



Universidad de  
**San Andrés**

**Universidad de San Andrés**

**Departamento de Derecho**

**Abogacía**

**La incorporación por referencia del convenio arbitral:  
interpretación en torno a la naturaleza del artículo 7(6) de la Ley**

**Modelo CNUDMI**

**Autor: Sol Isuani Caturegli**

**Legajo: 29.083**

**Mentor: Julio César Rivera (h)**

**Victoria, julio de 2022**

*A mi familia, por su apoyo incondicional.*

*A mi abuelo, por impulsarme a crecer.*

*A mi mentor, Julio, por su infinitiva  
paciencia y enseñanzas a lo largo de estos años.*



Universidad de  
**San Andrés**

## ÍNDICE

<b>I. Introducción.....</b>	<b>1</b>
<b>II. El acuerdo arbitral y sus principales efectos.....</b>	<b>4</b>
<b>III. La validez sustantiva y formal del acuerdo arbitral.....</b>	<b>5</b>
<b>IV. La incorporación por referencia de la cláusula arbitral: debate y consideraciones en torno a su validez.....</b>	<b>7</b>
<b>V. Existencia y validez de la cláusula arbitral incorporada por referencia a la luz del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI.....</b>	<b>11</b>
A. El art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI: las diferentes interpretaciones a luz de la jurisprudencia.....	13
i. El caso de IRCP v. Lufthansa Systems (Singapur) como punto de partida: el art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI aplicable tanto a la validez formal como sustantiva del acuerdo arbitral.....	13
ii. El caso Nro. I ZR 245/19 (Alemania) como punto de partida: El art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI como norma exclusivamente formal.....	19
B. Interpretaciones doctrinales en torno a la naturaleza del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI.....	22
<b>VI. Consideraciones finales: hacia una interpretación uniforme del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI.....</b>	<b>28</b>

## I. INTRODUCCIÓN

En el comercio internacional es muy frecuente que, a la hora de firmar un contrato comercial, las partes hagan referencia a documentos preexistentes con la intención de que estos sean incorporados al contrato<sup>1</sup>. En lugar de establecer la totalidad de los términos contractuales para cada transacción, los contratantes suelen remitir a documentos previos –tales como contratos anteriores celebrados entre ellas, acuerdos modelo o condiciones generales de alguna de las partes– a los fines de incorporar todo o parte de ese documento al contrato principal<sup>2</sup>. Ello es lo que se conoce en el comercio internacional como incorporación por referencia<sup>3</sup>.

Asimismo, cada vez es más frecuente que el documento incorporado por referencia contenga, entre otras cuestiones, una cláusula arbitral<sup>4</sup>. La incorporación por referencia de una cláusula arbitral se puede dar por distintas hipótesis, a saber: (i) cuando el contrato remite a condiciones generales que prevén el arbitraje, (ii) cuando el contrato invoca reglamentos profesionales o gremiales cuyos miembros se someten a arbitraje, (iii) cuando nos encontramos frente a un grupo de contratos y se prevé el arbitraje en contratos marco a los que se sujetan los otros, (iv) cuando existe un contrato principal entre contratante y contratista que prevé el acuerdo arbitral; y subcontratos entre el contratista y terceros que sirven al del contrato principal o aluden de algún modo a él, entre otros supuestos<sup>5</sup>.

La incorporación por referencia de un convenio arbitral no es una cuestión sencilla de analizar y ha dado lugar a múltiples debates. Entre ellos, la validez de una cláusula arbitral que se incorpora por referencia y que, en diversas ocasiones, no cumple con los

---

<sup>1</sup> Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y John Goldman, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Países Bajos: Kluwer Law International, 1999), p. 279; Toby Landau QC y Salin Moollan, “Chapter 7: Article II and the Requirement of Form”, *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice*, Emmanuel Gaillard y Domenico Di Pietro (eds.) (Camero May Ltd, 2008), p. 195.

<sup>2</sup> Fouchard, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, p. 279; Gary B. Born, “Chapter 3: Formation and Validity of International Arbitration Agreements”, *International Arbitration: Law and Practice*, Tercera Ed. (Kluwer Law International: 2002), p. 90.

<sup>3</sup> Julio César Rivera, *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, Segunda Ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014), p. 191.

<sup>4</sup> Doménico Di Pietro, “Incorporation of Arbitration Clauses by Reference”, *Journal of International Arbitration* 21(5) (2004): p. 439; Landau y Sallin, “Chapter 7: Article II and the Requirement of Form”, p. 195.

<sup>5</sup> Rivera, *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, pp. 191-192.

requisitos impuestos por la ley aplicable a los fines de considerarse una incorporación “efectiva”<sup>6</sup>.

La discusión en torno a la incorporación “efectiva” del convenio arbitral que se incorpora por referencia a otro documento es una cuestión relativa tanto al consentimiento como a la formación del contrato<sup>7</sup>. En efecto, por un lado, suscita cuestiones en torno a la existencia y validez sustantiva del convenio arbitral, o sea si ha existido consentimiento de las partes<sup>8</sup>. Y, por otro lado, también da lugar a interrogantes en torno a su validez formal; es decir, si este consentimiento fue otorgado de conformidad con los requisitos de forma exigidos por la ley aplicable. Como veremos, frecuentemente se confunden ambas cuestiones<sup>9</sup>.

Ahora bien, en particular, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Ley Modelo CNUDMI”) aborda específicamente en su art. 7(6)<sup>10</sup> el supuesto en que las partes, en lugar de incluir una cláusula de arbitraje en el contrato, incluyen una referencia a un documento que contiene un acuerdo arbitral.

Sin embargo, cabe preguntarse, ¿qué establece esta disposición? ¿Contempla requisitos específicos a los fines de analizar si ha existido consentimiento de las partes respecto de la cláusula arbitral que se pretende incorporar por referencia (la validez sustantiva de la cláusula arbitral)? ¿O contempla únicamente si ese consentimiento fue prestado en una forma determinada (la validez formal de la cláusula arbitral)? Como se analizará a continuación, estas preguntas no han sido respondidas de manera uniforme.

En efecto, por un lado, algunos tribunales parecen considerar que el art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI contempla únicamente requisitos de forma –y, por lo tanto, se debe recurrir a otra norma de derecho aplicable a los fines de precisar los requisitos de validez sustantiva (por ejemplo, aquellas previstas en materia contractual en los códigos de

---

<sup>6</sup> Di Pietro, “Incorporation of Arbitration Clauses by Reference”, p. 439.

<sup>7</sup> Born, “Chapter 3: Formation and Validity of International Arbitration Agreements”, p. 90; Landau y Sallin, “Chapter 7: Article II and the Requirement of Form”, p. 195; Adam Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, U.S and West German Law* (Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1989), p. 87.

<sup>8</sup> Landau y Sallin, “Chapter 7: Article II and the Requirement of Form”, p. 195; Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, U.S and West German Law*, p. 87.

<sup>9</sup> Landau y Sallin, “Chapter 7: Article II and the Requirement of Form”, p. 195; Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, U.S and West German Law*, p. 87.

<sup>10</sup> Como se expondrá más adelante, el art. 7 de la Ley Modelo CNUDMI contempla dos opciones. Me referiré al art. 7(6) para hacer referencia al artículo 7, opción I, inciso 6.

fondo o en alguna convención internacional aplicable como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías). En cambio, otros tribunales parecieran coincidir en que el art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI regula tanto cuestiones sustantivas como formales y, en consecuencia, se la debe interpretar de manera autónoma y no resulta necesario recurrir a otras normas sustantivas para determinar la validez de la cláusula arbitral<sup>11</sup>.

Al analizar las decisiones de los diferentes tribunales estatales que han aplicado el art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI, resulta claro que no existe un abordaje uniforme y que, hasta el momento, no se ha realizado un análisis explícito de la naturaleza y alcance de la disposición.

Como se demuestra en este trabajo, los tribunales y cortes locales simplemente asumen implícitamente una determinada interpretación acerca del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI –ya sea como norma exclusivamente procedimental o como norma tanto procedimental como sustantiva– sin precisar el camino argumentativo que les permitió arribar a dicha conclusión.

En las siguientes páginas, me enfocaré exclusivamente en el análisis en torno a la interpretación del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI. Particularmente, me centraré en echar luz a la naturaleza y alcance que se le atribuye a este artículo en aquellos casos en que la Ley Modelo CNUDMI resulta aplicable al convenio arbitral. Lejos de pretender brindar una solución, se buscará dar cuenta de la existencia de posturas (aunque, implícitas) disímiles y de la falta de un abordaje expreso de la cuestión.

El presente trabajo se encuentra estructurado de la siguiente manera. En la Sección II, se introduce el concepto de “*acuerdo arbitral*”, así como sus efectos. En la Sección III, se definirán y diferenciarán los conceptos de (i) validez sustantiva; y (ii) validez formal del acuerdo arbitral; diferencia que es fundamental tener presente a lo largo de la lectura de todo el trabajo. En la Sección IV, se define qué se entiende por incorporación por referencia de un acuerdo arbitral y se exponen las posibles problemáticas en torno a este supuesto. En la Sección V, se analizará brevemente el objeto y la finalidad de la Ley Modelo CNUDMI y se expondrá el conflicto en torno a la naturaleza del art. 7(6). Se pondrá el foco en una pregunta central: ¿es esta una disposición que rige exclusivamente cuestiones de validez formal; o rige tanto cuestiones relativas a la validez formal como a la existencia y validez sustantiva del acuerdo arbitral? Cómo se mencionó, se buscará poner en evidencia la existencia de diferentes interpretaciones en

---

<sup>11</sup> El análisis estará circunscrito a aquellos casos en los que la Ley Modelo CNUDMI es aplicable, con independencia de cómo se llegó a la aplicación de dicha normativa.

torno a la naturaleza del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI y la falta de un abordaje expreso del debate. Finalmente, en la Sección VI se expondrán las consideraciones finales, poniendo énfasis en un estudio crítico del estado de la cuestión y señalando los principales efectos prácticos de las diferentes posturas.

## II. EL ACUERDO ARBITRAL Y SUS PRINCIPALES EFECTOS

Con independencia de que se encuentre expreso en un contrato o se encuentre como un acuerdo separado, el acuerdo arbitral es un acuerdo de voluntades en virtud del cual dos o más partes eligen someter a arbitraje sus controversias, presentes o futuras<sup>12</sup>. La naturaleza del arbitraje es mixta, contractual y jurisdiccional, dado que supone un acuerdo de voluntades entre las partes de una controversia en virtud de la cual encomiendan a un tercero la “*misión jurisdiccional*” de resolverla<sup>13</sup>.

Como se desprende de la propia definición, los elementos que deben estar presentes son: (i) el compromiso de las partes de someter la disputa a arbitraje, (ii) que la disputa surja de una relación jurídica, contractual o no; y (iii) que la disputa sea actual o futura<sup>14</sup>.

