

Sobre el Artículo IV.1.B de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

*Francesco Campora Gatica*¹

Sumario

1. Introducción. 2. Interpretación estricta. 3. Interpretación teleológica. 4. Algunas aplicaciones específicas. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de la cuestión general relativa al rol del acuerdo arbitral en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros bajo el amparo de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras² (“Convención de Nueva York”), el presente artículo analiza la función y fin de aquel acuerdo a la luz del artículo IV.1.(b) de dicha convención. Éste establece:

“1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

1. Abogado asociado en Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner, Santiago, Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. LL.M., Columbia University. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Chile.
2. Al respecto: KRÖLL, STEFAN. “The Arbitration Agreement in Enforcement Proceedings of Foreign Awards”. En: KRÖLL, S., MISTELIS L., PERALES, y ROGERS V. *International Arbitration and International Commercial Law*. Kluwer Law International, 2011, p. 317.

- a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;
- (b) El original del acuerdo a que se refiere el Artículo II³, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad".

La disposición puede interpretarse de diversas maneras. Por lo pronto, una interpretación estricta supone entenderla literalmente. Bajo ese criterio, la omisión de los documentos individualizados en su letra (b) supondría indefectiblemente el rechazo de la solicitud respectiva.

Por su parte, una interpretación teleológica autorizaría al tribunal a apartarse del rigor literal de la referida letra (b) en caso de constatar la satisfacción del *fin de la norma* en el caso concreto. Lógicamente, una interpretación de ese tipo supone la predeterminación de dicho fin.

A continuación se (i) revisará brevemente la tesis de interpretación estricta; (ii) analizará la alternativa teleológica; (iii) expondrán consecuencias de la adopción de ésta; y se (iv) recogerán algunas de sus aplicaciones específicas. Para estos efectos, atendido el valor de las decisiones de los distintos tribunales nacionales en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros⁴, a fin de potenciar su carácter práctico el

3. Artículo II de la Convención de Nueva York:
 - 1. *Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.*
 - 2. *La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisaria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.*
 - 3. *El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*".
4. Pese a que la jurisprudencia de países extranjeros no es vinculante, "It is generally accepted that the multilateral instrument that is the New York Convention should be applied in a uniform manner. While no signatory state is bound by the case law of another signatory state, courts should not apply the Convention without taking note of what other courts have decided in similar circumstances. Parties wishing to enforce or resist enforcement of an award are therefore well advised to search for New York Convention precedents in other jurisdictions that might support their case". SCHIERER, Mathias y MOSS,

presente artículo contiene una marcada perspectiva jurisprudencial.

2. INTERPRETACIÓN ESTRICTA

Aunque muy minoritaria y obsoleta^{5, 6}, algunos tribunales han sostenido una interpretación literal del artículo IV de la Convención de Nueva York⁷.

Sam. "Resisting Enforcement of a Foreign Arbitral Award under the New York Convention". En: *IPBA Journal*, Lalive, 2008, p. 18. Disponible en: http://www.lalive.ch/files/mse_smo_Resisting_Enforcement_of_a_Foreign_Arbitral_Award_under_the_New_York_Convention.pdf, con cita a JAN VAN DEN BERG, Albert. *The Arbitration Conventions of 1958*. Kluwer, 1981, p. 1, y a PATOCCHI, Paolo. *International Arbitration in Switzerland: An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*. Kluwer, 2000.

5. "Some countries nevertheless take a rather strict view, although this position seems to be disappearing". OTTO, Dirk. "Article IV". En: KRONKE, Herbert, NACIMIENTO, Patricia, OTTO, Dirk y PORT, Nicola Christine. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*. Kluwer Law International, 2010, p. 182.
6. "The rather strict position of courts taken in the 1970s has been abandoned in many countries". Tras citar como ejemplo de criterio estricto a la sentencia referida en la letra a) de nota al pie número 7 de este artículo, el autor agrega: "where the Cologne Court of Appeal at that time insisted on authentication, although the conformity was not in dispute- Subsequent German court decision have given up this strict view". *Ibid.*
7. Por ejemplo:
 - a) "2. The Court of Appeal found, however, that the conditions for enforcement as required by the Convention had not been complied with. In the first place, the petitioner had not supplied all documents required by Art. IV, as he had not presented the duly authenticated original of the award or a copy of which the conformity with the original was duly certified (Art. IV, para.1 under a). The original had not been presented to the Court. Instead, a copy was presented which lacked the certification that the copy was in conformity with the original, since the official certification on the copy concerned only signatures". Sentencia de 10 de junio de 1976 - Oberlandesgericht de Colonia. En: SANDERS, Peter (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IV, Kluwer Law International, 1979, pp. 258-260.
 - b) "[8] Petitioner failed to request enforcement of the partial award and to supply an original or a duly certified copy of the same at the moment of the application; hence, the request for enforcement must be denied according to Art. IV of the New York Convention". Sentencia de 4 de febrero de 1993 - Corte di Appello (Corte de Apelaciones), Bolonia. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XIX, Kluwer Law International, 1994, pp. 700-702.
 - c) "[3] Consequently, we must find ex officio that the request for enforcement of the first award, dated 11 June 1987, is inadmissible because only an informal photostatic copy of the document containing the award has been submitted in these proceedings, although together with the request, as it appears from a summary examination (the seal on the back of the last page is the translator's seal). [4] We reach a different conclusion as to the second award, dated 19 October 1987. The original award has been submitted in this case, together with a translation in Italian by a sworn translator. At the same time claimant also submitted the original contract, in Italian, containing the arbitration clause". Sentencia de 29 de Noviembre de 1991 - Corte di Appello (Corte de Apelaciones), Florencia. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXI, Kluwer Law International, 1996, pp. 587-589.

