



Asamblea General

Distr. general
20 de diciembre de 2000
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

34º período de sesiones

Viena, 25 de junio a 13 de julio de 2001

Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 33º período de sesiones (Viena, 20 de noviembre a 1º diciembre de 2000)

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción.....	1-14	3
I. Deliberaciones y Decisiones	15-160	6
II. Requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje	21-59	7
A. Observaciones generales	21-22	7
B. Texto propuesto para revisar el artículo 7 2) de la Ley Modelo sobre Arbitraje	23-44	8
1. Cuestiones conexas	45-49	13
2. Preparación de un borrador basado en las consideraciones del Grupo de Trabajo.....	50-59	15
III. Instrumento interpretativo del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York	60-77	18
A. Observaciones generales	60-61	18
B. Carácter vinculante	62-64	20
C. Forma del instrumento interpretativo	65-69	21
D. Relaciones con la revisión del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje.....	70	22
E. Observaciones generales respecto del contenido	71	23
F. Observaciones respecto de cada párrafo.....	72-76	23
G. Otros requisitos de forma escrita en la Convención de Nueva York	77	25

V.00-60410 (S) 240101 250101

* 0160410 *

IV.	Disposición legislativa modelo relativa a la ejecución de medidas cautelares	78-106	25
A.	Observaciones generales	78	25
B.	Texto y examen general de proyectos de propuesta.....	79-103	25
C.	Posible labor futura.....	104-106	31
V.	Conciliación.....	107-160	32
A.	Observaciones generales	107-110	32
B.	Artículo 1.....	111-120	33
C.	Artículo 2.....	121-125	36
D.	Artículos 3 a 5	126-132	37
E.	Artículos 6 y 7	133-138	38
F.	Artículo 8.....	139-146	41
G.	Artículo 9.....	147-153	43
H.	Artículo 10.....	154-158	44
I.	Artículos 11 y 12	159	45

Introducción

1. El 10 de junio de 1998, durante su 31º período de sesiones, la Comisión celebró una jornada conmemorativa 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). Además de los representantes de los Estados miembros de la Comisión y de los observadores, participaron en ese acontecimiento unos 300 invitados. El Secretario General de las Naciones Unidas pronunció el discurso de apertura. Además de intervenciones de antiguos representantes en la conferencia diplomática en que se aprobó la Convención, destacados expertos en materia de arbitraje presentaron informes sobre cuestiones como la promoción, ejecución y aplicación de la Convención. También se expusieron cuestiones que rebasaban el ámbito de la Convención propiamente dicha, como la interacción entre la Convención y otros textos jurídicos internacionales sobre arbitraje comercial internacional y las dificultades que surgían en la práctica pero que no se abordaban en los textos legislativos o no legislativos existentes sobre arbitraje¹.

2. En los informes presentados en esa conferencia conmemorativa se hicieron diversas sugerencias en el sentido de presentar a la Comisión algunos de los problemas que se habían observado en la práctica para que pudiese determinar si era conveniente y factible emprender una labor en esa esfera. En su 31º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión consideró, a raíz de las deliberaciones habidas con ocasión del Día de la Convención de Nueva York, que sería conveniente iniciar un examen de la posible labor futura en la esfera del arbitraje en su 32º período de sesiones y pidió a la Secretaría que preparara una nota que sirviese de base para sus deliberaciones².

3. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión tuvo ante sí la nota solicitada, titulada “Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional” (A/CN.9/460)³. La Comisión acogió favorablemente la oportunidad de poder examinar la conveniencia y viabilidad de seguir elaborando normas de derecho aplicables al arbitraje comercial internacional y consideró en general que había llegado el momento de evaluar la experiencia amplia y favorable adquirida en la promulgación de normas de derecho interno inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) (“la Ley Modelo sobre Arbitraje”), así como en la utilización del Reglamento de Arbitraje y el Reglamento

¹ *La ejecución de las sentencias arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York: experiencia y perspectivas* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.99.V.2).

² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/53/17)*, párr. 235.

³ La nota se basaba en ideas, sugerencias y consideraciones expresadas en diversos contextos, entre ellos el Día de la Convención de Nueva York (*La ejecución de las sentencias arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York: experiencia y perspectivas*, publicación de las Naciones Unidas, N° 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 N° 9*, Kluwer Law International, 1999); y otras conferencias y foros internacionales como la conferencia “Freshfields” de 1998: Gerold Herrmann, “Does the world need additional uniform legislation on arbitration?” *Arbitration International*, vol. 15 (1999), N° 3, pág. 211.

de Conciliación de la CNUDMI, y de evaluar en un foro universal como el de la Comisión la aceptabilidad de las ideas y propuestas presentadas para mejorar las leyes, reglamentos y prácticas aplicables al arbitraje⁴.

4. Cuando la Comisión examinó el tema, dejó abierta la cuestión de la forma que podría adoptar su labor futura. Se convino en que las decisiones pertinentes se adoptarían más adelante, una vez que se tuviese una idea más clara del contenido esencial de las soluciones propuestas. Un régimen uniforme podría adoptar la forma, por ejemplo, de un texto legislativo (disposiciones legislativas modelo o un tratado) o de un texto de carácter no legislativo (un reglamento contractual modelo o una guía práctica). Se insistió en que, aun cuando se considerara la elaboración de un tratado internacional, ese instrumento no modificaría la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)⁵.

5. La Comisión encomendó la labor a uno de sus tres grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, y decidió que los temas prioritarios del Grupo fueran: conciliación⁶, requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje⁷, fuerza ejecutiva de las medidas provisionales de protección⁸ y posibilidad de ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen⁹. El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje (denominado anteriormente “Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales”) inició la labor en su 32º período de sesiones, celebrado en Viena del 20 al 31 de marzo de 2000 (el informe correspondiente a ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/468).

6. El Grupo de Trabajo consideró la posibilidad de preparar textos armonizados sobre conciliación, medidas provisionales de protección y forma escrita del acuerdo de arbitraje. En relación con esos tres temas adoptó decisiones que la Secretaría hubo de aplicar al preparar proyectos para el actual período de sesiones del Grupo de Trabajo. Además, el Grupo intercambió opiniones preliminares sobre otros temas que se podrían abordar en el futuro (documento A/CN.9/468, párrs. 107 a 114).

7. En su 33º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 12 de junio al 7 de julio de 2000, la Comisión encomió la labor cumplida hasta el momento por el Grupo de Trabajo. Escuchó diversas observaciones en el sentido de que la labor sobre los temas del programa del Grupo de Trabajo era oportuna y necesaria a efectos de promover la certeza jurídica y la previsibilidad en el uso del arbitraje y la conciliación en el comercio internacional. Tomó nota de que el Grupo de Trabajo también había determinado otros temas, con diversos grados de prioridad, que se habían sugerido como objeto de una posible labor futura (documento A/CN.9/468, párrs. 107 a 114). La Comisión reafirmó el mandato del Grupo de Trabajo en lo que respecta a decidir el momento y la manera de abordarlos.

8. Se formularon varias declaraciones en el sentido de que el Grupo de Trabajo, al decidir el grado de prioridad de los temas futuros de su programa en general, debía prestar atención especial a lo que era viable y practicable y a las cuestiones respecto

⁴ *Ibid.*, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/54/17), párr. 337.

⁵ *Ibid.*, párrs. 337 a 376 y 380.

⁶ *Ibid.*, párrs. 340 a 343.

⁷ *Ibid.*, párrs. 344 a 350.

⁸ *Ibid.*, párrs. 371 a 373.

⁹ *Ibid.*, párrs. 374 y 375.

de las cuales las decisiones judiciales daban a lugar a una situación incierta o insatisfactoria desde el punto de vista jurídico. Los temas que se consideraron dignos de examen, además de los que pudiera determinar el propio Grupo de Trabajo, fueron: el significado y efecto de la disposición relativa al derecho más favorable enunciada en el artículo VII de la Convención de Nueva York de 1958 (A/55/17, párr. 109 k)); presentación de demandas en los procesos de arbitraje a efectos de compensación y la competencia del tribunal de arbitraje con respecto a dichas demandas (ibíd., párr. 107 g)); la autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas de su elección (ibíd., párr. 108 c)); la facultad discrecional residual para autorizar la ejecución de un laudo, pese a la existencia de una de las causales de rechazo enumeradas en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 (ibíd., párr. 109 i)); y la facultad del tribunal arbitral para otorgar intereses (ibíd., párr. 107 j)). Se tomó nota con aprobación de que, con respecto a los arbitrajes “en línea” (es decir, arbitrajes en los que una parte considerable del procedimiento arbitral o la totalidad de éste se realiza utilizando medios electrónicos de comunicación) (ibíd., párr. 113)), el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje cooperaría con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. En lo que concierne a la posibilidad de ejecutar un laudo que hubiera sido anulado en el Estado de origen (ibíd., párr. 107 m)), se opinó que no se esperaba que la cuestión planteara muchos problemas y que la jurisprudencia que había dado origen a la cuestión no se debería considerar una tendencia general.

9. El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bulgaria, Burkina Faso, Camerún, China, Colombia, Egipto, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, México, Nigeria, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Singapur, Sudán y Tailandia.

10. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Angola, Arabia Saudita, Canadá, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, Eslovenia, ex República Yugoslava de Macedonia, Filipinas, Grecia, Indonesia, Israel, Jamahiriya Árabe Libia, Líbano, Malasia, Marruecos, Panamá, Perú, República Checa, República de Corea, Suecia, Suiza, Túnez, Turquía, Ucrania y Uruguay.

11. También asistieron observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Comisión Económica para Europa (CEPE), Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano, Comité Consultivo sobre el artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC), Corte Permanente de Arbitraje, American Bar Association, Asser College Europe, Centro Regional de El Cairo de Arbitraje Comercial Internacional, Comité Marítimo Internacional, Centro de Arbitraje Comercial del Consejo de Cooperación del Golfo, Cámara de Comercio Internacional (CCI), Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial (CIAC), Corte de Arbitraje Internacional de Londres, Centro Regional de Arbitraje Comercial Internacional de Lagos y Chartered Institute of Arbitrators.

12. El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes personas para integrar la Mesa:

Presidente: Sr. José María ABASCAL ZAMORA (México);

Relator: Sr. Sani L. MOHAMMED (Nigeria).

