas partes también han tratado de invalidar los acuerdos de arbitraje y eludir su obligación de someterse al arbitraje alegando que el contrato principal que contiene el acuerdo es nulo. La gran mayoría de los tribunales distingue entre la invalidez del contrato y la invalidez del acuerdo de arbitraje de conformidad con el principio de la divisibilidad del acuerdo de arbitraje — a veces llamado principio de autonomía.

106. En el caso *Fiona Trust*, el Tribunal de Apelaciones inglés suspendió el procedimiento judicial entablado ante él de acuerdo con el artículo 9, párrafo 1, de la Ley de Arbitraje de 1996 (que incorpora al derecho interno de Inglaterra el artículo II 1) de la Convención de Nueva York) en virtud de que el demandante había alegado la invalidez del contrato en general, pero no había impugnado la validez del propio acuerdo de arbitraje¹⁵⁹. El Tribunal de Apelaciones, haciendo firme hincapié en el principio de la divisibilidad, sostuvo que los árbitros se encargarían de resolver cualquier contienda relativa a la invalidez del contrato en su conjunto que no apuntara específicamente al acuerdo de arbitraje. De la misma manera, un tribunal holandés sostuvo que “la validez del acuerdo de arbitraje se determina por separado, con independencia de la validez del contrato principal respecto del cual se convino en recurrir al arbitraje, aunque los dos estén contenidos

¹⁵⁶ *St. Hugh Williams v. NCL (Bahamas) LTD., d.b.a. NCL.*, Tribunal de Apelaciones, Undécimo Circuito, Estados Unidos de América, 9 de julio de 2012, 11-12150; *Allen v. Royal Caribbean Cruise, Ltd.*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de la Florida, Estados Unidos de América, 29 de septiembre de 2008, 08-22014.

¹⁵⁷ *Rhone Méditerranée Compagnia Francese v. Lauro*, Tribunal de Apelaciones, Tercer Circuito, Estados Unidos de América, 6 de julio de 1983, 82-3523; *Anna Dockeray v. Carnival Corporation*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de la Florida, División de Miami, Estados Unidos de América, 11 de mayo de 2010, 10-20799; *Oriental Commercial and Shipping (UK) v. Rosseel, N.V. (Belgium)*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de Nueva York, Estados Unidos de América, 4 de marzo de 1985, 84 Civ. 7173 (PKL).

¹⁵⁸ *Allen v. Royal Caribbean Cruise, Ltd.*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de la Florida, Estados Unidos de América, 29 de septiembre de 2008, 08-22014. Véase también: *Aggarao (Philippines) v. MOL Ship Management Company Ltd. (Japan)*, *Nissan Motor Car Carrier Company, Ltd., trading as Nissan Carrier Fleet (Japan)*, *World Car Careers (Lebanon)*, Tribunal de Apelaciones, Cuarto Circuito, Estados Unidos de América, 16 de marzo de 2012, 10-2211; *Ledee (Puerto Rico) v. Ceramiche Ragno (Italy)*, Tribunal de Apelaciones, Primer Circuito, Estados Unidos de América, 4 de agosto de 1982, 684 F.2d 184, 82-1057. Con respecto a la excepción de inadmisibilidad por razones de equidad, véase: *Rizalyn Bautista, et al. v. Star Cruises, et al.*, Tribunal de Apelaciones, Undécimo Circuito, Estados Unidos de América, 15 de julio de 2005, 03-15884.

¹⁵⁹ *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov*, Tribunal de Apelaciones, Inglaterra y Gales, 24 de enero de 2007, 2006 2353 A3 QBCMF, sentencia confirmada en la causa *Fili Shipping Co Ltd and others v Premium Nafta Products Ltd and others*, Cámara de los Lores, Inglaterra y Gales, 17 de octubre de 2007.

en el mismo documento”¹⁶⁰. De un modo similar, el Tribunal Superior de Madrás hizo referencia expresa a la “doctrina de la divisibilidad” y remitió a las partes al arbitraje sobre la base de que “[l]os demandantes no pueden hacer caso omiso de la Cláusula Compromisoria e invocar la competencia de un Juzgado Civil, por el mero hecho de que, incluso en opinión de los demandados, el contrato de base sea nulo”¹⁶¹.

107. La doctrina de la divisibilidad ha sido aceptada por la mayoría de los países¹⁶², instituciones de arbitraje¹⁶³, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional¹⁶⁴ y los comentaristas más prestigiosos, que consideran que todo acuerdo de arbitraje constituye un acuerdo dentro de otro acuerdo¹⁶⁵.

ii. “Ineficaz”

108. Por lo general, los tribunales evalúan la “ineficacia” en el contexto de la expresión más amplia “nulo, ineficaz o inaplicable”, sin hacer mayores distinciones. No obstante, la jurisprudencia sobre este tema sugiere que la palabra “ineficaz” abarca situaciones en las que el acuerdo de arbitraje se vuelve inaplicable a las partes o a su controversia¹⁶⁶.