El acuerdo arbitral puede formar parte de un contrato –contrato principal–, que es aquel del cual surjan las eventuales controversias que derivan en un arbitraje, o puede estar estipulado en un acto jurídico separado, coetáneo o posterior al contrato principal pero vinculado a este<sup>15</sup>.

En esencia, todo acuerdo arbitral es autónomo respecto del contrato principal del cual nace o puede nacer la controversia<sup>16</sup>. El convenio de arbitraje no es un accesorio al contrato principal, sino que es “*propriamente un contrato dentro del contrato, por lo que se predica su autonomía o separabilidad*”<sup>17</sup>. La consecuencia directa de este principio – principio de autonomía o separabilidad– radica en que la validez del acuerdo arbitral no está sujeta a la validez del contrato principal, ni viceversa<sup>18</sup>. En este sentido, la ineficacia

---

<sup>12</sup> Fouchard, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, p. 381; Eduardo Silva Romero, "Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-Kompetenz", *El contrato de arbitraje* (Universidad del Rosario, Colombia: *Legis*, 2005), p. 579.

<sup>13</sup> Rivera, *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, p. 141.

<sup>14</sup> Rivera, *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, p. 145.

<sup>15</sup> Rivera, *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, p. 157.

<sup>16</sup> Rivera, *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, p. 158.

<sup>17</sup> Rivera, *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, p. 157; Fouchard, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, pp. 198-199.

<sup>18</sup> Rivera, *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, p. 158; Silva Romero, "Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-Kompetenz", p. 579.



del contrato ya sea genética o sobreviniente, no conlleva la ineficacia del convenio de arbitraje<sup>19</sup>.

Por otro lado, otro de los principios fundamentales del derecho arbitral es aquel conocido como el principio de *competence-competence*<sup>20</sup>. En pocas palabras, este principio implica que la justicia arbitral tiene una prioridad temporal respecto de la justicia estatal para dirimir las controversias relativas a la competencia arbitral<sup>21</sup>; y genera dos efectos<sup>22</sup>.

En primer lugar, un efecto positivo que consiste en la consagración y reconocimiento del poder en favor de los árbitros de dirimir toda controversia relativa a su propia competencia<sup>23</sup>. Y, en segundo lugar, un efecto negativo que permite que los árbitros lleguen a una decisión en cuanto a su propia competencia antes que cualquier corte o autoridad judicial ("*regla de la prioridad*"). Así, se posterga el control judicial en torno a la existencia, alcance o validez de la cláusula arbitral a una instancia posterior del dictado del laudo<sup>24</sup>.

La aplicación de los principios de separabilidad y de *competence-competence* busca en la práctica proteger la autonomía e independencia de la justicia arbitral con relación a la justicia estatal<sup>25</sup>. De este modo, permite lograr que la primera sea eficaz y produzca plenos efectos.

### III. LA VALIDEZ SUSTANTIVA Y FORMAL DEL ACUERDO ARBITRAL

Ahora bien, a los fines de que el acuerdo arbitral pueda desplegar todos sus efectos este debe ser válido –tanto sustantiva como formalmente– y eficaz en virtud de la ley aplicable<sup>26</sup>. Es decir, como contrato que es, el convenio arbitral debe satisfacer los requisitos de eficacia de forma y de fondo de los contratos, conforme a la ley que lo rige<sup>27</sup>. Por lo que, como sostiene Rivera, debe mediar el *consentimiento* de las partes

---

<sup>19</sup> Rivera, *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, p. 158.

<sup>20</sup> Silva Romero, "Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-Kompetenz", p. 579.

<sup>21</sup> Silva Romero, "Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-Kompetenz", p. 580.

<sup>22</sup> Silva Romero, "Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-Kompetenz", p. 581.

<sup>23</sup> Fouchard, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, pp. 382 y 402; Silva Romero, "Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-Kompetenz", p. 584.

<sup>24</sup> Fouchard, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, pp. 382 y 402; Silva Romero, "Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-Kompetenz", p. 584.

<sup>25</sup> Silva Romero, "Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-Kompetenz", p. 579.

<sup>26</sup> Marlen Estévez Sanz y Roberto Muñoz Rojo, "Validez y eficacia del convenio arbitral", *Centro Iberoamericano de Arbitraje* (24) (2017): p. 1.

<sup>27</sup> Rivera, *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, p. 177.



que gocen de plena capacidad para celebrar el acuerdo, el que debe tener un objeto lícito y satisfacer la *forma* exigida por la ley aplicable<sup>28</sup>.

Como se verá, existe una clara distinción entre la existencia de consentimiento al convenio de arbitraje (evidenciado, por ejemplo, por comunicaciones orales) y su validez formal (que puede requerir, por ejemplo, una forma escrita o una firma)<sup>29</sup>.

Por una parte, encontramos la existencia y validez sustantiva del acuerdo arbitral. Esta incluye: su formación, la existencia de vicios del consentimiento –como el error, dolo o violencia–, su terminación, su interpretación, su ámbito de aplicación y la determinación de las partes que se encuentran vinculadas por el convenio arbitral<sup>30</sup>.

A los fines de que el convenio arbitral sea válido sustantivamente es necesario que la intención de las partes de acudir a arbitraje sea patente y que dicho consentimiento no se encuentre viciado por factores externos<sup>31</sup>. La validez sustantiva del convenio arbitral refiere a la cuestión de si efectivamente existió o no un “*acuerdo de voluntades*” (“*meeting of the minds*”) válido entre las partes a los fines de someter sus controversias a arbitraje<sup>32</sup>.

Los supuestos para poner en *jaque* la validez sustantiva deben analizarse con especial detenimiento. Ello debido a la presunción de validez que rige en torno al convenio arbitral<sup>33</sup>.

Por otra parte, al igual que cualquier otro contrato, el acuerdo arbitral está sujeto a requisitos de forma. La cuestión relativa a la forma concierne normas de validez formal establecidas con la finalidad de garantizar que, al celebrar el acuerdo de arbitraje, las partes sean conscientes de que excluyen la jurisdicción de tribunales estatales que, de lo contrario, serían competentes<sup>34</sup>.

El cumplimiento de los requisitos formales busca “*proteger a las partes, asegurándose de que existe una voluntad consciente, libre e inequívoca de recurrir al arbitraje como*

---

<sup>28</sup> Rivera, *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, p. 177.

<sup>29</sup> Born, “Chapter 3: Formation and Validity of International Arbitration Agreements”, pp. 81-81.

<sup>30</sup> Julio César (h) Rivera, “El derecho aplicable a la existencia y validez sustantiva del convenio arbitral”, *Revista de Arbitraje comercial y de inversiones* (enero-mayo 2021): p. 57; Klaus Peter Berger, “Re- examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?”, *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, Albert Jan Van den Berg (ed), ICCA Congress Series, Vol. 13, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International (2007), p. 322.

<sup>31</sup> Estévez Sanz y Muñoz Rojo, “Validez y eficacia del convenio arbitral”, p. 4.

<sup>32</sup> Berger, “Re- examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?”, p. 303.

<sup>33</sup> Born, “Chapter 3: Formation and Validity of International Arbitration Agreements”, p. 91.

<sup>34</sup> Berger, “Re- examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?”, p. 303.

*medio de arreglo de diferencias entre ellas*<sup>35</sup>. Así, los requisitos de forma cumplen una doble finalidad. La primera es asegurar que las partes efectivamente decidieron someter una disputa a arbitraje (función interna). Y, la segunda, es confirmar o evidenciar la existencia de dicho consentimiento (función externa)<sup>36</sup>.

Como sostiene Berger, existe una jerarquía entre sustancia y forma<sup>37</sup>. La validez formal del convenio arbitral entra en juego únicamente en la medida en que exista efectivamente un acuerdo de arbitraje y, para ello, el consentimiento de las partes es esencial<sup>38</sup>. Sin embargo, a los fines de desplegar plenos efectos, el convenio arbitral debe ser sustantiva y formalmente válido en virtud de la ley aplicable al caso concreto.

#### **IV. LA INCORPORACIÓN POR REFERENCIA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL: DEBATE Y CONSIDERACIONES EN TORNO A SU VALIDEZ**

Como se mencionó anteriormente, los contratos internacionales con frecuencia incorporan disposiciones contenidas en otros instrumentos<sup>39</sup>. En línea con ello, es muy frecuente que el documento incorporado por referencia contenga, entre otras cuestiones, una cláusula arbitral que se encuentre contemplada, por ejemplo, en otros instrumentos contractuales<sup>40</sup>.

En esencia, la incorporación por referencia refiere a la cuestión de si una cláusula arbitral contenida en otro documento –ya sea en condiciones generales de una de las partes o en un contrato diferente al contrato principal o en cualquier otro instrumento– resulta

---

<sup>35</sup> Luis Fernández De La Gándara y L. Calvo Caravaca, "Derecho mercantil internacional: estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional", *International Mercantile Law: Studies on Community and International Trade Law*, (Madrid: Tecnos, 1993): p. 288. Véase también: Cecilia Freshedo, "El acuerdo arbitral como piedra angular del arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez", *Arbitraje Comercial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*, Organización de los Estados Americanos (eds.): p. 177.

<sup>36</sup> Julian D.M. Lew y Loukas A. Mistelis, "Chapter 7 Arbitration Agreements - Validity and Interpretation", *Comparative International Commercial Arbitration*, Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al. (Kluwer Law International, 2003): p. 131; Estévez Sanz y Muñoz Rojo, "Validez y eficacia del convenio arbitral", p. 2.

<sup>37</sup> Berger, "Re- examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?", p. 303.

<sup>38</sup> Berger, "Re- examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?", p. 303.

<sup>39</sup> Gary Born, "Chapter 5: Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements", *International Commercial Arbitration*, Tercera Edición (Kluwer Law International, 2021), p. 878.

<sup>40</sup> Di Pietro, "Incorporation of Arbitration Clauses by Reference", p. 439; Landau y Sallin, "Chapter 7: Article II and the Requirement of Form", p. 195.

vinculante para las partes: o sea si ha existido consentimiento y si ha sido emitido de forma requerida por la ley aplicable<sup>41</sup>.

La incorporación por referencia de una cláusula arbitral ha dado lugar a diversas problemáticas<sup>42</sup>, las que pueden manifestarse de diversas maneras más allá del “*simple*” escenario de que un contrato haga referencia a otro documento que contenga una cláusula arbitral. Así, por ejemplo, una serie de contratos puede haber sido celebrado por las mismas partes y puede que existan contratos anteriores que preveían una cláusula arbitral, pero el contrato en cuestión no se encuentre firmado. O, es posible que un contrato contenga una cláusula arbitral pero la adenda a este no.