13. El Grupo de Trabajo tuvo a la vista los siguientes documentos: programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.109); informe del Secretario General relativo a la preparación de textos uniformes sobre forma escrita del acuerdo de arbitraje, medidas provisionales de protección y conciliación (A/CN.9/WG.II/WP.110), e informe del Secretario General titulado Posible labor futura: normas uniformes sobre la adopción de medidas provisionales de protección por los tribunales en apoyo del arbitraje (A/CN.9/WG.II/WP.111).

14. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de textos armonizados sobre forma escrita del acuerdo de arbitraje, medidas provisionales de protección y conciliación.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

I. Deliberaciones y decisiones

15. El Grupo de Trabajo examinó el tema 3 del programa sobre la base del informe del Secretario General (documentos A/CN.9/WG.II/WP.110 y A/CN.9/WG.II/WP.111). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo respecto de este tema pueden verse reflejadas más adelante en los capítulos II a V.

16. Respecto del requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje, el Grupo de Trabajo examinó el proyecto de disposición legal modelo por la que se revisaba el artículo 7 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (presentado en el documento A/CN.9/WG.II/WP.110, en sus párrafos 15 a 26) y un grupo de redacción preparó otro proyecto de texto revisado para su examen por el Grupo de Trabajo. A raíz de las deliberaciones preliminares sobre este último proyecto, se pidió a la Secretaría que preparara proyectos de texto al respecto, tal vez con variantes, para su examen en un futuro período de sesiones, que estuvieran inspirados en las deliberaciones del Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo examinó asimismo el anteproyecto de instrumento interpretativo referido al párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York relativa al arbitraje (que aparece en el documento A/CN.9/WG.II/WP.110, en sus párrafos 27 a 51) y pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado de ese instrumento en el que se tuvieran en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Las consideraciones se reflejan más adelante en los párrafos 21 a 77.

17. Respecto de la ejecución judicial de las medidas cautelares, el Grupo de Trabajo examinó la disposición legal modelo preparada por la Secretaría (presentada en el documento A/CN.9/WG.II/WP.110, en sus párrafos 52 a 80) y aplazó, por insuficiencia de tiempo, su examen del apartado vi) y de toda otra disposición adicional eventual. Las consideraciones se reflejan más adelante en los párrafos 78 a 103.

18. Respecto de la conciliación, el Grupo de Trabajo examinó los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 9 y 10 del proyecto de régimen legal modelo (presentado en el documento A/CN.9/WG.II/WP.110, en sus párrs. 81 a 101) y pidió a la Secretaría que preparara proyectos de texto revisados para esos artículos, habida cuenta de los pareceres expresados en el Grupo de Trabajo. No se examinaron, por falta de tiempo, los

artículos 3, 4, 6, 11 y 12. Las consideraciones se reflejan más adelante en los párrafos 107 a 159.

19. El Grupo de Trabajo examinó asimismo los tres temas presentados en el documento A/CN.9/WG.II/WP.111 relativos a su posible labor futura sobre: medidas cautelares ordenadas por tribunales judiciales en apoyo del arbitraje; alcance de las medidas provisionales que pueden dictar los tribunales arbitrales; y validez del acuerdo de arbitraje. El Grupo de Trabajo se mostró conforme con que se emprendieran futuros trabajos sobre los tres temas y pidió a la Secretaría que preparara estudios y propuestas preliminares para su examen en un futuro período de sesiones del Grupo de Trabajo. Las consideraciones se reflejan más adelante en los párrafos 104 a 106.

20. La próxima reunión del Grupo de Trabajo está programada para los días 21 de mayo a 1º de junio del año 2001 en Nueva York.

II. Requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje

A. Observaciones generales

21. El Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones observando que las disposiciones relativas a la forma de los acuerdos de arbitraje (enunciadas en particular en el artículo II 2) de la Convención de Nueva York y en el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje) no se ajustaban a las prácticas y expectativas actuales de la partes si se interpretaban en sentido estricto. Se señaló que, si bien los tribunales nacionales tendían a adoptar criterios cada vez más liberales al interpretar esas disposiciones, había discrepancias sobre la interpretación adecuada. Esas diferencias y la falta de criterios uniformes de interpretación planteaban un problema en el comercio internacional que reducía la previsibilidad y la certeza de los compromisos contractuales internacionales.

22. El Grupo de Trabajo recordó la decisión que había adoptado en su 32º período de sesiones en el sentido de que, para asegurar una interpretación uniforme del requisito de forma que respondiera a las necesidades del comercio internacional, era necesario preparar una modificación del artículo 7 2) de la Ley Modelo sobre Arbitraje adjuntándole una guía para la incorporación al derecho interno y formular una declaración o resolución en que se abordara la interpretación del artículo II 2) de la Convención de Nueva York que reflejara una visión amplia y liberal del requisito de forma. En cuanto al contenido de las disposiciones legislativas modelo y del instrumento interpretativo que había que preparar, el Grupo de Trabajo, recordando las consideraciones que había hecho en su anterior período de sesiones (A/CN.9/468, párr. 99), confirmó que para que un acuerdo de arbitraje fuera válido había que demostrar que se había llegado a un acuerdo para recurrir al arbitraje y que existían pruebas escritas de las cláusulas y condiciones de tal acuerdo.

B. Texto propuesto para revisar el artículo 7 2) de la Ley Modelo sobre Arbitraje

23. El Grupo de Trabajo procedió a examinar una revisión del artículo 7 2) de la Ley Modelo sobre Arbitraje, presentada y comentada en los párrafos 15 a 26 del documento A/CN.9/WG.II/WP.110. El proyecto de texto examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“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, 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;
- e) figure en una comunicación escrita dirigida por 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.”

Párrafo 1)

24. El Grupo de Trabajo decidió dejar el párrafo 1) sin cambios.

Párrafo 2)

25. La variante 2 recibió cierto apoyo, ya que era concisa, se entendía bien y ya figuraba en el artículo 7 2) de la Ley Modelo sobre Arbitraje. Sin embargo, prevaleció la opinión de que convenía preparar una disposición basada en la variante 1, que a su vez seguía la pauta de los artículos 2 a) y 6 1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Este criterio se justificaba con los siguientes argumentos: la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico recogía la opinión más reciente de la Comisión sobre la forma en que debían regularse las cuestiones de comercio electrónico; era conveniente mantener el máximo nivel de armonía entre esa Ley Modelo y la Ley Modelo sobre Arbitraje; y la variante 1 ofrecía una mayor orientación que la variante 2. Al adoptar esa decisión, al Grupo de Trabajo no le cabía ninguna duda de que las variantes 1 y 2 se basaban sustancialmente en el mismo criterio y que, al adoptar la variante 1, el Grupo de Trabajo no pretendía obtener un resultado distinto del que se obtendría con la variante 2.

26. En cuanto a la alternativa entre “texto” y “contenido” en la variante 1, según una de las opiniones era preferible la palabra “texto” por ser más neutral (ya que no implicaba que una parte conocía el contenido de las cláusulas del acuerdo de arbitraje) y porque era más habitual en la redacción de textos legislativos. En cambio, otro participante prefirió la palabra “contenido” por considerar que expresaba mejor la idea de informalizar el proceso de concertación del acuerdo de arbitraje. Reconociendo que ninguna de las palabras era plenamente satisfactoria, el Grupo de Trabajo estudió diversas ideas. Una de ellas consistía en sustituir las palabras “texto/contenido” por el concepto de “información”, que se utilizaba en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. También se propuso que en la variante 1 se suprimieran las palabras “siempre que el [texto] [contenido] del acuerdo de arbitraje sea”. Asimismo, se propuso dejar en su lugar la primera frase del párrafo 2) y trasladar el contenido de la segunda frase al párrafo 3) para que dijera a grandes rasgos “el acuerdo de arbitraje cumplirá los requisitos que se establecen en el párrafo 2) cuando figure de una forma accesible para su ulterior consulta; ...”. Otra forma de amalgamar la segunda frase del párrafo 2) con el párrafo 3) sería empleando las palabras “cualquier forma que deje constancia del acuerdo [accesible para su ulterior consulta], esté o no esté firmado por las partes”. Las propuestas de combinación de la segunda frase modificada del párrafo 2) con el párrafo 3) fueron objeto de críticas. Se sostuvo que en el párrafo 2) se definía la forma del acuerdo de arbitraje en general y que, por consiguiente, no podía amoldarse al párrafo 3), en el que se especificaban tipos concretos de prácticas contractuales. Además, se argumentó que el concepto de “constancia” (que no implicaba un intercambio de mensajes) no reflejaba adecuadamente el hecho de que muchas veces los acuerdos de arbitraje se concertaban enviando mensajes. Para evitar el sentido limitado de la

palabra “constancia”, en el artículo 6 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico se utilizaba el concepto de “mensaje de datos” que, según la definición que figuraba en el artículo 2 a) de esa Ley Modelo, era “la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”. Se sostuvo que esas consideraciones y la terminología empleada en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico eran argumentos a favor de la utilización del término “información”. También se sugirió que se utilizaran palabras como las siguientes: “cualquier forma de comunicación que permita corroborar el acuerdo de arbitraje mediante un registro [electrónico o de otra índole]”. Tras un debate, se formó un consenso en torno a la idea de evitar por completo los términos “texto” y “contenido”.

27. Se sugirió asimismo que el proyecto de disposición se formulara con las palabras “a fin de evitar dudas”, para puntualizar que la disposición no pretendía modificar el artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje sino tan sólo aclararla para reflejar la práctica actual y la interpretación que han hecho muchos tribunales del texto actual del artículo 7 de la Ley Modelo.

Párrafo 3)

28. El Grupo de Trabajo inició un debate general sobre la conveniencia de enumerar en el párrafo 3) los supuestos en que un acuerdo de arbitraje cumpliría el requisito del párrafo 2). Según una opinión, no era conveniente enumerar esos supuestos, ya que podían resultar limitativos, creando incertidumbre sobre los supuestos no específicamente mencionados. Por consiguiente, era preferible incluir en la disposición modelo el principio general del párrafo 2) y enumerar en una guía para la incorporación al derecho interno los supuestos que habrían de quedar abarcados. En cambio, según otra opinión, a fin de armonizar las interpretaciones hechas del texto actual del artículo II 2) de la Convención de Nueva York y del artículo 7 2) de la Ley Modelo, era conveniente dar una orientación más concreta a los jueces y a los árbitros y, por lo tanto, era preferible la versión actual del párrafo 3).