Por ejemplo, en 1981, la *Corte di Cassazione* italiana sostuvo que no era posible dar lugar a la ejecución de un laudo extranjero bajo la Convención de Nueva York si no se acompañaba el acuerdo arbitral en los términos de su artículo IV^{8,9}.

En 1987, el mismo tribunal estimó (i) que la provisión del acuerdo arbitral o de una copia que reúna los requisitos del artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York era presupuesto de inicio del procedimiento; (ii) que la ausencia de tales documentos autorizaría al tribunal a denegar la solicitud de oficio; y (iii) que la existencia de aquel acuerdo no podría inferirse de la existencia del laudo ni de ninguna otra circunstancia¹⁰.

d) "[9] Claimant's omission to seek enforcement of the partial award and submit the original or certified copy of the same at the time of initiating this action makes the request for enforcement of the final award inadmissible under Art. IV of the New York Convention. According to this provision, the party seeking recognition and enforcement of the foreign award must submit 'at the time of the application' the original or certified copy of the award and the written agreement (arbitral clause or arbitration agreement)". Sentencia de 4 de Febrero de 1993 - Corte di Appello (Corte de Apelaciones), Boloña. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXI, Kluwer Law International, 1996, pp. 590-593.

e) "[1] [SODIME] objects that ... only two of the three signatures of the arbitrators are authenticated in the arbitral award submitted by [Schuurmans], and alleges that the award should not have been deemed duly certified according to Art. IV (1) (a) of the [New York Convention], as the original award contained three signatures and the copy, in order to be valid, should equally have contained three authenticated signatures. It also observes that, as this objection can be raised ex officio, it is irrelevant that it was not raised in [SODIME's] first statement after the award had been submitted. (...) [2] This ground for appeal is founded". Sentencia de 14 de Marzo de 1995 - Corte di Cassazione (Corte de Casación). En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXI, KluwerLaw International, 1996, pp. 607-609.

Aunque todas aquellas sentencias se refirieron al artículo IV.1.(a) de la Convención de Nueva York, todas denotan una interpretación estricta. Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que se han establecido diferencias de tratamiento entre los requisitos de las letras (a) y (b) del Artículo IV de la Convención de Nueva York. En efecto: "In a recent decision, Austria's Supreme Court held that while submission of an unauthenticated copy of the arbitration agreement is sufficient as long as the authenticity of the copy is not disputed, the award must always be submitted as a legalized original or certified copy". KRONKE et al., Op. Cit., p. 182.

8. "In other words, a foreign award cannot be enforced under the New York Convention of 1958 if the claimant does not submit to the court, at the same time he makes his application for enforcement, the award and the arbitration agreement, as indicated in Art. IV". Sentencia de 26 de Mayo de 1981 - Corte di Cassazione (Corte de Casación). En: SANDERS, Peter (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. VII, Kluwer Law International, 1982, pp. 345-346.

9. En igual sentido, *Guang Dong Light Headgear Factory Co. v. ACI Int'l, Inc.*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 8810 (D. Kan. 2005).

10. "[6] It ensues from the foregoing that, whereas the circumstances justifying refusal of enforcement under Art. V must be submitted (and proved) by the party against whom the arbitral award is invoked, the petitioner's failure to submit the original award or agreement, or a duly certified copy thereof, may prevent enforcement of the award, not only due to an objection by the other party, but also due to an objection by the court acting ex officio. In fact, there is no question here of proving anything. Hence, it is not relevant whether the other party has disclaimed and contested the uncertified photocopy, according to the national law relied upon by [Jassica]. [Submission of the documents under Art. IV] is

En 2001, una sentencia alemana dispuso que el solicitante, pese a haber acompañado el laudo original, no aportó prueba formal del acuerdo arbitral en los términos exigidos por el artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York¹¹.

En 2003, el Tribunal Supremo español denegó la ejecución de un laudo por cuanto los faxes que darían cuenta de aquel acuerdo no eran originales ni copias autenticadas de éstos¹².

3. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

Pese a que la interpretación literal del artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York no ha estado exenta de reconocimiento jurisprudencial, un esfuerzo de desarrollo dogmático del Arbitraje Comercial Internacional como disciplina jurídica autónoma exige identificar y considerar el fin de la norma en un contexto sistémico: permitir al tribunal dar por *legitimada* la jurisdicción arbitral extranjera cuyo resultado pretende hacerse operativo.

a requirement for commencing the enforcement proceedings; it must be determined ex officio by the court examining whether there has been a legitimate derogation from Italian jurisdiction. To this end, the existence of the arbitral clause cannot be inferred from other circumstances or from the arbitral award...."(i) "[7] From the foregoing it follows that, for enforcement proceedings to commence, it is necessary, as [the Court of Appeal] correctly held, that petitioner submit, together with the application, the original arbitral award and arbitral clause, or a duly certified copy thereof these documents may not be substituted". Sentencia de 12 de febrero de 1987 - Corte di Cassazione (Corte de Casación). JAN VAN DEN BERG, ALBERT (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XVII, Kluwer Law International, 1992, pp. 525-528.

