Naciones Unidas A/CN.9/WG.II/WP.110

Asamblea General

Distr. limitada
22 de septiembre de 2000
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Grupo de Trabajo sobre Arbitraje
33º período de sesiones
Viena, 20 de noviembre a 1º de diciembre de 2000

Arreglo de controversias comerciales

Posible régimen uniforme sobre ciertas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: forma escrita del acuerdo de arbitraje, medidas cautelares, conciliación

Informe del Secretario General

Índice

Capítulo		*Párrafos*	*Página*
	Introducción	1-9	3
I.	Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje	10-51	5
	A. Observaciones introductorias	10-14	5
	B. Disposición legislativa modelo relativa a la forma escrita del acuerdo de arbitraje	15-26	7
	Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje	16-26	7
	C. Instrumento interpretativo referente al artículo II 2) de la Convención de Nueva York	27-51	13
	a) Introducción	27	13
	b) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados	28-34	13
	c) Ejemplo del empleo de un instrumento interpretativo	35-41	15

V.00-57274

Capítulo			*Párrafos*	*Página*
	d)	Órgano encargado de emitir el instrumento interpretativo	42-48	17
	e)	Proyecto preliminar de una posible declaración y recomendación	--	18
	f)	Cuestiones conexas	49-51	20
II.	Ejecución de medidas cautelares		52-80	21
	A.	Observaciones introductorias	52-80	21
	B.	Disposición legislativa modelo relativa a la ejecución de medidas cautelares	56-62	22
	C.	Posibles disposiciones adicionales	63-80	24
III.	Conciliación		81-112	29
	A.	Observaciones introductorias	81-86	29
	B.	Disposiciones legislativas modelo sobre conciliación	87-112	30
	Artículo 1.	Ámbito de aplicación	87-90	30
	Artículo 2.	[Disposiciones generales] [Sustanciación de la conciliación]	91-92	32
	Artículo 3.	Comunicaciones entre el conciliador y las partes	93	34
	Artículo 4.	Revelación de información	94	34
	Artículo 5.	Inicio de la conciliación	95-96	34
	Artículo 6.	Conclusión de la conciliación	--	35
	Artículo 7.	Plazo de prescripción	97	35
	Artículo 8	Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos	98-100	36
	Artículo 9.	Función del conciliador en otros procedimientos	101	37
	Artículo 10.	Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales	102	38
	Artículo 11.	Actuación del árbitro como conciliador	103-104	39
	Artículo 12.	Ejecutoriedad de la transacción	105-112	40

Introducción

1. En su 31º período de sesiones, la Comisión celebró, el 10 de junio de 1998, una jornada commemorativa especial, el "Día de la Convención de Nueva York", para celebrar el cuadragésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958) (la "Convención de Nueva York"). Además de los representantes de los Estados miembros de la Comisión y de los observadores participaron en este acto unos 300 invitados. El Secretario General de las Naciones Unidas pronunció el discurso de apertura. Además de los discursos de antiguos participantes en la conferencia diplomática en que se aprobó la Convención, destacados expertos en arbitraje informaron sobre materias tales como la promoción de la Convención, su promulgación y aplicación. También se informó sobre cuestiones que iban más allá del ámbito de la Convención propiamente dicha, tales como el acoplamiento de la Convención con otros textos jurídicos internacionales sobre arbitraje comercial internacional, y las dificultades con que se ha tropezado en la práctica pero que no han sido tratadas en los actuales textos legislativos o no legislativos sobre arbitraje[1].

2. En los informes que se presentaron en la conferencia commemorativa, se hicieron diversas sugerencias sobre la forma de presentar a la Comisión algunos de los problemas hallados en la práctica a fin de que ésta pudiera considerar si sería conveniente y viable realizar cualquier labor al respecto. En su 31º período de sesiones en 1998, la Comisión, con referencia a lo debatido en el Día de la Convención de Nueva York, estimó que sería conveniente abrir, en su 32º período de sesiones, un debate sobre la posible labor futura en materia de arbitraje. La Comisión pidió a la Secretaría que preparase una nota que sirviera de base para ese debate de la Comisión[2].

3. En su 32º período de sesiones, en 1999, la Comisión tuvo ante sí la nota que había solicitado con el título de "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460)[3]. La Comisión se felicitó de la oportunidad de examinar la conveniencia y viabilidad de perfilar aún más el régimen de arbitraje comercial internacional y consideró en general que había llegado el momento de sacar el balance de la abundante y rica experiencia adquirida gracias a la promulgación de normas de derecho interno inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) y al empleo del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, a fin de evaluar en un

---

[1] Ejecución de laudos arbitrales según la Convención de Nueva York: experiencia y perspectivas (Publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.99.V.2).

[2] Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/53/17), párr. 235.

[3] En esa nota se recogían ideas, sugerencias y observaciones formuladas en diferentes contextos, como el Día de la Convención de Nueva York (*Ejecución de laudos arbitrales según la Convención de Nueva York: experiencia y perspectivas* (Publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.99.V.2); el Congreso del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial (París, 3 a 6 de mayo de 1998) *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention, International Council for Commercial Arbitration Congress Series Nº 9*, Kluwer Law International, 1999); y otras conferencias y foros internacionales, como la Conferencia de "Freshfields" de 1998: Gerold Herrmann, "Does the world need additional uniform legislation on arbitration?" *Arbitration International*, vol. 15 (1999), Nº 3, pág. 211.

foro universal, como el de la Comisión, la aceptabilidad de algunas de las ideas y propuestas presentadas para mejorar las leyes, reglamentos y prácticas actualmente aplicables al arbitraje[4].

4. Cuando la Comisión examinó el tema, dejó sin decidir la cuestión de la forma que podría adoptar la labor que realizara en el futuro. Se convino en que las decisiones relativas a la forma se adoptarían más tarde, cuando ya se tuviera una idea más clara del contenido de las soluciones propuestas. La elaboración de un nuevo régimen uniforme podría por ejemplo adoptar la forma de un texto legislativo (en forma de disposiciones legislativas modelo o de un tratado) o de un texto de rango no legislativo (como un reglamento contractual modelo o una guía práctica). Se insistió en que si se consideraba la elaboración de un tratado internacional, ese instrumento no sería una modificación de la Convención de Nueva York[5].

5. La Comisión encomendó la labor a uno de sus tres grupos de trabajo, que denominó Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, y decidió que los temas prioritarios a los que debería dedicarse el Grupo de Trabajo deberían ser la conciliación[6], el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje[7], la ejecutoriedad de las medidas provisionales de protección[8] y la posibilidad de ejecutar un laudo que haya sido anulado en el Estado de origen[9]. El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje (denominado anteriormente Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales) comenzó su labor en su 32º período de sesiones, celebrado en Viena del 20 al 31 de marzo de 2000 (el informe de dicho período de sesiones figura en el documento A/CN.9/468).

6. El Grupo de Trabajo estudió la posibilidad de elaborar textos armonizados sobre conciliación, medidas provisionales de protección, y sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje. El Grupo de Trabajo adoptó decisiones sobre estos tres temas y se pidió a la Secretaría que utilizase dichas decisiones para preparar proyectos para el actual período de sesiones del Grupo de Trabajo. Asimismo, el Grupo de Trabajo intercambió opiniones preliminares sobre otros temas que podrían abordarse en el futuro (documento A/CN.9/468, párrs. 107 a 114).

7. En su 33º período de sesiones (Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000), la Comisión encomió la labor realizada hasta la fecha por el Grupo de Trabajo. Se observó ante la Comisión que los trabajos realizados sobre los temas que tenía en su programa el Grupo de Trabajo eran oportunos y necesarios para promover la certeza jurídica y la previsibilidad en el uso del arbitraje y la conciliación en el comercio internacional. La Comisión señaló que el Grupo de Trabajo había seleccionado además algunos otros temas, con diversos niveles de prioridad, que se le habían sugerido como posibles temas para una labor futura (documento A/CN.9/468, párrs. 107 a 114). La Comisión reafirmó el mandato del Grupo de Trabajo para decidir en qué momento y de qué manera debía abordar esos temas (A/55/17, párr. 395).

---

[4] Ibid., quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/54/17), párr. 337.
[5] *Ibid.*, párrs. 337 a 376 y 380.
[6] *Ibid.*, párrs. 340 a 343.
[7] *Ibid.*, párrs. 340 a 343.
[8] *Ibid.*, párrs. 371 a 373.
[9] *Ibid.*, párrs. 374 a 375.

8. Se hicieron varias declaraciones en el sentido de que, en general, el Grupo de Trabajo, al decidir las prioridades de los temas de su programa para una labor futura, debía prestar especial atención a lo que resultara viable y práctico y a las cuestiones en que las decisiones de los tribunales dejaran una situación jurídica incierta o insatisfactoria. Los temas que se mencionaron en la Comisión como posiblemente dignos de examen, además de los que el Grupo de Trabajo pudiera considerar como tales, fueron el significado y efecto de la disposición sobre el derecho más favorable enunciada en el artículo VII de la Convención de Nueva York; la presentación de reclamaciones en los procesos de arbitraje a efectos de compensación y la jurisdicción del tribunal de arbitraje con respecto a estas reclamaciones; la autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas de su elección; la facultad discrecional residual para autorizar la ejecución de un laudo a pesar de que se dieran algunos de los motivos de denegación previstos en el artículo V de la Convención de Nueva York; y la facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses. Se tomó nota con aprobación de que, con respecto a los arbitrajes “en línea” (es decir, arbitrajes en que partes importantes o la totalidad de los procedimientos arbitrales son realizados a través de medios electrónicos de comunicación), el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje debería cooperar con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Con respecto a la posibilidad de ejecutar un laudo que hubiera sido anulado en el Estado de origen, se opinó que no se esperaba que la cuestión planteara muchos problemas y que el caso que había dado origen al problema no debía considerarse como una tendencia general (A/55/17, párr. 396).

9. El presente documento se ha preparado de conformidad con el debate que tuvo lugar en el Grupo de Trabajo acerca de los tres temas y en él se incluye el proyecto de disposiciones preparado tomado sobre la base de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo.

I. Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje

A. Observaciones introductorias

10. Cuando el Grupo de Trabajo examinó en su 32º período de sesiones la cuestión del requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, se observó en general que a este respecto era necesario formular disposiciones que se ajustaran a la forma actual del comercio internacional. Se señaló que esa práctica no reflejaba ya, en algunos aspectos, la norma enunciada en el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York (y en otros textos legislativos internacionales inspirados en ese artículo) si se interpretaba su texto en sentido estricto. Se observó además que los tribunales internos interpretaban cada vez más dichas disposiciones en sentido lato, obrando así de acuerdo con la práctica internacional y las expectativas de las partes en el comercio internacional; se indicó, no obstante, que subsistían algunas dudas o pareceres divergentes sobre cuál debería ser la interpretación adecuada. La existencia de esas dudas y la falta de uniformidad en la interpretación del régimen actual constituían un problema para el comercio internacional en la medida en que restaban previsibilidad y certidumbre a los compromisos contractuales internacionales. Se observó además que la práctica arbitral actual difería de la que imperaba en la época en que se aprobó la Convención de Nueva York, al ser ahora el arbitraje una vía muy difundida para la solución de las controversias comerciales internacionales, que cabía conceptuar como una vía habitual y no como una vía excepcional a la que las partes

sólo debían recurrir tras haber ponderado cuidadosamente sus ventajas e inconvenientes respecto de la vía judicial (documento A/CN.9/468, párr. 88; en los párrafos 89 a 99 de ese documento figura un ulterior debate sobre el tema).

11. Tras sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo hizo suya la opinión de que el objetivo de lograr una interpretación uniforme del requisito de forma que satisficiera las necesidades del comercio internacional podía lograrse preparando una disposición legislativa modelo por la que se aclarara, para eliminar dudas, el alcance del párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional; preparando una guía en que se explicaran los antecedentes y la finalidad de la disposición legislativa modelo; y aprobando una declaración o resolución sobre la interpretación de la Convención de Nueva York que reflejara una visión más amplia del requisito de forma. En cuanto a cuál sería el contenido de la disposición legislativa modelo y del instrumento interpretativo que preparara, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que, para que se celebrara un acuerdo válido de arbitraje, debía poderse probar que se había llegado a un acuerdo de someterse a arbitraje y se había de disponer de alguna prueba escrita de dicho acuerdo (A/CN.9/468, párr. 99).