Todos estos escenarios dan lugar a que la validez de la cláusula arbitral sea cuestionada sobre la base de que esta no cumple con los requisitos de validez, formales y/o sustantivos impuestos por la ley aplicable y, por lo tanto, el convenio arbitral es inválido<sup>43</sup>.

Tal como se mencionó en la introducción del presente trabajo, el problema en torno a si la referencia a otro documento que contiene una cláusula arbitral constituye o no una incorporación “*efectiva*” es:

- i. Una cuestión de consentimiento y de formación de los contratos y, por lo tanto, debe ser analizada bajo el derecho sustantivo aplicable<sup>44</sup>.
- ii. Una cuestión de forma que deben ser analizadas a la luz de la ley aplicable a su validez formal<sup>45</sup>.

Como señalan Landau y Sallim, a pesar de que muchos tribunales confundan ambos análisis, estos deben ser tratados de maneras diferentes<sup>46</sup>.

Ahora bien, para determinar la validez del acuerdo arbitral incorporado por referencia y responder a los posibles interrogantes que surjan, se debe determinar, en primer lugar, la ley aplicable al convenio arbitral y definir si se encuentran satisfechos los requisitos – sustantivos y formales– impuestos por esa ley. A esos fines se debe tener en cuenta que:

---

<sup>41</sup> Marwan M. Sakr, “Incorporation by Reference of the Arbitration Clause: Recent Lebanese Practice in a Comparative Context”, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb)*, Vol. 75(3) (Kluwer Law International 2009): p. 410.

<sup>42</sup> Born, “Chapter 5: Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements”, p. 878.

<sup>43</sup> Di Pietro, “Incorporation of Arbitration Clauses by Reference”, p. 439.

<sup>44</sup> Landau y Sallin, “Chapter 7: Article II and the Requirement of Form”, p. 215.

<sup>45</sup> Landau y Sallin, “Chapter 7: Article II and the Requirement of Form”, p. 195.

<sup>46</sup> Landau y Sallin, “Chapter 7: Article II and the Requirement of Form”, p. 215.

- i. *A priori*, no existe una única ley que rige la totalidad de los aspectos del convenio arbitral<sup>47</sup>. A modo de ejemplo, la validez sustantiva, la validez formal, la capacidad de las partes y el tipo de disputas que puede someterse a arbitraje se encuentran, en principio, reguladas por leyes diferentes –lo que no significa que necesariamente lo estén<sup>48</sup>. La ley aplicable a cada uno de los diferentes aspectos del convenio arbitral debe determinarse caso por caso.
- ii. Existe poco consenso en cuanto al enfoque que se debe adoptar a los fines de determinar la ley aplicable a cada uno de estos aspectos. En este punto, es relevante analizar: (a) la relación entre el Derecho internacional y las leyes nacionales –específicamente, a la luz de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York”) que contempla ciertas reglas uniformes y normas de conflicto relevantes– ; y (b) los diferentes enfoques y soluciones adoptados por los tribunales.

Ahora bien, es posible afirmar, *a priori*, que la ley aplicable a la validez del convenio arbitral será *potencialmente* diferente de la ley que rige el fondo del contrato. Si bien en principio la posición mayoritaria tiende a asumir que, en ausencia de elección expresa, la elección de la ley que rige al contrato principal es también aplicable al acuerdo arbitral<sup>49</sup>, lo cierto es que la cuestión no se encuentra resuelta. Ello en tanto, se ha sostenido que la elección de la *lex contractus* por las partes, en muchos casos, no constituye una elección clara e inequívoca del derecho que debe regir el acuerdo arbitral<sup>50</sup>. Por lo tanto, es posible que la ley aplicable a los diferentes aspectos del acuerdo arbitral tampoco sea la misma que aquella que rija el fondo del asunto.

Teniendo en cuenta ambas cuestiones, y a los fines de analizar los problemas en torno a la validez de la cláusula arbitral que se incorpora por referencia, una vez determinada la ley aplicable del convenio arbitral a cada uno de estos aspectos, será necesario identificar: (i) en dónde se encuentran regulados los aspectos formales y sustantivos de la incorporación por referencia dentro del sistema normativo aplicable (ya sea, por ejemplo, en la *lex arbitri*, en convenciones internacionales o en los códigos locales); y

---

<sup>47</sup> Rivera, Julio César. “El derecho aplicable a la existencia y validez sustantiva del convenio arbitral”, p. 57.

<sup>48</sup> Rivera (h), “El derecho aplicable a la existencia y validez sustantiva del convenio arbitral”, p. 57.

<sup>49</sup> Rivera (h), “El derecho aplicable a la existencia y validez sustantiva del convenio arbitral”, p. 66.

<sup>50</sup> Rivera (h), “El derecho aplicable a la existencia y validez sustantiva del convenio arbitral”, p. 78.

(ii) cuáles son los requisitos exigidos a los fines de que la incorporación sea efectiva, teniendo en cuenta que no hay ninguna ley que cubra la totalidad de los escenarios posibles<sup>51</sup>.

Como sostiene Di Pietro, el punto de partida “*obvio*” a los fines de responder estos interrogantes y analizar la validez de la cláusula incorporada por referencia es la Convención de Nueva York<sup>52</sup>. La Convención no contempla ningún obstáculo en lo que respecta a la incorporación de una cláusula arbitral por referencia<sup>53</sup>, así como tampoco contiene algún artículo que aborde el tema en particular<sup>54</sup>. En ese caso, el análisis estará centrado en determinar si el acuerdo que incorpora una cláusula arbitral satisface el requisito de forma contemplado en el art. II.

Sin embargo, independientemente de las discusiones en torno a la correcta interpretación del art. II de la Convención de Nueva York, cuestión que excede el objeto del presente trabajo, lo cierto es que esta admite la aplicación de leyes más favorables al reconocimiento de la validez de la cláusula arbitral adoptada por los Estados<sup>55</sup>. En verdad, gran parte de las leyes adoptadas por las jurisdicciones tienden a reconocer la validez de la cláusula arbitral incorporada por referencia, mientras que otras, simplemente, no abordan la cuestión<sup>56</sup>.

Como corolario de lo expuesto anteriormente, la incorporación por referencia del convenio arbitral suscita diversos cuestionamientos los que deberán ser resueltos a la luz de la ley que resulte aplicable al caso concreto. Ello teniendo en cuenta que: (i) no hay una única ley que rija la totalidad de los aspectos del acuerdo arbitral; (ii) la ley aplicable al acuerdo arbitral será potencialmente diferente de la ley aplicable al fondo del contrato; y (iii) una vez determinada la ley aplicable a la validez (sustantiva y formal) se deberán identificar cuáles son los requisitos que esta exige, en ese caso particular, para considerar válidamente incorporada la cláusula arbitral.

En la medida en que –a los fines de este trabajo– no resulta posible analizar todas las leyes vigentes de arbitraje, enfocaré mi análisis en la Ley Modelo CNUDMI que ha sido adoptada por muchos países, entre ellos Argentina.

---

<sup>51</sup> Landau y Sallin, “Chapter 7: Article II and the Requirement of Form”, p. 225.

<sup>52</sup> Di Pietro, “Incorporation of Arbitration Clauses by Reference”, p. 439.

<sup>53</sup> Born, “Chapter 5: Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements”, p. 732.

<sup>54</sup> Landau y Sallin, “Chapter 7: Article II and the Requirement of Form”, p. 216.

<sup>55</sup> Di Pietro, “Incorporation of Arbitration Clauses by Reference”, p. 452.

<sup>56</sup> Di Pietro, “Incorporation of Arbitration Clauses by Reference”, p. 452.

## V. EXISTENCIA Y VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ARBITRAL INCORPORADA POR REFERENCIA A LA LUZ DEL ART. 7(6) DE LA LEY MODELO CNUDMI

En un mundo económicamente más interdependiente, existe consenso acerca de la importancia de mejorar el marco jurídico para facilitar el comercio y la inversión internacionales<sup>57</sup>. Las “*leyes modelo*” constituyen una técnica de armonización tendientes a lograr la unificación legislativa en determinada materia<sup>58</sup>.

En este marco, la CNUDMI, creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2205 (XXI)<sup>59</sup>, cumple una importante función en el desarrollo de dicho contexto al tener como principal objetivo promover la armonización y modernización del derecho comercial y mercantil<sup>60</sup>. Desde su constitución, la CNUDMI ha llegado a ser reconocida como un “*órgano jurídico central*” del sistema<sup>61</sup>. Hoy en día, refleja el consenso mundial sobre algunos aspectos clave en la práctica del arbitraje internacional, habiendo sido aceptada por diferentes Estados y sistemas jurídicos del mundo<sup>62</sup>.

A los efectos de lo que aquí interesa, la adopción de la Ley Modelo CNUDMI en las distintas jurisdicciones ha influido en el enfoque adoptado por los tribunales en torno a la incorporación de una cláusula arbitral por referencia<sup>63</sup>.

---

<sup>57</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), “La guía de la CNUDMI - Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”, Viena, 2013. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/12-57494-guide-to-uncitral-s.pdf> (consultado por última vez el 21 de julio de 2022): p. 1.

<sup>58</sup> Cristián Gimenez-Corte, “Internacionalización subjetiva, deslocalización de la jurisdicción, y desnacionalización del derecho en la ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI: las paradojas del sistema jurídico global” (agosto 16, 2018): p. 578; Estévez Sanz y Muñoz Rojo, “Validez y eficacia del convenio arbitral”, p. 3.

<sup>59</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Resolución 2205 (XXI), de fecha 17 de diciembre de 1966. Disponible en: [https://uncitral.un.org/es/about/faq/mandate\\_composition](https://uncitral.un.org/es/about/faq/mandate_composition) (consultado por última vez el 21 de julio de 2022).

<sup>60</sup> CNUDMI, “La guía de la CNUDMI - Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”, p. 1. Nudrat Piracha, “Orient Power Company (Private) Limited v. Sui Northern Gas Pipelines Limited, Supreme Court of Pakistan, Civil Appeal No. 1547/2019, 17 August 2022”, *Contribución del ITA Board of Reporters* (Kluwer Law International, 2022): pp. 26-27.

<sup>61</sup> CNUDMI, “La guía de la CNUDMI - Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”, p. 1.

<sup>62</sup> Piracha, “Orient Power Company (Private) Limited v. Sui Northern Gas Pipelines Limited, Supreme Court of Pakistan, Civil Appeal No. 1547/2019, 17 August 2022”, pp. 26-27.

<sup>63</sup> Piracha, “Orient Power Company (Private) Limited v. Sui Northern Gas Pipelines Limited, Supreme Court of Pakistan, Civil Appeal No. 1547/2019, 17 August 2022”, pp. 26-27.