29. Sin resolver la cuestión de la estructura y el nivel de generalidad de los párrafos 2) y 3) en esta fase del debate, el Grupo de Trabajo pasó a examinar los apartados del párrafo 3) a fin de determinar si las situaciones que en ellos se regulaban debían quedar abarcadas por la disposición legislativa modelo que debía elaborarse.

Apartados a) y b)

30. Se señaló que los supuestos regulados en los apartados a) y b) estaban expresamente comprendidos por el artículo 7 2) de la Ley Modelo sobre Arbitraje y que no cabía duda de que esas situaciones debían quedar abarcadas por la disposición modelo. Se convino en que en la situación regulada por el apartado a) no se requerían las firmas de las partes; para aclarar esta cuestión, se sugirió que esto figurara expresamente en el apartado a). Se criticaron las palabras “documento elaborado conjuntamente” por su falta de claridad, pues planteaban cuestiones sobre el modo en que había de elaborarse el documento y las repercusiones del término

“conjuntamente”. Se propuso que, en lugar de esas palabras, se emplearan las palabras “documento concertado”.

Apartado c)

31. Se convino en que, cuando el contrato se concertara tácitamente de la forma descrita en el apartado c), la cláusula compromisoria que figurara en el contrato sería vinculante.

32. Se sugirió que en el apartado c) se agregaran palabras como “siempre que lo permitan la ley o los usos comerciales” (que figuraban en el apartado d)), a fin de indicar que los derechos internos preveían condiciones en virtud de las cuales el cumplimiento y la falta de objeciones ante una oferta de contrato daban lugar a un contrato válido y que esas condiciones y esos usos no eran uniformes.

33. Se sugirió que se suprimiera la palabra “válidamente”, ya que era innecesaria o porque planteaba cuestiones de hecho y de derecho que no guardaban relación con el requisito de forma y porque podía dar lugar a controversias innecesarias. Tras deliberar, se decidió suprimir esa palabra y se sugirió agregar una reserva con palabras como las siguientes: “siempre que lo permitan la ley o los usos comerciales”.

34. Se observó que el proyecto de disposición trataba de regular tanto la forma requerida para un acuerdo de arbitraje válido como la cuestión de si se cumplían los requisitos de fondo para la celebración del contrato y del acuerdo de arbitraje. Se consideró en general que la finalidad de la disposición era resolver la cuestión de la forma y que era conveniente evitar en la medida de lo posible que en su texto se abordara la cuestión de los requisitos de fondo para la validez de los acuerdos.

Apartado d)

35. En respuesta a las preguntas, se explicó que el concepto de confirmación de contrato se refería a la situación en que las partes negociaban un contrato de palabra, tras lo cual una de las partes comunicaba por escrito a la otra parte las cláusulas del contrato, que pasaban a ser vinculantes para las partes si no se formulaban objeciones contra esas condiciones escritas. Sobre la base de ese concepto, era posible en algunos ordenamientos jurídicos que una condición contractual que figurara en la confirmación de un contrato pasara a ser vinculante aun cuando la confirmación no coincidiera en todos los detalles con las condiciones concertadas de palabra. Se observó que en muchos ordenamientos jurídicos no se conocía el concepto de confirmación de contrato, que era ambiguo respecto de las situaciones abarcadas y que, en caso de ser incluido en la disposición modelo, debería ser aclarado. Se sugirió que cuando esa forma de celebración de contratos fuera posible en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, no debería poder formularse en principio ninguna objeción acerca de la validez de una cláusula compromisoria que figurara en una confirmación de contrato. Se propuso que se sustituyera la expresión “confirmación del contrato” por las palabras “una comunicación en que se confirman las cláusulas del contrato”.

36. Con respecto a las palabras “ley o usos comerciales”, se señaló que no estaba clara la relación entre estos dos conceptos, como tampoco estaba clara la forma en que había que demostrar el uso. Por consiguiente, se sugirió que se suprimiera la

referencia a los “usos comerciales”. Sin adoptar una decisión sobre el mantenimiento de esas palabras en el texto, el Grupo de Trabajo consideró que si se retenía la referencia al derecho aplicable (o a los usos comerciales) en el apartado d), esa referencia debería figurar también en el apartado c).

Apartado e)

37. Se acordó que en la situación en que la comunicación escrita en que figurara un acuerdo de arbitraje fuera enviada sólo por un tercero (como, por ejemplo, un intermediario), el acuerdo de arbitraje habría de ser válido y habría de estar regulado por la disposición modelo.

Apartado f)

38. El criterio general en que se basa el apartado f) fue apoyado. En cuanto a las variantes que figuraban entre corchetes, se apoyaron, por una parte, las palabras “declaraciones sobre el fondo de la controversia”, porque en ellas se reconocía que los alegatos de existencia de un acuerdo de arbitraje podían figurar no sólo en una declaración de demanda y contestación sino también en cualquier otro escrito que se presentara como una notificación de arbitraje. Por otra parte, se apoyaron las palabras “declaraciones de demanda y contestación” y se argumentó que sólo podía considerarse que se había celebrado un acuerdo de arbitraje cuando existiera la posibilidad razonable de que el destinatario de un escrito que se presentara pudiera examinarlo detenidamente y dar su respuesta; también se argumentó que esta posibilidad existía en relación con las declaraciones de demanda y contestación pero no necesariamente con respecto a otros documentos de procedimiento.

Apartado g)

39. Se expresó la opinión de que sería excesivo reconocer una referencia verbal a un texto con cláusula compromisoria como acuerdo de arbitraje escrito (conforme a lo dispuesto en el apartado g)) por carecer de solidez el nexo entre la referencia y las cláusulas escritas del acuerdo de arbitraje. Por esta razón se sugirió que se suprimiera el apartado.

40. Sin embargo, prevaleció en general la opinión de que la disposición legislativa modelo debería reconocer la existencia de diversas prácticas contractuales conforme a las cuales se concertaban de palabra acuerdos de arbitraje haciendo referencia a las cláusulas escritas de un acuerdo de arbitraje, y que en esos casos las partes podían esperar legítimamente un acuerdo vinculante para el arbitraje. Sobre la base de esta opinión, el apartado g) recibió un amplio apoyo.

41. Se sugirió subordinar la aplicabilidad de la disposición a que la celebración verbal de un acuerdo de arbitraje fuera una práctica habitual en el comercio internacional, de forma análoga a lo que prevén las cláusulas sobre la extensión de la jurisdicción en el artículo 17 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas, 1968). Sin embargo, prevaleció en general la opinión de que convendría suprimir las referencias a lo “habitual” en el proyecto de disposición. Se estimó que la cuestión de la determinación de lo que era habitual resultaba incierta, provocaba polémicas e iba en contra de la tendencia a dar a los acuerdos de arbitraje un carácter más

informal. Además, los requisitos de que la concertación verbal de ciertos tipos de contratos sea habitual o de que los acuerdos de arbitraje en ciertos tipos de contratos fueran habituales eran más bien condiciones de fondo, y no de forma, para determinar si se había llegado a un acuerdo de arbitraje; dada la conveniencia de que la disposición modelo se limitara a cuestiones de forma y no regulara las condiciones de fondo para la validez de los acuerdos de arbitraje, la determinación de lo que era habitual y la forma en que las partes llegaban a un acuerdo no entraban en el ámbito de la disposición modelo. Si en la guía para la incorporación al derecho interno se aclarara que las condiciones relativas a los usos debían regirse por el derecho aplicable al margen de la disposición modelo, se sugirió que la guía recomendara a los Estados que no era necesario que la ley reglamentara esas condiciones.

Párrafo 4) (y su relación con el párrafo 3) g))

42. Se apoyó la idea básica del párrafo 4). Se señaló que el apartado g) del párrafo 3) y el párrafo 4) regulaban dos situaciones similares, con la diferencia de que en el apartado g) la referencia a las cláusulas escritas de un acuerdo de arbitraje (o a un escrito que contenga dichas cláusulas escritas) era verbal, mientras que en el párrafo 4) la referencia tenía que figurar por escrito. Al haberse adoptado el contenido del apartado g) y del párrafo 4) se hicieron sugerencias para que se fundieran y combinaran ambas disposiciones en un texto del siguiente tenor: la referencia en un contrato celebrado de cualquier forma a un texto que contenga una cláusula compromisoria constituirá acuerdo de arbitraje siempre que la referencia implique que la cláusula forma parte del contrato.

43. A modo de reserva ante esas sugerencias, se observó que el párrafo 4) enunciaba un principio general (aplicable cuando las partes celebraban un contrato por escrito), que simplemente aclaraba o ampliaba ligeramente el requisito de forma escrita recogido en el artículo 7 2) de la Ley Modelo, mientras que el párrafo 3) g) se refería a una situación particular (como, por ejemplo, un contrato para la defensa del medio ambiente marino) en que las partes, al concertar de palabra un contrato vinculante, se remitían verbalmente a un texto que contenía una cláusula compromisoria; se argumentó, pues, que al combinar ambas disposiciones, la situación particular tratada en el párrafo 3) g) se convertía en principio de aplicación general. En vista de ello, se sugirió que las dos disposiciones continuaran figurando por separado.

44. No obstante, prevaleció la opinión de que la finalidad de la aprobación del párrafo 3) g) era regular una amplia gama de prácticas contractuales en que las partes se remitían verbalmente a cláusulas escritas de un acuerdo de arbitraje (ya sea directa o indirectamente, remitiéndose a escritos que contenían tales cláusulas escritas) y que, por consiguiente, había que amalgamar las dos disposiciones.

1. Cuestiones conexas

45. Tras concluir el examen del proyecto de disposición, el Grupo de Trabajo examinó los casos descritos en el párrafo 17 del documento A/CN.9/WG.II/WP.110 que no se habían tratado en los debates sobre el proyecto de disposición modelo. El objetivo de ese examen era determinar si el Grupo de Trabajo debía adoptar alguna medida en relación con esos casos.