109. Por ejemplo, en una situación en que las partes habían renunciado a su derecho al arbitraje iniciando acciones judiciales, un tribunal de la India sostuvo que el acuerdo de arbitraje era ineficaz con arreglo al artículo 45 de la Ley de Arbitraje de la India de 1996, que es fiel reflejo del artículo II 3) de la Convención¹⁶⁷. En consecuencia, el tribunal se negó a remitir al arbitraje a las partes que habían entablado numerosas acciones civiles y penales ante tribunales indios.

¹⁶⁰ *Claimant v. Ocean International Marketing B.V., et al*, Juzgado de Primera Instancia de Rotterdam, Países Bajos, 29 de julio de 2009, 194816/HA ZA 03-925.

¹⁶¹ *Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan v Secretariat of Court, International Chamber of Commerce*, Tribunal Superior de Madrás, India, 29 de octubre de 2008. Véase también: *Oberlandesgericht [OLG] Celle*, Alemania, 8 Sch 3/01, 2 de octubre de 2001.

¹⁶² Véase, por ejemplo, *Swiss Private International Law*, capítulo 12, artículo 178(3), Ley de Arbitraje de Colombia, artículo 5; Ley de Arbitraje de Francia, artículo 1447; Ley de Arbitraje de Inglaterra, artículo 7; Ley de Arbitraje de Australia, capítulo VI, artículo 16; Ley de Arbitraje del Brasil, artículo 8; Ley de Arbitraje de China, artículo 19.

¹⁶³ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 23, párrafo 1; Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, artículo 6, párrafo 4; Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), artículo 23, párrafo 1.

¹⁶⁴ El artículo 16, párrafo 1, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional establece que “una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”. En el sitio www.uncitral.org en Internet figura una lista de países que han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

¹⁶⁵ R. Doak Bishop, Wade M. Coriell, Marcelo Medina, *The ‘Null and Void’ Provision of the New York Convention*, *supra* nota 1234, pág. 278.

¹⁶⁶ Véase, por ejemplo, *Golden Ocean Group Ltd v. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, Tribunal Superior de Justicia, Inglaterra y Gales, 16 de mayo de 2013, [2013] EWHC 1240.

¹⁶⁷ *Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan v Secretariat of Court, International Chamber of Commerce*, Tribunal Superior de Madrás, India, 29 de octubre de 2008. Véanse también las citas que figuran en el párr. 67.

110. Un tribunal francés concluyó que era competente porque había vencido el plazo establecido para constituir el tribunal arbitral, desestimando así el argumento de que el acuerdo de arbitraje no era claramente inaplicable de conformidad con el artículo II de la Convención. El tribunal determinó que el acuerdo de arbitraje había “caducado” y concluyó que era competente para entender en la controversia sin hacer referencia alguna a la Convención¹⁶⁸.

111. Otra situación en la que se planteó la supuesta ineficacia de un acuerdo de arbitraje fue la causa *Westco*, en la que dictó sentencia el Tribunal Superior de Hong Kong. Una de las partes alegó que el incumplimiento de los requisitos procesales antes del inicio de las actuaciones arbitrales tornaba ineficaz el acuerdo de arbitraje. El Tribunal Superior desestimó el argumento y remitió a las partes al arbitraje¹⁶⁹.

iii. “Inaplicable”

112. Generalmente se entiende que el término “inaplicable” previsto en esta disposición se refiere a aquellas situaciones en las que no es posible poner en marcha eficazmente el arbitraje¹⁷⁰. Como lo explicó un tribunal de la India, citando el artículo 45 de la Ley de Arbitraje de la India de 1996 (que es fiel reflejo del artículo II 3) de la Convención), “el término inaplicable significa, en efecto, la frustración y la liberación consiguiente. Si después de celebrado el contrato se vuelve imposible cumplir la promesa por circunstancias imprevistas, el contrato se frustra”¹⁷¹.

113. La jurisprudencia muestra que un acuerdo de arbitraje se considera inaplicable cuando es patológico, es decir, en dos situaciones principales: i) cuando el acuerdo de arbitraje no es claro y no da pautas suficientes que permitan llevar adelante el arbitraje, y ii) cuando el acuerdo de arbitraje designa una entidad arbitral inexistente.

¹⁶⁸ *Société Gefu Kuchenboss GmbH & CO.KG et Société Gefu Geschäfts-Und Verwaltungs GmbH v Société Coréma*, Tribunal de Apelaciones de Toulouse, Francia, 9 de abril de 2008.

¹⁶⁹ *Westco Airconditioning Ltd v Sui Chong Construction & Engineering Co Ltd*, Juzgado de Primera Instancia, Tribunal Superior de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, Hong Kong, 3 de febrero de 1998, A12848.

¹⁷⁰ Stefan Kröll, *The ‘Incapable of Being Performed’ Exception in Article II(3) of the New York Convention*, en *ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE* 323, pág. 326 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008).

¹⁷¹ *Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan v Secretariat of Court, International Chamber of Commerce*, Tribunal Superior de Madrás, India, 29 de octubre de 2008. Véanse también las referencias citadas en el párr. 67.