El art. 7 de la Ley Modelo CNUDMI contempla dos opciones. Mientras que la opción II es concisa y no impone ningún requisito específico de forma; la opción I establece un requisito de forma, así como también contempla diferentes supuestos, entre ellos, la incorporación por referencia de una cláusula arbitral.

En particular, el art. 7, opción I, inc. 6 estipula, en su parte relevante:

Artículo 7. Opción I. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

*6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.*

Por su lado, la versión original de la Ley Modelo CNUDMI (1985) contenía únicamente una sola opción, en cuyo inc. 2 contemplaba una cláusula similar al actual art. 7(6):

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

*2) La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.*

Ahora bien, la pregunta central del presente trabajo gira en torno al art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI y su naturaleza cuando este –o, mejor dicho, su equivalente doméstico– resulta aplicable a la validez del acuerdo arbitral.

Es claro que, tanto en su versión actual como en la versión anterior, la Ley Modelo CNUDMI regula, de algún u otro modo, el supuesto de incorporación por referencia del convenio arbitral, al ser esta una práctica utilizada comúnmente. Sin embargo, cabe cuestionarse, ¿es esta una disposición que contempla únicamente requisitos formales y, por tanto, resulta aplicable exclusivamente a los fines de analizar la validez formal del convenio de arbitraje? De ser afirmativa la respuesta, entonces, ¿se debería recurrir a otra ley, independientemente de cuál sea, a los fines de analizar su validez sustantiva?

O, por el contrario, ¿es esta una norma formal y, al mismo tiempo, sustantiva? De ser así, ¿Qué debe tenerse en cuenta a los fines de analizar las exigencias respecto de la validez sustantiva? ¿Se debe recurrir a, por ejemplo, principios de interpretación contractual? ¿Alcanza su aplicación de manera autónoma?

Como se demostrará, las respuestas a estas preguntas no resultan ser del todo claras y, hasta el momento, el debate no ha sido planteado en términos explícitos. Si bien existe consenso en torno a que el art. 7(6) regula aspectos formales del convenio



arbitral, los tribunales de las distintas jurisdicciones realizan diferentes interpretaciones en lo que respecta al alcance de la norma en relación con su aplicación a la validez sustantiva.

Un adecuado análisis de la cuestión requiere analizar, en primer lugar, **(A)** las posturas jurisprudenciales –aunque, implícitas– existentes en torno a la interpretación del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI; y, en segundo lugar, **(B)** los comentarios y opiniones doctrinales al respecto.

### **A. El art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI: las diferentes interpretaciones a luz de la jurisprudencia**

Tal como se mencionó en el apartado anterior, los tribunales estatales no han realizado una aplicación uniforme del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI.

Del análisis de las diferentes decisiones jurisprudenciales, es posible afirmar que, el art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI, junto con la Convención de Nueva York, ha sido aplicado de manera consistente a los fines de analizar la validez formal del acuerdo arbitral. Sin embargo, no ocurre lo mismo con respecto a su aplicación a la validez sustantiva.

En aquellos casos en los que la Ley Modelo CNUDMI resulta aplicable a la totalidad de los aspectos del acuerdo arbitral y nos encontramos frente a un supuesto de incorporación por referencia: ¿es el art. 7(6) también una norma sustantiva? A continuación, veremos que (i) mientras algunos tribunales brindan –implícitamente– una respuesta afirmativa a la pregunta; (ii) otros descartan –implícitamente– su aplicación a la validez sustantiva del acuerdo arbitral, limitando su aplicación a la validez formal.

- i. El caso de IRCP v. Lufthansa Systems (Singapur) como punto de partida: el art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI aplicable tanto a la validez formal como sustantiva del acuerdo arbitral*

Una de las posturas adoptadas por los tribunales consiste en aplicar el art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI a los fines de analizar la validez formal y sustantiva del acuerdo arbitral de manera “autónoma” sin recurrir a otras normas sustantivas. Es decir, en aquellos casos en que se llega a la conclusión de que la ley aplicable al acuerdo arbitral es la Ley Modelo CNUDMI –independientemente de cuál sea el camino adoptado para llegar a esa conclusión–, resulta *suficiente* la aplicación del art. 7(6) para analizar la existencia y validez formal y sustantiva del acuerdo arbitral incorporado por referencia.

Además, en estos casos los tribunales recurrieron a principios de derecho internacional y comentarios jurisprudenciales a los fines de complementar su análisis.

Como se verá a continuación, esta fue la postura adoptada por la Corte de Apelaciones de Singapur en el caso *IRCP v. Lufthansa Systems*<sup>64</sup>. Comenzaremos por analizar brevemente los hechos del caso, para luego analizar la postura adoptada por el tribunal.

En dicho caso, Datamat, empresa que proveía diferentes servicios tecnológicos, firmó dos acuerdos<sup>65</sup>. Por un lado, (a) firmó un acuerdo de cooperación con Lufthansa Systems mediante el cual esta última se comprometió a suministrar, entregar y comisionar un nuevo sistema de servicios tecnológicos (“Acuerdo de Cooperación”)<sup>66</sup>. Dicho acuerdo contenía una cláusula arbitral por la cual las partes se comprometieron a someter sus eventuales disputas a arbitraje.

Por otro lado, (b) Datamat firmó un acuerdo de compraventa con IRCP mediante el cual esta última se comprometió a suministrar diversos productos de software y hardware<sup>67</sup>.

En efecto, IRCP y Lufthansa Systems eran ambas subcontratistas de Datamat<sup>68</sup>. Con los servicios que ambas empresas brindaban Datamat podía, a su vez, otorgar sus servicios a otras empresas.

Al poco tiempo de haber firmado ambos acuerdos, Datamat entró en una crisis financiera<sup>69</sup>. En virtud de ello, Lufthansa Systems le informó que dejaría de trabajar bajo el Acuerdo de Cooperación a menos que Datamat consiguiera que un tercero liquidara los pagos pendientes y se comprometiera a pagar los pagos futuros<sup>70</sup>. Luego de varias negociaciones, IRCP asumió ese rol<sup>71</sup>.

Como consecuencia, las tres empresas firmaron dos acuerdos suplementarios que “*estaban anexados y eran parte*” del Acuerdo de Cooperación (“Acuerdos Suplementarios”)<sup>72</sup>. En estos últimos acuerdos se estableció que los pagos recibidos por

---

<sup>64</sup> *International Research Corp PLC v. Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and other*, Corte de Apelaciones de Singapur, Caso Nro. 12/2013 (16 de agosto 2013), en adelante “*IRCP v. Lufthansa*”.

<sup>65</sup> *IRCP v. Lufthansa*, ¶3.

<sup>66</sup> *IRCP v. Lufthansa*, ¶4.

<sup>67</sup> *IRCP v. Lufthansa*, ¶5.

<sup>68</sup> *IRCP v. Lufthansa*, ¶5.

<sup>69</sup> *IRCP v. Lufthansa*, ¶3.

<sup>70</sup> *IRCP v. Lufthansa*, ¶3.

<sup>71</sup> *IRCP v. Lufthansa*, ¶3.

<sup>72</sup> *IRCP v. Lufthansa*, ¶6.

Datamat de la empresa que recibía sus servicios serían gestionados directamente por IRCP a los fines de cumplir con los pagos a Lufthansa Systems<sup>73</sup>.

Luego de que reclamara el pago de facturas por obras y servicios realizados a IRCP y, a raíz de varios conflictos posteriores, Lufthansa Systems informó la terminación del Acuerdo de Cooperación, así como de los Acuerdos Suplementarios<sup>74</sup>. Y, en virtud de la terminación del contrato, Lufthansa Systems inició arbitraje ante el Centro Internacional de Arbitraje de Singapur con base en el Acuerdo de Cooperación contra Datamat e IRCP<sup>75</sup>.

En primera instancia, el juez determinó que tenía jurisdicción sobre la disputa. Sin embargo, IRCP objetó la jurisdicción del tribunal arbitral con base en que: (i) no era parte del acuerdo de arbitraje contenido en el Acuerdo de Cooperación firmado entre Datamat y Lufthansa Systems; e (ii) incluso si se la consideraba parte, no se encontraban cumplidas las condiciones a los fines de iniciar arbitraje<sup>76</sup>.

Ahora bien, la Cámara de Apelaciones de Singapur coincidió con IRCP en que esta no se encontraba obligada por el acuerdo arbitral. Independientemente de cuáles fueron los argumentos de la Cámara para arribar a esa decisión, en lo que aquí interesa, nos enfocaremos en el análisis en torno a la disposición aplicable a la existencia y validez formal y sustantiva del acuerdo arbitral, esto es, el art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI.

IRCP no era signataria del Acuerdo de Cooperación en el cual se encontraba inserta la cláusula arbitral. No obstante, sí era signataria de los Acuerdos Suplementarios que hacían referencia expresamente al Acuerdo de Cooperación y, más específicamente, al convenio arbitral incluido en él. Es decir, nos encontramos ante un supuesto de incorporación por referencia.

La Cámara de Apelaciones de Singapur sostuvo que, a los fines de determinar la validez de un acuerdo arbitral, se debía recurrir a las disposiciones pertinentes contenidas en el art. 2 de la Ley Internacional de Arbitraje de Singapur vigente, leída en conjunto con el art. 7 de la Ley Modelo CNUDMI de 1985<sup>77</sup>.

En efecto, el art. 2(II) de la Ley de Arbitraje Internacional de Singapur disponía en su parte relevante: “*‘acuerdo de arbitraje’ significa un acuerdo por escrito a que se refiere el artículo 7 de la Ley Modelo [1985] e incluye (...)*”<sup>78</sup>. Por su parte, el art. 7 de la Ley

---

<sup>73</sup> IRCP v. Lufthansa, ¶6.

<sup>74</sup> IRCP v. Lufthansa, ¶8.

<sup>75</sup> IRCP v. Lufthansa, ¶8.

<sup>76</sup> IRCP v. Lufthansa, ¶11. Analizaremos únicamente la objeción con respecto al punto (i).

<sup>77</sup> En el caso concreto, la Ley Modelo CNUDMI vigente era la de 1985.

<sup>78</sup> Traducción propia.

Modelo CNUDMI de 1985 establecía que: “*La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato*”<sup>79</sup>.

La Corte de Apelaciones de Singapur estableció que la Ley de Arbitraje Internacional implementa y le da efecto legal a la Ley Modelo CNUDMI (1985) en Singapur. Al aplicar el art. 2(II) de la Ley de Arbitraje Internacional de Singapur, que expresamente conducía a la aplicación del art. 7 de la Ley Modelo CNUDMI (1985), la Corte consideró *suficiente* la aplicación de dicho artículo para que un acuerdo arbitral sea considerado válido<sup>80</sup>. Es decir, la Corte analizó la validez formal y sustantiva de la cláusula arbitral exclusivamente en base al art. 7 de la Ley Modelo CNUDMI (1985) sin recurrir a otra norma de derecho sustantivo.