12. El Grupo de Trabajo examinó asimismo la cuestión de si el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York debía interpretarse en sentido amplio para que abarcara las comunicaciones por medios electrónicos definidas por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico en su artículo 2. Se recordó que la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, instrumento adoptado por la Comisión, se había redactado con miras a aclarar la relación entre la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico e instrumentos internacionales como la Convención de Nueva York y otros instrumentos de derecho mercantil. La Guía, en su párrafo 5, sugiere que la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico “puede resultar un valioso instrumento (...) para interpretar ciertos convenios y otros instrumentos internacionales existentes que impongan de hecho algunos obstáculos al empleo del comercio electrónico, al prescribir, por ejemplo, que se han de consignar por escrito ciertos documentos o cláusulas contractuales” (documento A/CN.9./468, párr. 100; en los párrafos 101 a 106 figuran otras deliberaciones).

13. Tras un debate, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de instrumento que confirmase que el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York debía interpretarse en el sentido de que abarcaba las comunicaciones electrónicas definidas por el artículo 2 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (A/CN.9/468, párr. 106).

14. Los proyectos que figuran a continuación en las secciones B y C se han preparado con arreglo a las consideraciones del Grupo de Trabajo a que se ha hecho referencia.

B. Disposición legislativa modelo relativa a la forma escrita del acuerdo de arbitraje

15. De conformidad con la decisión del Grupo de Trabajo, la Secretaría ha preparado un texto legislativo modelo tomando como base el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional[10].

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

[Párrafo 1) de la Ley Modelo sin modificaciones:]

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

Proyecto de párrafo 2) del artículo 7:

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. A los fines de la presente Ley, el término "escrito" incluirá cualquier forma, *[variante 1:]* **siempre que el [texto] [contenido] del acuerdo de arbitraje sea accesible para su ulterior consulta, esté o no esté firmado por las partes** *[variante 2:]* **que [deje] [mantenga] constancia del acuerdo[11], esté o no esté firmado por las partes.**

3) El acuerdo de arbitraje cumplirá los requisitos que se establecen en el párrafo 2) cuando:

a) figure en un documento elaborado conjuntamente por las partes;

b) se efectúe mediante un intercambio de comunicaciones por escrito;

c) figure en la oferta o en la contraoferta escrita de una de las partes, siempre que el contrato se haya celebrado [válidamente] mediante aceptación o mediante un acto que constituya aceptación, como la ejecución del contrato o la falta de objeciones de la otra parte;

d) figure en la confirmación del contrato, siempre que las condiciones de la confirmación del contrato hayan sido aceptadas [válidamente] por la otra parte, ya sea [de manera expresa] [mediante referencia expresa a la confirmación o a las condiciones de ésta] o bien, siempre que lo permitan la ley o los usos comerciales, por omisión, si no se ha formulado ninguna objeción;

---

[10] En los párrafos 24 a 32 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, titulado "Posible régimen uniforme sobre determinadas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: conciliación, medidas provisionales de protección, forma escrita del acuerdo de arbitraje", figuran algunos textos legislativos nacionales que se utilizaron para preparar los proyectos.

[11] La primera variante se basa en el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, y la segunda, en el artículo 7 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

e) figure en una comunicación escrita dirigida por e un tercero a ambas partes y se considere que el contenido de la comunicación es parte del contrato;

f) figure en un intercambio de declaraciones [de demanda y contestación] [sobre el fondo de la controversia] en los que una de las partes alegue la existencia de un acuerdo y la otra parte no lo niegue;

g) [figure en un texto al que se haga referencia en un contrato verbal, siempre que la celebración de dicho contrato sea habitual, [que sea habitual la existencia de acuerdos de arbitraje en ese tipo de contratos] y que la referencia implique que la cláusula forme parte del contrato.]

4) La referencia en un contrato a un texto en el que figure una cláusula de arbitraje constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que el contrato sea por escrito y la referencia implique que dicha cláusula forme parte del contrato.

Notas

16. En el proyecto de párrafo 3) se recogen de manera un tanto detallada las situaciones en las que un acuerdo de arbitraje cumple los requisitos del párrafo 2). Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si la finalidad general del párrafo 3) podría lograrse con una formulación más breve y más general como la siguiente:

3) El acuerdo de arbitraje cumplirá los requisitos del párrafo 2) cuando figure en un documento que una de las partes remita a la otra o un tercero remita a ambas partes siempre que, conforme al derecho o a los usos, se considere que el contenido del documento es parte del contrato.

17. En su 32º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó varios ejemplos típicos de casos en que las partes han acordado el contenido de un contrato que prevé un acuerdo de arbitraje y hay constancia por escrito del contrato, pero en que, a pesar de ello, el derecho vigente, si se interpreta de manera estricta, puede invalidar o cuestionar el acuerdo de arbitraje. Esto podrá ocurrir cuando: a) las partes no hayan firmado un documento en el que figure el acuerdo de arbitraje (lo que sucede con frecuencia cuando las partes no se encuentran en el mismo lugar al celebrarse el contrato); y b) cuando el procedimiento adoptado por las partes para concertar el contrato no satisfaga el criterio de un “canje de cartas o telegramas” (artículo II 2) de la Convención de Nueva York), si dicho criterio se interpreta de manera literal. Entre estas situaciones de hecho cabe mencionar las siguientes:

a) Una parte formula un contrato que contiene una cláusula de arbitraje y envía las condiciones por escrito a la otra, que cumple su cometido conforme al contrato sin contestar ni realizar ningún otro “canje” por escrito en relación con las condiciones del contrato;

b) Se formula un contrato en el que figura una cláusula de arbitraje partiendo de un texto propuesto por una de las partes, que la otra parte no acepta de forma explícita por escrito, pero al cual se refiere por escrito ulteriormente en correspondencia, en una factura o en una carta de crédito mencionando, por ejemplo, la fecha o el número del contrato;

c) Se concierta un contrato a través de un intermediario, el cual redacta el texto que testimonia lo acordado por las partes, incluida la cláusula de arbitraje, sin que exista ninguna comunicación escrita directa entre las partes;

d) En un acuerdo verbal se hace referencia a un conjunto de condiciones escritas, que pueden existir como modelo, y que contienen un acuerdo de arbitraje;

e) Conocimientos de embarque que incorporan por remisión las condiciones de la póliza de fletamento subyacente;

f) Una serie de contratos concertados anteriormente entre las mismas partes en el transcurso de sus negocios, en los que figuran acuerdos de arbitraje válidos, pero no existe ningún escrito firmado que dé fe del contrato, que tampoco ha sido objeto de un intercambio de documentos por escrito;

g) El contrato original contiene una cláusula de arbitraje concluida de manera válida, pero no figura cláusula de arbitraje alguna en un anexo del contrato, una prórroga de éste, un contrato de novación o un acuerdo de arreglo relativo al contrato (dicho contrato “ulterior” puede haberse concertado verbalmente o por escrito);

h) Un conocimiento de embarque en el que figure una cláusula de arbitraje que no haya sido firmada por el cargador o por el tenedor ulterior;

i) Derechos y obligaciones de terceros con arreglo a acuerdos de arbitraje previstos en contratos que conceden beneficios a terceros o en los que figuran estipulaciones en favor de terceros;

j) Derechos y obligaciones de terceros con arreglo a acuerdos de arbitraje tras la cesión o la novación del contrato pertinente a un tercero;

k) Derechos y obligaciones de terceros con arreglo a acuerdos de arbitraje en los que el tercero ejerce los derechos en los que se ha subrogado;

l) Derechos y obligaciones con arreglo a acuerdos de arbitraje en los que los intereses previstos en los contratos son reivindicados por sucesores de las partes, tras la fusión o la separación de sociedades, de forma que la entidad social ya no es la misma[12].

18. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar el proyecto de disposición modelo a la luz de estas situaciones de hecho con miras a determinar si el proyecto las abarca de manera adecuada, en la medida en que el Grupo de Trabajo trate de abarcarlas.

---

[12] Estas situaciones de hecho se enumeran en el párrafo 12 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1. Entre ellas también figuraba el supuesto en el que un demandante trata de iniciar un procedimiento arbitral contra una entidad que en un principio no era parte del acuerdo de arbitraje o en el que una entidad que en principio no era parte del acuerdo de arbitraje trata de recurrir a él para iniciar un procedimiento de arbitraje, por ejemplo, basándose en la teoría del “grupo de empresas” (ibíd., párr. 12 m)). No obstante, el Grupo de Trabajo consideró que este supuesto suscitaba cuestiones difíciles y la idea de una disposición armonizada no contó con la aceptación general (A/CN.9/468, párr. 95).

19. El supuesto a) (celebración del contrato mediante una forma que no sea el envío de un mensaje) trata de abordarse en los apartados c) y d) del párrafo 3 del proyecto. El supuesto b) (referencia a las condiciones del contrato en correspondencia ulterior) puede considerarse resuelto en el párrafo 3) del proyecto, en el que no se exige la aceptación por escrito de las condiciones del contrato en el que figure una cláusula de arbitraje (además, numerosos tribunales han interpretado el texto actual del artículo II de la Convención de Nueva York en el sentido de que la referencia en correspondencia ulterior al texto del contrato propuesto por la otra parte equivale a la aceptación de las condiciones de éste, incluida la cláusula de arbitraje). El supuesto c) (intermediario) se recoge en el apartado e) del párrafo 3 del proyecto. El supuesto d) (referencia verbal a las condiciones escritas) se aborda en el apartado g) del párrafo 3 del proyecto.

20. En cuanto a los supuestos f) y g) (un contrato con un acuerdo de arbitraje seguido de otro contrato, un anexo, una prórroga, una novación o un acuerdo de arreglo del contrato), parece que las conclusiones a las que han llegado los tribunales han dependido en gran medida de los hechos del caso. En particular, los tribunales han buscado soluciones interpretando el contrato original y los acuerdos ulteriores y determinando si las partes tenían intención de que algunas de las condiciones del contrato original, incluido el acuerdo de arbitraje, quedaran incluidas en el acuerdo ulterior. No obstante, parece que, además de los hechos del caso, los tribunales se han guiado por su visión del arbitraje y por el hecho de si el requisito de la celebración por escrito debería interpretarse de forma lata o estricta. Por ejemplo, al determinar si la cláusula de arbitraje del contrato original era aplicable a un acuerdo verbal ulterior, un tribunal dijo que, ante la firme política a favor de recurrir al arbitraje, sólo se exceptuarían los casos en que pudiera decirse con absoluta certeza que las partes no tenían intención de someter la controversia a arbitraje. En un caso similar en que al contrato escrito original siguió otro contrato conexo, otro tribunal sostuvo que, aun cuando el tribunal interpretara el acuerdo de manera estricta, no había pruebas suficientes para demostrar de manera concluyente que las partes no tenían intención de someter la controversia a arbitraje, por lo que el tribunal consideró que debía fallar a favor del arbitraje. Por otra parte, al determinar si la cláusula de arbitraje del contrato original era aplicable también a un protocolo del contrato, el tribunal entendió que la cláusula no era extensible al protocolo porque, para que la cláusula fuera vinculante, las partes tendrían que indicar su intención con la máxima precisión. Otra cuestión que los tribunales aún no han resuelto de manera uniforme es si, en el caso en que se solucione una controversia sobre un contrato y surja una controversia ulterior acerca del acuerdo de arreglo, la cláusula de arbitraje del contrato original es aplicable a la controversia ulterior.

21. La mencionada falta de uniformidad de criterios con respecto a los supuestos f) y g) puede considerarse un problema en el comercio internacional. No obstante, puesto que el resultado de estas situaciones parece depender en gran medida de los hechos de cada caso y de la interpretación de la voluntad de las partes, tal vez sea difícil formular una solución legislativa pertinente y que goce de aceptación general. No obstante, el proyecto de disposición modelo puede ayudar a resolver algunas de estas cuestiones, en particular los casos en que la intención de las partes haya sido someter el contrato al régimen del contrato anterior con acuerdo de arbitraje incluido, pero en que el contrato ulterior no haya sido firmado por ambas partes o no figure en un canje de escritos.