11. "[5] The claimant did not fully meet these requirements. It did supply the original arbitral award signed by both arbitrators ... at the oral hearing before this court on 5 July 2001; however, contrary to Art. IV(1)(b), it did not supply formal evidence of the arbitration agreement as provided for in that provision". "[6] Since it is undisputed that the parties did not conclude a written arbitration agreement signed by both, the claimant cannot supply proof [of the arbitration agreement] by submitting either the original agreement or a duly certified copy thereof. If the arbitration agreement was concluded through an exchange of documents between the parties—a disputed fact that shall be discussed in detail below—the claimant must at least supply the original documents, in so far as they are in the claimant's possession (see *MüKo/Gottwald*, op. cit., no. 6 to Art. IV; similarly, *Stein-Jonas-Schlosser*, ZPO, 21st. ed., annex 3 1044 no. 52). The claimant supplied neither the original letter of 28 November 1997, nor a duly certified copy thereof... The Court has in its file only uncertified photocopies of the letters of 22 and 28 November 1997. The claimant failed to supply or files in the proceedings a (original) document from the defendant confirming the arbitration agreement". Sentencia de 22 de Noviembre de 2001 - Oberlandesgericht (Corte de Apelaciones), Rostock. En: JAN VAN DEN BERG, ALBERT (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXIX, KluwerLaw International, 2004, pp. 732-741.
12. Sentencia de 1 de abril de 2003, Tribunal Supremo, España. En: JAN VAN DEN BERG, ALBERT (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXXII, Kluwer Law International, 2007, pp. 582-590.

Después de todo, no es razonable exigir a un Estado prestar su facultad de imperio –derivada de la jurisdicción de sus tribunales domésticos– en auxilio de un mecanismo de resolución de disputas carente de todo sello estatal si ni siquiera puede invocarse una apariencia razonable de consentimiento por parte de los involucrados. La necesidad de acreditar *prima facie* el acuerdo arbitral se encuentra por tanto indiscutiblemente vinculada a la legitimación de la jurisdicción arbitral extranjera frente al Estado receptor de la solicitud respectiva.

Sin embargo, ese fin puede satisfacerse sin que sea menester acompañar necesariamente al proceso la versión original de aquel contrato o una copia que reúna las condiciones para su autenticidad. Más aún, hay ocasiones en que, existiendo acuerdo arbitral desde un punto de vista substantivo, no existe prueba documental alguna a su respecto¹³.

Considerando lo anterior, ¿hay razones que exijan preferir una interpretación literal del artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York por sobre una teleológica? Tanto la jurisprudencia comparada¹⁴ como la doctrina especializada¹⁵ han sostenido que los tribunales deben *facilitar* el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros como principio inherente al sistema construido por la Convención de Nueva York. Lógicamente, ello supone interpretar la normativa aplicable a la luz de tal deber.

13. Un buen ejemplo es el caso de partes no signatarias.

14. "Article IV must be interpreted in accordance with the spirit of the Convention... The contracting States wished to reduce the obligations for the party seeking recognition and enforcement of a foreign arbitral award as much as possible". Sentencia de 15 Abril de 1999 - Cour de Justice (Corte de Apelaciones), Ginebra. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXVI, Kluwer Law International, 2001, pp. 863-868, citado por BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*, Vol. II, Kluwer Law International, 2009, p. 2703.

15. "The New York Convention is considered to have a "pro-enforcement" bias". SCHERER, Mathias, and MOSS, Sam, Op. Cit., p. 17; "As discussed in detail above, the enforceability of international arbitration agreements under national and international law has undergone important changes over the past century, evolving from a position of relative disfavor in some leading jurisdictions to one of essentially universal favor and affirmative encouragement. This pro-arbitration enforcement regime for international arbitration agreements is of fundamental importance to the efficacy of the international arbitration process, by ensuring that agreements to arbitrate can be enforced predictably and expeditiously in forums around the world". BORN, Gary, Op. Cit. Volume I, p. 564.

En consecuencia, si se tiene en cuenta que el fin del referido artículo IV.1.(b) es legitimar *prima facie* la jurisdicción arbitral en el caso concreto, y que es objetivo de la Convención de Nueva York simplificar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, es posible aseverar que: (i) la prueba de la existencia del acuerdo arbitral recae sobre el solicitante solo bajo estándar *prima facie*; (ii) dicha prueba puede satisfacerse mediante medios de convicción alternativos a los indicados en el artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York, incluyéndose presunciones según el mérito de las circunstancias y aplicaciones del principio *venire contra factum proprium non valet*¹⁶; y (iii) satisfecha la referida acreditación *prima facie*, la carga de la prueba de la inexistencia del pacto arbitral recaerá en el ejecutado, quien deberá plantearla, *a fortiori*¹⁷, bajo el alero del artículo V.1.(a) de esa convención^{18, 19}.