46. Las situaciones examinadas eran las descritas en los apartados f) y g) del párrafo 17, cuyo texto era el siguiente:

“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);”

47. En varias observaciones se señaló que en las situaciones descritas en los apartados f) y g) del párrafo 17 del documento A/CN.9/WG.II/WP.110, los tribunales habían buscado soluciones interpretando el contrato original y los acuerdos subsiguientes y determinando si las partes se habían propuesto que algunas cláusulas del contrato original, incluido el acuerdo de arbitraje, habían de incorporarse al acuerdo subsiguiente o conexo. No obstante, la mayoría de los miembros del Grupo de Trabajo estimaron que el resultado de esas situaciones dependía de las circunstancias de cada caso y de la interpretación de la voluntad de las partes y que no era posible elaborar una solución legislativa general. Sin embargo, se sugirió que se insertara en una guía para la incorporación al derecho interno una declaración conforme a la cual habrían de tenerse en cuenta las circunstancias del caso, los usos, las prácticas y las expectativas de las partes al interpretar casos concretos y al determinar la voluntad de las partes. Se observó asimismo que liberalizando el requisito de forma, como preveía el Grupo de Trabajo, se contribuiría a disipar algunas de las incertidumbres que planteaban esos casos.

48. El Grupo de Trabajo pasó entonces a examinar las situaciones descritas en los apartados i) y l) del párrafo 17, cuyo texto era el siguiente:

“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 (*stipulation pour autrui*);

...

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.”

49. A este respecto, el Grupo de Trabajo examinó también la situación en que se cedía un conocimiento de embarque a un tenedor subsiguiente y la cuestión de si ese tenedor quedaba vinculado por la cláusula compromisoria que figurara en el conocimiento del embarque. Se señaló que en muchos Estados la transmisión de derechos y obligaciones contractuales de una parte a otra significaba también en principio la transmisión del acuerdo de arbitraje que regulaba esos derechos y obligaciones. No obstante, se sostuvo que una lectura estricta de una disposición como la del artículo II 2) de la Convención de Nueva York podía obstaculizar la

aplicación del principio en virtud del cual el acuerdo de arbitraje debe seguir el contrato del que forma parte. Recibió cierto apoyo la idea de promover la formulación de una disposición legislativa modelo que reglamentara de forma general esos supuestos (véase el párrafo 23 del documento A/CN.9/WG.II/WP.110). Sin embargo, el Grupo de Trabajo tenía dudas y decidió volver a examinar el tema ulteriormente.

2. Preparación de un borrador basado en las consideraciones del Grupo de Trabajo

50. Tras concluir su examen del proyecto de disposición presentado por la Secretaría, el Grupo de Trabajo pidió que un grupo de redacción oficioso formado por delegados interesados preparara, sobre la base de las consideraciones del Grupo de Trabajo, un proyecto que sirviera de base para ulteriores deliberaciones.

51. Se pidió al grupo de redacción que prepara dos versiones, una corta y otra larga, que previera todas las circunstancias enunciadas en los párrafos 2) y 3) del artículo 7 y reproducidas en el párrafo 15 del documento A/CN.9/WG.II/WP.110. Se informó de que ocho Estados y una organización no gubernamental habían participado en la labor del grupo de redacción. El grupo de redacción, además de la versión corta y la versión larga, preparó otra intermedia. Se informó de que se había pretendido dar a las tres versiones un contenido idéntico aunque con distintos grados de detalle.

52. El texto preparado por el grupo de redacción era el siguiente:

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

Versión corta

“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.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se considerará forma escrita la que sea accesible para su ulterior consulta.

3) A fin de evitar dudas, en los casos en que en virtud del derecho o de las reglas de derecho aplicables pueda celebrarse un acuerdo o contrato de arbitraje en forma no escrita, el requisito de forma escrita se considerará cumplido cuando el acuerdo o contrato de arbitraje celebrado de tal forma se remita a cláusulas o condiciones de arbitraje escritas.

4) Además, se considerará que un acuerdo figura en forma escrita si está consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra.

5) A los efectos del artículo 35, las cláusulas y condiciones de arbitraje escritas, junto con cualquier escrito que contenga tales cláusulas y condiciones o que las incorpore por remisión, constituirán el acuerdo de arbitraje.”

Versión intermedia

- “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.
- 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se considerará forma escrita la forma en que quede constancia del acuerdo o en que éste sea accesible de algún otro modo para su ulterior consulta, incluidos los mensajes electrónicos, ópticos u otros mensajes de datos.
- 3) A fin de evitar dudas, en los casos en que en virtud del derecho o de las reglas de derecho aplicables el contrato o el acuerdo de arbitraje mencionados en el párrafo 1) puedan concertarse de palabra o mediante actos u otros indicios no escritos, el requisito de forma escrita se considerará cumplido cuando las cláusulas y condiciones de arbitraje figuren por escrito, independientemente de si el contrato o el acuerdo de arbitraje se han celebrado de esa forma o de si no han sido firmados por las partes.
- 4) Además, se considerará que un acuerdo de arbitraje figura por escrito si está consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra.
- 5) La referencia hecha en un contrato a una cláusula compromisoria que no figure en el contrato constituye acuerdo de arbitraje, siempre que la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
- 6) A los efectos del artículo 35, las cláusulas y condiciones de arbitraje escritas, junto con cualquier escrito que contenga tales cláusulas y condiciones o que las incorpore por remisión, constituirán el acuerdo de arbitraje.”

Versión larga

- “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.
- 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se considerará forma escrita la forma en que quede constancia del acuerdo o en que éste sea accesible de algún otro modo para su ulterior consulta, incluidos los mensajes electrónicos, ópticos u otros mensajes de datos.
- 3) A fin de evitar dudas, en los casos en que en virtud del derecho o de las reglas de derecho aplicables el contrato o el acuerdo de arbitraje mencionados en el párrafo 1) puedan concertarse de palabra o mediante actos u otros indicios no escritos, el requisito de forma escrita se considerará cumplido

cuando las cláusulas y condiciones de arbitraje figuren por escrito, independientemente de si el contrato o el acuerdo de arbitraje se han celebrado de esa forma o de si no han sido firmados por las partes.

4) Además, se considerará que un acuerdo de arbitraje figura por escrito si está consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra.

5) La referencia hecha en un contrato a una cláusula compromisoria que no figure en el contrato constituye acuerdo de arbitraje, siempre que la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

6) A los efectos del artículo 35, las cláusulas y condiciones de arbitraje escritas, junto con cualquier escrito que contenga tales cláusulas y condiciones o que las incorpore por remisión, constituirán el acuerdo de arbitraje.

7) Entre los ejemplos de circunstancias en que se cumple el requisito de que el acuerdo de arbitraje conste por escrito conforme a lo dispuesto en el presente artículo figurarán, entre otros, los siguientes casos: [Se pidió a la Secretaría que preparara un texto basado en las deliberaciones del Grupo de Trabajo].”

53. Se señaló que la finalidad del proyecto de disposición era aclarar que el requisito de forma escrita quedaba cumplido si las cláusulas y condiciones de arbitraje (diferenciadas de los actos que constituyeran el acuerdo de las partes para recurrir al arbitraje) constaban por escrito, aun cuando el contrato del que formara parte el acuerdo de arbitraje se hubiera celebrado, siempre que lo permitieran el derecho o las reglas de derecho aplicables, de forma no escrita, como por ejemplo de palabra o mediante actos. Se señaló asimismo que (con excepción del párrafo 4), que había tenido una finalidad concreta en el contexto de un procedimiento arbitral) la finalidad del proyecto de disposición modelo era regular las cuestiones de forma y no las cuestiones de fondo sobre el modo en que se celebraban los contratos y acuerdos de arbitraje. Se observó que esas disposiciones regulaba todas las circunstancias enunciadas en los párrafos 2) y 3), salvo las no aprobadas por el Grupo de Trabajo.

54. La versión intermedia recibió cierto apoyo al considerarse apropiado su nivel de detalle. Sin embargo, el Grupo de Trabajo no estudió a fondo qué versión o combinación de versiones podía ser preferible ni los ejemplos de circunstancias que cumplían los requisitos del proyecto de disposición ni la cuestión de si la disposición modelo debía incluir ejemplos como los previstos en el párrafo 7) de la versión larga.

55. Se observó que la situación regulada en el párrafo 5) de las versiones intermedia y larga ya entraba en el ámbito del párrafo 3); se explicó que se había incluido en el borrador porque su contenido figuraba en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI y porque su exclusión podía haber planteado cuestiones sobre las repercusiones de tal exclusión.

56. Con respecto al párrafo 2), se sugirió que se siguiera al máximo el texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

57. Según algunas opiniones, el texto del párrafo 3) no era claro. Además, se indicó que la expresión “a fin de evitar dudas” era inhabitual en varios

ordenamientos jurídicos, era innecesaria y podía incluirse en la guía para la incorporación al derecho interno. En cuanto a las palabras “derecho o reglas de derecho aplicables”, se observó que, si bien la distinción entre “derecho” y “reglas de derecho” se había hecho correctamente con respecto al derecho que rige el fondo de la controversia (por ejemplo, en el artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI), no parecía adecuado hacerla en el contexto de la disposición sobre la forma en que cabría celebrar un contrato o un acuerdo de arbitraje.

58. Se sugirió la supresión del proyecto de párrafo 5) de las versiones intermedia y larga por considerarse innecesario. También se sugirió que en la disposición modelo se hiciera referencia a los usos comerciales y posiblemente también al transcurso de los negocios entre las partes, del mismo modo que en el artículo 17 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas, 1968).

59. Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, preparara borradores, a ser posible con variantes, para que pudieran examinarse en el próximo período de sesiones.

III. Instrumento interpretativo del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York

A. Observaciones generales

60. Se recordó que en su anterior período de sesiones, el Grupo de Trabajo había examinado las diversas interpretaciones dadas por los tribunales de distintos países al requisito relativo a la forma escrita enunciado en el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York. En esa ocasión, prevaleció el parecer de que, dado que una enmienda formal de la Convención de Nueva York o la adición de un protocolo a la misma podría exacerbar aún más la falta de armonía en su interpretación y que se requeriría cierto número de años para obtener la aprobación de dicho protocolo o enmienda, lo que de momento crearía aún más incertidumbre, esa solución era prácticamente inviable. Partiendo del parecer de que sería conveniente impartir directrices sobre una interpretación uniforme que respondiera mejor a las necesidades del comercio internacional, el Grupo de Trabajo decidió que procedía estudiar más a fondo la adopción de una declaración, resolución o texto interpretativo de la Convención de Nueva York que reflejara un amplio entendimiento sobre el requisito de forma considerado a fin de determinar el mejor enfoque posible. Esos pareceres, por los que se reconocía la voluntad de enmendar la Convención o de adjuntar un protocolo y a favor de que se adoptara alguna forma de instrumento interpretativo, fueron ampliamente reiterados en el curso del actual período de sesiones del Grupo de Trabajo. (véase también A/CN.9/468, párrs. 88 a 99).

