

LA NUEVA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL: AUN OTRA VICTORIA DEL CONSENSUALISMO

Francisco González de Cossío

I.	INTRODUCCIÓN.....	2
II.	LA FORMA	2
	A. ANTECEDENTES.....	2
	B. LA <i>RATIO LEGIS</i>	4
III.	LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL	4
	A. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.....	4
	B. LA LEY MODELO DE LA UNCITRAL	5
IV.	PROBLEMAS DERIVADOS DE LOS REQUISITOS DE FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL.....	6
V.	PASOS QUE SE HAN TOMADO AL RESPECTO	8
	A. PASOS INTERNACIONALES	8
	B. Pasos Nacionales	9
VI.	EL NUEVO PARADIGMA.....	10
	A. NUEVO CONCEPTO DE “POR ESCRITO”	12
	B. FIRMA	12
	1. Consentimiento expreso.....	13
	2. Consentimiento tácito	13
	3. Convalidación.....	14
	4. Formación	15
	C. LAS IMPLICACIONES JURÍDICAS	15
VII.	EFFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL	16
	A. LOS REQUISITOS DE FORMA APLICAN A LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO, NO DEL LAUDO, ARBITRAL.....	17
	B. LA VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL PARA EFECTOS DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO SE REALIZA EN BASE AL DERECHO (NACIONAL) APLICABLE	18
	C. LA DISPOSICIÓN DE DERECHO MÁS FAVORABLE	19
VIII.	CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.....	20

I. INTRODUCCIÓN

Los dos instrumentos jurídicos más importantes sobre arbitraje comercial internacional (la Convención de Nueva York¹ y la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional²) establecen como requisito de validez del acuerdo arbitral que conste por escrito y que esté firmado por las partes. Lo mismo ocurre con derecho arbitral mexicano.³

Es decir, hoy por hoy, el acuerdo arbitral es un acto formal. Todo parece indicar que dejará de serlo.

En fechas recientes la UNCITRAL elaboró un texto que modifica el requisito formal del acuerdo arbitral. En este estudio se comentará dicho desarrollo y se sugerirá una respuesta al legislador mexicano. Para ello, se realizará una pequeña digresión teórica e histórica sobre la forma (§II), para luego analizar la forma del acuerdo arbitral (§III), poniendo en relieve los problemas que la misma ha generado (§IV), analizando las soluciones que se han considerado (§V), para comentar el nuevo régimen (§VI), sus efectos en la ejecución del laudo arbitral (§VII), para finalizar con un comentario conclusivo y una recomendación (§VIII).

II. LA FORMA

A. ANTECEDENTES

La “forma” es la manera en que la voluntad debe exteriorizarse para producir los efectos jurídicos deseados. Todo negocio jurídico está basado en la voluntad de su autor. Para que dicha voluntad tenga efectos legales debe ser manifestada de alguna manera

¹ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958. Ratificada por México el 14 abril de 1971 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1971 (la “Convención de Nueva York”).

² Elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law* □ “UNCITRAL”) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1985 y adoptada por México el 22 de julio de 1993 (la “Ley Modelo”).

³ Artículo 1423 del Código de Comercio.

específica, misma que depende del acto jurídico deseado. Es decir, no basta con que el sujeto quiera internamente alcanzar un fin para que pueda jurídicamente obtenerse; debe de externar su voluntad de cierta manera para que sea conocida objetivamente. Entendido lo anterior, la forma es el aspecto objetivo o externo de la voluntad del autor del negocio jurídico, lo cual lo distingue de la fase subjetiva e interna del acto volitivo.

Desde una perspectiva filosófica, la *forma* es el *continente* y la voluntad el *contenido*.

En la historia de la institución de la forma puede observarse una (gradual) transición del formalismo al consensualismo. En sus orígenes romanos los actos jurídicos tendían a ser formalistas. Dichos formalismos han, paulatina pero asiduamente, tendido hacia su reducción. Como resultado, hoy por hoy nuestros códigos adoptan como regla general la del consensualismo.⁴

El paradigma actual es que la forma es un elemento *accidental* del negocio jurídico, lo cual lo distingue del paradigma antiguo: en derecho romano la forma era un elemento *esencial* en tanto que se identificaba con el negocio jurídico mismo.

Como el lector recordará, en derecho romano, para la validez de la mayoría de los actos jurídicos, tenía que seguirse un ritual, en ausencia del cual el acto era inexistente. Los únicos actos exceptuados de este régimen, y para cuya validez el consentimiento sin ritual era suficiente, eran los “contratos de buena fe”, bajo cuya categoría caían la compraventa, el arrendamiento, el mandato y la sociedad (y que eran *numerus clausus*). Fuera de ellos, la regla general era contraria: la voluntad tenía que ser manifestada de una manera determinada. La forma no se consideraba un accidente del acto; *era* el acto mismo. El negocio se identificaba con su rito. El caso típico era la *stipulatio*, pues era el negocio más utilizado para crear obligaciones entre las partes.

Aunque la aproximación se relajó en el medioevo, se estableció una distinción entre “pactos desnudos” (*nuda pacta*) y “pactos vestidos” (*pacta vestita*). Los primeros

⁴ Artículo 1832 del Código Civil Federal y Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 78 del Código de Comercio.

creaban obligaciones naturales,⁵ mientras que los segundos obligaciones jurídicamente exigibles.⁶

Es cierto que la práctica comercial⁷ y canónica⁸ era diversa, pero no contradice la regla general anteriormente descrita del *ius commune*.