Diversos argumentos defienden esta construcción del referido artículo IV.1.(b). En primer lugar, la historia de la redacción y propósitos de la Convención de Nueva York indican que su objetivo fue facilitar el sistema de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en reacción a las dificultades que, en materia de requisitos documentales, planteaba la Convención de

16. Tal como aparece de los casos referidos bajo el título 4 de este artículo, actos u omisiones previas que –expresa o tácitamente– hayan reconocido la existencia de acuerdo arbitral, facilitarán la acreditación *prima facie* de la jurisdicción del tribunal arbitral a la luz del referido artículo IV.1. (b). Adicionalmente, aunque siempre dependiendo de las circunstancias, también podría perjudicar la posibilidad de objetar posteriormente la existencia de aquel acuerdo a la luz del artículo V de la Convención de Nueva York.
17. “*Arbitration agreement can be invalid under its applicable law either because it is not recognized by the law or because under that law there was no agreement between the parties*”. MERKON. *Arbitration Law*. Londres: Informa Plegal Publishing, 2004. EN: KROLL, S., MISTELIS, L.A., PERALES VISCASILLAS, P y ROGERS, v. *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. Kluwer Law International, 2011, p. 328.
18. Artículo V de la Convención de Nueva York:
“1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el Artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia;...”
19. Las categorías de existencia y validez del acuerdo arbitral, propias del derecho de contratos, son recogidas claramente por la Convención de Nueva York en su artículo II.3. Esta disposición, con ocasión de la obligación de los tribunales nacionales de remitir a las partes a arbitraje, distingue claramente entre la *conclusión* del acuerdo arbitral y la *nulidad* del mismo.

Ginebra sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1927^{20, 21}.

En segundo lugar, existiendo consenso acerca de la posibilidad de extender el pacto arbitral a partes no signatarias²², es evidente que quien quiera ejecutar un laudo en contra de un no signatario no podrá premunir al tribunal de un acuerdo arbitral por escrito. Ergo, no resta más al solicitante que acreditar *prima facie* la jurisdicción del tribunal arbitral sobre los no signatarios (asumiendo consentimiento implícito) a través de medios alternativos. Por consiguiente, rechazar la interpretación teleológica equivaldría a denegar a priori el acceso al reconocimiento y ejecución respecto de no signatarios, conclusión actualmente inaceptable.

En tercer lugar, si se entiende al artículo IV.1.(b) como una norma funcional de naturaleza *probatoria* (y no como una que establezca presupuestos materiales de viabilidad del procedimiento de reconocimiento y ejecución²³), es lógico concluir que la norma es exclusivamente coadyuvante a la acreditación *prima facie* de un hecho fundamental para la operatividad del sistema, esto es, la existencia del acuerdo arbitral y la consecuente legitimación de la jurisdicción arbitral. Por lo tanto, a primera vista acreditado

20. "...the drafting history and the purpose of the New York Convention speak in favour of burdening the party trying to resist enforcement with the proof that the parties did not enter into an arbitration agreement". KROLL, Op. Cit., p. 329.
21. "Consistent with this objective, national courts have generally rejected efforts to complicate the proof requirements under Article IV, taking a partial and relatively flexible approach towards proof requirements". BORN, Gary, Op. Cit., p. 2703, nota 9, citando una serie de casos representativos en los que subyace una interpretación teleológica del artículo IV de la Convención de Nueva York. De un estudio directo de esos casos destacan los siguientes criterios: (1) aceptación de certificado del Presidente del Tribunal Arbitral como prueba de autenticidad del laudo. Sentencia de 17 de junio de 1983, United States Court of Appeals (Second Circuit), Estados Unidos. En: SANDERS, Pieter (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IX, Kluwer Law International, 1984, pp. 487-494; (2) el artículo IV puede darse por satisfecho aún sin copia del acuerdo arbitral. Sentencia de 17 de Noviembre de 1971, Oberster Gerichtshof. En: SANDERS, Pieter (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. I, Kluwer Law International, 1976, p. 183; y (3) la falta de autenticación de un documento no obsta a la satisfacción del artículo IV a menos que se discuta la autenticidad del documento de base (misma sentencia citada en nota al pie número 14 de este artículo).
22. Sobre la materia, BORN, Gary, Op. Cit. Volume 1, pp. 1142 y ss.; MOSES, Margaret. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Second Edition. Cambridge University Press, 2012, pp. 34 y ss.; HANOTIAU, Bernard, *Complex Arbitrations: Multi Party, Multi Contract, Multi-Issue and Class Actions*. Kluwer Law International, 2005 (en particular capítulos I y II).
23. "Furthermore, there is growing tendency to interpret Art. IV NYC as an evidentiary rule and not as a provision setting out material prerequisites for the recognition of awards". KROLL, S. et al, Op. Cit., p. 331.

ese hecho, o con mayor razón o si fuera indisputado, se configura el presupuesto relevante requerido por el sistema sin necesidad de satisfacer la letra de la disposición^{24, 25, 26}.