61. El texto del anteproyecto de instrumento interpretativo examinado por el Grupo de Trabajo decía¹⁰:

¹⁰ Se han numerado los párrafos para facilitar la consulta del texto anteriormente reproducido en A/CN.9/WG.II/WP.110.

“[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,

[1] *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,

[2] *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,

[3] *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,

[4] *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,

[5] *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”,

[6] *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,

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

[8] *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 ...”,

[9] *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,

[10] *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,

[11] *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,

[12] *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 23 a 27 supra.]*”

B. Carácter vinculante

62. Al inicio de las deliberaciones, el Grupo de Trabajo intercambió pareceres sobre la índole vinculante del proyecto de instrumento interpretativo. Se expresaron inquietudes de que, puesto que a tenor de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no se consideraría como jurídicamente obligatorio ningún instrumento interpretativo emanado de algún otro órgano que no fueran los propios Estados parte en la Convención de Nueva York, el instrumento así elaborado carecería de fuerza vinculante en el derecho internacional, por lo que no sería probablemente respetado por los encargados de interpretar la Convención de Nueva York. Se observó que, dado que ese instrumento interpretativo no sería vinculante, cabía preguntarse cuál sería la utilidad práctica del mismo en orden a uniformar la interpretación de la Convención de Nueva York. En apoyo de este parecer, se observó por vía de analogía que la declaración por la que la Conferencia de La Haya había interpretado ciertos aspectos del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales había surtido poco efecto; se observó, no obstante, que esa declaración era de índole distinta al instrumento ahora propuesto que iría dirigido al legislador de cada país, para informarle de que podía adoptar medidas protectoras del consumidor pero que el régimen actualmente imperante en la materia no se vería afectado si el legislador optaba por no hacer nada.

63. Además de las dificultades asociadas a la índole no vinculante de este tipo de instrumento se sugirió que tal vez fuera difícil asegurarse de que los encargados de aplicarlo en la interpretación del texto de la Convención fueran oportunamente informados de su existencia y, dado que ese instrumento se limitaría a impartir directrices para su interpretación, la interpretación deseada sería únicamente alentada, pero no impuesta. Se observó que otra dificultad era la existencia de una

jurisprudencia relativa al artículo II de la Convención de Nueva York que difería en su interpretación de la que era probable que se propugnara en el nuevo instrumento, aunque había también mucha jurisprudencia que se ajustaba a esa interpretación.

64. En respuesta a esas inquietudes, se expresó un notable apoyo a favor del parecer de que si bien dicho instrumento no sería jurídicamente vinculante, la emisión de un documento interpretativo por un órgano multinacional representativo y de prestigio reconocido, como era la propia Comisión o la Asamblea General de las Naciones Unidas, tendría probablemente una considerable influencia en la interpretación que se fuera a dar a la Convención. Se hizo mención de otros instrumentos no vinculantes en el campo del arbitraje comercial internacional, tales como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y las Notas de la CNUDMI sobre la organización de procesos arbitrales, que habían tenido una notable influencia. Se observó además que dicho instrumento daría una interpretación pericial que sería sumamente útil a los profesionales que trataran de persuadir a los tribunales de cuál era la interpretación más autorizada de la Convención, de Nueva York

C. Forma del instrumento interpretativo

65. Al considerar la forma que cabría dar al posible instrumento interpretativo, se observó que debería establecerse una distinción clara entre modificar el texto existente y aclarar su interpretación. Se expresó al parecer de que modificar el texto de la Convención de Nueva York podría dar a entender que ese texto no podía ser entendido como susceptible de una interpretación liberal. Una aclaración significaría, por el contrario, que cabía darle diversas interpretaciones, por lo que “para evitar dudas” el texto debía interpretarse en sentido lato y con determinado alcance. Además, se sugirió que, dado que un instrumento interpretativo no pretendía modificar o enmendar un instrumento multilateral (lo que, aún cuando fuera posible en el marco de ese instrumento internacional, requeriría normas de rango legal), sino que se limitaba a sugerir una determinada interpretación del mismo, la cuestión de forma tal vez no fuera tan importante. Se expresó apoyo en favor del parecer de que se formulara un instrumento para fines de aclaración “a fin de eliminar dudas”.

66. Sobre la cuestión de si habría de darse al instrumento la forma de una declaración o de una recomendación, hubo apoyo general por que se formulara en forma de una declaración interpretativa. Se expresó al parecer de que un instrumento en forma de recomendación suscitaría problemas a la hora de decidir a quién debía dirigirse esa recomendación. Se observó, por ejemplo, que cabía dirigir el instrumento a los Estados o a sus autoridades políticas, pero ni los unos ni las otras eran directamente responsables de la interpretación de dicho instrumento, por lo que no podrían imponer una interpretación de la normativa legal en vigor a sus tribunales o jueces. Se sugirió además que una recomendación dirigida a los Estados para que adoptaran determinada interpretación no daría resultados salvo que se les indicara también el procedimiento a seguir para lograr esa interpretación.

67. Se sugirió también que cabría dirigir la recomendación al legislador, pero se hubo de reconocer que esa sería la vía adecuada si lo que se buscaba era una enmienda de la legislación aplicable, como la sugerida para el artículo 7 de la Ley Modelo, en vez de una interpretación más lata del texto actual de la Convención. Se observó que la Comisión había dirigido anteriormente recomendaciones al legislador

como podría verse en la recomendación de 1985 relativa al valor jurídico de los registros computadorizados (reproducida en el Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, volumen XVI: 1985, párrs. 354 a 360) y en el párrafo 5 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico¹¹.

68. Otra posibilidad era la de dirigir directamente el instrumento a los tribunales y jueces encargados de la interpretación de la Convención de Nueva York. Se expresaron reservas sobre si los tribunales tendrían en cuenta una recomendación no vinculante, si bien se observó que en algunos ordenamientos jurídicos una declaración interpretativa de esta índole podía constituir un equivalente funcional del derecho jurisprudencial o de “una regla general del derecho” (“doctrine”). Se sugirió también, como consideración de forma, que el instrumento no debería dirigirse a nadie en particular sino limitarse a enunciar un entendimiento o declaración interpretativa, adoptado por consenso, que se ofrecería “a título de aclaración”. Se expresó cierta inquietud de que esa solución se viera limitada por la relación existente entre la interpretación deseada y los términos del texto actual de la Convención y de que tal vez no fuera seguida en algunos países por la sencilla razón de que no iba dirigida a los encargados de interpretar la Convención de Nueva York.

69. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo observó que si bien el apoyo era general por la forma de una declaración interpretativa y por que se encargara a la Comisión la tarea de formularla, los pareceres diferían aún sobre si la declaración debería dirigirse a un determinado órgano, como el poder legislativo o la judicatura.

D. Relaciones con la revisión del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje

70. En el curso de las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre la forma del instrumento, se puso de manifiesto la necesidad de examinar la relación entre el instrumento propuesto y la enmienda del artículo 7 de la Ley Modelo. Se reconoció que si bien la labor de enmienda del artículo 7 de la Ley Modelo sería un medio conducente a una interpretación liberal del requisito de forma, aun cuando de alcance limitado a los países que adoptaran el régimen de la Ley Modelo, esa labor no podría resolver la cuestión del requisito de forma en el marco de la Convención. Se observó que abordar la formulación del instrumento interpretativo y la enmienda de la Ley Modelo al mismo tiempo daría probablemente mejor resultado en orden a lograr el objetivo deseado. Se expresó la inquietud de que la política de basar el texto dispositivo de la declaración interpretativa en el texto revisado propuesto para el artículo 7 de la Ley Modelo tal vez fuera más allá del alcance del requisito de forma escrita enunciado en el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, por lo que se sugirió que el Grupo de Trabajo considerara si la enmienda que

¹¹ “Además, la Ley Modelo puede resultar un valioso instrumento, en el ámbito internacional, 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. Caso de adoptarse la Ley Modelo como regla de interpretación al respecto, los Estados Parte en esos instrumentos internacionales dispondrían de un medio para reconocer la validez del comercio electrónico sin necesidad de tener que negociar un protocolo para cada uno de esos instrumentos internacionales en particular.”

se decidiera para el artículo 7 de la Ley Modelo debía ser incluida, en términos exactamente idénticos, en el instrumento interpretativo.

E. Observaciones generales respecto del contenido

71. Se expresó el parecer de que en la declaración interpretativa debería afirmarse explícitamente que el texto del párrafo 2 del artículo II debía ser interpretado en sentido lato y el fundamento para interpretarlo así, a saber, el avance de la tecnología desde que se aprobó la Convención de Nueva York, en 1958, y el hecho de que subsiguientes instrumentos habían reconocido otras formas de escrito, particularmente en el campo del comercio electrónico. Se sugirió que la parte dispositiva del texto, su párrafo 12, fuera explícitamente redactada en términos de una declaración de consenso, a fin de disminuir toda probabilidad de que la declaración se entendiera como un cambio, en vez de una aclaración, de las interpretaciones en curso. Se observó además que sería conveniente incluir en el texto de la declaración un texto interpretativo redactado en términos parecidos a los del artículo 3 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.¹²

F. Observaciones respecto de cada párrafo

72. Se sugirieron cierto número de cambios de redacción: debería suprimirse del párrafo [2] la frase “tiene en cuenta debidamente la representación adecuada de” sustituyéndola por las palabras “incluye a”, en razón de que dicha frase no refleja adecuadamente la composición de la Comisión; debe sustituirse la palabra “nuevos” que antecede a “métodos de comunicación” por “en curso de evolución” que se insertará a continuación de métodos de comunicación; debe sustituirse el término “fomentar” del párrafo 11 por otro término como “favorecer” o “lograr”.