B. LA RATIO LEGIS

La forma es una norma protectora: dependiendo de la naturaleza e importancia del acto jurídico en cuestión se exigirá más forma. Y el motivo es evidente: procurar que la trascendencia del acto jurídico que está en vías de celebrarse sea correctamente evaluada. Ello con miras a evitar que una persona se vea sorprendida al haber accidentalmente celebrado un acto jurídico que en verdad escapaba su voluntad.

Como anuncia el título de esta monografía, el consensualismo tiene una victoria nueva: el acuerdo arbitral.

III. LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL

Hoy en día, la forma del acuerdo arbitral involucra, como regla general, un doble requisito: (1) que sea por escrito; y (2) firmado por las partes. Dicho requisito proviene tanto de derecho arbitral nacional⁹ como internacional.¹⁰ Vale la pena comentar el antecedente de cada uno.

A. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

El primer origen del derecho actual constituye el artículo II(2) de la Convención de Nueva York. Los redactores de dicho instrumento analizaron la posibilidad de que el

⁵ La regla era “*nuda pactio obligationem non parit*”.

⁶ Título 14, libro segundo del Digesto.

⁷ La práctica mercantil medieval (la *lex mercatoria*) consideraba válidos y eficaces todos los pactos, aunque carecieran de forma.

⁸ El derecho canónico consideró como pecado cualquier falta a la palabra dada. El declarante no podía excusar su cumplimiento arguyendo que no estaba realizada solemnemente.

⁹ Artículo 1423 del Código de Comercio.

¹⁰ Párrafos 1 y 2 del artículo II de la Convención de Nueva York. Artículo 7 de la Ley Modelo.

acuerdo arbitral fuera consensual. Sin embargo, se optó por incluir un ingrediente de formalidad.

Los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York revelan que existieron dos motivos detrás de dicha decisión:¹¹ (a) asegurarse que las partes estén conscientes de estar consintiendo al arbitraje; y (b) definir qué constituye un acuerdo por escrito.

Si bien no existe mucho análisis o comentario sobre porqué se optó por darle cierta formalidad al acuerdo arbitral (pues el foco de atención fue reemplazar las divergencias legislativas estatales sobre dicho requisito por una regla de derecho uniforme¹²) me atrevo a concluir que el (poco debatido) motivo fue cerciorarse que la consecuencia no fuera inadvertidamente impuesta a una de las partes contratantes: la renuncia al derecho de acudir a tribunales estatales para ventilar la controversia.¹³

B. LA LEY MODELO

La Ley Modelo recoge los mismos requisitos. El motivo fue asegurar congruencia con la Convención de Nueva York ya que la mayoría de las legislaciones arbitrales estatales exigían dicho nivel de formalidad.¹⁴ A su vez, y al igual que la Convención de Nueva York, se buscó establecer como derecho uniforme los requisitos de forma del acuerdo arbitral entre los diversos países, eliminando requisitos más formales.¹⁵ El artículo 7 de la Ley Modelo se convirtió en el artículo 1423 del Código de Comercio.

¹¹ UN DOC E/CONF.26/SR.22

¹² Albert Jan van den Berg, THE NEW YORK ARBITRATION CONVENTION OF 1958, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, pg. 173.

¹³ Lo que la doctrina francesa conoce como una de las consecuencias negativas del acuerdo arbitral.

¹⁴ Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A GUIDE TO THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law and Taxation Publishers, T.M.C. Asser Instituut, pg. 260.

¹⁵ Como podían ser requerir que el acuerdo arbitral constará en escritura pública o que debiera registrarse.

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

En un principio, la necesidad de que el acuerdo arbitral conste por escrito buscaba lograr un objetivo que es *per se* intachable: que la renuncia a la justicia estatal que del mismo resulta tenga un elemento de formalidad. Ello para lograr dos fines: que la parte que la realiza esté consciente del paso jurídico que está tomando, y evitar que se determine la existencia de dicha renuncia en casos en los que no es la intención de las partes realizarla.

Dicha *ratio legis*, si bien no ha perdido validez, ha perdido actualidad. Hoy en día existen prácticas que, dada la forma con la que se realizan, no dejan una constancia que reúne los requisitos en cuestión, no obstante que la intención de las partes sí es contar con el arbitraje como el mecanismo de solución de controversias aplicable.

Dicho de otra manera, la realidad ha rebasado el derecho. Por consiguiente, era hora de actualizarlo.

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

1. Los acuerdos celebrados por medios electrónicos;¹⁶
2. Los intercambios de cartas y telegramas;
3. Las prácticas en las que, habiendo un acuerdo, no consta por escrito *y* firmado.