22. Al examinar los supuestos i) a l) se supone que dos partes (o un conjunto de varias partes) han concluido de manera válida un acuerdo de arbitraje y la cuestión es si un tercero, que posteriormente se convierte en parte en el contrato o adquiere el derecho a invocar las estipulaciones del contrato, también pasa a ser parte en el acuerdo de arbitraje. Un tercero puede llegar a ser parte en el contrato, o adquirir los derechos y obligaciones que se deriven de éste, por acuerdo entre las partes iniciales en el contrato (como en el supuesto en que un contrato concede beneficios a un tercero, cuando un contrato o determinados derechos contractuales se ceden a un tercero, cuando una persona se convierte en parte en un contrato como resultado de una novación, o cuando, como resultado de una fusión o separación de personas jurídicas, una nueva persona jurídica se encuentra en situación de ejercer derechos y obligaciones). Un tercero puede también convertirse en parte en un contrato por aplicación de la ley, como en el caso en que un asegurador, mediante subrogación, puede pasar a ejercer derechos del asegurado. Los tribunales han examinado estos supuestos y han dado soluciones interpretando el derecho aplicable a la transmisión de derechos y obligaciones contractuales.

23. Cuando el Grupo de Trabajo examinó los supuestos i) a l), se sugirió que no se abordasen en una disposición legislativa modelo (A/CN.9/468, párr. 95). Tal vez el Grupo de Trabajo desee aceptar esta sugerencia. O quizá desee estudiar más a fondo la cuestión con miras a decidir si sería útil formular el principio de que, cuando una persona que no sea parte en un contrato se convierta en parte en éste (por acuerdo de las partes contratantes o en virtud de la ley), o pueda invocar o aplicar por derecho propio una estipulación del contrato, todo acuerdo de arbitraje que figure en el contrato sea vinculante para esa persona.

Conocimiento de embarque (supuestos e) y h))

24. La utilización de conocimientos de embarque plantea varias cuestiones con respecto a la validez de un acuerdo de arbitraje. Una cuestión depende de si en el conocimiento de embarque figura una cláusula de arbitraje o si el conocimiento de embarque se emite en el marco de una póliza de fletamento, lo que supone generalmente que en el conocimiento de embarque no figura ninguna cláusula de arbitraje sino que se remite, de formas diversas, a las cláusulas que aparecen en la póliza de fletamento y, entre ellas, a la cláusula de arbitraje. El derecho (y también la jurisprudencia) no aclaran qué tipo de referencia es necesario para que la cláusula de arbitraje tenga validez en el conocimiento de embarque. Por ejemplo, una referencia general como la de “todas las condiciones de la póliza de fletamento” se considera a veces suficiente para incluir la cláusula de arbitraje, pero no siempre. Por ejemplo, se ha considerado insuficiente cuando la cláusula de arbitraje de la póliza de fletamento se refiere a “las controversias que surjan en el marco de la póliza de fletamento” sin recoger de manera expresa las controversias que surjan con respecto al conocimiento de embarque; en ese caso, se ha exigido una referencia más específica para que la redacción de la cláusula de arbitraje pueda “interpretarse” de manera que incluya también las controversias que surjan con respecto al conocimiento de embarque. Por otra parte, la referencia general se ha considerado suficiente cuando la cláusula de arbitraje de la póliza de fletamento se refiere a las controversias que surjan con respecto a la póliza de fletamento y al conocimiento de embarque que se emita en relación con dicha póliza. En el derecho interno de algunos países figuran disposiciones concretas sobre este tema. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar que esta cuestión se aborda de manera adecuada en el

párrafo 4) del proyecto, lo que deja todavía el problema de determinar qué constituye una remisión válida al derecho aplicable a la incorporación por remisión en general o a cualquier disposición especial sobre la incorporación a los conocimientos de embarque de las cláusulas de arbitraje que figuren en las pólizas de fletamento.

25. Podría plantear otro problema la práctica de que los conocimientos de embarque estan firmados únicamente por el porteador y no por la otra parte contratante (el expedidor o el cargador). En el derecho aplicable esta cuestión se ha solucionado de diferentes formas. Una de ellas es que las cláusulas de arbitraje de los conocimientos de embarque sean vinculantes para el cargador, bien porque se consideren casos especiales que no exigen un mensaje por escrito ni la firma del cargador, bien porque el requisito de que sea por escrito se interprete de manera lata a fin de incluir las prácticas de emisión de conocimientos de embarque, o bien porque se considere que el cargador (al preparar y entregar al porteador cierta información escrita para su inclusión en el conocimiento de embarque, en particular con respecto a la descripción de las mercaderías, o al cumplimentar el impreso en blanco de un conocimiento de embarque que contenga una cláusula de arbitraje) ha transmitido una comunicación escrita al porteador que a su vez firma el conocimiento y lo entrega al cargador. En cualquier caso, tal vez el Grupo de Trabajo considere que esta cuestión se aborda de manera adecuada en el apartado c) del párrafo 3) del proyecto.

26. Otra cuestión relativa a los conocimientos de embarque es si el consignatario (que no es parte contratante en el momento de la emisión del conocimiento de embarque) queda vinculado por la cláusula de arbitraje del conocimiento de embarque tras el endoso o la transferencia válida del conocimiento de embarque[13]. Aunque muchos tribunales (con o sin el apoyo de legislación específica) hayan llegado a la conclusión de que el consignatario queda vinculado por el acuerdo de arbitraje del conocimiento de embarque, hay algunos que no llegarían a esta conclusión. Aun cuando el consignatario quede vinculado por el acuerdo de arbitraje del conocimiento de embarque, puede haber incertidumbre con respecto al momento exacto en que el consignatario queda vinculado (por ejemplo, a partir del momento en que se haya hecho cargo de la entrega de las mercaderías o haya pedido la entrega de las mercaderías al porteador). Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar que esta cuestión es un tema específico similar a los examinados en los párrafos 22 y 23 *supra*, que está vinculado con el derecho del transporte y que, de adoptarse alguna solución, no debiera interferir con el derecho aplicable a la transmisión de derechos y obligaciones contractuales a terceros.

---

[13] A esta cuestión puede añadirse la de la incorporación por remisión en el caso en que un conocimiento de embarque remita a las condiciones de la póliza de fletamento, incluida la cláusula de arbitraje, y el problema es si el consignatario, que tal vez no tenga conocimiento de la cláusula de arbitraje) queda vinculado por dicha cláusula tras el endoso del conocimiento de embarque. Esta cuestión se aborda, por ejemplo, en el artículo 22 2) de las Reglas de Hamburgo.

C. Instrumento interpretativo referente al artículo II 2) de la Convención de Nueva York

a) Introducción

27. Como se ha señalado en el párrafo 11 *supra*, el Grupo de Trabajo consideró que una fórmula posible para lograr el objetivo de asegurar una interpretación uniforme del requisito de la forma que respondiera a las necesidades del comercio internacional podría incluir también la adopción de una declaración, recomendación o resolución relativa a la interpretación de la Convención de Nueva York que reflejara una visión amplia del requisito de la forma. Se observó que convendría examinar más a fondo la cuestión de la mejor forma de lograr una interpretación uniforme de la Convención de Nueva York mediante una declaración, recomendación o resolución, incluidas las consecuencias de derecho internacional público, a fin de determinar el criterio óptimo (A/CN.9/468, párr. 93). El texto que figura a continuación se ha preparado con objeto de facilitar el debate sobre el criterio óptimo.

b) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

28. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) (la "Convención de Viena") establece diversos métodos para determinar el significado de una disposición de un tratado. El artículo 31, titulado "Regla general de interpretación", dice:

> "1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
>
> 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
>
> a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
>
> b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
>
> 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
>
> a) *Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones*;
>
> b) *Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado*;
>
> c) *Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. (La cursiva no figura en el texto original).*
>
> 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes."

29. El artículo 32, titulado “Medios de interpretación complementarios”, dice:

> “Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:
>
> a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o
>
> b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.”

30. Parece que el instrumento interpretativo que estudie el Grupo de Trabajo debería basarse en el artículo 31 3) b) de la Convención de Viena, dado que la necesidad de claridad en la interpretación del artículo II 2) de la Convención de Nueva York se deriva de los cambios que han tenido lugar en las tecnologías de la comunicación y en las prácticas comerciales, así como de la creciente utilización y aceptación del arbitraje comercial en el comercio internacional.

31. Otra posibilidad sería basar el instrumento en un acuerdo ulterior de los Estados Partes en la Convención de Nueva York (como se prevé en el artículo 31 3) a) de la Convención de Viena). No obstante, esta posibilidad parecería requerir que cada uno de los Estados Partes manifestase su acuerdo de manera individual, proceso que podría ser largo, y, durante el período en que los Estados dan su conformidad, podrían surgir dudas acerca de la forma adecuada de interpretar la Convención.

32. Como se dice en el artículo 31 1) y 2) de la Convención de Viena, el contexto del tratado y el objeto y fin de éste son también pertinentes para su interpretación. En la resolución que figura en el Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, en la que se aprobó la Convención de Nueva York, figura una indicación del contexto, así como del objeto y fin del tratado. La resolución dice que la finalidad de la Convención es “acrecentar la eficacia del arbitraje para la solución de las controversias de derecho privado ...”.

33. La resolución de la Conferencia dice asimismo que:

> “Considera que una mayor uniformidad en las leyes nacionales relativas al arbitraje harían más eficaz el arbitraje como medio de solución de las controversias de derecho privado; toma nota de la labor realizada en esta materia por diversas organizaciones[2] y sugiere que, para complementar la labor de estas entidades, se preste la debida atención a la definición de las materias que se prestan a disposiciones de arbitraje modelo y a otras medidas oportunas para fomentar el desarrollo de esa legislación;”
>
> [nota: “2 Por ejemplo, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y el Consejo Interamericano de Jurisconsultos.”
>
> (Resolución de la Conferencia, recogida en el Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 10 de junio de 1958)

34. En la resolución, que coincidió con la apertura a la firma de la Convención, se expresa la voluntad de la Conferencia de "concertar una convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y examinar otras medidas que pudieran acrecentar la eficacia del arbitraje para la solución de las controversias de derecho privado."

c) Ejemplo del empleo de un instrumento interpretativo

35. Ejemplo y precedente de la utilización de un instrumento interpretativo de una convención es la declaración y recomendación que se formuló en el 14º período de sesiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, dedicado a la Convención de 1955 relativa a la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías.

36. En el informe explicativo que publicó la Conferencia de La Haya se dice que:

> "A principios del decenio de 1950, el derecho interno no concedía generalmente un trato especial a la compraventa de bienes de consumo, sino que ésta se regía por las normas aplicables a los contratos en general. Por ello, en esa época no se veía la necesidad de elaborar normas especiales de elección del derecho aplicable a los contratos de compraventa de bienes de consumo. Así pues, la Convención de 1955 relativa a la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías regula la elección de ley aplicable a la compraventa internacional de bienes muebles (*"ventes à caractère international dɔobjets mobiliers corporels")* sin distinguir entre la compraventa de bienes de consumo y otras compraventas.
>
> A comienzos del decenio de 1960, el tratamiento dado por el derecho interno a la compraventa de bienes de consumo experimentó cambios importantes en muchos países; en particular, por primera vez se concedió una protección importante al comprador frente a numerosas prácticas injustas o a riesgos especiales."[14]

37. En especial se entendió que las normas de elección de la ley aplicable de la Convención estaban pensadas para limitar el alcance de políticas protectoras que pudieran existir, por ejemplo, en el derecho interno del país de residencia habitual del consumidor. Teniendo en cuenta estos antecedentes, se sugirió en un principio que se preparara un protocolo anexo a la Convención de 1955 que permitiera a los Estados Partes en la Convención hacer la reserva de no aplicarla a la compraventa de bienes de consumo, o excluir dicha compraventa del ámbito de la Convención[15]. No obstante, como se decía en el informe explicativo:

> "Se consideró que la propuesta del protocolo no sólo planteaba problemas complicados de derecho internacional público, sino también un problema de política general para la Conferencia, a saber, de qué forma podían adaptarse,

---

[14] Informe explícito de Arthur Taylor von Mehren, Conférence de La Haye de droit international privé, Hague Conference on private international law, *Actes et documents de la Quatorzième session, 6 au 25 octobre 1980, Tome II, Ventes aux consommateurs, Consumer sales, Edités par le Bureau Permanent de la Conférence, 1982, p. 182.*

[15] *Ibid.*, pág. 183.

si ello era posible, las convenciones existentes de La Haya a fin de tener en cuenta en los criterios relativos a un ámbito del derecho, la aparición de nuevos problemas o de cambios fundamentales"[16].

38. Tras amplios debates, no se aprobó la idea de un protocolo anexo a la Convención de 1955. En lugar de ello, en el período de sesiones se aprobó una decisión relativa a la compraventas de bienes de consumo en forma de declaración y recomendación, que se reproduce más adelante en el párrafo 41.