En cuarto lugar, no debe olvidarse que las exigencias formales del artículo II de la Convención de Nueva York tampoco constituyen requisitos substantivos de existencia / validez del contrato arbitral. Su objetivo exclusivo es activar la obligación judicial de remisión al arbitraje. Por consiguiente, la ausencia documental del acuerdo arbitral no implica, a la luz de la esa convención, un obstáculo para la acreditación *prima facie* de su configuración substantiva²⁷. Por supuesto, lo anterior no obsta a lo que disponga la ley que rija el acuerdo en cuanto a su régimen substantivo de formación y validez. Si aquella concibiera por ejemplo a la escrituración como formalidad por vía de *solemnidad*, un tribunal doméstico enfrentado a un acuerdo arbitral meramente consensual probablemente no remitiría a las partes al arbitraje, en virtud de las excepciones contenidas en el artículo II.3 de la Convención de

24. "One should not apply too strict standard to the formal requirements for the submission of documents... when...the conditions for recognition are undisputed and materially beyond doubt." BORN, Gary, Op. Cit., p. 2704, nota 10, citando un fallo de un tribunal suizo de 20 de abril de 1990 - Handelsgericht (Corte Comercial), Zurich. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XVII, Kluwer Law International, 1992, pp. 584-586. Referencia adicional puede hacerse ala sentenciareferida en la nota al pie número 14 de este artículo, en la parte que establece: "Where as the Geneva Convention (Art. 4) requires that party seeking enforcement supply, together with the documents supporting his claim, several proofs, whose submission is sometimes so difficult that the award's enforcement becomes problematic. The New York Convention shows considerable progress on this point"; y "the court must show some flexibility when evaluating the manner in which these documents are supplied".
25. "The Court rejects Al Haddad's first argument and finds that it is unnecessary for Diakan to submit a certified copy of the parties' arbitration agreement in this situation. The purpose for requiring submission of the original agreement or a certified copy is to prove the existence of an agreement to arbitrate. Such proof already exists in this case because the Court had determined on several prior instances that the charter party between Al Haddad and Diakan contained a London arbitration provision. Those rulings form sufficient verification of the existence of an arbitration agreement to allow enforcement of the award here". Sentencia de 8 de mayo de 1986, United States District Court (District of Delaware), Estados Unidos. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XII, Kluwer Law International, 1987, pp. 549-552.
26. "The eighth and last defense of Overseas was that the petition did not comply with Art. IV of the Convention, since only copies rather than the originals or certified copies of the agreement and award were attached to the petition. The Court found, however, that the purposes of Art. IV had been met by Audi and that 'the respondent may not assert such technical deficiencies to defeat or delay confirmation of a valid award". Sentencia de 15 de marzo de 1977, United States District Court, (Eastern District of Michigan, Southern Division), Estados Unidos. En: SANDERS, Pieter (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. III, Kluwer Law International, 1978, pp. 291-292.
27. En igual sentido GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Arbitraje*. 3ª edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011, p. 774.

Nueva York. Sin embargo, en el mismo caso pero en sede de ejecución, dependiendo del mérito de los antecedentes, el tribunal sí podría entender en principio acreditada la jurisdicción arbitral. En tal caso, cualquier reclamación de ausencia de formación o invalidez –como quiera que se plantee– derivada de la ausencia de escrituración será una cuestión perteneciente al ámbito del artículo V.1(a), no al del IV.1.(b).

Sin perjuicio de lo anterior, claramente la tendencia de las legislaciones nacionales desarrolladas es flexibilizar las exigencias de formación del pacto arbitral. Por ejemplo, aquellas que han adoptado la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“Ley Modelo CNUDMI”) en su versión original de 1985, si bien formalmente conciben al acuerdo arbitral como un contrato solemne (escrituración como formalidad *ad solemnitatem*), construyeron un concepto de acuerdo arbitral “por escrito” eminentemente normativo. En efecto, hay hipótesis de escrituración presunta²⁸ y, yendo aún más lejos, la Ley Modelo CNUDMI en su versión 2006 admitió la derogación del carácter solemne de aquel pacto²⁹.

Evidentemente, el impacto de legislaciones substantivamente flexibles en materia de formación del contrato arbitral es relevante para la Convención de Nueva York. Aún si se discrepase de la interpretación que este trabajo sostiene respecto de las exigencias formales de su artículo II (y se sostuviere en consecuencia que esa convención sí exigiría un acuerdo arbitral en todo caso escriturado para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros), debe tenerse presente que la recomendación interpretativa de los artículos II.2 y VII.1³⁰ de aquella convención, emitida por la CNUDMI en 2006, sugiere que el artículo VII.1 “*se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los de-*

28. Artículo 7.2) de la Ley Modelo CNUDMI de 1985.

29. Artículo 7, Opción II, de la Ley Modelo CNUDMI en su versión 2006.

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

rechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje". Pese a que el texto no es especialmente lúcido, puede al menos sostenerse que la propia CNUDMI –organización en cuyo seno fue concebida la Convención de Nueva York– buscó despejar dudas interpretativas llamando a dar preeminencia a la ley doméstica más favorable a la hora de configurar la concurrencia de “acuerdo arbitral” en aras del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

4. ALGUNAS APLICACIONES ESPECÍFICAS

Como es de esperar, la interpretación que se dé al artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York trasciende el ámbito de la disquisición teórica, teniendo efectos prácticos relevantes. A continuación se seleccionan algunas aplicaciones puntuales de una interpretación finalista:

a) Acta de misión como acuerdo arbitral: se ha sostenido que el hecho de haber consentido y firmado la *acta de misión* propia de cada arbitraje administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (actual art. 23 del Reglamento respectivo) equivale a haber celebrado un “acuerdo arbitral” a la luz de la Convención de Nueva York^{31, 32};