Dichos ejemplos *genéricos* pueden detallarse mediante hipótesis *específicas*. Por ejemplo, cuando la oferta para contratar es realizada mediante un contrato que contiene una cláusula arbitral y, si bien no es firmada por el destinatario, el contrato es cumplido. Otro ejemplo frecuente es el caso en el que una operación es documentada en una serie

¹⁶ Aunque en tiempos recientes esta problemática se ha abordado mediante la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre comercio electrónico y la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre firmas electrónicas. Las legislaciones que hayan adoptado dichos instrumentos habrán resuelto la problemática apuntada mediante el principio de equivalencia funcional entre los documentos por escrito y los documentos incluidos en Mensajes de Datos (es decir, comunicaciones por medios electrónicos). México adoptó porciones de estas leyes modelo (publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 29 de agosto de 2003) por lo que, de conformidad con los artículos 89bis, 93 y 96 del Código de Comercio, la incógnita ha sido solucionada para México.

de contratos que, conteniendo acuerdos arbitrales, son firmados por las partes, pero uno de ellos no se firma (sea por causas contemporáneas o porque surge de eventos posteriores) y es el que contempla la obligación cuyo incumplimiento motiva la reclamación que se desea someter al arbitraje. Aún otro ejemplo es el del certificado de embarque emitido por un porteador, que no es firmado por el cargador, y que el mismo contiene un acuerdo arbitral.

Como puede observarse, dichas situaciones no cumplirían *ad litera* la prueba de ácida de validez del acuerdo arbitral.¹⁷ Pero no son las únicas. La UNCITRAL ha detectado aún más.¹⁸

¹⁷ Estos escenarios ponen en relieve lo que se conoce doctrinalmente como el “otro lado de la moneda del principio de separabilidad del acuerdo arbitral”: es porque el acuerdo arbitral es independiente del contrato principal que, de no reunir los requisitos de forma, será inválido —aún si el contrato principal sí es válido bajo los requisitos de forma de *su* derecho aplicable.

¹⁸ Las siguientes:

- (a) A contract containing an arbitration clause is formed by one party sending written terms to the other, which performs its bargain under the contract without returning or making any other “exchange” in writing in relation to the terms of the contract;
- (b) A contract containing an arbitration clause is formed on the basis of the contract text proposed by one party, which is not explicitly accepted in writing by the other party, but the other party refers in writing to that contract in subsequent correspondence, invoice or letter of credit by mentioning, for example, its date or contract number;
- (c) A contract is concluded through a broker who issues the text evidencing what the parties have agreed upon, including the arbitration clause, without there being any direct written communications between the parties;
- (d) Reference in an oral agreement to a written set of terms, which may be in standard form, that contain an arbitration agreement;
- (e) Bills of lading which incorporate the terms of the underlying charterparty by reference;
- (f) A series of contracts entered into between the same parties in a course of dealing, where previous contracts have included valid arbitration agreements but the contract in question has not been evidenced by a signed writing or there has been no exchange of writings for the contract;
- (g) The original contract contains a validly concluded arbitration clause, but there is no arbitration clause in an addendum to the contract, an extension of the contract, a contract novation or a settlement agreement relating to the contract (such a “further” contract may have been concluded orally or in writing);
- (h) A bill of lading containing an arbitration clause that is not signed by the shipper or the subsequent holder;
- (i) Third party rights and obligations under arbitration agreements in contracts which bestow benefits on third party beneficiaries or stipulation in favour of a third party (*stipulation pour autrui*);

Y la preocupación no es nueva. Ya desde 1981 el Dr. Albert Jan van den Berg se preguntaba si dichos requisitos de forma eran congruentes con las prácticas más actuales del comercio internacional.¹⁹

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

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

Esto no podía ser buen derecho.

V. PASOS QUE SE HAN TOMADO

A. PASOS INTERNACIONALES

La UNCITRAL encomendó la solución del problema a un grupo de trabajo. Entre las alternativas que se analizaron figuraron las siguientes:

-
- (j) Third party rights and obligations under arbitration agreements following the assignment or novation of the underlying contract to the third party;
 - (k) Third party rights and obligations under arbitration agreements where the third party exercises subrogated rights;
 - (l) Rights and obligations under arbitration agreements where interests in contracts are asserted by successors to parties, following the merger or demerger of companies, so that the corporate entity is no longer the same;
 - (m) Where a claimant seeks to initiate an arbitration against an entity not originally party to the arbitration agreement, or where an entity not originally party to the arbitration agreement seeks to rely on it to initiate an arbitration, for example, by relying on the “group of companies” theory.”

¹⁹ Albert Jan van den Berg, THE NEW YORK ARBITRATION CONVENTION OF 1958, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, pg. 229.

1. *Modificación de la Ley Modelo:* Modificar el artículo 7 de la Ley Modelo para, *inter alia*, contemplar la posibilidad de que el acuerdo arbitral se materialice tanto por medios electrónicos, como verbalmente.
2. *Declaración interpretativa de la Convención de Nueva York:* Realizar un instrumento interpretativo del artículo II de la Convención de Nueva York que abarque las hipótesis deseadas.
3. *Protocolo a la Convención de Nueva York:* Elaborar un protocolo a la Convención de Nueva York que amplíe el radio de aplicación de la Convención de Nueva York a las situaciones deseadas.