73. Se sugirió que se insertaran nuevos textos explicativos en las cláusulas del preámbulo para dar datos históricos adicionales sobre la Convención de Nueva York, particularmente sobre su relación con la Asamblea General, y que confirmaran la competencia de la Comisión como órgano apropiado para formular la declaración interpretativa. Se observó, a ese respecto, que cabría hablar de la Comisión en su calidad de “órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional” (resolución 54/103 de 17 de enero de 2000) y mencionar el hecho de que en la composición de la Comisión se tenía debidamente en cuenta el principio de la representación geográfica equitativa, gracias a lo cual contaba con una representación adecuada de las diversas regiones geográficas del mundo y de los principales sistemas económicos y jurídicos.

74. A fin de presentar con mayor lógica el proceso de redacción y la historia subsiguiente de la Convención de Nueva York y de su aplicación práctica, se sugirió anteponer los párrafos 6 y 7 al párrafo 5. Se expresó también el parecer de que deberían suprimirse los párrafos 6 y 7 que sugerían que había habido cambios tanto

¹² El Artículo 3 dice:

“1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

2) Las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente Ley y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.”

en la tecnología de las comunicaciones como en la interpretación respecto del texto original del párrafo 2 del artículo II, lo que tal vez no correspondiera a la idea de que lo que se pretendía era una mera aclaración de su interpretación. En sentido contrario, se dijo que los cambios sugeridos tal vez no fueran fáciles de acomodar al texto existente, por lo que la declaración interpretativa debería indicar que la razón por la que se adaptaba la interpretación de la Convención de Nueva York era la de acomodar su régimen a las innovaciones tecnológicas más recientes. Se observó también que dado que el problema que se trataba de resolver no era de falta de uniformidad en la interpretación, debería también suprimirse el párrafo 8. Se sugirió como solución de avenencia que se insertara en el texto de la declaración palabras que indicaran que su formulación obedecía a la necesidad de responder a “las diversas interpretaciones que se habían dado a raíz de cambios en los métodos de comunicación y en las prácticas comerciales ...”. Se observó, no obstante, que si bien estaba claro que las tecnologías de comunicación habían avanzado mucho desde que se redactó el texto de la Convención de Nueva York, no estaba tan claro que las prácticas comerciales se hubiesen alterado básicamente. Se sugirió más bien que lo que había cambiado era la interpretación de esas prácticas comerciales, por ejemplo, en el sentido de lo que se juzgaba necesario para concluir un acuerdo de arbitraje. Se propuso, por consiguiente que se suprimiera toda referencia a las prácticas comerciales en el proyecto de la declaración interpretativa. Tras deliberar al respecto, no se llegó a una decisión definitiva sobre esta cuestión.

75. Se observó respecto del párrafo 10 que la referencia a las circunstancias cambiantes pudiera suscitar dudas respecto de la interpretación más amplia del párrafo 2 del artículo II que actualmente se daba en algunas jurisdicciones, por lo que ese párrafo debería ser suprimido. Se dijo también que dado que el párrafo 11 bastaba para justificar la formulación de una declaración interpretativa, cabía suprimir el párrafo 10. Se expresó en sentido contrario que el párrafo 10 enunciaba un fundamento importante para extender el alcance del párrafo 2 del artículo II, particularmente si se tenía en cuenta que en la revisión propuesta del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje se incluían palabras inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico expresamente destinadas a dar entrada a la nueva tecnología. Se observó además que el párrafo 10 del documento A/CN.9/WG.II/WP.110 suministraba puntos de referencia útiles que servirían para la elaboración de versiones subsiguientes de la declaración interpretativa¹³. Se expresó apoyo en favor de este último parecer.

76. Tras deliberar al respecto, se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de instrumento interpretativo que tuviera en cuenta las deliberaciones mantenidas en el Grupo de Trabajo.

¹³ El trozo pertinente del párrafo 10 dice:

“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.”

G. Otros requisitos de forma escrita en la Convención de Nueva York

77. Tras haber ultimado su examen del anteproyecto de instrumento interpretativo, el Grupo de Trabajo pasó a examinar otros requisitos de forma o de escrito enunciados en la Convención de Nueva York. Se recordó que las disposiciones de la Convención de Nueva York, así como de otras convenciones relativas al arbitraje comercial internacional, imponían requisitos adicionales de la forma escrita que, de no ser interpretados de conformidad con las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo con respecto a la revisión de las disposiciones relativas al requisito de la forma escrita, podrían suponer un obstáculo para el empleo de los modernos medios de comunicación en el arbitraje comercial internacional. Se observó, a este respecto, que el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI tenía previsto emprender futuras tareas destinadas a buscar la manera de conseguir que los tratados por los que se rige el comercio internacional sean interpretados a la luz de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico.

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

A. Observaciones generales

78. Se recordó que en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo había habido un debate preliminar sobre la cuestión de la fuerza ejecutoria de las medidas cautelares (A/CN.9/468, párrs. 60 a 79), en que se había reconocido de forma general no sólo que cada vez se recurría más a las medidas cautelares en las prácticas de arbitraje comercial internacional sino también que la eficacia del arbitraje como método de solución de controversias comerciales dependía de la posibilidad de ejecutar esas medidas cautelares (párr. 60). Se había apoyado de forma general la propuesta de elaboración de un régimen legislativo modelo armonizado y de amplia aceptación que regulara la ejecución de medidas cautelares ordenadas por tribunales arbitrales.

B. Texto y examen general de proyectos de propuesta

79. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición dos proyectos de propuesta presentados por la Secretaría en el documento A/CN.9/WG.II/WP.110 (después de los párrafos 55 y 57) cuyo texto era el siguiente:

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];

- 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 [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.”

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.”

Observaciones generales

80. Se observó que la variante 1, en cuyo enunciado se dice que “toda medida cautelar ... se ejecutará ... salvo que”, tenía la finalidad de establecer la obligación de ejecutar si se cumplían las condiciones prescritas, mientras que la variante 2, con palabras como “el tribunal judicial podrá ordenar ...”, expresaba cierta discrecionalidad. Se señaló además que la variante 1 se había preparado sobre la base del artículo 36 de la Ley Modelo sobre Arbitraje (y del artículo V de la Convención de Nueva York) pero adaptándola a las características concretas de las medidas cautelares y no a los laudos definitivos.

81. Se apoyó la variante 2 por el hecho de que la facultad discrecional del tribunal para conceder o denegar la ejecución se ajustaba más al carácter provisional de las medidas cautelares; porque este criterio podía ser de utilidad en los países que se resistían a aceptar la ejecutoriedad de medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral; y porque era difícil asegurar una enumeración adecuada de los motivos apropiados para denegar la ejecución. A pesar de esas opiniones, se consideró en general que las facultades discrecionales previstas en la variante 2 podían dar lugar a interpretaciones divergentes y poner así en peligro la armonización. Se observó también que imponiendo a los tribunales la obligación de ejecutar las medidas cautelares se podía dar a éstas una mayor eficacia.

82. El Grupo de Trabajo examinó el criterio para definir las medidas cautelares que habían de entrar en el ámbito de la disposición legislativa modelo. Según algunas opiniones, la definición debía formularse con criterios amplios, de forma similar al artículo 17 de la Ley Modelo sobre Arbitraje y al artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; si había que citar ejemplos, convendría que no fueran limitativos sino ilustrativos. También se observó que la definición podía resultar más clara si se indicaban en ella las decisiones que no habían de quedar abarcadas, como los laudos sobre pagos adelantados (que constituirían decisiones definitivas por las que se resolvía una parte de la reclamación en la medida en que estuviera fuera de dudas) o las decisiones de procedimiento. Se señaló que cabía considerar que algunas medidas cautelares sobre pruebas entraban en el ámbito del artículo 27 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, y que era necesario aclarar la relación entre el artículo 27 y el proyecto de disposición modelo. La

sugerencia de no formular una definición de medidas cautelares y de remitirse a este respecto al derecho del Estado de ejecución no recibió apoyo.

83. Se observó que en la práctica los árbitros emitían sus decisiones sobre medidas cautelares de distintas formas y dándoles distintas denominaciones, como órdenes o laudos provisionales. A veces se calificaba la decisión de orden (por oposición a laudo) con el fin de impedir que pudiera impugnarse en los tribunales, mientras que al calificarla de laudo se pretendía lograr que fuera tratada como tal. No obstante, se observó que con las distintas denominaciones no se lograba necesariamente que los tribunales trataran de modo distinto las medidas cautelares y que, por consiguiente, la disposición modelo debía aplicarse a las medidas cautelares independientemente de cómo las definiera el tribunal arbitral. Si se considerara conveniente que el tribunal arbitral pudiera en cierto modo controlar la posibilidad de que la parte solicitara la ejecución en un tribunal, podría disponerse que sólo pudiera solicitarse la ejecución con la aprobación del tribunal arbitral (de modo similar a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Modelo sobre Arbitraje).

Examen de la variante 1

84. El Grupo de Trabajo suscribió en general la sugerencia de que la disposición modelo se estructurara y se redactara de modo que quedaran claros los motivos de denegación de la ejecución que debían tenerse en cuenta a instancia del demandado y los que debía tener en cuenta el tribunal por iniciativa propia. Se observó que la distinción quedaba clara en el artículo 36 de la Ley Modelo sobre Arbitraje (y en el artículo V de la Convención de Nueva York) y se sugirió que se adoptara la estructura de esas disposiciones para aplicarla también a la disposición modelo.

85. En aras de la coherencia con el artículo 36 de la Ley Modelo y con el artículo V de la Convención de Nueva York, se sugirió que en la introducción de la variante 1, en vez de las palabras “se ejecutará ... salvo que”, se utilizaran las palabras “podrá denegarse la ejecución ... únicamente cuando”. Esta sugerencia fue objeto de críticas por considerarse que la palabra “podrá” en el artículo V de la Convención de Nueva York había dado lugar a interpretaciones divergentes (en algunos ordenamientos jurídicos se entendía que daba cierto margen de discrecionalidad para permitir la ejecución aun cuando hubiera un motivo de denegación, en particular si era trivial y no repercutía en el fondo del laudo, mientras que en otros ordenamientos jurídicos se entendía únicamente que las palabras “sólo podrá denegarse” limitaban los motivos por los que podía denegarse la ejecución). Se propuso también que el texto de la disposición tuviera el siguiente tenor: “se ejecutará ... pero el tribunal tendrá discreción para denegar la ejecución si se da una de las siguientes circunstancias ...”. Si bien esta propuesta fue objeto de críticas (porque se consideró que el tribunal debía poder invocar motivos no enumerados en la disposición para denegar la ejecución o porque la existencia de un motivo enumerado en la disposición sólo podía acarrear la denegación de la ejecución), prevaleció la opinión de que la propuesta constituía una buena base para futuras consideraciones. Al no poder convenir un régimen único, en particular si el derecho interno de un país prescribía un régimen más favorable que el de la disposición modelo), se sugirió que se recurriera a la técnica de la nota de pie de página (como la que figura bajo el artículo 35 2) de la Ley Modelo sobre Arbitraje) para indicar que no sería contrario al objetivo de armonización que perseguía la disposición modelo si un Estado preveía condiciones menos onerosas.