En su análisis, afirmó que la Ley de Arbitraje Internacional de Singapur permitía la referencia a los trabajos preparatorios de la Ley Modelo CNUDMI (1985) y recurrió a ellos a los fines de analizar la incorporación por referencia del convenio arbitral en el caso concreto<sup>81</sup>.

La Corte determinó que el art. 7(2) de la Ley Modelo CNUDMI (1985) no imponía las mismas condiciones que otras leyes en lo que respecta a las circunstancias en las que un tribunal puede considerar legítimamente que una cláusula de arbitraje ha sido incorporada por referencia en otro acuerdo<sup>82</sup>. En esta línea, sostuvo que, en última instancia, se trataba de una cuestión de interpretación contractual por lo que se debía tener en cuenta el contexto y el objeto del contrato. En definitiva: “*ya sea tratándose de incorporación o de construcción, el tribunal siempre está tratando de determinar las intenciones objetivas de las partes*”<sup>83</sup>.

Ahora bien, la Corte continuó analizando si el acuerdo arbitral contenido en el Acuerdo de Cooperación se encontraba válidamente incorporado a los Acuerdos Suplementarios. En este punto, consideró que a los fines de analizar la existencia o no de una intención de las partes de obligarse a arbitraje, debían considerarse: (i) los términos de los Acuerdos Suplementarios y, en especial, los términos utilizados en el

---

<sup>79</sup> La Ley Modelo CNUDMI de 2006 utiliza exactamente los mismos términos, con la única diferencia de que elimina la parte que dispone: “*el contrato conste por escrito*”.

<sup>80</sup> *IRCP v. Lufthansa*, ¶¶31-33.

<sup>81</sup> *IRCP v. Lufthansa*, ¶32.

<sup>82</sup> *IRCP v. Lufthansa*, ¶32.

<sup>83</sup> *IRCP v. Lufthansa*, ¶34, con cita a la decisión de primera instancia, ¶48.

preámbulo; (ii) el propósito de los Acuerdos Suplementarios; (iii) el lenguaje y la forma de la cláusula de resolución de disputas<sup>84</sup>.

Así, a raíz de una “*interpretación contextual*”, la Corte concluyó que las partes no tuvieron la intención de que el acuerdo arbitral contenido en el Acuerdo de Cooperación fuese incorporado como parte de los Acuerdos Suplementarios. Y, por aplicación autónoma del art. 7 junto con principios de interpretación contractual, arribó a la conclusión de que IRCP no se encontraba obligada por la cláusula arbitral.

El camino seguido por el tribunal de Singapur fue también adoptado por otros tribunales. Al aplicar el equivalente doméstico del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI, los tribunales estatales también han considerado suficiente la aplicación de dicho artículo para analizar la validez sustantiva y formal de la cláusula arbitral.

Este fue el entendimiento de la Suprema Corte de Ontario en el caso *Transnational v. STET*<sup>85</sup>. Al evaluar si un grupo de compañías, que habían suscrito únicamente algunas de las enmiendas de un contrato de suscripción de acciones, habían o no consentido la cláusula arbitral contenida en el contrato principal, la Suprema Corte de Ontario expresamente estableció que: “*el Artículo 7 de la Ley Modelo CNUDMI define lo que constituye un acuerdo válido de arbitraje*”<sup>86</sup>.

Y, en esta línea, sostuvo que, tanto el art. 7(2) de la Ley Modelo CNUDMI (1985) como su equivalente contemplado en la ley doméstica, establecían que las partes pueden celebrar un acuerdo de arbitraje válido mediante la celebración de un contrato que incorpore por referencia otro documento que contenga una cláusula arbitral<sup>87</sup>. En un análisis un tanto sucinto, la Suprema Corte consideró que el tribunal arbitral tenía jurisdicción con respecto a la totalidad de las compañías ya que, a raíz de la aplicación del art. 7 de la Ley Modelo CNUDMI (y su equivalente doméstico en la ley mexicana de arbitraje), el acuerdo arbitral había sido válidamente incorporado.

Por su parte, la Corte Suprema de India adoptó la misma posición en el caso *M.R. Engineers*<sup>88</sup>. En dicha oportunidad, la discusión giró en torno a la interpretación de la naturaleza del art. 7(5) de la Ley de Arbitraje de India —equivalente doméstico al art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI— y a si una cláusula arbitral contenida en un contrato

---

<sup>84</sup> *IRCP v. Lufthansa*, ¶¶35-52.

<sup>85</sup> *Corporación Transnacional de Inversiones S.A. de C.V. v. STET International, S.p.A. and others*, Corte Suprema de Canadá, Caso Nro. 45 OR (3d) 183 (22 de septiembre de 1999), en adelante “*Transnational v. Stet*”, ¶1.

<sup>86</sup> *Transnational v. Stet*, ¶77.

<sup>87</sup> *Transnational v. Stet*, ¶79.

<sup>88</sup> *M.R. Engineers & Contractors Pvt. vs Som Datt Builders Ltd*, Corte Suprema de India, Caso Nro. 4150, (7 de julio de 2009), en adelante “*M.R. Engineers*”.

principal podría ser considerada como incorporada a un subcontrato que hacía referencia al primero.

La Corte Suprema sostuvo que la referencia al documento debía denotar la intención de las partes de incorporar la cláusula arbitral al contrato. De otro modo, si la intención legislativa hubiera sido importar la cláusula arbitral basándose únicamente en la referencia a ese otro documento, entonces el art. 5 no contendría la última parte (“*la referencia sea tal que haga que esa cláusula forme parte del contrato*”). En otros términos, la Corte sostuvo que el artículo requiere una “*aceptación consciente*” de la cláusula de arbitraje contenida en otro documento.

Sin embargo, la Corte Suprema expresamente sostuvo que el artículo en cuestión *no* contiene ninguna indicación o directriz en torno a las condiciones específicas que deben cumplirse a fin de que la referencia a un documento en un contrato pueda interpretarse como una referencia que incorpora al contrato la cláusula arbitral<sup>89</sup>. En consecuencia: “*en ausencia de tales directrices legales, habrá que seguir las reglas normales de interpretación de los contratos*”<sup>90</sup>. En definitiva, según la Corte, la cuestión debía resolverse aplicando los principios básicos de interpretación contractual a los fines de determinar la intención real de las partes mediante una valoración objetiva<sup>91</sup>.

Similarmente, en el caso *Caravel Shipping*<sup>92</sup>, la Corte Suprema de India, afirmó que, independiente de si el documento que contenía la cláusula arbitral se encontraba firmado o no, era suficiente que, en virtud del artículo 7(5) de la Ley de Arbitraje de India –equivalente doméstico al art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI– la referencia sea tal que conlleve a que la cláusula de arbitraje forme parte del contrato entre las partes.

Así las cosas, es posible realizar algunas reflexiones comunes a todos los casos analizados anteriormente.

En primer lugar, en todos ellos las cortes y tribunales locales aludieron únicamente al art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI –y sus equivalentes domésticos– como aplicable a la validez –tanto sustantiva como formal– del acuerdo arbitral. Esa es la única normativa que aplicaron, al parecer, considerando el art. 7(6) como una disposición tanto formal como sustantiva. Asimismo, en algunos casos, los tribunales también recurrieron explícitamente a las reglas de interpretación contractual a los fines de analizar la

---

<sup>89</sup> *M.R. Engineers*, ¶7.

<sup>90</sup> *M.R. Engineers*, ¶7. Traducción propia.

<sup>91</sup> *M.R. Engineers*, ¶12.

<sup>92</sup> *M/S Caravel Shipping Services Pvt. Ltd. v. M/S Premier Sea Foods Pvt. Ltd.*, Corte Suprema de India, Caso Nro. 10800-10801 (29 de octubre de 2018), ¶10, en adelante, “*Caravel Shipping*”.



incorporación por referencia a la luz del art. 7(6). Sin embargo, ninguno ahonda en mayores detalles con respecto a estos principios.

En segundo lugar, en lo que respecta a las implicancias prácticas, la postura adoptada por estos tribunales favorece la uniformidad al aplicar únicamente la Ley Modelo CNUDMI en todos los casos. Ello en tanto se excluye la aplicación de otras normas sustantivas de cada jurisdicción en materia de incorporación por referencia, como podrían ser aquellas contempladas en los códigos civiles de cada Estado o en tratados internacionales.

De este modo, la posición de los tribunales se encuentra en consonancia con el art. 2.A. de la Ley Modelo CNUDMI el cual establece que, la cuestiones relativas a las materias que se rigen por la ley que no estén expresamente resueltas se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la ley. Es decir, a los fines de solucionar las lagunas internas del texto, la ley obvia toda referencia a las normas de derecho interno<sup>93</sup>. Por ello, en ausencia de un camino claro, el intérprete debería poder recurrir a principios internacionalmente aceptados en materia de arbitraje internacional, jurisprudencia arbitral y, en su caso, a la *lex arbitri*<sup>94</sup>.

Así las cosas, el sistema de la Ley Modelo CNUDMI busca ser autosuficiente en la medida en que se recurra a la interpretación internacional y uniforme del texto, y al método que estipula a los fines de integrar las lagunas<sup>95</sup>. En este sentido, la postura adoptada por la Corte de Apelaciones de Singapur y el resto de los tribunales, al aplicar el art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI como una disposición tanto formal como sustantiva, se encuentra en línea con ello.

*ii. El caso Nro. I ZR 245/19 (Alemania) como punto de partida: El art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI como norma exclusivamente formal*

La segunda postura adoptada por los tribunales consiste en limitar la aplicación del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI exclusivamente a la validez formal del acuerdo arbitral. Es decir, en aquellos casos en los que la ley aplicable al convenio arbitral es la Ley Modelo CNUDMI —independientemente de cuál fue el camino para llegar a esa

---

<sup>93</sup> Diego P. Fernández Arroyo y Pilar Perales Viscasillas, “Las contribuciones de la CNUDMI/UNCITRAL en materia de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva”, *Revista de Derecho Comparado* (20) (2012).

<sup>94</sup> Fernández Arroyo y Perales Viscasillas, “Las contribuciones de la CNUDMI/UNCITRAL en materia de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva”.

<sup>95</sup> Fernández Arroyo y Perales Viscasillas, “Las contribuciones de la CNUDMI/UNCITRAL en materia de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva”.



conclusión— esta otra postura se limita a aplicar el art. 7(6) únicamente a la validez formal.