39. Como se señalaba en el Informe explicativo,

"Desde un punto de vista jurídico caben varios planteamientos con respecto a la naturaleza y eficacia exactas de la Declaración. No obstante, en el 14º período de sesiones se llegó a la conclusión de que la Declaración constituía la solución más eficaz y práctica del problema de adaptar la Convención a los cambios ocurridos en el último cuarto de siglo en la regulación del derecho sustantivo de los contratos de compraventa de bienes de consumo."[17]

40. Con miras a recopilar y difundir información acerca de las medidas adoptadas en el marco de la Declaración, la Recomendación insta a que se informe de dichas medidas a la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya[18].

41. El texto de la Declaración y Recomendación dice:

"Declaración y Recomendación relativas al ámbito de la Convención sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías, concertada el 15 de junio de 1955.

I - DECLARACIÓN

"Los Estados presentes en el 14º período de sesiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado,

Conscientes de la existencia actual en muchos países de medidas de protección del consumidor,

Considerando que, cuando se negoció la *Convención del 15 de junio de 1955 relativa a la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías*, no se tuvieron en cuenta los intereses de los consumidores,

Reconociendo el deseo de algunos Estados que han ratificado la Convención de contar con normas especiales sobre la ley aplicable a la compraventa de bienes de consumo,

---

[16] *Ibid.*, pág. 184.
[17] *Ibid.*, pág. 186.
[18] *Ibid.*, pág. 187.

Declaran que la *Convención del 15 de junio de 1955 relativa a la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías* no impide a los Estados Partes la aplicación de normas especiales en relación con la ley aplicable a la compraventa de bienes de consumo.

II - RECOMENDACIÓN

Esta Conferencia recomienda que los Estados Partes en la *Convención del 15 de junio de 1955 relativa a la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías* que apliquen normas especiales en relación con la ley aplicable a la compraventa de bienes de consumo informen de ello a la Mesa permanente."[19]

d) Órgano encargado de emitir el instrumento interpretativo

42. Cuando examinó la posibilidad de emitir un instrumento interpretativo referente al artículo II 2) de la Convención de Nueva York, el Grupo de Trabajo no estudió a fondo cuáles serían los posibles órganos adecuados para emitir dicho instrumento.

43. Una posibilidad sería que los Estados Partes en la Convención de Nueva York lo emitieran. El instrumento interpretativo, acordado por los Estados Partes, entraría en el ámbito del artículo 31 3) a) de la Convención de Viena.

44. Otra posibilidad sería que la Comisión emitiera un instrumento interpretativo, que podría quedar posteriormente recogido en una resolución de la Asamblea General.

45. Con respecto a la autoridad de la Comisión para interpretar la Convención de Nueva York, la base de tal autoridad podría desprenderse del texto de la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General por la que se estableció la CNUDMI[20]. En esa resolución, la Asamblea General dispuso que la Comisión "tendrá como objeto promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional ..." (resolución 2205 (XXI), sección I).

46. En el párrafo 8 de la sección II de la resolución 2205 (XXI) se dice:

"La Comisión fomentará la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional mediante:

a) La coordinación de la labor de las organizaciones que realizan actividades en este campo y el estímulo de la colaboración entre ellas;

---

[19] Conférence de La Haye de droit international privé, Hague Conference on private international law, Actes et documents de la Quatorzième session 6 au 25 octobre 1980, Tome I, Matières diverses, Miscellaneous matters, p. 62.

[20] *Véase* la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General (17 de diciembre de 1966), relativa al establecimiento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *reproducida en CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.86.V.8 (1986), pág. 55.

b) El fomento de una participación más amplia en las convenciones internacionales existentes y una mayor aceptación de las leyes modelo y las leyes uniformes ya establecidas;

c) La preparación o el fomento de la aprobación de nuevas convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes, así como el fomento de la codificación y una aceptación más amplia de las condiciones, disposiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales, en colaboración, cuando corresponda, con las organizaciones que actúen en esta esfera;

d) El fomento de métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional;

e) La reunión y difusión de información sobre las legislaciones nacionales y sobre la evolución jurídica moderna, incluida la jurisprudencia, del derecho mercantil internacional;

f) El establecimiento y mantenimiento de una estrecha colaboración con la Conferencia de de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo;

g) El mantenimiento de un enlace con otros órganos de las Naciones Unidas y con los organismos especializados que se ocupan del comercio internacional;

h) La adopción de cualquier otra medida que pudiera considerar útil para desempeñar sus funciones". (*La cursiva no figura en el texto original*).

47. La Asamblea General ha reconocido reiteradamente en sus resoluciones la función de la Comisión como órgano coordinador en el ámbito del derecho mercantil internacional. En la resolución más reciente de la Asamblea General sobre la labor de la Comisión (54/103, de 17 de enero de 2000), se "reafirma el mandato conferido a la Comisión para que, en su calidad de órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, coordine las actividades jurídicas en la materia".

48. En el supuesto de que se considere que la CNUDMI es el órgano emisor apropiado, se adjunta un anteproyecto a fin de fomentar las deliberaciones acerca de la forma y del contenido más adecuados del instrumento interpretativo.

e) Proyecto preliminar de una posible declaración y recomendación

[Recomendación] relativa a la interpretación del artículo II 2) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de julio de 1958,

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

Recordando la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, por la que se estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con el objeto de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional,

Consciente de que la composición de la Comisión tiene en cuenta debidamente la representación adecuada de los principales ordenamientos económicos y jurídicos del mundo, y de los países desarrollados y en desarrollo,

Consciente también de su mandato de continuar con la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional mediante el fomento de métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional, entre otros medios,

Convencida de que la amplia aprobación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ha sido un logro fundamental para la promoción del Estado de derecho, en particular en el ámbito del comercio internacional,

Tomando nota de que, de conformidad con el artículo II 1) de la Convención, "cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje"; y tomando nota asimismo de que en virtud del artículo II 2) de la Convención "la expresión 'acuerdo por escrito' denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas",

Tomando nota también de que la Convención se redactó teniendo en cuenta las prácticas empresariales del comercio internacional y las tecnologías de la comunicación en uso en aquel momento, y que las tecnologías del comercio internacional han evolucionado a la par que lo ha hecho el comercio electrónico,

Tomando nota asimismo de que la utilización y aceptación del arbitraje comercial internacional en el comercio internacional han ido en aumento,

Recordando que la Conferencia de Plenipotenciarios que preparó y abrió a la firma la Convención aprobó una resolución que dice, entre otras cosas, que la Conferencia "considera que una mayor uniformidad en las leyes nacionales relativas al arbitraje haría más eficaz el arbitraje como medio de solución de las controversias de derecho privado ...",

Considerando que la finalidad de la Convención, recogida en el Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, de acrecentar la eficacia del arbitraje para la solución de las controversias de derecho privado exige que en la interpretación de la Convención se reflejen los cambios registrados en las tecnologías de la comunicación y en las prácticas empresariales,

Teniendo en cuenta que instrumentos jurídicos internacionales posteriores como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico reflejan la opinión de la Comisión y de la comunidad internacional de que la legislación que rija el comercio

y el arbitraje debe reflejar los nuevos métodos de comunicación y las nuevas prácticas empresariales,

Convencida de que es necesaria la uniformidad en la interpretación del concepto de "acuerdo por escrito" para fomentar las posibilidades de previsión en las transacciones comerciales internacionales,

Recomienda a los gobiernos que se interprete la definición de "acuerdo por escrito" que figura en el artículo II 2) de la Convención de manera que abarque [...] *[Se sugiere que la parte dispositiva del texto que se inserte aquí se base fundamentalmente en el texto revisado del artículo 7 2) de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional conforme a lo expuesto en los párrafos 15 a 26 supra.]*

f) Cuestiones conexas

49. Cabe recordar que en otras disposiciones de la Convención de Nueva York, así como en otras convenciones sobre arbitraje comercial internacional, figuran otros requisitos de la forma escrita que, de no interpretarse conforme a las decisiones del Grupo de Trabajo relativas a la revisión de las disposiciones sobre el requisito de la forma escrita, podrían ser un obstáculo para la utilización de los medios modernos de comunicación en el arbitraje comercial internacional.

50. Entre esos requisitos de forma se encuentran, por ejemplo, el requisito de presentar los originales del acuerdo y del laudo arbitrales a los que se refiere el artículo IV de la Convención de Nueva York, y la disposición del artículo 4 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975), conforme a la cual la ejecución del laudo podrá exigirse de la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales. También el artículo 35 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, inspirado en el artículo IV de la Convención de Nueva York, dispone que la parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo y el original del acuerdo de arbitraje o copia debidamente certificada del mismo. Al examinar los proyectos relativos al requisito de que el acuerdo de arbitraje figure por escrito, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar formas de asegurar que en la interpretación de los requisitos de que la parte que pida la ejecución de un laudo presente el original del acuerdo de arbitraje o copia debidamente certificada del mismo se refleje un entendimiento modificado del requisito de la forma escrita (artículo 7 2) de la Ley Modelo y artículo II 2) de la Convención de Nueva York).

51. En el 32º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó la opinión de que la cuestión del comercio electrónico debía enfocarse desde una perspectiva más amplia que la del requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje y que, al considerar las medidas que cabía adoptar con respecto a este requisito, había que estudiar también otros requisitos de forma en instrumentos que regían el arbitraje comercial internacional. Se observó también que si se trataban estas cuestiones por separado se corría el riesgo de alentar una proliferación de declaraciones

interpretativas sobre puntos que podían considerarse, en el futuro, necesitados de aclaración (A/CN.9/468, párr. 105). A este respecto, cabe señalar que se espera que el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico examine la cuestión de la forma de asegurar que los tratados que rigen el comercio internacional se interpreten con arreglo a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. La Secretaría informará al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de dichas consideraciones.

II. Ejecución de medidas cautelares

A. Observaciones introductorias

52. En el Grupo de Trabajo se apoyó de forma general la propuesta de preparar un régimen jurídico para la ejecución de medidas cautelares ordenadas por tribunales arbitrales (documento A/CN.9/468, párr. 67). Se consideró, en general, que ese régimen jurídico debía aplicarse a la ejecutoriedad tanto de las medidas provisionales dictadas en arbitrajes que tuvieran lugar en el Estado en que se pidiera su ejecución como de las medidas dictadas en otro Estado. Se señaló que cierto número de Estados habían aprobado disposiciones legislativas relativas a la ejecución judicial de medidas cautelares, y se consideró conveniente que la Comisión preparase un régimen armonizado y ampliamente aceptable (*ibíd*., 68).

53. Para el examen de la cuestión de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral y de las consideraciones relativas a la conveniencia de preparar disposiciones legislativas sobre su ejecutoriedad, conviene remitirse a los párrafos 63 a 101 del documento de trabajo A/CN.9/WG.II/WP.108, preparado para el 32º período se sesiones del Grupo de Trabajo.

54. Las consideraciones sobre el tema que hizo el Grupo de Trabajo en su 32º período de sesiones figuran en los párrafos 60 a 79 del documento A/CN.9/468. El Grupo de Trabajo decidió pedir a la Secretaría que preparase otro proyecto de disposiciones a partir de las consideraciones que se habían hecho en el Grupo de Trabajo para su examen en un próximo período de sesiones.

55. Cabe señalar que el Grupo de Trabajo, teniendo en cuenta la etapa preliminar del debate, no adoptó ninguna decisión sobre la cuestión de si el régimen armonizado para la ejecución de medidas cautelares debía revestir la forma de una convención internacional o de una ley modelo. Aunque tomó nota de la opinión de que la forma de convención era preferible, estimó que la decisión al respecto debería adoptarse en una etapa ulterior. No obstante esa posición, una gran parte del debate en el Grupo de Trabajo se desarrolló sobre la hipótesis de que las soluciones adoptarían la forma de una ley modelo (A/CN.9/468, párr. 78). Teniendo en cuenta esas deliberaciones, el proyecto que figura a continuación se presenta en forma de elementos de una disposición legislativa modelo que se incorporaría a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

B. Disposición legislativa modelo relativa a la ejecución de medidas cautelares

Variante 1

Toda medida cautelar de las mencionadas en el artículo 17, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, se ejecutará previa solicitud de la parte interesada al tribunal judicial competente de dicho Estado, salvo que

i) Ya se haya presentado a un tribunal una solicitud de una medida cautelar correspondiente;

ii) El acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 no sea válido;

iii) La parte contra la cual se invoca la medida cautelar no haya sido debidamente informada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos [en relación con la medida cautelar];[21]

iv) La medida cautelar haya sido anulada o modificada por el tribunal arbitral;

v) El tribunal judicial o el tribunal arbitral de este Estado no pueda haber dictado el tipo de medida cautelar cuya ejecución se haya solicitado[22] **[o que la medida cautelar sea manifiestamente desproporcionada]; o**

vi) El reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar sea contrario al orden público de este Estado.