Variante 1, apartado i)

86. Se señaló que el apartado i) preveía una situación en que mientras un tribunal recibía una demanda de ejecución de una medida cautelar, ese mismo tribunal u otro tribunal del Estado estaba examinando (o ya había denegado) una demanda para obtener la misma medida o una medida similar. A fin de expresar mejor esa situación, se sugirió que se sustituyeran las palabras “una medida cautelar correspondiente” por las palabras “la misma medida o una medida similar”. No se apoyó la sugerencia de que esos casos de coordinación entre demandas de medidas cautelares se resolvieran únicamente en función del principio de “*res judicata*”. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara diversas situaciones que posiblemente requirieran coordinación y que preparara un borrador, a ser posible con variantes. Se consideró que la disposición modelo sólo debía regular la coordinación a nivel del Estado promulgante y no tratar de establecer un régimen transfronterizo.

Variante 1, apartado ii)

87. Se sugirió en varias ocasiones que se suprimiera el apartado ii) dado que, en el momento de presentarse la demanda de ejecución, el tribunal arbitral ya estaba funcionando, por lo que habría de dirimir él mismo toda cuestión relativa a su propia jurisdicción. Además, se sostuvo que probablemente con las alegaciones de invalidez del acuerdo de arbitraje sólo se pretendía retrasar la ejecución. Además, el motivo de denegación era evidente y podía invocarse aunque no figurara expresamente en el texto.

88. No obstante, predominó la opinión de que era preferible mantener el apartado en el texto con el entendimiento (expresado en la guía para la incorporación al derecho interno o, posiblemente, en el propia disposición) de que el tribunal debía limitarse a hacer una evaluación preliminar de la validez del acuerdo de arbitraje y dejar el examen completo de la cuestión en manos del tribunal arbitral (cuya decisión estaba en cualquier caso sujeta a control judicial, en virtud del artículo 16 de la Ley Modelo sobre Arbitraje). Además, si la disposición modelo autorizara al demandante a pedir la ejecución sin que se notificara previamente la medida al demandado (véanse los párrafos 90 a 94 *infra*), este último debería poder plantear ante los tribunales la cuestión de la validez del acuerdo de arbitraje al oponerse a la ejecución de la medida cautelar (ya que ésta sería la primera oportunidad en que podrían hacerlo). La situación sería similar cuando el demandado se negara a participar en el arbitraje (hasta el momento de la demanda de ejecución) por estar convencido de que el tribunal arbitral no tenía jurisdicción al respecto.

Variante 1, apartado iii)

89. Se señaló que la finalidad del apartado iii) era abordar dos situaciones claras, a saber: el supuesto en que 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 en general, y la situación en la que esa parte no haya podido hacer valer sus derechos en relación con la adopción de una medida cautelar a instancia de parte (es decir sin oír a la otra parte).

90. En contra de permitir la ejecución de medidas cautelares a instancia de parte se argumentó que dichas medidas no eran ejecutables con arreglo al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En respuesta a esta objeción se observó que el Convenio sólo se refería a las decisiones extranjeras y que no debería establecerse ninguna distinción entre la ejecución de medidas cautelares nacionales y extranjeras. Otra razón en contra de la ejecución de medidas cautelares fue que su imposición no estaba permitida en la práctica seguida, por ejemplo, por algunas importantes instituciones de arbitraje internacional sin notificar al demandado bien la solicitud de la medida o bien la entrega del mandamiento de ésta con anterioridad a la presentación de solicitud alguna de ejecución ante un tribunal judicial. Esa objeción estaba basada en la importancia capital que tiene en el arbitraje el principio de trato equitativo de las partes que recoge el artículo 18 de la Ley Modelo sobre Arbitraje.

91. Se reconoció en general la necesidad de mantener el factor sorpresa para asegurar la eficacia de las medidas cautelares (a fin de evitar, por ejemplo, la destrucción de pruebas o, de manera más general, para hacer frente a cualquier situación que requiriera la adopción de medidas urgentes). Se sugirió que una manera posible de responder las objeciones basadas en el trato equitativo de las partes podría ser establecer un plazo limitado de validez de las medidas cautelares a instancia de parte, transcurrido el cual la parte demandada estaría facultada para hacer valer plenamente sus derechos antes de que se adoptara decisión alguna sobre el mantenimiento o la revocación de la medida. La sugerencia de un procedimiento en dos etapas, en el que se combinara una fase de solicitud a instancia de parte con otra posterior en la que intervinieran ambas partes, contó con cierto apoyo. Se señaló que ese procedimiento (independientemente de que la fase de intervención de ambas partes tuviera lugar ante el tribunal arbitral, el tribunal judicial o ambos), podría contrarrestar los posibles riesgos implícitos en las medidas cautelares a instancia de parte.

92. A fin de asegurar un trato equitativo de las partes y de abordar las grandes consecuencias que podría tener una medida cautelar a instancia de parte para el demandado, se sugirió que la ejecución de la medida estuviera precedida de algún tipo de examen judicial o, si no, que pudiera preverse la concesión de una contragarantía. También se propuso que sería adecuado abordar estas cuestiones en el apartado vi) en relación con el orden público, si bien la opinión predominante fue que esta propuesta no era aceptable ya que con ello se hacía demasiado hincapié en la excepción de orden público.

93. Otra cuestión a examinar fue hasta qué punto el tribunal judicial estaría facultado para evaluar una medida a instancia de parte antes de ejecutarla. Una de las opiniones fue que cabía hacer una distinción entre la evaluación y el examen de la validez del acuerdo de arbitraje, en el que la evaluación se realizaba “sin entrar en detalles”, y que en el caso de las medidas cautelares debería darse al demandado la oportunidad de hacer valer sus derechos. Otra opinión fue que, al evaluar una medida cautelar a instancia de parte, el tribunal debería aceptar, en la medida de lo posible, la opinión del tribunal arbitral.

94. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió que no podía acordarse una solución concreta en el actual período de sesiones del Grupo de Trabajo. Se pidió a la Secretaría que preparase una disposición revisada en la que se tuvieran en

cuenta las diversas inquietudes manifestadas con miras a mantener tanto el elemento sorpresa como el principio de trato equitativo de las partes.

Variante 1, apartado iv)

95. Se señaló que, básicamente, la ejecución de una medida cautelar requería que ésta siguiera vigente conforme había sido adoptada y que la finalidad del apartado iv) era abordar la cuestión de la manera en que el tribunal que ordenase la ejecución podía tener la certeza de que la medida titular seguía vigente. Se señaló que cabían dos soluciones: la primera consistía en obligar al solicitante de la ejecución a que informara al tribunal judicial de cualquier modificación que pudiera haber ocurrido tras la concesión de la medida; la segunda, en disponer que la solicitud de ejecución se presentara al tribunal arbitral y fuera aprobada por éste.

96. El Grupo de Trabajo reconoció que era aceptable el fondo de la disposición en su redacción actual, con una referencia a la suspensión de la medida cautelar como otra posible razón para denegar la ejecución.

Variante 1, apartado v)

97. Se señaló que en el apartado v) figuraban dos razones de naturaleza muy diferente.

98. En cuanto a la primera razón, es decir la denegación por el hecho de que el tribunal judicial o el tribunal arbitral del Estado no pudiera haber dictado el tipo de medida cautelar cuya ejecución se hubiera solicitado, se manifestaron diferentes opiniones.

99. Se observó que no era necesario considerar qué medidas podían dictar los tribunales arbitrales nacionales, sino más bien qué medidas cautelares podían ejecutarse conforme al derecho del Estado en el que se llevase a cabo la ejecución, ya que lo importante era la ejecución de la medida cautelar. Por tanto, se sugirió suprimir la referencia al tribunal arbitral. Como cuestión de redacción, se propuso suprimir la expresión “de este Estado”, ya que en muchos casos se pedía la ejecución en un país distinto a aquél en que se había concedido la medida cautelar y no era necesario que existiera una relación específica entre el país en el que se encontraba el tribunal arbitral, el país cuyo derecho se aplicaba y el país en el que se pedía la ejecución. Se pusieron objeciones a la sugerencia de sustituir la expresión “pueda haber” por “haya”, argumentando que podría crear incertidumbre con respecto al tipo de examen que se suponía que el tribunal judicial iba a realizar.

100. Se manifestaron algunas inquietudes de que la forma en que estaba redactada la disposición pudiera dar lugar a resultados distintos en países distintos. Dadas las diferencias entre las medidas existentes en los diferentes sistemas jurídicos, se sugirió que el hecho de que un tribunal judicial no pudiera dictar una medida concreta no constituía razón suficiente para denegar la ejecución de una medida similar dictada en otro país. Una opinión contraria fue que no cabía esperar que un tribunal judicial ejecutase una medida que no podía dictar, ya que en ese caso no se dispondría de un mecanismo de ejecución de la medida, y por tanto, la ejecución sería ineficaz. Se sugirió que los problemas de medidas desconocidas podrían solucionarse en parte permitiendo que el tribunal judicial volviera a formular la medida con una redacción como la siguiente: “a menos que el tribunal judicial pueda volver a formular la medida cautelar conforme a las normas procesales

aplicables” (se señaló que la cuestión de la posibilidad de volver a formular la medida cautelar se abordaba en los párrafos 71 y 72 del documento A/CN.9/WG.II/WP.110 en el epígrafe relativo a posibles disposiciones adicionales). No contó con apoyo otra sugerencia de suprimir la disposición por estar ya incluida en el apartado iv).