Las propuestas mencionadas generaron críticas que pueden resumirse en:

1. *Modificación de la Ley Modelo:* el texto actual ha sido objeto de debate, y es dudoso que pueda introducirse un cambio tan fundamental sin revisar por completo el artículo 35 de la Ley Modelo.
2. *Declaración interpretativa de la Convención de Nueva York:* genera dos problemas: (i) dado que la interpretación no es vinculatoria, es dudoso que tuviera algún efecto práctico; y (ii) dicha “interpretación” era más una “modificación” ya que rebasa el texto en el que se fundamenta.
3. *Protocolo de la Convención de Nueva York:* Una preocupación consiste en el impacto que la realización de un protocolo puede tener en un instrumento que lleva más de 40 años de éxito. Además, podría generar discordancia interpretativa al invitarse un escenario en que existieran dos grupos de Estados: los que han aceptado únicamente la Convención de Nueva York y los que se han adherido al protocolo.

B. PASOS NACIONALES

Ante la problemática descrita, algunos Estados han optado por modificar su derecho interno para reducir los requisitos de forma del acuerdo arbitral,²⁰ o interpretar

²⁰ Por ejemplo, en Francia, Bélgica, Suecia, Suiza, los Países Bajos e Italia se ha eliminado el requisito de “por escrito” al no establecer ninguna exigencia formal del acuerdo arbitral.

relajadamente los mismos.²¹ Dado que se trata de jurisdicciones importantes en materia de arbitraje, era conveniente aprender la lección que el derecho comparado arroja: era hora de reevaluar lo apropiado del *statu quo* legal.

VI. EL NUEVO PARADIGMA

El paradigma descrito ha cambiado. Al 19 de julio de 2005 la UNCITRAL contemplaba el siguiente como el nuevo texto del artículo 7 de la Ley Modelo de la UNCITRAL, que dice:²²

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje.

1) El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar en un escrito. Por “escrito” se entenderá cualquier forma de texto, que puede abarcar, sin limitaciones, un mensaje de datos, que deje constancia del acuerdo de arbitraje o que de otro modo sea accesible para su ulterior consulta.

3) Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

4) Además, un acuerdo de arbitraje figurará por escrito cuando conste en él un intercambio de escritos de demanda y de contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra.

5) A fin de disipar dudas, la referencia hecha en un contrato o en un acuerdo de arbitraje independiente a un escrito que contenga una cláusula compromisoria constituirá un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que la

²¹ Por ejemplo, en Inglaterra, ¡“por escrito” abarca acuerdos orales! (ver, *Zambia Steel v. James Clark*, Court of Appeal [1986], 2 Lloyd’s Rep. 225, seguido por *Abdullah M. Fahem v. Mareb Yemen Insurance and Tomen*, Queen’s Bench Reports [1997] 2 Lloyd’s Rep, 738, Yearbook of Commercial Arbitration, 1998, pg. 789.

²² Documento A/CN.9/WG.II/WP.136. El texto anterior es el resultado de tres años de debates en la UNCITRAL. Desde 2000, la UNCITRAL creó un grupo de trabajo con la finalidad de examinar tres temas que se consideró que tenían que revisarse en cuanto a su regulación en la Ley Modelo, uno de los cuales fue los requisitos de forma del acuerdo arbitral. Las posturas que en respuesta a ello se generaron fueron múltiples; y oscilaron desde consensualistas hasta formalistas. En forma interesante, el 15 de febrero de 2005 México propuso que, en lugar de reglamentar en forma adicional los registros formales del acuerdo arbitral, simplemente se liberara el registro de forma.

referencia implique que la cláusula forma parte del contrato o del acuerdo de arbitraje independiente, prescindiendo de si el contrato o el acuerdo de arbitraje independiente se han celebrado verbalmente, de forma deducible de los actos o por medios que no sean escritos. En tal caso, el escrito que contenga la cláusula compromisoria constituirá el acuerdo del arbitraje a los efectos del artículo 35”.²³

Si bien cada párrafo de la definición es rico en cuanto a su contenido jurídico, es el segundo el relevante para efectos de este comentario.

Como primera aproximación, podría pensarse que se continúa con el requisito de forma pues establece que el acuerdo arbitral debe ser por escrito. Sin embargo, la sutileza radica en la definición de “por escrito”: cualquier forma que establezca un registro del acuerdo arbitral o que sea accesible para ser utilizado como futura referencia.

El resultado de la nueva definición de “por escrito” es claro: el acuerdo arbitral ya no tiene que constar en un documento ni tiene que estar firmado por las partes. La abolición de dichos requisitos tiene implicaciones que vale la pena abordar en forma separada.

²³ La versión en inglés es:

“Article 7. Definition and form of the arbitration agreement (1) ‘Arbitration agreement’ is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

(2) The arbitration agreement shall be in writing. ‘Writing’ means any form, including, without limitation, a data message, that provides a record of the arbitration agreement or is otherwise accessible so as to be useable for subsequent reference.

(3) ‘Data message’ means information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.

(4) Furthermore, an arbitration agreement is in writing if it is contained in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other.

(5) For the avoidance of doubt, the reference in a contract or a separate arbitration agreement to a writing containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract or the separate arbitration agreement, notwithstanding that the contract or the separate arbitration agreement has been concluded orally, by conduct or by other means not in writing. In such a case, the writing containing the arbitration clause constitutes the arbitration agreement for the purposes of article 35.”

A. NUEVO CONCEPTO DE “POR ESCRITO”

La definición no puede ser más amplia. Abarca todo. Es decir, en lo sucesivo, “escrito” significa también “no escrito” (como lo entiende el derecho civil).²⁴ Es decir, para efectos de la forma del acuerdo arbitral, existe una regla especial de obligaciones que se aparta de su contenido bajo el *ius commune*.