Notas

56. La anterior disposición legislativa modelo está basada en el capítulo VIII de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (artículos 35

---

[21] Puesto que las medidas cautelares se ordenan generalmente antes de que las partes hayan hecho valer sus derechos con respecto al fondo de la controversia, se sugiere que la expresión “no haya podido hacer valer sus derechos” se entienda en relación con la necesidad y el contenido de la medida cautelar pertinente. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si este punto debería aclararse con la siguiente redacción: “no haya podido hacer valer sus derechos en relación con la medida cautelar”.

[22] Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si las consideraciones acerca de las políticas relativas a los tipos de medidas cautelares que un tribunal arbitral o un tribunal ordinario pueden dictar son necesariamente las mismas que las consideraciones sobre políticas que sirven de base a la disposición sobre la ejecución de una medida cautelar, en particular cuando la medida se ha dictado en el extranjero. Por ejemplo, una razón para reducir el alcance de las medidas cautelares puede ser que sea menos necesaria en el caso de ciertos tipos de medidas cautelares (por ejemplo, porque las partes puedan lograr el objetivo de una medida concreta por medios distintos, incluida la vía judicial). Si las consideraciones sobre políticas no son las mismas, tal vez habría que volver a redactar el apartado v) a fin de permitir la ejecución de posibles medidas de alcance más general que pudiera dictar un tribunal judicial del Estado promulgante en apoyo del arbitraje o un tribunal arbitral del Estado promulgante.

y 36), relativo a la ejecución de los laudos arbitrales (véase en particular el documento A/CN.9/468, párrs. 70 a 73).

57. Entre los Estados que han promulgado la Ley Modelo, algunos de ellos han añadido disposiciones al capítulo VIII de la Ley Modelo a fin de que sea aplicable a la ejecución de medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral en virtud del artículo 17 de la Ley Modelo (o a fin de que la medida cautelar reciba el mismo tratamiento, para los fines que su ejecución, que un laudo arbitral). El examen de este criterio figura en el párrafo 70 del documento A/CN.9/468. Recibió considerable apoyo la opinión de que se trataba de un criterio demasiado rígido que no tenía en cuenta las características especiales de las medidas cautelares, que las diferencian de los laudos arbitrales. Teniendo en cuenta esta opinión, la disposición modelo anteriormente enunciada está basada en el artículo 36 y adaptada a las medidas cautelares.

Variante 2

A solicitud de la parte interesada, el tribunal judicial podrá ordenar la ejecución de una de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 17, cualquiera que sea el país en que se haya dictado.

Notas

58. La variante 1, redactada en términos como “el tribunal ejecutará, salvo ...”, tiene como finalidad establecer la obligación de ejecutar cuando se reúnan las condiciones prescritas, mientras que la variante 2 redactada en términos como “el tribunal podrá ejecutar ...”, contiene cierto grado de discrecionalidad. No obstante, incluso podría considerarse que la variante 1 incluye aspectos de discrecionalidad, como el que figura entre corchetes en el apartado v), que establece que el tribunal determinará si la medida cautelar es manifiestamente desproporcionada y, de entenderlo así, tendrá que denegar la ejecución.

59. Al decidir el criterio que deberá seguir, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar qué entrañaría el grado de discrecionalidad de la variante 2. Se sugiere que la discrecionalidad se limite a la denegación de la ejecución de la medida cautelar (por ejemplo, si el tribunal judicial considera que es en gran medida o manifiestamente desproporcionada o innecesaria) y, en particular, que la discrecionalidad no incluya la libertad de dictar una orden de ejecución cuyo contenido se desvíe de la medida cautelar ordenada por el tribunal arbitral (por ejemplo, si la medida cautelar consiste en una orden dada a una de las partes de que ofrezca a la otra una garantía para cubrir los costos por una determinada cantidad, el tribunal judicial no podría dictar una orden de ejecución de una garantía por una cantidad inferior).

60. Podría entenderse que permitir al tribunal judicial que dicte una orden de ejecución que se aparte de la medida cautelar ordenada por el tribunal arbitral entraña una valoración por parte del tribunal judicial de las razones de la orden, lo que supondría que el tribunal judicial podría o tendría que repetir el procedimiento decisorio que tuvo lugar en el tribunal arbitral. Ello supondría, de hecho, que el tribunal judicial no estaría ejecutando la medida ordenada por el tribunal arbitral

sino que estaría dictando su propia medida. Al examinar esta cuestión, cabe recordar que la mayoría de los miembros del Grupo de Trabajo coincidieron en considerar que el régimen uniforme debía basarse en el criterio de que el tribunal judicial no debía repetir el proceso de decisión del tribunal arbitral y, en particular, que el tribunal judicial no debía examinar las conclusiones de hecho del tribunal arbitral ni el fondo de la medida (A/CN.9/468, párr. 71). (Para un examen de la reformulación de la medida a efectos de procedimiento, véanse los párrafos 71 y 72 *infra*).

61. Según la opinión general del Grupo de Trabajo, ambas variantes establecen la ejecutoriedad de las medidas cautelares con independencia del país en el que se dictó la medida (véase A/CN.9/468, párr. 67, y A/CN.9/WG.II/WP.108, párr. 92).

62. Muchas legislaciones nacionales sobre arbitraje han recogido el principio de que la parte tiene que elegir entre solicitar al tribunal arbitral que ordene una medida cautelar o pedir a un tribunal judicial que dicte la medida. Este principio, que en general se considera adecuado para el arbitraje comercial internacional, también podría entenderse que se desprende de los artículos 9 y 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. No obstante, en virtud de este principio, una de las partes, tras obtener una medida cautelar de un tribunal arbitral, podría solicitar a un tribunal judicial que dictara una medida sustancialmente idéntica, y al mismo tiempo pedir a un tribunal judicial que ejecutara la medida dictada por el tribunal arbitral. Esta secuencia de acontecimientos podría dar lugar a una situación incómoda en la que el tribunal judicial terminara examinando dos medidas cautelares y emitiendo ulteriormente dos decisiones. Para evitar esta situación, en una legislación nacional existe una disposición que establece que el tribunal judicial podrá permitir la ejecución de una medida, a menos que ya se haya solicitado a un tribunal judicial una medida cautelar correspondiente. Dicha disposición (que se incluye en el apartado i) de la variante 1), podría también incorporarse a una disposición basada en la variante 2.

C. Posibles disposiciones adicionales

63. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si es necesario abordar en la disposición legislativa modelo algunas de las cuestiones que se mencionan a continuación, independientemente de la variante que se adopte en última instancia.

Obligación de informar al tribunal judicial de cualquier cambio relacionado con la medida cautelar

64. Por su propia naturaleza, las medidas cautelares pueden ser modificadas o dejadas sin efecto por el tribunal arbitral antes de emitir el laudo, y en cualquier caso las medidas dejarán de tener efecto una vez que se haya dictado el laudo. Tal vez habría que considerar la cuestión de si la ley debería exigir a la parte que solicite la ejecución que informe al tribunal judicial de cualquier cambio de este tipo. La finalidad de la obligación de informar (que debería existir en el momento de solicitar la ejecución y también posteriormente) sería permitir al tribunal judicial modificar o dejar sin efecto la orden de ejecución. Para facilitar el examen de esta cuestión se presenta el siguiente proyecto de enunciado inspirado en los artículos 18 y 22 3) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza:

Desde el momento en que haya solicitado la ejecución de la medida cautelar, la parte interesada deberá informar sin demora al tribunal judicial de cualquier decisión que adopte el tribunal arbitral por la que se modifique o revoque la medida cautelar. A instancias de la parte afectada por la medida, el tribunal judicial podrá modificar o dejar sin efecto la orden de ejecución de la medida cautelar.

Solicitud de ejecución con autorización del tribunal arbitral

65. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si en el proyecto de disposición debería decirse que la parte interesada podrá pedir la ejecución "con la aprobación del tribunal arbitral". Uno de los objetivos de la disposición sería que el tribunal judicial que ordenase la ejecución tuviera una mayor seguridad de que las circunstancias no han cambiado y de que el tribunal arbitral sigue considerando necesaria la medida, y se evitaría poner al tribunal arbitral en la situación de tener que recurrir a un tribunal judicial nacional para lograr la ejecución (A/CN.9/468, párr. 75).

Otras condiciones de la orden de ejecución

66. Tal vez el Grupo de Trabajo pudiera estudiar si en las disposiciones legislativas modelo debería figurar una norma que dispusiera que el tribunal judicial podría hacer depender la orden de ejecución de una medida cautelar de las condiciones que considere oportunas (por ejemplo, relativas a la aportación de garantías por la parte que solicite la ejecución).

67. En las medidas cautelares figuran a menudo órdenes o condiciones (dictadas por un tribunal arbitral o por un tribunal judicial). La cuestión que se plantea aquí es si, una vez que el tribunal arbitral ha dictado la medida (y la ha hecho depender de las órdenes o condiciones que considere oportunas), el tribunal judicial debería intervenir en el proceso decisorio para determinar si debería añadirse alguna orden o condición a la orden de ejecución. Puede entenderse que una norma que conceda al tribunal judicial la facultad de añadir condiciones a las órdenes de ejecución sería contraria a la política del Grupo de Trabajo (mencionada en el párrafo 60 *supra*) de que el régimen uniforme no debería permitir al tribunal judicial repetir el proceso decisorio del tribunal arbitral.

Solicitud de ejecución mientras se cuestiona la competencia del tribunal arbitral

68. Puede ocurrir que, cuando una parte solicite la ejecución de una medida cautelar, la otra haya planteado una excepción alegando que el tribunal arbitral carece de competencia o que, tras haber dictaminado el tribunal arbitral que es competente, se plantee la cuestión de la competencia ante un tribunal judicial. Este problema se aborda en el artículo 16 de la Ley Modelo. En ese caso, el tribunal judicial que decida la ejecución de la medida cautelar adoptaría una decisión acerca de una cuestión sobre la que posteriormente podría resultar que el tribunal arbitral no tiene competencia. Ello podría llevar al tribunal judicial a abstenerse de decidir con respecto a la ejecución de la medida cautelar hasta que se haya aclarado la cuestión de la competencia. No obstante, el aplazamiento de la decisión podría alentar a la otra parte a plantear la cuestión de la incompetencia del tribunal arbitral simplemente para retrasar la ejecución de la medida cautelar, aun cuando la

excepción tenga pocas posibilidades de prosperar. Por ello, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar una disposición, inspirada en el artículo 36 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI, con el siguiente enunciado:

> **Si se ha pedido a un tribunal judicial que se pronuncie sobre una decisión del tribunal arbitral de que es competente, el tribunal judicial al que se haya solicitado la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancias de la parte que pida la ejecución de la medida cautelar, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.**

Medidas a instancias de una parte

69. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la forma en que deberían abordarse las medidas cautelares adoptadas a instancias de parte (es decir, las medidas dictadas por el tribunal arbitral sin oír a la otra parte). Se ha dicho que esas medidas podrían ser adecuadas cuando sea necesario un elemento de sorpresa, es decir, cuando sea posible que la parte afectada pueda tratar de adelantarse a la medida llevando a cabo acciones que la conviertan en inútil o inejecutable. Por ejemplo, cuando se pide una medida cautelar para impedir que una parte saque bienes de una jurisdicción, esa parte podría sacar los bienes de la jurisdicción entre el momento en que tenga conocimiento de la solicitud y el momento en que se dicte la medida; de esa forma, la parte podría, de hecho, obviar la orden sin que ello supusiera, técnicamente, un incumplimiento.

70. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar que las disposiciones legislativas modelo no deberían interferir en las condiciones en que un tribunal arbitral debería poder dictar medidas cautelares a instancias de una parte. No obstante, se plantea la cuestión de si, cuando se presente la medida ante el tribunal para su ejecución, debería haberse informado de ello a la otra parte y haberle dado la oportunidad de cumplir la medida de manera voluntaria (o de pedir que se dejara sin efecto o se modificara). Cabe considerar que la medida no pierde su elemento de sorpresa si el tribunal arbitral notifica a la parte a la que va dirigida la medida una vez que ésta se dicte (en la notificación el tribunal arbitral podría, por ejemplo, instar a la parte a cumplir la medida o a oponerse a ella en un plazo fijado por el propio tribunal arbitral). De ser así, ¿qué debe hacer el tribunal judicial si, al presentársele la medida para su ejecución, no se ha notificado a la parte afectada? Una posibilidad puede ser que el tribunal judicial deniegue la ejecución y otra que retrase la emisión de una orden de ejecución hasta que la parte a la que vaya dirigida la medida haya tenido la oportunidad de cumplirla de manera voluntaria o de hacer valer sus derechos.

Posibilidad de volver a formular la medida cautelar dictada por el tribunal arbitral

71. En una legislación nacional se dispone que, para la ejecución de una medida cautelar, el tribunal judicial podrá volver a redactar o formular nuevamente la medida si ello fuera necesario. En caso de que el Grupo de Trabajo considere aceptable esta idea, podría ser necesario definir el alcance de la nueva redacción o formulación posible. Se sugiere que la posibilidad de volver a redactar o de formular

nuevamente la medida se limite a hacer que la medida pueda ejecutarse conforme al derecho procesal del tribunal judicial y no incluya la facultad discrecional de modificar el fondo de la medida. Si el tribunal judicial considera que la medida no es ejecutable por razones de fondo, deberá denegar la ejecución y no modificar la medida.

72. Las circunstancias en las que podría ser conveniente permitir que se vuelva a formular la medida pueden ser, por ejemplo, los supuestos en los que la forma en que la medida fue formulada por el tribunal arbitral no corresponde a las normas de ejecución del tribunal judicial. Por ejemplo, el tribunal judicial encargado de la ejecución puede estar obligado a aplicar normas o prácticas procesales con respecto a detalles concretos que deban figurar en la orden de ejecución o con respecto a la forma en que vaya a llevarse a cabo la ejecución, lo que puede exigir que la medida vuelva a dictarse de manera acorde con dichas normas y prácticas procesales. Otro ejemplo podría ser una orden de ejecución de una medida provisional en la que se diga a una de las partes que entregue a la otra determinados documentos. El derecho del país en el que se realice la ejecución puede contar con normas sobre protección de la intimidad y normas de inmunidad que exijan que el tribunal que ejecute la orden excluya los documentos a los que afecten dichas normas.

Requisito de que el tribunal considere definitivas las conclusiones del tribunal arbitral

73. Algunos ordenamientos jurídicos que permiten a las partes elegir entre solicitar la medida cautelar a un tribunal arbitral o a un tribunal judicial nacional (véase el párrafo 62 *supra*) han aprobado una disposición en virtud de la cual “cuando una de las partes solicite a un tribunal judicial una orden de actuación o de abstención o cualquier otra medida cautelar y un tribunal arbitral haya adoptado ya una decisión sobre cualquier cuestión relativa a la solicitud, el tribunal judicial considerará la decisión o cualquier conclusión de hecho a la que se haya llegado en el curso de la decisión como concluyente a los fines de su aplicación”. Una disposición similar establece que “al considerar una solicitud de una medida cautelar, el tribunal judicial considerará concluyentes todas y cada una de las conclusiones de hecho del tribunal arbitral, incluida la probable legitimidad de la reclamación objeto de la concesión de la medida cautelar que el tribunal arbitral haya concedido previamente en el procedimiento pertinente, siempre que la concesión de dicha medida cautelar no constituya una violación del orden público”.

74. Estas disposiciones de legislaciones nacionales no se refieren, en sentido estricto, a la ejecución de medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral, sino que más bien disponen que el tribunal judicial dictará su propia medida cautelar, pero al hacerlo dará por sentadas ciertas conclusiones del tribunal arbitral. Tal vez pueda considerarse si la idea subyacente podría adaptarse a la disposición relativa a la ejecución que está examinando el Grupo de Trabajo; por ejemplo, si debería concederse al tribunal judicial cierto grado de discrecionalidad a la hora de ejecutar medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral, también podría establecerse que determinadas conclusiones del tribunal arbitral (por ejemplo, con respecto a la urgencia y a la necesidad de la medida, incluido el hecho de que el solicitante sufriría pérdidas graves e irreparables si no se dictara la medida), no habrían de ser examinadas nuevamente por el tribunal judicial.

Posibilidad de denegar la ejecución de una medida por carecer el tribunal arbitral de competencia para dictar la medida

75. Otra cuestión que tal vez desee examinar el Grupo de Trabajo es la de si el tribunal judicial debería denegar la ejecución de una medida cautelar cuando el tribunal arbitral, en virtud del acuerdo de las partes o del derecho aplicable al procedimiento arbitral, no fuera competente para dictar la medida. Por ejemplo, en algunas legislaciones nacionales, el tribunal arbitral no tiene competencia para dictar medidas cautelares o para dictar algunos tipos de medidas (por ejemplo, embargos de bienes) o no está facultado para ordenar medidas a menos que esa facultad emane del acuerdo de las partes.

76. Si la competencia del tribunal arbitral para ordenar la medida debe incluirse entre las condiciones expresas de la ejecución, una cuestión que habrá de considerarse es si debería presumirse que el tribunal arbitral era competente para ordenar la medida cautelar salvo prueba en contrario. Otra cuestión podría ser si, en el caso de una ejecución transfronteriza (por ejemplo, cuando se pide al tribunal judicial que ejecute una medida dictada en un arbitraje celebrado en un país extranjero), debería considerarse la competencia del tribunal arbitral a la luz del derecho del lugar del arbitraje, del derecho del Estado en el que se lleva a cabo la ejecución o de ambos derechos.

Apelación de la decisión de un tribunal judicial por la que se ordena la ejecución

77. La urgencia es a menudo un elemento de las medidas cautelares. En vista de ello, tal vez pueda plantearse la posibilidad de que en la disposición legislativa modelo (o en la guía para su incorporación al derecho interno) se recomiende limitar el derecho a apelar una decisión de un tribunal judicial que permita la ejecución de la medida (por ejemplo, exigiendo que no haya apelación o que haya un requisito de autorización de la apelación).

Alcance de las medidas de ejecución

78. Cabe recordar que en el Grupo de Trabajo se hizo frecuentemente referencia a tres grupos de medidas cautelares: a) medidas para facilitar la sustanciación de un procedimiento arbitral, b) medidas para evitar cierta pérdida o daño o para preservar cierto estado de cosas hasta que se resuelva la controversia, y c) medidas para facilitar la ejecución ulterior del laudo (descritas de manera más detallada en el documento A/CN.9/WG.II/WP.108, párr. 63). Aunque se observó que esa clasificación no era más que una de diversas posibilidades y que los ejemplos de medidas dados en cada categoría no eran exhaustivos, se señaló que la necesidad de un mecanismo de ejecución era mayor en el caso de las medidas incluidas en el apartado c) (por ejemplo, embargo de bienes, órdenes de no sacar el bien objeto de la controversia de una jurisdicción u órdenes de dar una garantía) y en el caso de algunas de las medidas del apartado b) (por ejemplo, órdenes de proseguir la ejecución de un contrato durante el procedimiento arbitral u órdenes de impedir la adopción de medidas hasta que se dicte el laudo). En cuanto a las medidas del apartado a) se observó que, como el tribunal arbitral podía “llegar a conclusiones adversas” si la parte no cumplía la medida, o tener en cuenta ese incumplimiento en su decisión final sobre las costas del procedimiento arbitral, era menos necesario solicitar la

intervención judicial para ejecutar la medida. Sin embargo, no se llegó a una opinión firme en esa etapa del debate sobre si esas diferencias entre las medidas cautelares debían influir en la redacción del futuro régimen de la ejecución y, en tal caso, de qué forma (documento A/CN.9/468, párr. 69).

79. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la cuestión de si sería conveniente describir o definir el alcance de las medidas a las que se aplicaría la disposición legislativa modelo. Al estudiar esta cuestión, tal vez debería tenerse en cuenta que en el artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional ya figura una referencia general a las medidas cautelares que puede dictar un tribunal arbitral y que no es necesario que figure otra descripción en las disposiciones relativas a la ejecución de dichas medidas.

80. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar también la relación entre ciertas medidas cautelares incluidas en el proyecto de disposiciones modelo que se está preparando (en particular las medidas para la conservación o la custodia de pruebas) y el artículo 27 de la Ley Modelo de la CNUDMI relativo a la asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas.

III. Conciliación

A. Observaciones introductorias

81. En su 32º período se sesiones, el Grupo de Trabajo decidió preparar un régimen uniforme sobre procedimientos en los que las partes en una controversia invitan a una persona o a un grupo de personas a que les ayuden con independencia e imparcialidad a llegar a un arreglo amigable de la controversia (procedimientos de conciliación). Las deliberaciones del Grupo de Trabajo figuran en el documento A/CN.9/468, párrs. 18 a 59.

82. El Grupo de Trabajo no adoptó una decisión firme con respecto a la forma definitiva del régimen uniforme. No obstante, de acuerdo con las consideraciones preliminares del Grupo de Trabajo (A/CN.9/468, párr. 20), los proyectos preparados por la Secretaría revisten la forma de disposiciones legislativas modelo. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo en que se restringiera la aplicabilidad de cualquier régimen uniforme a las cuestiones de carácter comercial (*ibid.*, párr. 21).

83. Cabe señalar que, además del término “conciliación”, en la práctica se utilizan otros términos como los de “mediación” y “evaluación neutral”. Con frecuencia estos términos se usan indistintamente y parece dárseles el mismo significado. En otros casos se hace una distinción en función de los estilos o técnicas procesales empleados. No obstante, aun cuando se asigne un significado específico a un término, su empleo no es homogéneo. Por ejemplo, según una distinción, la mediación supone una participación activa de un tercero en el proceso de fomento de un arreglo convenido, mientras que la conciliación se considera un proceso en el que el conciliador es únicamente un moderador del diálogo entre las partes enfrentadas. Según otra distinción, el conciliador desempeñaría un papel activo, expresando opiniones sobre los puntos relativamente fuertes y débiles de los argumentos de las partes y formulando sugerencias o recomendaciones sobre el

contenido de una posible transacción, mientras que el mediador se abstendría de utilizar métodos de evaluación y trataría más bien de facilitar el diálogo entre las partes induciéndolas a formular y concertar un arreglo. Estas diferentes técnicas o criterios procesales, aun cuando pueden distinguirse desde el punto de vista conceptual, se presentan en la práctica como un abanico de técnicas diversas que pueden seleccionarse, combinarse y adaptarse a las expectativas de las partes. En función de las partes, el mediador o el conciliador podrá tener que utilizar distintas técnicas a fin de llegar a un arreglo.

84. Dado que el uso lingüístico no está bien definido, el término "conciliación" se ha utilizado en el proyecto para indicar un concepto amplio que abarca varios tipos de procedimientos en los que las partes en una controversia cuentan con la asistencia de una persona independiente e imparcial para resolver una controversia.

85. El proyecto de artículo 2 1) de las disposiciones legislativas modelo tiene como finalidad enunciar ese concepto amplio de conciliación. A ese efecto puede incluirse una aclaración en un texto explicativo que acompañe al régimen uniforme (una "guía para su incorporación al derecho interno" conforme a la práctica de redacción de legislación de la Comisión), que tal vez el Grupo de Trabajo podría decidir elaborar como complemento de las disposiciones legislativas modelo.

86. El proyecto de disposiciones legislativas modelo que figura a continuación se ha elaborado de acuerdo con las consideraciones y decisiones del Grupo de Trabajo. Tras su examen, tal vez el Grupo de Trabajo desee pedir a la Secretaría que prepare un proyecto revisado para que lo examine el Grupo de Trabajo en su 34º período de sesiones (Nueva York, 21 de mayo a 1º de junio de 2001).

B. Disposiciones legislativas modelo sobre conciliación

Artículo 1. Ámbito de aplicación

[A menos que las partes acuerden otra cosa,] las presentes disposiciones legislativas se aplicarán a la conciliación en las transacciones comerciales*.

*** Debe darse una interpretación amplia al término "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las transacciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier transacción comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro *("factoring")*, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra *("leasing")*, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.**

Notas

87. Carácter facultativo de las disposiciones legislativas modelo. El Grupo de Trabajo no ha adoptado una posición general con respecto a si las disposiciones legislativas modelo sobre conciliación tendrán carácter facultativo o si algunas de ellas se aplicarán independientemente de que exista acuerdo en contrario de las partes. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar esta cuestión cuando examine las disposiciones del proyecto. Si se va a considerar que todas las disposiciones modelo son de carácter facultativo, se podría decir de manera general, por ejemplo, añadiendo la expresión “a menos que las partes acuerden otra cosa” en el proyecto de artículo 1 que figura más arriba.