31. KRONKE et. al., Op. Cit., p. 171, con referencia a un fallo brasileño de 2008 que en lo pertinente sostuvo: “It must be observed that when commencing arbitration the parties appointed their arbitrators [and] confirmed the norms applicable to the arbitration proceeding, that is, the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, and that ‘Paris is the seat of the arbitration’, in a document called by Art. 18 of the [ICC] Rules of Arbitration ‘Terms of Reference’, which is equivalent to a submission agreement [compromisso arbitral]. Further, it is proved and undisputed by the defendant that on 13 September 2000, in the course of the arbitration, the parties signed an ‘Addendum to the Terms of Reference of 31 May 2000’ where it was stated: ‘Inepar, successor of [SVIS] ... replaces [SVIS] in respect of all rights and obligations resulting from the Terms of Reference concluded on 31 May 2000’ (translation). How can Inepar now argue that there was a violation of the principle of adversary proceedings –which certainly would violate national sovereignty and public policy– when it is abundantly proved that it exercised fully its right to defend itself before the arbitral tribunal where, besides discussing the [issue of] jurisdiction, [it] eventually accepted [that jurisdiction] ..., defended itself on the merits and thereby confirmed the arbitration clause”. Sentencia de 3 de octubre de 2007. Superior Tribunal de Justiça (Tribunal Superior de Justicia), Brasil. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXXIII, Kluwer Law International, 2008, pp. 397-403.

b) Requisitos formales del artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York pueden soslayarse si no ha habido controversia sobre la existencia del acuerdo arbitral: se ha sostenido asimismo que no habiéndose cuestionado la existencia del contrato arbitral en instancias previas, una interpretación estricta del artículo IV de la Convención de Nueva York es injustificada^{33,34}; y

c) La excepción de incumplimiento de la exigencia documental del artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York puede perjudicarse en aplicación de la teoría de los actos propios³⁵: se ha fallado reiteradamente que quien nunca alegó la inexistencia de acuerdo arbitral se encontraría impedido de hacerlo por primera vez en sede de reconocimiento y ejecución^{36, 37, 38, 39}.

32. Sin embargo, la invocación del acta de misión como acuerdo arbitral autónomo no tendrá dicho efecto si se ha objetado desde un comienzo la jurisdicción del tribunal arbitral.

33. *"In the context of authentication/certification, a further question arises as to whether the requirements of Article IV have to be observed under all circumstances. The formal requirements of Articles IV ensure that there is a genuine arbitration award and a genuine arbitration agreement. Under the general rules of evidence, proof is required only if a certain fact is in dispute. If an applicant submits only unauthenticated copies of the award and arbitration agreement, or an original award without authentication, is that sufficient? Certainly not if the defendant disputes the conformity of the copies to the originals. Production of unauthenticated copies is also insufficient if the defendant is in default because it did not appear, as the enforcing court would be unable to ensure that there is a prima facie valid agreement and award as sufficient evidence. However, if the defendant does not dispute that a simply copy conforms to the original, then there is no reason to require an applicant to obtain an authentication and/or certification. It would be unreasonable to require an applicant to submit evidence for something that is not disputed". There is significant judicial support for this rather liberal interpretation of Article IV..."* KRONKE et al., Op. Cit., p. 180.

34. *"[17] As we said by way of introduction, the defendant does not argue in a substantiated manner that the arbitration agreement, which was taken as a fact by the arbitral tribunal, does not in fact exist: it merely contests the existence of the necessary certifications. Under these circumstances no justified doubts have been raised as to the existence of an arbitration agreement between the parties, and the court does not need to request submission thereof. Hence, it is unnecessary to ascertain whether the arbitration agreement is duly certified".* Sentencia de 3 de septiembre de 2008, Oberster Gerichtshof (Corte Suprema), Austria. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXXIV, Kluwer Law International, 2009, pp. 409-417.

35. *"Although The New York Convention does not deal expressly with the prohibition of contradictory conduct, such a prohibition is considered to be inherent in the Convention as a result of the principle of good faith, and because contradictory conduct 'would violate the goal and purpose of the Convention, that is, the summary procedure to expedite recognition and enforcement of the arbitration process'".* SCHIERER, Mathias y MOSS, Sam, Op. Cit., p. 20.

36. KRONKE et al., Op. Cit., p. 172. Se citan al respecto los siguientes fallos:
a) 15 de noviembre de 1983 - United States District Court, Southern District of New York. En: SANDERS, Pieter (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. X, Kluwer Law International, 1985, pp. 540-548;
b) 6 de abril de 1995 - Supreme Court of Hong Kong, High Court. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXI, Kluwer Law International, 1996, pp. 546-551.
c) 7 de octubre de 2003 - Tribunal Supremo. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXX, Kluwer Law International, 2005, pp. 617-622;