B. FIRMA

La definición descrita modifica expresamente una regla sobre firma del derecho de las obligaciones.

La regla general del derecho civil es que cuando se exija la forma escrita en un contrato, los documentos correspondientes deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación.²⁴ El nuevo precepto establece que ello no tiene que tener lugar. Tan sólo tiene que existir un registro del acuerdo arbitral.

La abolición del requisito de firma tiene implicaciones importantes. Quiere decir que, en lo sucesivo, la determinación de la existencia de consentimiento no se centrará en determinar si las partes plasmaron su rubrica,²⁵ sino en saber si se está en presencia de algo mucho más importante: un acuerdo de voluntades. Dicho giro implica que la atención ya no se concentrará en *existencia*, sino en *esencia*.²⁶ No se trata de un juego semántico, la diferencia es real. El contrato *es* consentimiento. El consentimiento no es *un* requisito, sino *el* requisito esencial. Luego entonces, es más apropiado basar el análisis sobre la existencia de consentimiento que sobre la existencia de una forma. Es cierto que tradicionalmente es el segundo la forma de constatar la existencia del primero. Sin embargo, el requerimiento de un paso externo verificable es una manera de determinar si existe el prerequisite interno e importante (la voluntad). Pero ceñirse a que conste en papel y cuente con un rasgo escrito en tinta por el puño y letra del

²⁴ Artículo 1834 del Código Civil Federal.

²⁵ Se recordará que no existe una definición de “firma”, aunque el Código Civil la mencione (art. 1834). La Ley del Notariado del Distrito Federal hace alusión a la firma y a la rúbrica, mas no las define ni diferencia. No obstante ello, puede entenderse por “firma” algún rasgo escrito en puño y letra del autor del negocio jurídico, y por “rúbrica” media firma.

²⁶ Requerir el consentimiento como elemento de existencia de un acto jurídico (arts. 1794 y 2224 del Código Civil) equivale a equiparar la esencia con la existencia.

(posible) obligado es innecesariamente restrictivo. Después de todo, el derecho de las obligaciones cuenta con otras formas de cerciorarse que exista el deseo de quedar jurídicamente vinculado. A continuación se tratarán algunas.

1. Consentimiento expreso

El consentimiento es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos.²⁷

En relación con la manifestación verbal, no obstante que diversos actos jurídicos podrían ser existentes y válidos como resultado de una manifestación verbal de consentimiento, si incluían un acuerdo arbitral, éste carecería de validez □ aunque fuera realizada ante diversos testigos (¡inclusive fedatarios!).²⁸

También puede ser manifestado el consentimiento por signos inequívocos. No sería difícil pensar en operaciones diversas cuya anuencia es expresada, sea por razones prácticas, o simplemente por que así tuvo lugar, mediante un signo o conducta que resulta claro a la contraparte. De nuevo, bajo el régimen anterior, si el acto jurídico contenía un acuerdo arbitral, éste carecería de validez. Gracias al nuevo régimen, desaparece esta incongruencia.

2. Consentimiento tácito

El consentimiento tácito es aquél que resulta de hechos o actos que presupongan o que autoricen a presumirlo.²⁹ Existen diversas operaciones que, ya sea por razones prácticas o lógicas, se viven y cumplen sin que las partes celebren formalmente un contrato por escrito y con sus firmas. De contener un acuerdo arbitral, el mismo sería inexistente. El nuevo régimen le dará vida al mismo.

²⁷ Artículo 1803 del Código Civil.

²⁸ De nuevo, como resultado del “otro lado de la moneda del principio de separabilidad del acuerdo arbitral”.

²⁹ Artículo 1803 del Código Civil.

3. Convalidación

Un acto jurídico viciado de nulidad relativa □ como sería el caso de una falta de existencia de requisitos de forma□ puede ser convalidado mediante el cumplimiento voluntario del mismo, novación “o por cualquier otro modo”.³⁰ Lo mismo sucede con el acuerdo arbitral. Si las partes □ sin firmar un contrato que contenga un acuerdo arbitral□ se avocan a cumplirlo, ello haría las veces de una convalidación del mismo, incluyendo la cláusula arbitral. Y argumentar, surgida la controversia, que las partes cumplieron selectivamente las obligaciones de dicho contrato sin desear verse vinculados por el acuerdo arbitral no sólo sería un argumento débil, sino contrario al deber de cumplir las obligaciones de buena fe,³¹ y el deber a no actuar inconsistentemente en detrimento de una contraparte.³²

Es cierto que ésta hipótesis parte de la premisa que existe un acto pero que está viciado de *nulidad*, no de falta de *consentimiento*, lo cual conllevaría a una inexistencia. Aun así considero aplicable el razonamiento anterior. ¿Qué mejor consentimiento que cumplir con las obligaciones, o ejercer los derechos, del acto que se arguye inválido? ¿Acaso no dice más un hecho que mil palabras? Y por si se considerara insuficiente, podría argumentarse que se trata de un caso de consentimiento tácito mediante actos que lo presuponen.³³

³⁰ Artículo 2234 del Código Civil, que establece “El cumplimiento voluntario por medio de pago, novación **o por cualquier otro modo**, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.” (énfasis añadido)

³¹ Artículo 1796 del Código Civil.