88. Nota sobre el término “comercial”. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo en que se restringiera la aplicabilidad de cualquier régimen uniforme que se elaborase a las cuestiones de carácter comercial. Se sugirió que sería apropiado definir las cuestiones que habían de considerarse de índole comercial adjuntando al texto una nota como la que figuraba al pie del artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (A/CN.9/468, párr. 21). Otra posibilidad sería incluir una explicación del sentido amplio del término “comercial” en la guía para la incorporación al derecho interno de las disposiciones legislativas modelo.

89. Internacional o internacional y nacional. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si las disposiciones legislativas modelo deberían ser aplicables a la conciliación en general, independientemente de que ésta se considere o no internacional, o únicamente a la conciliación internacional. Si se decide que las disposiciones deberían ser aplicables únicamente a la conciliación internacional, podría agregarse al texto una disposición en la que se definiera el significado de “internacional” (inspirada en el Art. 1 3) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje) con el siguiente enunciado:

2) Una conciliación es internacional si:

a) las partes en un acuerdo de conciliación, en el momento de la celebración de ese acuerdo, tienen sus establecimientos en Estados diferentes; o

b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

i) el lugar en que las partes hayan de reunirse con el conciliador[23] [si estuviera determinado en el acuerdo de conciliación o de conformidad con el mismo];

---

[23] La expresión “el lugar en que las partes hayan de reunirse con el conciliador” está inspirada en el artículo 9 2) del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. Para incluir los supuestos en los que las partes se comuniquen con el conciliador utilizando medios electrónicos sin que se prevea una reunión, podría añadirse el establecimiento o la residencia habitual del conciliador como criterio adicional en el apartado b).

ii) el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el que el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o si

c) las partes han convenido [expresamente] en que la cuestión objeto del acuerdo de conciliación está relacionada con más de un Estado.

3) A los efectos del presente artículo:

a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de conciliación;

b) si una parte carece de establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

90. Aplicabilidad de las disposiciones legislativas modelo. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si en el proyecto de artículo deberían figurar otras disposiciones en las que se defina cuándo se aplicarán las disposiciones legislativas modelo. Posibles criterios para ello pueden ser, por ejemplo, que el procedimiento de conciliación tenga lugar en el Estado que ha promulgado las disposiciones legislativas modelo o, si las partes han de reunirse con el conciliador en el Estado promulgante, que una de las partes tenga su establecimiento en ese Estado, o que las partes acordaran la aplicación del derecho del Estado promulgante. Hay que señalar que, ante el creciente empleo de las comunicaciones electrónicas y las teleconferencias para el arreglo de controversias comerciales, tal vez sea aconsejable incluir otros criterios como el acuerdo de las partes con respecto al lugar que se entenderá como lugar de la conciliación, la ubicación de la organización que facilita o administra el proceso (como un centro de mediación o de conciliación) y el establecimiento o la residencia del conciliador o de la persona que presida el grupo de conciliación.

Artículo 2. [Disposiciones generales] [Sustanciación de la conciliación]

1) El conciliador o un grupo de conciliadores ayudará a las partes de manera independiente e imparcial en sus esfuerzos por lograr un arreglo de la controversia.

2) Las partes determinarán, [por remisión a las normas de conciliación o de otra forma], la selección del conciliador o del grupo de conciliadores, la forma en que se sustanciará la conciliación y otros aspectos del procedimiento de conciliación[24].

---

[24] Una disposición alternativa (algo más detallada) podría ser la siguiente: 2) Las partes determinarán, [por remisión a las normas de conciliación o de otro modo], la selección del conciliador o del grupo de conciliadores, el momento y el lugar del procedimiento de conciliación, los métodos de comunicación entre el conciliador o el grupo de conciliadores y las partes, toda asistencia administrativa para facilitar la sustanciación de la conciliación y cualquier otro aspecto del procedimiento de conciliación.

3) [Con sujeción al acuerdo de las partes] [de no existir dicho acuerdo], el conciliador o el grupo de conciliadores podrá sustanciar el procedimiento conciliatorio en la forma que estime adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los deseos que expresen las partes, [incluida la solicitud de cualquiera de ellas de que el conciliador oiga declaraciones orales,] y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.

4) El conciliador se atendrá a los principios de objetividad, equidad y justicia. [Con sujeción al acuerdo de las partes, el conciliador podrá tener en cuenta, entre otras cosas, los derechos y las obligaciones de las partes, los usos del tráfico mercantil de que se trate y las circunstancias de la controversia, incluso cualesquiera prácticas establecidas entre las partes.]

[5. El conciliador podrá, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, formular propuestas para una transacción de la controversia.]

Notas

91. El proyecto de artículo 2 se ha preparado en respuesta a la opinión del Grupo de Trabajo de que sería útil elaborar una disposición uniforme que estableciera los principios rectores de los procedimientos de conciliación. Esa disposición contribuiría a armonizar las normas en materia de conciliación y sería también útil para definir los procedimientos de conciliación a los que se aplicarían las disposiciones legislativas modelo sobre conciliación. Se convino en que el artículo 7 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI ofrece una buena base para redactar esta disposición uniforme (A/CN.9/468, párrs. 56 a 59; véanse en particular los párrafos 57 y 58 en relación con posibles modificaciones del proyecto de artículo).

92. Párrafos 4) y 5). Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si el texto que figura entre corchetes en el párrafo 4) es necesario. Dados los diferentes criterios con respecto a la conciliación, el enfoque del proceso no será siempre el mismo; por ejemplo, los derechos y obligaciones de las partes o las prácticas empresariales anteriores desempeñan realmente un papel importante en muchas conciliaciones, pero hay también muchos casos en que el conciliador se abstiene de evaluar los derechos y obligaciones contractuales, o en que se busca la solución modificando los derechos y obligaciones contractuales o en futuras prácticas empresariales. Para recoger esa variedad, en el texto se utiliza la fórmula “el conciliador *podrá* tener en cuenta”. No obstante, ante la utilización del término “podrá”, que hace que la disposición sea imprecisa, podría estudiarse la posibilidad de recoger la descripción del fondo del proceso decisorio en la guía para la incorporación al derecho interno. Por razones similares, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la necesidad del párrafo 5). Si se estima que la posibilidad de formular propuestas para llegar a una transacción no quedaría en duda sin la disposición, ésta podría suprimirse, en particular teniendo en cuenta que a menudo se considera que la mejor solución consiste en evitar, en la medida de lo posible, hacer propuestas sobre cómo resolver la controversia.

Artículo 3. Comunicaciones entre el conciliador y las partes

A menos que las partes acuerden otra cosa, el conciliador o el grupo de conciliadores podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o con cada una de ellas por separado.

Nota

93. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre este punto figuran en los párrafos 54 y 55 del documento A/CN.9/468. Puede ocurrir que las reuniones por separado entre el conciliador y las partes sean tan habituales que se presuma que el conciliador tiene libertad para utilizar esta técnica, salvo que las partes hayan acordado una restricción expresa. La finalidad de esta disposición es dejar la cuestión fuera de dudas.

Artículo 4. Revelación de información

[Variante 1:] **Si el conciliador o el grupo de conciliadores recibe de una de las partes información acerca de la controversia, podrá revelar su contenido a la otra parte a fin de que ésta pueda presentarle las explicaciones que estime convenientes. No obstante, [las partes podrán acordar otra cosa, incluido que] el conciliador o el grupo de conciliadores no deberá revelar la información que reciba de una de las partes, si esa parte ha facilitado la información al conciliador o al grupo de conciliadores bajo la condición expresa de que se mantenga confidencial.**

[Variante 2:] **A reserva de lo que acuerden las partes, nada de lo que una de las partes comunique con carácter privado al conciliador o al grupo de conciliadores en relación con la controversia podrá ser revelado a la otra parte sin el consentimiento expreso de la parte que facilitó la información.**

Nota

94. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo figuran en los párrafos 54 y 55 del documento A/CN.9/468.

Artículo 5. Inicio de la conciliación[25]

El procedimiento conciliatorio relativo a una determinada controversia se iniciará en la fecha en que la invitación [por escrito] a someter la controversia a conciliación que formule una de las partes sea aceptada [por escrito] por la otra parte.

Notas

95. Tal vez el Grupo de Trabajo podría estudiar si sería aceptable dejar la cuestión del momento en el que se inicia (y termina) la conciliación al criterio de quien tenga que adoptar la decisión (por ejemplo un tribunal judicial), en función de los hechos

[25] Véase el artículo 2 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

y circunstancias del caso, y no regular esa cuestión en las disposiciones legislativas modelo. No obstante, sería conveniente tener certeza con respecto a la fecha en la que puede comenzar el procedimiento de conciliación en el caso de que éste afecte al plazo de prescripción.

96. Tal vez el Grupo de Trabajo desee asimismo examinar si sería útil incluir en el proyecto de artículo una disposición que aborde el supuesto de que no se haya respondido a la invitación a la conciliación. El enunciado de tal disposición, inspirada en el artículo 2 4) del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, podría ser el siguiente: la parte que inicie la conciliación, si no recibe respuesta dentro de los [treinta] días siguientes al envío de la invitación, o dentro de otro período de tiempo especificado en ella, tendrá la opción de considerar esa circunstancia como rechazo de la invitación a la conciliación.

Artículo 6. Conclusión de la conciliación[26]

El procedimiento conciliatorio concluirá:

a) por la firma de un acuerdo de transacción por las partes, en la fecha del acuerdo;

b) por una declaración escrita del conciliador hecha después de efectuar consultas con las partes en el sentido de que ya no se justifican ulteriores esfuerzos de conciliación, en la fecha de la declaración;

c) por una declaración escrita dirigida al conciliador por las partes en el sentido de que el procedimiento conciliatorio queda concluido, en la fecha de la declaración; o

d) por una notificación escrita dirigida por una de las partes a la otra y al conciliador, si éste ha sido designado, en el sentido de que el procedimiento conciliatorio queda concluido, en la fecha de la declaración.

Artículo 7. Plazo de prescripción[27]

1) *[Variante 1:]* **Cuando se inicie el procedimiento de conciliación, dejará de correr el plazo de prescripción del asunto objeto de la conciliación.** *[Variante 2:]* **A los fines de la interrupción del plazo de prescripción, se considerará como inicio del procedimiento conciliatorio cualquier acto que dé lugar a la interrupción del plazo de prescripción.**

2) Cuando el procedimiento de conciliación haya concluido sin llegar a una transacción, se considerará que el plazo de prescripción ha seguido corriendo. Cuando, en ese caso, el plazo de prescripción ya hubiera expirado o faltaran

---

[26] Véase el artículo 15 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

[27] Véanse los artículos 13 y 17 de la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías en su forma enmendada por el Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías.

menos de [seis meses] para que expirase, el demandante tendrá derecho a otro plazo de [seis meses] contado a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio.

Nota

97. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo figuran en los párrafos 50 a 53 del documento A/CN.9/468.

Artículo 8. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

1) A menos que las partes acuerden otra cosa, la parte que participe en un procedimiento conciliatorio [o un tercero[28]] no invocará ni propondrá como pruebas en un procedimiento arbitral o judicial, se relacionen éstos o no con la controversia objeto del procedimiento de conciliación:

a) Opiniones expresadas o sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de [cuestiones objeto de controversia o] una posible solución de la controversia;

b) Hechos que haya reconocido una de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio;

c) Propuestas formuladas por el conciliador;

d) El hecho de que una de las partes haya indicado estar dispuesta a aceptar una propuesta de solución formulada por el conciliador.

2) [Estén o no relacionados el procedimiento arbitral o judicial con la controversia objeto del procedimiento conciliatorio], el tribunal arbitral o judicial no ordenará la divulgación de la información a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo.

3) Cuando se hayan presentado pruebas en contravención del párrafo 1) del presente artículo, el tribunal arbitral o judicial considerará dichas pruebas inadmisibles[29].

Notas

98. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo figuran en los párrafos 22 a 30 del documento A/CN.9/468.

---

[28] Se sugirió en el Grupo de Trabajo que la disposición modelo fuera aplicable a los supuestos en los que se tratara de hacer valer opiniones, admisiones o propuestas expresadas durante un procedimiento de conciliación en un procedimiento judicial o arbitral ulterior, no ya por una de las partes en dicho procedimiento de conciliación sino por un tercero en dicho procedimiento, como sería un subcontratista de alguna de las partes; A/CN.9/468, párr. 25.