- d) OLG Schleswig, RIW 2000, 706 (et 707) (Corte de Apelaciones Schleswig, Alemania); y e) 27 de marzo de 2001 - United States Court of Appeals, Seventh Circuit. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXVI, Kluwer Law International, 2001, pp. 1091-1102.
37. "[9] "From all the above we must conclude that the [defendant] showed an unequivocal intention to submit the settlement of disputes arising out of the relationships between the parties to arbitration. It is unacceptable that it [now] seeks to oppose recognition of the arbitral award which settled the dispute by alleging that the claimant did not supply an agreement in writing containing an arbitration clause as required by Art. IV of the New York Convention. As already noted, this provision only aims at providing the enforcement court with proof of the parties' agreement to arbitrate disputes under a certain contract. This proof can be given in different manners, one of them undoubtedly being the behavior in the [arbitral] proceedings (estoppel) of the party denying that there was an arbitration agreement, which behavior must have its effects in this enforcement proceeding (see Supreme Court, orders of 31 March 1998 and 1 December 1998 in enforcement case nos. 524/1997 and 3660/1996). [10] "Hence, this ground for opposition fails". Sentencia de 28 de Marzo de 2000, Tribunal Supremo, Sala Civil, España. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXXII, Kluwer Law International, 2007, pp. 518-524.
- Dos años más tarde, el mismo tribunal sostuvo "[13] "In sum, we can reasonably conclude that the defendant expressed its intention to submit to arbitration for the settlement of disputes arising from the relationship between the parties. We cannot accept that it now seeks to oppose recognition of the arbitral award which settled the dispute by alleging that the claimant did not supply an agreement in writing containing the arbitral clause as required by Art. IV of the New York Convention. As already noted, this provision only aims at providing the enforcement court with proof of the parties' agreement to arbitrate disputes under a certain contract. In no way can this proof be affected by the fact that the claimant could have sought an interim measure. In the case at issue, this proof is in the whole of the communications between the parties' brokers, whose activity as such is undisputed by either party". Sentencia de 26 de febrero de 2002 - Tribunal Supremo, Sala Civil, España. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXXII, Kluwer Law International, 2007, pp. 550-554.
38. Otros ejemplos:
- a) "[15] "Reference is made first to Art. IV(1)(b) of the Convention, because C did not supply the original document containing the arbitration clause for the third contract and added in the other two contracts a clause which allowed C to proceed [with arbitration] in Beijing. [16] "The formal requirements under the above provision of the Convention, to be examined by the court seized, should not be too demanding (Patocchi/Geisinger, DIP Annoté, p. 799). The Supreme Court held in the field of public law that even an interpretation 'contra legem' is allowed when the strict application of the law is unreasonable and contrary to the meaning of the provision it applies (SJ 1984 p. 41), (4) and added that the Convention allows, apart from written and signed acts, those acts which have a less strict form but are accepted by the trade usages of the parties. [17] "In the present case, G SA did not dispute the jurisdiction of the Chinese arbitrators and never supplied the original contracts, which it should have kept as there were two originals, so that its arguments are consequently weakened and are mere allegations. [18] "The arbitration clause in the two original contracts supplied in the proceedings allows for two possible fora, either Beijing or the place of residence of the defendant. This formulation, unlucky as it may be, did not prevent C from seizing the Chinese authorities as it did. [19] "As far as the third contract is concerned, which is of a later date and lesser importance, we must consider that its formulation was overall identical to the formulation of the two earlier contracts and that apparently it was not the object of any discussion. Hence, the General Conditions to which they said contract referred were the same which governed the first two contracts and, consequently, there was a clause for [CIE-TAC] arbitration. The objection of G SA must therefore be denied. We would indeed show an excessive formalism if we were to grant this objection when G SA has accepted the arbitration and has done nothing to prove its thesis when it had the means to do so". Sentencia de 11 de diciembre de 1997 - Cour de Justice (Corte de Apelaciones), Ginebra. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXIII, Kluwer Law International, 1998, pp. 764-769.
- (b) "[5] "From an examination of the above documents we should conclude that the parties did not clearly and indisputably intend to include the arbitration agreement in FOSFA Rules 11 referred to in

the 22 January 1999 confirmation in their contract, even if those same documents prove that there had been previous commercial relations between the parties. However, when ascertaining whether the requirement at issue is met, we cannot ignore the defendant's behavior in the arbitration: it appeared before the arbitral tribunal and not only it did not object to the tribunal's jurisdiction, it also discussed the merits of the claim and filed a counterclaim. It must be concluded from these acts that the defendant was aware of and accepted the referral to arbitration". Sentencia de 4 de marzo de 2003 – Tribunal Supremo, Sala Civil, Sesión de Plenario, España. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXXII, Kluwer Law International, 2007, pp. 571-581.

c) "It appears from the interpretation of Art. II [of the] Convention that the prohibition of contradictory behavior is a legal principle implied in the Convention (see for the prevailing view, e.g., *OLG Schleswig RIW* 2000, 706/708 and references therein). Where, in violation of good faith, the formal invalidity of the arbitration agreement is raised [by a party who has] participated in the arbitration without raising any objection, this objection is not to be examined (Schwab/Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 6th ed., p. 466)". Sentencia de 23 de septiembre de 2004 - Bayerisches Oberstes Landesgericht (Corte Superior de Apelaciones), Bavaria. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXX, Kluwer Law International, 2005, pp. 568-573.

d) [9] "In accordance with the criteria set forth above, the ground for opposition based on the failure to comply with the requirement of Art. IV (1) (b) [of the] Convention must be rejected. Although it would be hard to conclude that the document supplied [by SPMHP] together with its request for enforcement meets this condition for enforcement, since it does not even identify the parties thereto, *Olpesa* appeared and was duly represented in the arbitral proceedings, took part in the appointment of the arbitrators, raised arguments and supplied the evidence that it deemed relevant apparently without objecting to the jurisdiction of the arbitral tribunal or either explicitly or implicitly declaring that it did not agree to arbitration". Sentencia de 7 de octubre de 2003 – Tribunal Supremo. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXX, Kluwer Law International, 2005, pp. 617-622. Nótese que esta sentencia llega incluso a soslayar la falta de identificación de las partes en el documento que según el demandante habría contenido el acuerdo arbitral.