³² Lo que en otras jurisdicciones se conoce como “estoppel” (también conocido como la teoría de la congruencia). Dicha teoría sostiene, en esencia, que una parte no puede beneficiarse de sus propias contradicciones y en detrimento de su contraparte. Tomando prestadas las palabras de un caso antiguo y famoso (*Cave v. Mills* (1862) (7H&N 913, pg. 927)): las exigencias de la buena fe prohíben a una parte “soplar frío por un lado y caliente por otro”; afirmar por un lado y negar por otro. Podría argumentarse que dicha teoría no tiene cabida en nuestro sistema jurídico. Contestaría que casos importantes han cimentado la existencia de dicho deber en el precepto que establece que los contratos deben cumplirse de buena fe (equivalente a nuestro artículo 1796 del Código Civil). El caso que tengo en mente es *Amco v. Indonesia* (*Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited and P.T. Amco Indonesia v. Republic of Indonesia*), (ICSID ARB/81/01). Laudo sobre competencia del 25 de Septiembre de 1983.

³³ Conforme al artículo 1803 del Código Civil.

4. Formación

Forma no es *formación*. Mientras que la primera se refiere a los requisitos que debe cumplir la voluntad para generar un acto jurídico existente y válido, la segunda se refiere al régimen jurídico sobre el momento en que existe un acuerdo de voluntades.³⁴

Puede suceder que una oferta sea seguida de una aceptación,³⁵ o puede suceder que no se acepte lisa y llanamente,³⁶ o que se ejerza el derecho de retracto,³⁷ por medios electrónicos,³⁸ o que tratándose de un contrato entre ausentes tenga que determinarse si el consentimiento se perfeccionó.³⁹

C. LAS IMPLICACIONES JURÍDICAS

Como puede verse, en su esencia, la modificación implica transformar un requisito *in validitatis* en un requisito *ad probationem*.

La determinación de la existencia de un acuerdo arbitral será el resultado de analizar lo que al respecto establece el cuerpo legal idóneo para realizar dicha determinación: el derecho de las obligaciones⁴⁰ que sea aplicable;⁴¹ y no sólo una

³⁴ Sea que se trate de un contrato entre presentes, entre ausentes, la concordancia o discordancia entre la oferta y la aceptación, el ejercicio del derecho de retractación, el consentimiento expreso o tácito, la existencia de vicios del consentimiento y sus (variantes) consecuencias.

³⁵ Artículo 1810 del Código Civil.

³⁶ En cuyo caso habrá contraoferta.

³⁷ Es decir, una forma de frustración del consentimiento consistente en que quien lleve a cabo la oferta la retire, siempre que no esté obligado a sostenerla. Ello es más factible entre ausentes pues entre presentes se requiere que la aceptación sea inmediata (art. 1805 del Código Civil) a menos que se haya fijado plazo (art. 1804 del Código Civil). Al no existir un concepto de “inmediato”, existe cierto margen de discreción judicial o arbitral.

³⁸ Artículo 1811 del Código Civil, según reforma del 25 de mayo de 2000.

³⁹ Es decir, si el oferente se informó de la aceptación (art. 1807 del Código Civil y 80 del Código de Comercio).

⁴⁰ O el derecho contractual, dependiendo de la tradición jurídica de la jurisdicción en cuestión.

⁴¹ El tema del derecho aplicable al acuerdo arbitral es un tema relativamente complejo que no será abordado en este contexto. Sólo se resumirá la regla conflictual aplicable; misma que es doble: (i) la autonomía de la voluntad; y (ii) el derecho de la sede del procedimiento arbitral (artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York y artículos 1457(I)(a) y 1462(I)(a) del Código de Comercio). En caso de desear abundar al respecto, puede acudir a González de Cossío, Francisco, ARBITRAJE, Porrúa, México, D.F., 2004, capítulo III.

determinación formalista consistente en verificar si existe un documento firmado. El fin prevalecerá sobre el método: saber si existe consentimiento.

Manejar la exigencia formal como un elemento de convicción (de prueba) en vez de un elemento de existencia o validez⁴² del mismo, no sólo parece más técnicamente adecuado, sino más acorde con la realidad. Y el efecto se verá de inmediato: se abarcarán prácticas comerciales nacionales e internacionales que de otra manera se verían desplazadas por un requisito legal que no es acorde con las mismas.

VII. EFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

El impacto que dicha modificación tiene sobre la ejecución del laudo merece especial atención.

Es posible interpretar que la modificación implique que el laudo basado en un acuerdo arbitral que no consta por escrito no es ejecutable bajo la Convención de Nueva York puesto que dicho instrumento requiere que el acuerdo conste por escrito para ser ejecutable.⁴³ Dicha postura sería equivocada por tres motivos: (a) los requisitos de forma contemplados en la Convención de Nueva York aplican al deber de la judicatura de remitir a las partes al arbitraje, no a la validez o ejecutabilidad del laudo; (b) la determinación de validez del acuerdo arbitral para efectos de la ejecutabilidad del laudo se realiza en base al derecho (nacional) aplicable; y (c) en caso de duda sobre la validez,