[29] A/CN.9/468, párr. 27.

99. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si sería útil aclarar, en la disposición modelo o de cualquier otro modo, que toda información admisible como prueba no se convierte en inadmisible por la única razón de ser invocada en un procedimiento de conciliación. Sólo son inadmisibles algunas declaraciones formuladas en procedimientos conciliatorios (por ejemplo, opiniones, admisiones, propuestas e indicios de la voluntad de llegar a un acuerdo), no cualquier prueba subyacente que dé lugar a la declaración. Por tanto, las pruebas que se utilicen en la conciliación serán admisibles en cualquier procedimiento ulterior del mismo modo que lo serían si no hubiera tenido lugar la conciliación.

100. La finalidad de establecer en el proyecto de artículo 8 privilegios en materia probatoria para determinados tipos de información es fomentar la espontaneidad de las partes en la conciliación. Para lograr ese fin, las partes deben poder iniciar la conciliación conociendo el alcance de la disposición y sabiendo que ésta será aplicada. No obstante, como se señala en el párrafo 33 del documento A/CN.9/468, puede haber situaciones en que la prueba de ciertos hechos sería inadmisible de conformidad con el proyecto de artículo 8, pero en que la inadmisibilidad se vería anulada por la ineludible necesidad de tener en cuenta razones imperiosas de orden público. Estas situaciones excepcionales pueden plantearse, por ejemplo, en el caso en que sea necesario desvelar las amenazas de uno de los participantes de ocasionar daños físicos o pérdidas o daños materiales ilícitos; cuando uno de los participantes trate de utilizar la conciliación para planear o cometer un delito; cuando la prueba sea necesaria para demostrar el fundamento o la falta de fundamento de una acusación de mala conducta profesional basándose en la conducta que tuvo lugar durante la conciliación; cuando la prueba sea necesaria en un procedimiento en que haya acusaciones de fraude o coacción con respecto a la validez o a la ejecutoriedad de un acuerdo concertado por las partes; o cuando declaraciones hechas durante la conciliación denoten una amenaza importante para la seguridad o la salud públicas. Si bien parece que la norma probatoria del proyecto de artículo 8 debería dejarse sin aplicación en tales situaciones, independientemente de que la excepción figure en la disposición legislativa modelo, la cuestión es si, en aras de la claridad y para evitar dudas, esas excepciones deberían recogerse en las disposiciones legislativas modelo o si debería dejarse que el derecho aplicable en materia de pruebas abordara estas excepciones cuando surgieran.

Artículo 9. Función del conciliador en otros procedimientos

a) A menos que las partes acuerden otra cosa, el conciliador no actuará como árbitro[30], representante ni asesor de una parte en ningún procedimiento arbitral o judicial relativo a una controversia que hubiera sido objeto del procedimiento conciliatorio.

---

[30] Cabe señalar que las normas existentes que rigen la conducta de los árbitros abordan la cuestión de si una persona que haya actuado como conciliador puede aceptar la función de árbitro y en qué circunstancias puede hacerlo. No obstante, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la conveniencia de hacer referencia a los árbitros en el apartado a) a fin de que no quede ninguna duda de que las partes tienen libertad, cuando así lo acuerden, para nombrar árbitro a un conciliador.

b) No se admitirá el testimonio del conciliador acerca de los hechos a que se refiere el artículo 7 1) en ningún procedimiento arbitral o judicial relativo a una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio.

c) Los párrafos 1) y 2) serán también aplicables en relación con cualquier otra controversia que surja a raíz del mismo contrato o de otro que forme parte de una única transacción comercial[31].

Nota

101. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo figuran en los párrafos 31 a 37 del documento A/CN.9/468.

Artículo 10. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

[Variante 1] **Las partes no iniciarán, durante el procedimiento conciliatorio, ningún procedimiento arbitral o judicial respecto de una controversia que sea objeto del procedimiento conciliatorio, con la salvedad de que una parte podrá iniciar un procedimiento arbitral o judicial cuando ésta estime que tal procedimiento es necesario para conservar sus derechos**.

[Variante 2] **Las partes podrán acordar no iniciar, durante el procedimiento conciliatorio, ningún procedimiento arbitral o judicial respecto de una controversia que sea objeto del procedimiento conciliatorio. No obstante, una parte podrá iniciar un procedimiento arbitral o judicial cuando ésta estime que tal procedimiento es necesario para conservar sus derechos [y siempre que la parte notifique a la otra parte su intención de iniciar el procedimiento]. El inicio de dicho procedimiento por una de las partes no implicará en sí que el procedimiento conciliatorio ha concluido.**

[Variante 3] **En la medida en que las partes se hayan comprometido de manera expresa a no iniciar [durante un período determinado o hasta que haya tenido lugar un procedimiento conciliatorio] un procedimiento arbitral o judicial respecto de una controversia presente o futura, el tribunal judicial o arbitral se atendrá a dicho compromiso hasta que haya transcurrido el período acordado o se haya iniciado el procedimiento conciliatorio[32]**.

Nota

102. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo figuran en los párrafos 45 a 49 del documento A/CN.9/468.

---

[31] A/CN.9/468, párr. 36.
[32] A/CN.9/468, párr. 48.

Artículo 11. Actuación del árbitro como conciliador

No será incompatible con la función de árbitro cuando éste plantee la cuestión de una posible conciliación y, en la medida en que así lo hayan acordado las partes, participe en los esfuerzos por llegar a una solución convenida.

Notas

103. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo figuran en los párrafos 41 a 44 del documento A/CN.9/468.

104. Como señaló la Comisión durante la preparación del texto que posteriormente se aprobó como Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (en particular en el párrafo 47 de las notas), existen diferentes actitudes y prácticas con respecto a la cuestión de si es conveniente que un árbitro evoque la posibilidad de un acuerdo, y de ser así en qué forma, y de si un árbitro podría realizar algunas de las funciones del conciliador[33]. Además, algunas reglas sobre arbitraje (incluidos los códigos de ética que rigen la conducta de los árbitros) cuentan con disposiciones sobre la actuación de los árbitros como conciliadores. A la vista de estas diferencias, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si sería preferible no formular una disposición uniforme sobre la cuestión y dejar que se rija por las normas y prácticas en materia de arbitraje.

---

[33] En el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 27º período de sesiones (1994), documento A/49/17 (reproducido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XXV: 1994), se dice:

"143. Hubo divergencia de opiniones a la hora de considerar si procedía que el tribunal arbitral plantease por su propia iniciativa la cuestión de una posible solución y cómo podría participar el tribunal en las negociaciones encaminadas a lograr una solución. Se indicó que, en algunos ordenamientos jurídicos, el hecho de averiguar si era posible llegar a una solución era incompatible con la función de árbitro; además, se dijo que, a causa de esa averiguación, podría empeorar el clima del proceso, una de las partes podría encontrarse en la incómoda situación de tener que negarse a llegar a un acuerdo, se podría dudar de la imparcialidad de los árbitros y, en caso de que no se lograse una conciliación, aumentarían las posibilidades de que se formulasen objeciones al laudo.

144. Se indicó que había ordenamientos jurídicos en los que se preveía que se realizase esa investigación en la legislación procesal y en los que, en ocasiones, ello se consideraba aceptable y deseable, siempre que no se pusiera en entredicho la imparcialidad del tribunal.

145. Por lo que respecta al hecho de que las partes, por su propia iniciativa, pidiesen al tribunal arbitral que les prestase asistencia para llegar a una solución, se expresó la opinión de que eran difíciles de conciliar las funciones de árbitro y de conciliador, por lo que procedía que los árbitros se negasen a actuar como conciliadores o mostrasen reservas respecto de iniciativas de esa índole. Según otra opinión, el tribunal arbitral debería mantener celosamente su imparcialidad en todo momento, si bien las ventajas de lograr una solución justificaba que se aviniese a atender a la petición que las partes le formulasen al respecto."

Artículo 12. Ejecutoriedad de la transacción

Si las partes llegan a un acuerdo sobre la solución de la controversia y las partes y el conciliador o el grupo de conciliadores han firmado un acuerdo de transacción vinculante, dicho acuerdo será ejecutable *[el Estado promulgante agregará aquí disposiciones concretas para regular la ejecutoriedad de tales acuerdos].*

Notas

105. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo figuran en los párrafos 38 a 40 del documento A/CN.9/468.

106. Las soluciones legislativas referentes a la ejecutoriedad de las soluciones acordadas en procedimientos de conciliación difieren ampliamente. Algunos Estados no cuentan con disposiciones especiales sobre la ejecutoriedad de las transacciones, con el resultado de que éstas serían ejecutables como cualquier contrato entre las partes. Este criterio de la ejecutoriedad de las transacciones de conciliación como si fueran contratos se ha reiterado en algunas legislaciones en materia de conciliación.

107. No obstante, hay también legislaciones que disponen la ejecución expeditiva de esas transacciones. La introducción de la ejecución expeditiva se ha justificado generalmente con la necesidad de fomentar la conciliación y evitar situaciones en que un procedimiento judicial basado en un contrato para ejecutar una transacción pueda demorarse meses o años antes de que se dicte una sentencia que finalmente se ejecute.

108. Algunas legislaciones cuentan con disposiciones virtud de las cuales un acuerdo de transacción escrito se considera como un laudo emitido por un tribunal arbitral y produce los mismos efectos que un laudo definitivo en arbitraje, siempre que el resultado de la conciliación figure por escrito y esté firmado por el conciliador o los conciliadores y las partes o los representantes de éstas.

109. En otra legislación nacional se considera el acuerdo de transacción como un título ejecutable y los derechos, deudas y obligaciones ciertos, expresos y que puedan ejecutarse y figuren en el acuerdo de transacción son ejecutables conforme a las disposiciones relativas a la ejecución de decisiones judiciales. No obstante, cabe señalar que esa disposición se refiere a la conciliación que llevan a cabo instituciones homologadas en las que los conciliadores son elegidos de una lista que elabora un órgano oficial.

110. En otras legislaciones se dispone que las transacciones de conciliación son equiparables a laudos, pero que esas transacciones “podrán, con autorización del tribunal judicial”, ejecutarse de la misma forma que las sentencias, enunciado que parece dejar cierto margen de discrecionalidad al tribunal judicial al ejecutar la transacción.

111. También existe un proyecto de solución legislativa, algunos de cuyos elementos son los siguientes: una parte en un acuerdo de transacción podrá, con el consentimiento de todas las partes en dicho acuerdo, solicitar a un tribunal judicial

que dicte una sentencia conforme al acuerdo de transacción, siempre que i) se presente una solicitud ante el tribunal judicial en un plazo determinado a partir de la firma de la transacción; ii) se dé la notificación correspondiente a todas las partes que firmaron la transacción en un plazo determinado a partir de la presentación de dicha solicitud; y iii) ninguna de las partes en la transacción oponga objeción alguna ante el tribunal judicial en un plazo determinado desde el momento en que recibió la notificación. Si se opone alguna objeción, el tribunal judicial podrá en algunos casos, incluidos aquellos en que lo requieran los intereses de la justicia, denegar la solicitud, sin perjuicio de cualquier recurso o derecho contractual que pudiera existir.

112. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la conveniencia y viabilidad de preparar una disposición modelo uniforme que sea generalmente aceptable y determinar el eventual contenido del régimen uniforme. Otra posibilidad consistiría en considerar que, ante la diversidad de criterios, el proyecto de artículo 12 no debería ofrecer una solución uniforme, dejando más bien que se examinen posibles soluciones en la guía para la incorporación al derecho interno, que tal vez el Grupo de Trabajo desee aprobar junto con las disposiciones legislativas modelo. En la guía, además de ofrecerse soluciones como las sugeridas, podrían mencionarse mecanismos reconocidos en algunas legislaciones nacionales para la realización de transacciones que puedan ejecutarse de manera expeditiva (por ejemplo que la transacción se protocolice, que un juez la formalice o que en ella figure asimismo la firma del consejero de las partes). Otra solución que podría mencionarse sería la de facultar a las partes que hayan llegado a una transacción en una controversia para que nombren un tribunal arbitral con el fin específico de emitir un laudo sobre condiciones convenidas basadas en el acuerdo de las partes. Esa facultad específica puede ser necesaria cuando el derecho aplicable a los procedimientos arbitrales no permita su iniciación cuando no exista una controversia entre las partes.