e) "[9] "On the other hand, the defendant is also estopped on grounds of good faith (Sect. 242 Civil Code), (4) because of its contradictory behavior, from invoking the lack of a valid arbitration agreement in the enforcement proceedings. After the Hamburg court of first instance dismissed the claim, the defendant commenced arbitration in Finland by letter of 14 November 2005, expressly relying on clause 13 of the License Agreement of 30 October 2002, and suggested an arbitrator for the proceedings. After the claimant also commenced arbitration, on 28 November 2005, the parties could not at first agree on a sole arbitrator and, as stated in the arbitral award, agreed to appoint Mr. R as arbitrator at a meeting with the Mediation Committee of the Finnish Central Chamber of Commerce on 2 February 2006.... Nor did the parties subsequently raise objections against the procedure to establish the arbitral body and appoint the arbitrator... When the defendant commences arbitration proceedings relying on the arbitration clause, agrees on the arbitrator and raises no objection to the work of the arbitral tribunal in the proceedings, it cannot rely on the invalidity of the arbitration agreement in the subsequent enforcement proceedings. [10] "The Federal Supreme Court too has held that there is a violation of good faith when a party at the pre-trial stage relies expressly and unconditionally on an arbitration agreement and then argues in the arbitration and in the subsequent court proceedings for enforcement that there was no valid arbitration agreement (*NJW-RR* 1987, 1194)". Sentencia de 31 de mayo de 2007 - Oberlandesgericht (Corte de Apelaciones), Alemania. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXXIII, Kluwer Law International, 2008, pp. 524-533. En este caso, también se dio lugar a la ejecución pese a que el peticionario no pudo acompañar el acuerdo arbitral.

f) "[4] We believe that the doctrine of equitable estoppel applies here. Equitable estoppel precludes a party from asserting rights 'he otherwise would have had against another' when his own conduct renders assertion of those rights contrary to equity. *First Union Commercial Corp. v. Nelson, Mullins, Riley & Scarborough (In re Varat Enters., Inc.)* 81 F.3d 1310, 1317 (4th Cir. 1996); see also *Lowery v. Stovall*, 92 F.3d 219, 223 (4th Cir. 1996). In the arbitration context, the doctrine recognizes that a party may be estopped from asserting that the lack of his signature on a written contract precludes enforcement of the contract's arbitration clause when he has consistently maintained that other provisions of the same contract should be enforced to benefit him. 'To allow [a plaintiff] to claim the benefit of

5. CONCLUSIÓN

Pese a su extraordinaria importancia y probado funcionamiento, la Convención de Nueva York no ha estado exenta de dificultades interpretativas. Entre ellas, las exigencias documentales de su artículo IV.1.(b) han dado lugar a entendimientos incluso antagónicos. Opiniones minoritarias lo han leído en clave estricta, concluyendo que la no provisión del acuerdo arbitral o de una copia que reúna las condiciones para su autenticidad frustrará cualquier solicitud de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. De otro lado, la tendencia moderna y mayoritaria entiende que se trata de una norma probatoria que debe interpretarse teleológicamente.

Este artículo se sitúa en la segunda línea de pensamiento bajo la idea de que el fin del artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York es la legitimación *prima facie* la jurisdicción arbitral en el caso particular. Desde un punto de vista dogmático, ello equivale a acreditar una apariencia razonable de la existencia del acuerdo arbitral según el derecho de contratos aplicable.

En virtud de lo anterior, este artículo concluye que: (i) el solicitante debe probar la existencia del acuerdo arbitral solo bajo estándar *prima facie*; (ii) dicha prueba puede concretarse mediante medios de convicción diversos a los indicados en el artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York, incluyéndose tanto presunciones como los efectos de la aplicación del principio *venire contra factum proprium non valet*, si así lo justificaren los antecedentes del caso; (iii) a *contrario sensu*, la alegación de incumplimiento de las exigencias documentales del artículo IV.1.(b) de la Convención de Nueva York podría recobrar plausibilidad si es coherente

the contract and simultaneously avoid its burdens would both disregard equity and contravene the purposes underlying enactment of the Arbitration Act. Avila Group, Inc. v. Norma J. of California, 426 F. Supp. 537, 542 (S.D.N.Y. 1977)". Sentencia de 14 de marzo de 2000 - United States Court of Appeals (Fourth Circuit). En: JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.), Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XXV, Kluwer Law International, 2000, pp. 641-1164.

39. A *contrario sensu*, la excepción en cuestión recobraría plausibilidad si se hubiese venido sosteniendo previamente la ausencia de acuerdo arbitral. Empero, es imposible prever un resultado a priori sin atender *in concreto* al mérito de los antecedentes.

con una alegación previa y consistente de ausencia de pacto arbitral, lo que deberá determinarse *in concreto*; y (iv) acreditada la apariencia razonable de existencia del acuerdo arbitral, el peso de la prueba de su inexistencia recae en el ejecutado, quien deberá plantear dicha alegación, *a fortiori*⁴⁰, al amparo del artículo V.1.(a) de esa convención.

40. Ver *supra*, nota 17.