⁴² Existe margen de discusión para considerarlo como un requisito de existencia, puesto que el resultado jurídico, en la forma en que está contemplado en la Ley Modelo, parece ser la *inexistencia*, no sólo *invalidéz*, del acuerdo arbitral. Considero que, si se tuviera que encajonar en la teoría de las nulidades en la forma en que están contempladas en el Código Civil (algo en sí cuestionable pues se trata de normas generales que pueden ser modificadas por una *lex specialis*, como el derecho arbitral) se trataría de una nulidad *relativa* (o, más propiamente, anulabilidad, pues coincide con la categorización de Planiol) puesto que: (a) produce efectos mientras no sea declarada; (b) es convalidable (algo imposible en la inexistencia y la nulidad absoluta); y (c) en mi opinión, no obstante la falta de claridad provocada por el artículo 2227 del Código Civil, la única nulidad absoluta es aquella que se presenta cuando se está en presencia de una ilicitud en el objeto motivo o fin del acto (arts. 1794.III y 2225 del Código Civil). La discusión parece más teórica que práctica, y así parece ser la tendencia de nuestros tribunales (ver tesis de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “Nulidad e Inexistencia. Sus diferencias son meramente teóricas.” (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1985, cuarta parte, Tercera Sala, tesis 197, pg. 590) aunque *confere* “Actos Inexistentes” (amparo civil directo 3466/31, 27 de mayo de 1933) en donde la Corte describe (y acepta) la inexistencia.

⁴³ Artículo II(1) de la Convención de Nueva York.

la disposición de derecho más favorable de la Convención de Nueva York salvaría la ejecutabilidad del laudo.

A continuación se explicarán.

A. LOS REQUISITOS DE FORMA APLICAN A LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO, NO DEL LAUDO, ARBITRAL

El artículo II de la Convención de Nueva York establece:

“1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

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

El artículo II de la Convención de Nueva York regula la ejecución del *acuerdo*, no del *laudo*, arbitral. Para ello, se ha establecido, como requisito de derecho uniforme, que los jueces estatales ante los cuales se someta una controversia amparada por un acuerdo arbitral *remitan* a las partes al arbitraje. No se abordará la forma en que éste deber es implementado.⁴⁴ Lo relevante para este análisis es entender que, el propósito del artículo II no es establecer el régimen de validez del acuerdo arbitral, sino sólo una regla uniforme para procurar su ejecutabilidad por las judicaturas de diferentes partes del mundo.

El régimen aplicable a la validez del acuerdo arbitral es un tema que corresponde al derecho arbitral aplicable. En la actualidad, el mismo hace eco a lo dispuesto en la Convención de Nueva York puesto que la Ley Modelo procuró uniformar los requisitos con miras a evitar que formalidades mayores le restaran eficacia a nivel internacional.

⁴⁴ Para ello, véase González de Cossío, ARBITRAJE, ed. Porrúa, 2004, pgs. 145-152.

Sin embargo, podría no ser el caso. Y así será si se adopta el texto contemplado por la UNCITRAL como derecho mexicano.

B. LA VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL PARA EFECTOS DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO SE REALIZA EN BASE AL DERECHO (NACIONAL) APLICABLE

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

El artículo V ha previsto un régimen totalmente distinto al contemplado en el artículo II para efectos de determinar la validez del acuerdo arbitral y la posibilidad que el mismo se traduzca en una causal de no ejecución de un laudo.

Para poner la diferencia en relieve, comencemos por mencionar los propósitos y mecánica del artículo V de la Convención de Nueva York. Este precepto contiene las causales en base a las cuales puede negarse el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral. Las causales no sólo son exhaustivas, sino que son de interpretación estricta y deben de interpretarse y probarse en contra del principio de presunción de validez del laudo arbitral (*presumptio in favorem validitatis sententiae*).

Es cierto que ambos artículos (II y V) tratan el tema de la validez del acuerdo arbitral. Ello es natural; después de todo, es el punto de partida de todo arbitraje. Sin embargo, la forma en que se ha tratado es radicalmente distinta: *mientras que en el artículo II se establece un régimen fijo que debe observarse para la ejecución del acuerdo arbitral por las judicaturas, en el artículo V se establece un régimen de mínimos, que puede ser más liberal, y que toma como punto de partida el derecho arbitral nacional aplicable, no la Convención de Nueva York.*

Entendida la diferencia regulatoria, pasemos al tratamiento que, en el contexto de reconocimiento y ejecución de un *laudo*, se le da al *acuerdo* arbitral.

La causal de no ejecución de la Convención de Nueva York que es relevante para este análisis es la contenida en el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York, que establece (en su parte relevante):

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

Como puede observarse, dentro del contexto de la determinación de la validez de un acuerdo arbitral no se ha hecho alusión al régimen contemplado en el artículo II de la Convención de Nueva York, sino al de “...la ley a que las partes lo han sometido, o ...la ley del país en que se haya dictado la sentencia...”.

Es decir, *la validez de un acuerdo arbitral para efectos de generar una causal de no-ejecución no la determina la Convención de Nueva York sino el derecho nacional aplicable al acuerdo arbitral*. Si el derecho aplicable contempla la validez de acuerdos arbitrales que no consten por escrito,⁴⁵ el laudo arbitral es ejecutable bajo la Convención de Nueva York; máxime dado el impacto de la disposición de derecho más favorable, lo cual a continuación se tratará.