Esta fue la postura adoptada por el Tribunal Federal de Alemania en el caso Nro. I ZR 245/19<sup>96</sup>. En dicha oportunidad, la compañía de seguros de un comprador inició un reclamo en sede judicial, en virtud de haber recibido una especia contaminada, contra su proveedor ubicado en los Países Bajos y contra la productora con sede en Bélgica. Sin embargo, el proveedor manifestó como defensa que las partes habían pactado arbitraje, por lo que la corte local carecía de jurisdicción.

El caso llegó al Tribunal Federal, quien analizó si la cláusula de arbitraje –incluida en los “*términos y condiciones*” relativo al comercio de especias a las que se hacía referencia en las cartas de confirmación en el marco de la relación contractual<sup>97</sup> había sido incluida efectivamente en las condiciones de asociación entre las partes<sup>98</sup>. Mientras que el proveedor sostenía que la cláusula arbitral había sido efectivamente incorporada, la demandante alegaba lo contrario con fundamento en que los términos y condiciones no se encontraban anexados a las cartas de confirmación, ni habían sido devueltas firmadas<sup>99</sup>.

En dicha oportunidad, el Tribunal Federal de Justicia de Alemania afirmó que, si bien la moción para obligar a recurrir al arbitraje se había planteado en su debido tiempo, esta era infundada ya que el acuerdo arbitral no era válido.

Por un lado, el Tribunal Federal comenzó por analizar la validez formal y, en este punto, dividió su análisis en tres pasos.

En primer lugar, aplicó la Convención de Nueva York y llegó a la conclusión de que los requisitos contemplados en el art. II no se encontraban satisfechos ya que no existía un acuerdo arbitral firmado por ambas partes.

No obstante ello, en segundo lugar, determinó que, a la luz del principio de nación más favorecida contemplado en el art. VII de la Convención de Nueva York, resultaba posible la aplicación del art. 1031 del Código de Procedimiento Civil de Alemania (“ZPO” por sus siglas en alemán) –equivalente doméstico al art. 7 Ley Modelo CNUDMI. Así,

---

<sup>96</sup> *Partes no disponibles*, Tribunal Federal de Alemania, *Caso Nro. I ZR 245/19* (26 de noviembre de 2020), en adelante “*Caso Nro. I ZR 245/19*”.

<sup>97</sup> *Caso Nro. I ZR 245/19*, ¶¶1-8.

<sup>98</sup> Stefan M. Kröll, “The Arbitration Jurisprudence 2020”, *SchiedsVZ | German Arbitration Journal, Kluwer Law International*; Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al (eds), Vol. 19 (2021), pp. 128-137.

<sup>99</sup> *Caso Nro. I ZR 245/19*, ¶8.

determinó, que la validez formal del acuerdo arbitral debía regirse tanto por la Convención de Nueva York como por el art. 1031 del ZPO.

Finalmente, sostuvo que, de acuerdo con el art. 1031 del ZPO, existía un acuerdo arbitral si este se encontraba establecido en un contrato de conformidad con los requisitos contemplados en esa ley, refería a documentos que contengan una cláusula arbitral y la referencia sea tal que haga que dicha cláusula sea parte integrante del contrato. Sin embargo, determinó que los requisitos formales establecidos en la disposición mencionada tampoco se encontraban cumplidos en aquel caso.

Por otro lado, el Tribunal continuó por analizar la validez sustantiva del acuerdo arbitral y afirmó que: *“la cuestión de la inclusión efectiva de la cláusula de arbitraje por referencia en el sentido del art. 1031 (3) ZPO no esta[ba] determinada por [dicha] disposición, sino por el derecho sustantivo”*<sup>100</sup>. Y, aseveró que era decisivo establecer si los términos y condiciones generales habían sido efectivamente incorporados por las partes en el contrato de acuerdo con la ley alemana, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CNUCCIM” o “CISG” por sus siglas en inglés).

Al analizar la aplicación de los artículos de la CISG sostuvo que la inclusión de condiciones generales de un contrato sujeto a la CISG se regía por las normas de formación de contratos que le son aplicables. Sin embargo, dado que la CISG no contiene ninguna norma específica, a los fines de analizar la incorporación de las condiciones generales en un contrato, ello debía determinarse mediante las reglas de interpretación de acuerdo con el art. 8 de la CISG. Esto resultaba de las negociaciones entre las partes, de las prácticas existentes y/o de los usos comerciales (art. 8 de la CISG).

En el caso en cuestión, el Tribunal concluyó que el acuerdo arbitral no se incorporó efectivamente al contrato porque los términos y condiciones no se enviaron ni se pusieron a disposición del titular de la póliza del demandante.

En este sentido, determinó que en aquellos casos en que la inclusión de un acuerdo de arbitraje en un acuerdo de compraventa se encuentra sujeto a la CISG, la celebración del acuerdo material se encontrará determinada por los arts. 14 a 24 de dicha convención. Mientras que, por otro lado, los requisitos formales se determinarán por el art. II de la Convención de Nueva York y el art. 1031 del ZPO.

---

<sup>100</sup> *Caso Nro. I ZR 245/19, ¶31*. Traducción propia.

El Tribunal Federal de Justicia de Alemania, a diferencia de los tribunales en los casos analizados en la sección anterior, divide claramente su análisis y expresamente determina que la validez sustantiva del acuerdo arbitral se rige por la CISG, ley sustantiva aplicable al caso. Mientras que, por su parte, la validez formal se encuentra determinada por el ZPO y la Convención de Nueva York. Sin embargo, el Tribunal alemán tampoco delimitó con precisión sus fundamentos a los fines de excluir la aplicación del ZPO a la validez sustantiva del acuerdo arbitral.

Así las cosas, independientemente de cuál resultó ser la ley sustantiva aplicable en aquel caso concreto, a los efectos prácticos, la decisión del Tribunal alemán conlleva la aplicación de otra normativa contractual de fondo, sustantiva, diferente a la Ley Modelo CNUDMI que debe determinarse caso por caso.

La consecuencia directa de ello es que los tribunales estatales no solo deben avanzar un “*paso más*” a los fines de determinar la norma sustantiva aplicable, sino que, además, las soluciones a las que arriben serán diversas. De este modo, mientras que en algunos casos se recurrirá, por ejemplo, a la aplicación de tratados internacionales, en otros, se podrán aplicar los códigos de fondo o la normativa local que delimite aquellos aspectos sustantivos.

En virtud de ello, a la luz del caso alemán, los requisitos a los fines de analizar la formación y existencia del consentimiento: (i) podrá variar de caso en caso según la normativa que el tribunal determine aplicable; y, asimismo, (ii) serán, eventual y paradójicamente, más exigentes que los requisitos formales.

## **B. Interpretaciones doctrinales en torno a la naturaleza del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI**

A los fines de realizar un análisis exhaustivo del debate, debemos también repasar las opiniones de los autores, así como los trabajos preparatorios de las diferentes versiones de la Ley Modelo CNUDMI. Como se observará en los párrafos siguientes, los autores han analizado de manera sucinta la naturaleza del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI sin plantear el debate en torno a su alcance en términos concretos.

Por un lado, algunos autores parecerían inclinarse a favor de la postura adoptada por el Tribunal Supremo de Alemania (Sección V.A.ii). Al comentar la Ley Modelo CNUDMI, este sector de la doctrina hace hincapié en que esta normativa adopta un doble enfoque para “*la creación de leyes de **validez formal** armonizadas y modernizadas para los*

*acuerdos internacionales de arbitraje*<sup>101</sup>. En este sentido, colocan especial énfasis en que ni la Convención de Nueva York, ni la Ley Modelo CNUDMI abordan cuestiones relativas a la validez sustantiva de los acuerdos internacionales de arbitraje<sup>102</sup>.

Ahora bien, específicamente, con respecto al art. 7 de la Ley Modelo CNUDMI, se afirma que uno de sus principales propósitos es reconocer la validez de los acuerdos arbitrales. En esta línea, el Grupo de Trabajo<sup>103</sup> Nro. 2 de la Comisión CNUDMI convino en que, como cuestión de política general, la referencia u otro vínculo a un documento contractual escrito que contenga una cláusula de arbitraje debe ser suficiente para establecer la *validez formal* del acuerdo de arbitraje<sup>104</sup>. Con respecto al art. 7, el Grupo recordó que una de las principales finalidades del párrafo 6 es confirmar la validez formal de los acuerdos de arbitraje que se incorporan por remisión. En este sentido, determinó que:

*La referencia u otro nexo con un documento contractual escrito que contuviera una cláusula compromisoria debería ser suficiente para establecer la validez formal del acuerdo de arbitraje, y que el derecho interno u otro derecho aplicable debería determinar si la remisión convertía a esa cláusula en parte del contrato o del acuerdo separado de arbitraje*<sup>105</sup>.

El Grupo de Trabajo de la Comisión de la CNUDMI remarca la necesidad de recurrir a otro derecho a los fines de determinar si la remisión transforma al convenio arbitral en parte del contrato. Es decir, *a priori*, no sería suficiente con la mera aplicación de la Ley Modelo CNUDMI.

---

<sup>101</sup> Berger, “Re- examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?”, p. 328. El destacado me pertenece.

<sup>102</sup> C. Ferdinando Emanuele, Milo Molfa y Ludovica, Molfa, Marvasi, “Chapter II. International arbitration agreements\*With Ludovica Marvasi”, *Selected Issues in International Arbitration: The Italian Perspective*, C. Ferdinando Emanuele y Milo Molfa (eds.). Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP; Thomson Reuters (2014), pp. 20-21.

<sup>103</sup> La Comisión ha establecido seis grupos de trabajo que se encargan de la labor preparatoria sustantiva sobre los diferentes temas del programa de trabajo de la Comisión. El tema del Grupo de Trabajo Nro. 2 tiene como eje la “*Solución de controversias*”.

<sup>104</sup> Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), A/CN.9/WG.II/WP.136, “Settlement of commercial disputes - Preparation of a model legislative provision on written form for the arbitration agreement”, Sesión 43°, 3-7 octubre de 2005, p. 4.

<sup>105</sup> Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), A/CN.9/606, “Solución de controversias comerciales Acuerdo sobre la forma del arbitraje”, Sesión 39°, 19 de junio a 17 de julio de 2006, p. 6; Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), A/CN.9/508, “Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 36 período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002)”, Sesión 35°, 17 a 28 junio 2002.

En esta misma línea, la Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI del año 2008, aludiendo al art. 7(6), estipula que de su lectura se desprende que:

***Es posible remitirse al derecho de los contratos aplicable para determinar el grado de consentimiento necesario para que una parte quede obligada por un acuerdo de arbitraje que supuestamente consta en un documento al que hace referencia***<sup>106</sup>.