114. Por ejemplo, un tribunal de la India que debía pronunciarse respecto del artículo 44 de la Ley de Arbitraje de la India de 1996 (que incorpora al derecho interno de ese país los artículos I y II de la Convención), no hizo lugar a la ejecución de una cláusula compromisoria que preveía “la aplicación del Arbitraje de Durban y el derecho inglés”¹⁷². El tribunal sostuvo que el supuesto acuerdo de arbitraje era “absolutamente vago, ambiguo y contradictorio”. De manera similar, el Tribunal Federal de Suiza se negó a hacer cumplir una cláusula compromisoria que preveía el arbitraje “a través de la American Arbitration Association o cualquier otro tribunal estadounidense” por considerar que el acuerdo de arbitraje no era suficientemente claro como para excluir sin lugar a dudas la competencia de los tribunales estatales de conformidad con el artículo II 3) y la legislación suiza¹⁷³.

115. En un caso en que el acuerdo de arbitraje designaba una institución arbitral inexistente, un tribunal de los Estados Unidos obligó de todos modos a las partes a someter sus diferencias a arbitraje de conformidad con el artículo II 3) de la Convención y la Ley Federal de Arbitraje. El tribunal argumentó que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI que se mencionaba en el acuerdo de arbitraje preveía un método para constituir un tribunal arbitral a falta de un acuerdo previo entre las partes, y desestimó la alegación del demandante de que el acuerdo era inaplicable¹⁷⁴.

116. En Rusia, el Tribunal *Arbitrazh* Superior de la Federación de Rusia sostuvo que, para que el acuerdo de arbitraje pudiera ejecutarse conforme a la Convención, tenía que estar redactado en términos claros que permitieran determinar la verdadera intención de las partes de someter la controversia a un órgano arbitral¹⁷⁵. Otro tribunal ruso sostuvo que un acuerdo de arbitraje era “inaplicable” en el sentido de lo dispuesto en el artículo II 3) de la Convención porque no era una cláusula compromisoria común de conformidad con el Reglamento de la CNUDMI y que, por lo tanto, no podía concluir que las partes hubiesen convenido en aplicar ese Reglamento¹⁷⁶. Señaló además que la autoridad encargada de designar a los árbitros, el “Presidente de la Cámara de Comercio Internacional”, no existía.

117. Otros tribunales han adoptado una postura favorable al arbitraje y han interpretado acuerdos de arbitraje vagos o incoherentes de un modo que les permita confirmarlos. Por ejemplo, los tribunales franceses ejecutaron un laudo arbitral dictado con el auspicio de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Yugoslavia a pesar de que el acuerdo de arbitraje preveía que el arbitraje se haría con el auspicio de una institución inexistente, la “Cámara de Comercio de Belgrado”. El tribunal sostuvo que las partes habían querido referirse a la Corte de

¹⁷² *Swiss Singapore Overseas Enterprises Pvt Ltd v M/V African Trader*, Tribunal Superior de Gujarat, India, 7 de febrero de 2005, Demanda Civil núm. 23 de 2005.

¹⁷³ Tribunal Federal, Suiza, 25 de octubre de 2010, 4A279/2010. No surge claramente de esta causa si el Tribunal Federal analizó el acuerdo de arbitraje a la luz del argumento de la inaplicabilidad, ya que en su sentencia concluyó que el acuerdo de arbitraje era inválido conforme a la disposición que exigía comprobar si dicho acuerdo era “nulo, ineficaz o inaplicable”.

¹⁷⁴ *Travelport Global Distribution Systems B.V. v. Bellview Airlines Limited*, Tribunal de Distrito, Distrito del Sur de Nueva York, Estados Unidos de América, 10 de septiembre de 2012, 12 Civ. 3483(DLC).

¹⁷⁵ *Tula Ammunition Factory (Russia) v Sporting Supplies International (USA)*, Corte Suprema de Arbitraje, Rusia, 27 de julio de 2011, VAS-7301/11.

¹⁷⁶ *ZAO UralEnergoGaz (Russia) v OOO ABB Electroengineering (Russia)*, Noveno Tribunal *Arbitrazh* de Apelaciones, Rusia, 24 de junio de 2009, Núm. A40-27854/09-61-247.

Arbitraje de la Cámara de Comercio de Yugoslavia, que tiene su sede en Belgrado¹⁷⁷. Se ha seguido un razonamiento similar en Suiza¹⁷⁸, Alemania¹⁷⁹ y Hong Kong¹⁸⁰, donde los tribunales han sostenido que debe prevalecer la intención de las partes de resolver sus diferencias por la vía del arbitraje.

¹⁷⁷ *Epoux Convert v. Société Droga*, Tribunal de Apelaciones de París, Francia, 14 de diciembre de 1983, 1994 REV. ARB. 483.

¹⁷⁸ Tribunal Federal, Suiza, 8 de julio de 2003, 129 III 675.

¹⁷⁹ Kammergericht [KT] Berlín, 15 de octubre de 1999, XXVI Y.B. COM. ARB. 328 (2001).

¹⁸⁰ *Lucky Goldstar International Limited v. Ng Moo Kee Engineering Limited*, Tribunal Superior, Corte Suprema de Hong Kong, Hong Kong, 5 de mayo de 1993, XX Y.B. COM. ARB. 280 (1995).