C. LA DISPOSICIÓN DE DERECHO MÁS FAVORABLE

El artículo VII de la Convención de Nueva York establece:

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

La porción subrayada del artículo VII de la Convención de Nueva York, que la jerga arbitral internacional ha bautizado como “la disposición de derecho más favorable” (“*most favorable right provision*”), busca que la Convención de Nueva York sea, en cuanto al régimen de ejecución del laudo se refiere, una “ley de mínimos”; es decir, un piso que sirva de cimiento en base al cual las legislaciones estatales puedan crear

⁴⁵ Pero cuya existencia haya sido demostrada —como acontecería con el nuevo texto de la UNCITRAL.

legislación arbitral más liberal, con la finalidad de que el laudo siga siendo ejecutable —y bajo el régimen de la Convención de Nueva York.

Un laudo arbitral cuyo origen es un acuerdo arbitral que no consta por escrito podría ejecutarse bajo la Convención de Nueva York *puesto que sería un laudo que se basa en derecho local que da efectos a un acuerdo arbitral con dicha forma*. Es decir, en la medida en que una legislación arbitral nacional recoja el texto actual de la reforma de la UNCITRAL que le da validez al acuerdo arbitral que no sea por escrito, pero cuya existencia haya sido demostrada, el laudo que como resultado de ello se emita seguiría siendo ejecutable bajo la Convención de Nueva York puesto que (utilizando las palabras de la Convención de Nueva York) es una *'sentencia arbitral que hace valer forma y medidas admitidas por la legislación que se invoca'*.

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

Por lo anterior, la aplicabilidad de la disposición de derecho más favorable a la propuesta que se realiza es un caso que, por excelencia, haría relucir la utilidad de la disposición de derecho más favorable.

Visto desde esta perspectiva, la ejecución de un laudo arbitral originado en un acuerdo arbitral que no consta por escrito es posible, aún sin hacer alusión a la disposición de derecho más favorable contenida en el artículo VII de la Convención de Nueva York. Sin embargo, la utilidad de la misma reside en que disipa las dudas que al respecto pudieren surgir. Es decir, sirve como argumento por mayoría de razón (*a minori ad majus*).

VIII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

En el desarrollo de las ciencias lo único constante es el cambio. Esta aseveración, que podría calificarse de axioma, es también aplicable a la ciencia jurídica. De lo contrario, se convierte en instrumento de anacronismo.

La relajación de los requisitos de forma del acuerdo arbitral que actualmente imperan para dejar que la existencia del mismo sea una determinación que resulte del régimen aplicable al resto del acto jurídico lograría actualizar dicho régimen a las prácticas comerciales modernas y, lo que es más, haría que las consecuencias legales de un acto fueran más congruentes con la auténtica intención de las partes, dándole más eficacia al arbitraje.

Como corolario de lo mencionado, de adoptarse la reforma de la UNCITRAL como derecho nacional se haría aplicable a la materia arbitral el viejo principio jurídico contractual: *pacta quantumcunque nuda servanda sunt* (cualquier pacto, incluso los que carecen de forma, deben ser cumplidos); más comúnmente conocido como *pacta sunt servanda* (los pactos deben cumplirse).

Es recomendable que México adopte como derecho nacional el nuevo texto. Al realizarlo, es aconsejable que solo se modifique el artículo 1423 y se resista la tentación de “retocar” otros preceptos. El motivo de lo anterior es que el derecho arbitral mexicano es bueno y funciona. Y como dice el viejo adagio: *if it is not broke, do not fix it*.

Una digresión parece procedente. Al conocimiento de este autor, es la primera vez en la historia que un instrumento internacional de esta naturaleza es modificado a nivel internacional con la expectativa de que las jurisdicciones que lo adoptaron originalmente adopten dicha modificación.⁴⁶ Es de esperarse que tanto México como el resto de los países que adoptaron al Ley Modelo como *lex arbitri* copien (sí, *icopien!*) el texto sugerido, sin cambio alguno, como el nuevo texto relevante nacional.

Sería una victoria de los internacionalistas y todos aquellos quienes ven al derecho internacional (o transnacional, según la nomenclatura preferida) como una

⁴⁶ Podría argumentarse que no es la primera vez, que las revisiones a la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883 son un antecedente (las revisiones que han tenido lugar son las de Bruselas en 1900, Washington en 1911, La Haya en 1925, Londres en 1934, Lisboa en 1958, Estocolmo en 1967 y la última de 1979). A su vez, los protocolos a los tratados para evitar la doble tributación e impedir la evasión fiscal en materia del impuesto sobre la renta son otro. Disentiría. Considero que no son esfuerzos comparables. Estos últimos son el resultado de negociaciones entre los Estados Parte. En cambio, la modificación de la UNCITRAL proviene de un órgano totalmente independiente. Tiene más semejanza con un órgano legislativo internacional (más descentralizado).

estrella polar que debe guiar el derecho nacional. Y la confianza en el organismo es procedente. Después de todo, el Grupo de Trabajo de la UNCITRAL está conformado por reconocidos especialistas en la materia que [dicho sea de paso] han invertido innumerables horas en el texto aprobado. La comunidad internacional está en deuda con ellos. Lo mínimo que puede hacer es adoptar el texto en el que, tan desinteresadamente, tanto sacrificaron, con el sólo afán del progreso del derecho.