Esta misma postura también surge del Digesto sobre Jurisprudencia del año 2012 preparado por la Comisión CNUDMI. Al analizar el segundo párrafo del art. 7 de la Ley CNUDMI de 1958, se determinó que este trata los requisitos formales de la validez del acuerdo arbitral y diferencia entre ambos: (i) el requisito de escritura (que es de aplicación general); y (ii) otros requisitos relacionados con la incorporación por referencia a otro documento que contiene una cláusula arbitral<sup>107</sup>. Al respecto, la Comisión CNUDMI sostuvo que “*el artículo 7(2) no aborda explícitamente si la intención de las partes de someterse a arbitraje debe ser expresada de forma inequívoca*”<sup>108</sup>.

Y, en este mismo sentido, al analizar la nueva versión del art. 7 de la Ley Modelo CNUDMI de 2006, la Comisión afirmó que, el derecho contractual aplicable sigue estando disponible para determinar el nivel de consentimiento necesario para que una parte quede vinculada por un acuerdo de arbitraje que se alega incorporado por referencia<sup>109</sup>.

En sentido similar, al examinar los trabajos preparatorios y las discusiones de los grupos de trabajo en torno al art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI, Holtzmann y Neuhaus advierten que la ley aplicable al contrato que refiere al acuerdo arbitral determina el “*link*” que debe existir entre la referencia y el acuerdo a los fines de que este último sea efectivamente incorporado. Los autores sostienen que el lenguaje adoptado por la disposición, al requerir que la referencia sea tal que haga que esa cláusula forme parte del contrato, presumiblemente significa, “*que las condiciones generales, el contrato*

---

<sup>106</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, Naciones Unidas (Nueva York): 2008, p. 31.

<sup>107</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), “2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration Naciones Unidas” (Nueva York): 2012, p. 25. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf>.

<sup>108</sup> CNUDMI, “2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration Naciones Unidas”, p. 25.

<sup>109</sup> CNUDMI, “2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration Naciones Unidas”, p. 25.

anterior u otro documento deben haber sido incorporados al contrato por intención de las partes, y no solo hacer referencia una cláusula de ‘considerando’ o a los antecedentes del acuerdo”<sup>110</sup>. Los autores remarcan que la Ley Modelo CNUDMI no provee una regla sustantiva de incorporación por referencia de un convenio arbitral, sino que deja su determinación a las leyes nacionales<sup>111</sup>.

En una posición “intermedia”, algunos autores admiten que la naturaleza del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI no es una cuestión sencilla de determinar. Mientras que la primera parte del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI (“la referencia en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un acuerdo de arbitraje, siempre que el contrato esté por escrito”) contempla claramente un requisito de validez formal de la cláusula arbitral, la cuestión no resulta tan sencilla de determinar con respecto a la segunda parte de dicho artículo (“y la referencia sea tal que haga que esa cláusula forme parte del contrato”)<sup>112</sup>.

De este modo, Berger afirma que:

*La primera parte de esta disposición es ciertamente un requisito de validez formal. **La situación no es tan clara con respecto al segundo pasaje de esta disposición.** En este contexto, uno se enfrenta con frecuencia a la observación de que la inclusión por referencia de una cláusula de arbitraje contenida en formularios estándar no sólo se refiere a la validez formal del acuerdo de arbitraje, sino que al mismo tiempo decide sobre la existencia del consentimiento de las partes para someter la disputa a arbitraje*<sup>113</sup>.

Sin embargo, el autor asevera que no es correcto deducir de esta observación que exista tal interacción entre los requisitos formales y sustantivos de manera que, los primeros decidan en torno a la existencia de consentimiento de las partes o que la cuestión de la validez formal se decida únicamente sobre la base del derecho nacional sustantivo que rige la cuestión del consentimiento<sup>114</sup>. Sin duda, el cumplimiento de los requisitos de

---

<sup>110</sup> Howard M. Holtzmann y Joseph E. Neuhaus, “A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary”, Kluwer Law International (2015), p. 44. Traducción propia.

<sup>111</sup> Holtzmann y Neuhaus, “A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary”, p. 139.

<sup>112</sup> Berger, “Re- examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?”, p. 323.

<sup>113</sup> Berger, “Re- examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?”, p. 323. El destacado me pertenece.

<sup>114</sup> Berger, “Re- examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?”, p. 323.



validez formal establece una fuerte presunción de validez sustantiva. Pero, no por ello se debe confundirlos.

Si bien Berger plantea en un principio que no es sencillo encasillar la segunda parte del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI, ya sea como requisito formal o sustantivo, finaliza mencionando la aplicación de un derecho nacional sustantivo. De algún modo, siendo similar a lo que proponen Holtzmann y Neuhaus.

Por su lado, Born afirma que a nivel general la Ley Modelo CNUDMI contiene disposiciones acerca de la validez formal, la renuncia y la separabilidad de los acuerdos de arbitraje y, sin embargo, no contiene ninguna enumeración de las bases para impugnar la validez sustantiva del acuerdo<sup>115</sup>. La única referencia a tales excepciones se encuentra contemplada en el art. 8(2) de la Ley Modelo CNUDMI<sup>116</sup>. Por fuera de ello, la ley en cuestión, incluido su art. 7(6), no contiene entre sus disposiciones otra cláusula que enumere las bases para impugnar la validez sustantiva del acuerdo arbitral.

En esta línea, Born sostiene que las cuestiones relativas a la incorporación por referencia del acuerdo de arbitraje en virtud de la Ley Modelo CNUDMI son, en última instancia, cuestiones de interpretación contractual destinadas a determinar la intención real de las partes<sup>117</sup>. Específicamente, con respecto a la última parte del art. 7(6), el autor alega que la disposición reconoce claramente la posibilidad de que un acuerdo se incorpore por referencia –cuestión no discutida– pero no aborda la cuestión acerca de qué condiciones específicamente deben existir para hacer que el convenio arbitral forme parte del contrato<sup>118</sup>. Es decir, el artículo deja abierto el grado de claridad o precisión que se requiere en determinados casos para incorporar el acuerdo arbitral contenido en otro documento y no *“proporciona ninguna orientación sobre el grado de claridad necesario para lograr una incorporación efectiva como cuestión sustantiva de consentimiento”*<sup>119</sup>.

En este punto, surgen debates, por ejemplo, en torno a la necesidad de que exista o no una referencia específica al acuerdo de arbitraje. A estos fines, Born sostiene que este no exige una referencia específica al convenio arbitral, sino que prevé *“la interpretación*

---

<sup>115</sup> Born, “Chapter 5: Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements”, p. 907.

<sup>116</sup> Born, “Chapter 5: Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements”, p. 907.

<sup>117</sup> Born, “Chapter 5: Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements”, p. 883.

<sup>118</sup> Born, “Chapter 5: Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements”, p. 881.

<sup>119</sup> Born, “Chapter 5: Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements”, pp. 739-740.



*de la intención de las partes en casos particulares, basándose en todas las circunstancias relevantes*<sup>120</sup>.

De este modo, la autoridad que aborda la validez sustantiva del acuerdo arbitral ha sido desarrollada prácticamente en su totalidad por los tribunales o comentaristas, en ausencia de una orientación legal detallada<sup>121</sup>. Como afirma el autor, las diversas fuentes de autoridad se basaron, principalmente, en los principios generales del derecho contractual para abordar la cuestión<sup>122</sup>.

En virtud de ello, el problema de la inclusión por referencia de una cláusula arbitral debe resolverse teniendo en cuenta las especificidades del arbitraje internacional y comercial<sup>123</sup>. En este sentido, la costumbre y usos del comercio internacional, y no la ley de sede, deben decidir en torno a la segunda parte de la disposición del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI. A esos fines, existen dos reglas aceptadas por la doctrina internacional<sup>124</sup>. Por un lado, una referencia específica a una cláusula arbitral contenida en términos y condiciones generales es suficiente para que el convenio arbitral sea parte del contrato. Por otro lado, en casos en que exista una referencia general a otro documento que contenga una cláusula arbitral, el requisito de validez formal se cumple si la otra parte se encuentra en posesión de esos documentos o si se encuentra en posición de comprobar la referencia<sup>125</sup>.

Así las cosas, Born parecería diferenciarse del resto de la doctrina en un punto al recurrir a los usos y prácticas del comercio internacional a los fines de determinar el grado de consentimiento necesario.

A modo de conclusión, y en virtud de lo expuesto anteriormente, a raíz de las diferentes opiniones, la doctrina también es unánime en sostener que el art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI sí regula aspectos formales del acuerdo arbitral.

Ahora bien, con respecto a la validez sustantiva del acuerdo arbitral, no es menor que los Grupos de Trabajo de la CNUDMI expresamente reconozcan que el art. 7(6) no

---

<sup>120</sup> Born, "Chapter 5: Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements", p. 881. Traducción propia.

<sup>121</sup> Born, "Chapter 5: Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements".

<sup>122</sup> Born, "Chapter 5: Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements", p. 907.

<sup>123</sup> Berger, "Re- examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?", p. 323.

<sup>124</sup> Berger, "Re- examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?", p. 323.

<sup>125</sup> Berger, "Re- examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?", p. 323.

contempla requisitos sustantivos y que, en consecuencia, se debe remitir al derecho sustantivo. Los autores sostienen que la Ley Modelo CNUDMI nada dice con respecto al grado de consentimiento necesario a los fines de que la cláusula arbitral sea efectivamente incorporada. De este modo, tal como sostuvo el Tribunal Federal de Alemania, la opinión mayoritaria parecería optar por: (i) limitarse a aplicar el art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI a la validez formal del acuerdo arbitral; y (ii) recurrir a la normativa local o internacional de fondo a los fines de definir los requisitos aplicables a la validez sustantiva del acuerdo arbitral.

## **VI. CONSIDERACIONES FINALES: HACIA UNA INTERPRETACIÓN UNIFORME DEL ART. 7(6) DE LA LEY MODELO CNUDMI**

Una de las principales finalidades de la Ley Modelo CNUDMI es servir como una guía legislativa y regular algunos aspectos del arbitraje comercial internacional a los fines de armonizar legislaciones nacionales de todo el mundo. Ello sin perder de vista que se busca garantizar su aceptación en jurisdicciones con los sistemas jurídicos y políticos de lo más diversos.

Ahora bien, a pesar de existir notables diferencias entre los sistemas jurídicos, es posible, a su vez, advertir cierta uniformidad, por ejemplo, en los países de América Latina<sup>126</sup>. Ello debido a que muchos de los países han adoptado a lo largo del tiempo la Ley Modelo CNUDMI en su totalidad o con mínimas modificaciones<sup>127</sup>.

Sin embargo, la necesidad de reconciliar ideas divergentes entre distintos sistemas jurídicos adoptados por los países conllevó a que la Ley Modelo CNUDMI omita tratar ciertos puntos, dejándolos al arbitrio de cada jurisdicción<sup>128</sup>. Y, este parecería ser el caso del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI que contempla el supuesto de incorporación por referencia de una cláusula arbitral.

Como se analizó a lo largo del presente trabajo, la cuestión en torno a la naturaleza y alcance del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUMI ha generado interpretaciones diversas y heterogéneas entre los diversos tribunales estatales.

Tal como se observó anteriormente, existe consenso en cuanto a que dicha disposición, tal como se encuentra redactada, es una norma que estipula requisitos relativos a la

---

<sup>126</sup> Cristián Conejero Ross, “La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: un análisis comparado”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32(1) (enero-abril 2005): p. 101.

<sup>127</sup> Conejero Ross, “La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: un análisis comparado”, p. 101.

<sup>128</sup> Fouchard, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, p. 108.

validez formal del convenio arbitral. El análisis de esos requisitos, en conjunto con la aplicación de la Convención de Nueva York, ha sido aplicado por los tribunales y cortes locales.

Ahora bien, ¿es también el art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI una norma sustantiva y, por tanto, aplicable a los fines de analizar la validez sustantiva del acuerdo arbitral? Como ha sido explicado, hasta el momento, los tribunales estatales no han abordado explícitamente el debate, sino que, en su mayoría, se han limitado a asumir la naturaleza del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI, ya sea como norma exclusivamente formal o tanto formal como sustantiva.

En este sentido, es posible identificar dos grandes posturas:

- i. La aplicación del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI como norma autónoma, aplicable tanto a la validez formal como sustantiva del convenio arbitral. Al adoptar esta postura, observamos que los tribunales estatales suelen recurrir a la aplicación de principios generales de derecho. Mientras que, en pocas ocasiones, aplicaron únicamente la disposición, sin ahondar en mayor análisis ni recurrir a principios de derecho contractual.
- ii. La aplicación del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI únicamente como norma formal y la consecuente remisión a una norma sustantiva de derecho interno a los fines de analizar la validez sustantiva del acuerdo arbitral.

Como es posible observar, las interpretaciones en torno al art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI son diversas: mientras que (i) la primera excluye la aplicación de toda normativa de fondo; (ii) la segunda recurre a la aplicación de otras leyes sustantivas, diferentes a la Ley Modelo CNUDMI.

Ahora bien, ¿qué implicancias prácticas tiene la adopción de una u otra postura? A pesar de que los casos analizados, *a priori*, no hayan arrojado resultados contradictorios, eventualmente las soluciones podrían diferir notoriamente contribuyendo a una mayor incertidumbre en los usuarios. Ello en tanto las implicancias prácticas de ambas posturas son disímiles.

La postura adoptada por el tribunal de Singapur implica, de alguna forma, fidelidad a la finalidad de la Ley Modelo CNUDMI al garantizar, en mayor o menor medida, uniformidad a la hora de analizar la validez sustantiva del convenio arbitral y los posibles resultados a los que se arribe. Sin embargo, al mismo tiempo, cabe preguntarse si el hecho de que los tribunales recurran a principios internacionales de interpretación contractual podría dar como resultado un efecto contrario y permitir a los tribunales cierta discrecionalidad a la hora de aplicar estos principios.

Por su lado, la postura adoptada por Alemania, al excluir la aplicación de la Ley Modelo CNUDMI a la validez sustantiva del convenio arbitral, implica la remisión a la normativa sustantiva aplicable en cada caso, ya sea local o internacional. Ello conlleva, de algún modo, un análisis casuístico con respecto a la normativa aplicable que debe analizarse caso por caso.

Como se mencionó en la introducción, lejos de pretender brindar una respuesta correcta, el presente trabajo busca poner de resalto la existencia de abordajes disímiles en torno a la interpretación del art. 7(6) de la Ley Modelo CNUDMI, así como sus implicancias prácticas. Ahora bien, independientemente de la postura que se adopte, es importante que los tribunales y cortes locales realicen un esfuerzo en delimitar el camino argumentativo para arribar a una u otra decisión. Ese es el punto de partida para lograr una mayor uniformidad en el sistema y certidumbre en los usuarios.



Universidad de  
**San Andrés**

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

- Berger, Klaus Peter. "Re- examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?". En *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, Albert Jan Van den Berg (ed). ICCA Congress Series, Volume 13, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2007, pp. 301-334.
- Born, Gary B. "Chapter 3: Formation and Validity of International Arbitration Agreements". En *International Arbitration: Law and Practice*, Tercera Edición. Kluwer Law International 2021: pp. 81-102.
- Born, Gary B. "Chapter 5: Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements". En *International Commercial Arbitration*, Tercera Edición. Kluwer Law International 2021: pp. 675-1026.
- Conejero Ross, Cristián. "La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: un análisis comparado". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32(1) (enero-abril 2005): pp. 89-138.
- Di Pietro, Doménico. "Incorporation of Arbitration Clauses by Reference". *Journal of International Arbitration* 21(5) (2004): 439-452.
- Emanuele Ferdinando C., Molfa, Milo y Marvasi, Ludovica. "Chapter II. International arbitration agreements\*With Ludovica Marvasi". En *Selected Issues in International Arbitration: The Italian Perspective*. Ferdinando Emanuele and Milo Molfa (eds.) Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP; Thomson Reuters, 2014: pp. 18-84.
- Estévez Sanz, Marlen y Muñoz Rojo, Roberto. "Validez y eficacia del convenio arbitral". *Centro Iberoamericano de Arbitraje. Recuperado 24* (2017).
- Fernández Arroyo, Diego P. y Perales Viscasillas, Pilar. "Las contribuciones de la CNUDMI/UNCITRAL en materia de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva". *Revista de Derecho Comparado* (20), 2012: pp. 37-67.
- Fernández De La Gándara, Luis y Calvo Caravaca, L. "Derecho mercantil internacional: estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional". *International*

*Mercantile Law: Studies on Community and International Trade Law*, Tecnos, Madrid (1993).

Fouchard, Philippe, Gaillard, Emmanuel y Goldman, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Emmanuel Gaillard y John Savage (eds). Países Bajos: Kluwer Law International, 1999.

Fresnedo, Cecilia. "El acuerdo arbitral como piedra angular del arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez". *Organización de los Estados Americanos (eds.), Arbitraje Comercial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*.

Giménez-Corte, Cristián. "Internacionalización Subjetiva, Deslocalización De La Jurisdicción, Y Desnacionalización Del Derecho. *La Ley Modelo De Arbitraje Comercial Internacional De La Cnudmi: Las Paradojas Del Sistema Jurídico Global*". Agosto 16, 2018: 577-590. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3232949](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3232949).

Holtzmann, Howard M. y Neuhaus, Joseph E. "A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary". *Kluwer Law International*, 2015: pp. 29-157.

Kröll, Stefan M. "The Arbitration Jurisprudence 2020". *SchiedsVZ | German Arbitration Journal, Kluwer Law International*; Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al. (eds), Vol. 19, 2021: pp. 128 137.

Landau Toby, QC y Moollan, Sallin. "Chapter 7: Article II and the Requirement of Form". *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice*, Emmanuel Gaillard y Domenico Di Pietro (eds.). Camero May Ltd, 2008: 189-256.

Lew, Julian D.M. y Mistelis, Loukas A. "Chapter 7 Arbitration Agreements - Validity and Interpretation". En *Comparative International Commercial Arbitration*, Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al. Kluwer Law International, 2003: pp. 129 - 164.

Nudrat, Piracha. "Orient Power Company (Private) Limited v. Sui NorthernGas Pipelines Limited, Supreme Court of Pakistan, Civil Appeal No. 1547/2019, 17 August 2022". Contribución del ITA Board of Reporters. Kluwer Law International, 2022.



Rivera, Julio César. *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*. 2 ed., Abeledo Perrot, 2014.

Rivera, Julio César (h). “El derecho aplicable a la existencia y validez sustantiva del convenio arbitral”. *Revista de Arbitraje comercial y de inversiones* (enero-mayo 2021): pp. 55-78.

Sakr, Marwan M. “Incorporation by Reference of the Arbitration Clause: Recent Lebanese Practice in a Comparative Context”. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, Chartered Institute of Arbitrators (CIArb)*. Kluwer Law International, Vol. 75(3), 2009: pp. 410-414.

Samuel, Adam. *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, U.S and West German Law*. Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1989.

Silva Romero, Eduardo. “Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-Kompetenz”. En *El contrato de arbitraje obra colectiva dirigida por Eduardo Silva Romero*. Legis, Universidad del Rosario, Colombia, 2005.

### **Jurisprudencia**

*Corporación Transnacional de Inversiones S.A. de C.V. v. STET International, S.p.A. and others*. Corte Suprema de Canadá, Caso Nro. 45 OR (3d) 183, 22 de septiembre de 1999.

*International Research Corp PLC v. Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and other*. Corte de Apelaciones de Singapur, Caso Nro. 12/2013, 16 de agosto 2013.

*M.R. Engineers & Contractors Pvt. vs Som Datt Builders Ltd*. Corte Suprema de India, Caso Nro. 4150, 7 de julio de 2009.

*M/S Caravel Shipping Services Pvt. Ltd. v. M/S Premier Sea Foods Pvt. Ltd*. Corte Suprema de India, Caso Nro. 10800-10801, 29 de octubre de 2018.

*Partes no disponibles*. Tribunal Federal de Alemania, Caso Nro. I ZR 245/19 (26 de noviembre de 2020).

### **Instrumentos normativos**

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Resolución 2205 (XXI), de fecha 17 de diciembre de 1966. Disponible en: [https://uncitral.un.org/es/about/faq/mandate\\_composition](https://uncitral.un.org/es/about/faq/mandate_composition) (consultado por última vez el 21 de junio de 2022).

Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, "Settlement of commercial disputes - Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement", Sesión 42°, 20-31 marzo 2000.

Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), A/CN.9/508, "Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 36o período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002)", Sesión 35°, 17 a 28 junio 2002.

Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), A/CN.9/WG.II/WP.136, "Settlement of commercial disputes - Preparation of a model legislative provision on written form for the arbitration agreement", Sesión 43°, 3-7 octubre de 2005.

Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), A/CN.9/606, "Solución de controversias comerciales Acuerdo sobre la forma del arbitraje", Sesión 39°, 19 de junio a 17 de julio de 2006.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, Naciones Unidas (Nueva York): 2008.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, "2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration Naciones Unidas" (Nueva York): 2012. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf> (consultado por última vez el 21 de julio de 2022).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “La guía de la CNUDMI - Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”, Viena, 2013. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/12-57494-guide-to-uncitral-s.pdf> (consultado por última vez el 21 de julio de 2022).

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 1980. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf> (consultado por última vez el 21 de julio de 2022).

Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York”), 1958. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf> (consultado por última vez el 21 de julio de 2022).

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-arb-s.pdf> (consultado por última vez el 21 de julio de 2022).

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006. Disponible en: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf) (consultado por última vez el 21 de julio de 2022).