101. A fin de recoger las opiniones del Grupo de Trabajo, se propusieron otras posibilidades de redacción: enunciar la disposición con arreglo a los siguientes términos: “si la ejecución del tipo de medida cautelar no entra dentro de las competencias del tribunal judicial de conformidad con las normas procesales”; incluir el enunciado: “pueda denegarse la ejecución de una medida cautelar cuando dicha medida sea incompatible con las competencias procesales que correspondan al tribunal judicial con arreglo al derecho procesal”. Pese a la incertidumbre acerca de la mejor solución posible, hubo reconocimiento generalizado de que la disposición se basaba en un principio aceptable y razonable y que, por tanto, debía mantenerse. También se apoyó ampliamente la idea de que el tribunal estuviera facultado para formular de nuevo la medida conforme a sus competencias procesales. Se pidió a la Secretaría que revisara la disposición ofreciendo otras posibles soluciones y, eventualmente, añadiendo también aclaraciones acerca del tipo de situaciones que entrarían en su ámbito. Se describieron diversos ejemplos de medidas cautelares que podrían no entrar en las competencias de un determinado tribunal nacional, como las multas, los embargos preventivos que no afectaban a la totalidad de los bienes de una parte, los requerimientos judiciales vinculantes que obligan a una parte a construir algo y, en general, las órdenes para cuya ejecución un tribunal carece de mecanismos.

102. En cuanto a la parte de la disposición relativa a la desproporcionalidad, el Grupo de Trabajo decidió que no se incluiría en el texto.

Apartado vi) y posibles disposiciones adicionales

103. Debido a las limitaciones de tiempo, se acordó aplazar el examen del resto de los proyectos de disposición que figuran en el documento A/CN.9/WG.II/WP.110, incluido el apartado vi) de la variante 1, hasta el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo.

C. Posible labor futura

104. En su 32º período de sesiones (Viena, 20 a 31 de marzo de 2000), el Grupo de Trabajo intercambió opiniones e información sobre una serie de cuestiones relacionadas con el arbitraje que se señalaron como posibles temas para una labor futura. Algunos de esos temas surgieron en el transcurso de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, otros ya habían sido examinados por la Comisión en su 32º período de sesiones (figuran en los párrafos 107 y 108 del documento A/CN.9/468), y otros habían sido propuestos por expertos en arbitraje (figuran en el párrafo 109 del documento A/CN.9/468).

105. En el actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó el documento A/CN.9/WG.II/WP.111, en el que se describía la labor preparatoria que había realizado la Secretaría en relación con tres de esos temas:

- a) medidas cautelares ordenadas por tribunales judiciales en apoyo del arbitraje (con miras a preparar reglas uniformes dirigidas a los tribunales judiciales cuando ordenen dichas medidas) (párrafos 2 a 29);
- b) el alcance de las medidas provisionales que pueden dictar los tribunales arbitrales (con miras a preparar un texto basado en la práctica que ofrezca orientación a los tribunales arbitrales cuando una de las partes solicite una medida cautelar) (párrafos 30 a 32); y
- c) La validez del acuerdo de arbitraje (un estudio o un conjunto de reglas uniformes sobre la relación existente entre el principio según el cual “el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje” (artículo 16 1) de la Ley Modelo sobre arbitraje) y el alcance de la competencia del tribunal para decidir la remisión de las partes a arbitraje cuando el demandado en un procedimiento judicial alegue la existencia de un acuerdo de arbitraje y el demandante argumente que el acuerdo de arbitraje carecía de validez (párrafo 33).

106. Se dio amplio apoyo a la labor futura sobre los tres temas. Se dijo que partiendo del éxito de textos como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la Ley Modelo sobre Arbitraje y las Notas de la CNUDMI sobre el proceso arbitral, la Comisión podría seguir mejorando la eficacia del arbitraje en el comercio internacional. Si bien se señaló que los temas a) y b) estaban relacionados con el procedimiento judicial, un ámbito en el que tradicionalmente había sido difícil lograr la armonización, se dijo que era conveniente una mayor certeza jurídica en esos ámbitos para el buen funcionamiento del arbitraje comercial internacional. En cuanto al tema b), se consideró que el texto que se preparase debería analizar la práctica arbitral y que dicho análisis sería en sí mismo útil y podría dar lugar a un texto del tipo de notas prácticas no vinculantes. Se señaló que en particular la labor sobre el tema b), así como sobre los otros dos temas, tendría que basarse en información práctica amplia y que la Secretaría se pondría en contacto con organizaciones que se ocupan del arbitraje y con los Gobiernos con miras a obtener esa información. El Grupo de Trabajo hizo un llamamiento a los Gobiernos y a las organizaciones pertinentes para que facilitaran la información necesaria a la Secretaría. Si bien el Grupo de Trabajo oyó algunas indicaciones de que debería dársele la máxima prioridad al tema a), no adoptó una decisión acerca de la prioridad relativa de los temas, y pidió a la Secretaría que preparase propuestas y estudios preliminares para un próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo.

V. Conciliación

A. Observaciones generales

107. El Grupo de Trabajo recordó que, en su anterior período de sesiones, se reconoció que se estaba recurriendo cada vez más a la reconciliación como método para la solución de las controversias comerciales, por lo que se expresó un notable apoyo por la preparación de un proyecto de régimen para la conciliación. El Grupo de Trabajo intercambió pareceres sobre los textos propuestos para un régimen legal modelo que figuran en los párrafos 87 a 112 del documento A/CN.9/WG.II/WP.110.

108. Se observó que, además del término “conciliación”, se utilizaban en la práctica otros términos como el de “mediación” y el de “evaluación neutral”. Estos términos se utilizaban a menudo indistintamente como si no existiera entre ellos distinción alguna de significado, mientras que, en otros casos, se hacían entre ellos ciertas distinciones procesales o técnicas. Ahora bien, esas distinciones de uso no eran uniformes.

109. El Grupo de Trabajo convino entonces en que, dado que los usos lingüísticos no estaban bien definidos, se utilizara en el proyecto el término “conciliación” para designar una noción amplia que abarcara diversos tipos de procedimiento en los que una persona imparcial e independiente preste asistencia a las partes en litigio para resolver su controversia.

110. El Grupo de Trabajo intercambió pareceres de carácter general sobre la forma que había de darse a las disposiciones modelo, pero convino en aplazar su decisión definitiva sobre esta cuestión hasta que se hubiera decidido cuál había de ser el contenido de las disposiciones de fondo. Si bien la idea de elaborar una ley modelo recibió cierto apoyo, predominó la opinión de que, de momento, era conveniente que el Grupo de Trabajo actuara en el entendimiento de que las disposiciones revestirían la forma de un régimen legal modelo.

B. Artículo 1

111. El texto del proyecto de artículo 1, examinado por el Grupo de Trabajo, decía:

“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.

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 [si estuviera determinado en el acuerdo de conciliación o de conformidad con el mismo];

- 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.”

Carácter no imperativo de los proyectos de disposición

112. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo en que se procediera sobre la base de que las disposiciones serían de carácter no imperativo, por lo que se expresó apoyo en favor de que se retuvieran las palabras “a menos que las partes acuerden otra cosa”. Ahora bien, no se llegó a decidir la cuestión de si se debe insertar una disposición que permita que las partes excluyan por completo la aplicación del régimen modelo a su contrato. Se observó no obstante, que el carácter más o menos optativo de cada una de las disposiciones del proyecto de régimen habría de ser examinada a medida que avanzara la labor sobre las disposiciones de fondo (véase también el párrafo 142 *infra*).

Definición del término “comercial”

113. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si se había de limitar el ámbito de aplicación del proyecto de régimen modelo a las controversias comerciales.

114. Se señaló que era difícil diferenciar las controversias comerciales de las no comerciales, por lo que sería prematuro adoptar un criterio restrictivo en la fase actual de las deliberaciones, ya que mucho dependía del contenido final del texto de las disposiciones. No obstante, recibió un considerable apoyo la idea de que el Grupo de Trabajo procediera sobre la hipótesis de que el régimen modelo sería únicamente aplicable a las operaciones comerciales. En este contexto, el Grupo de Trabajo apoyó ampliamente que esa restricción se expresara en forma de una nota al pie del artículo, como se hacía en el proyecto de texto presentado.

115. Como alternativa a ese enfoque, se sugirió que el texto de esa nota se inspirara en la nota*** correspondiente al artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, (que preveía la aplicación más amplia posible de la Ley Modelo, al tiempo que establecía exclusiones concretas), a fin de que los Estados promulgantes que lo desearan pudieran ampliar el ámbito de aplicación de la disposición legal modelo sobre conciliación con la posibilidad de excluir ciertos tipos de operación del ámbito de aplicación del régimen legal modelo.

116. Se sugirió además que el término “transacciones comerciales” que se utilizaba en el artículo 1 era demasiado estrecho, ya que su alcance dependería de ciertos tecnicismos de derecho interno. Para evitar esa estrechez, se sugirió sustituir el término “transacciones” por “actividades”, de conformidad con la terminología empleada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. No

obstante, hubo opiniones en contra de esta propuesta, por estimarse que la palabra “transacción” implicaba la necesidad de acuerdo.

Internacional o internacional e interno

117. El Grupo de Trabajo observó que se facilitarían la adopción del régimen modelo si se limitaba su alcance a los supuestos de conciliación internacional. Ahora bien, el Grupo de Trabajo observó que volvería a examinar la cuestión de la utilidad en el ámbito interno del régimen legal modelo una vez que hubiera ultimado el texto de sus disposiciones de fondo. Se observó además que, independientemente de lo que decida el Grupo de Trabajo sobre el ámbito de aplicación, todo Estado podría eventualmente adoptar el régimen modelo para supuestos de conciliación tanto internos como internacionales, al igual que habían hecho algunos Estados respecto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje.

118. Si bien se sugirió limitar el alcance de la definición del término “internacional” al apartado a) del artículo 1 2), el Grupo de Trabajo adoptó el parecer de que haría falta disponer de criterios adicionales respecto de una amplia gama de supuestos para estar seguros de que el requisito de la “internacionalidad” se daba en determinados casos, aun cuando las dos partes en litigio tuvieran su establecimiento en el territorio de un solo Estado. Otra razón para retener una definición más amplia del término “internacional” era que el proyecto de régimen bajo examen era de alcance parecido al descrito en el artículo 1 3) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, por lo que era importante, dada la posibilidad de que la conciliación fuera seguida por un proceso arbitral, que la definición del término “internacional” que se diera para el régimen de la conciliación fuera de alcance similar. En apoyo del parecer de que el proyecto conservara cierta flexibilidad en lo relativo a la definición del término “internacional”, se sugirió que el Grupo de Trabajo considerara incluir en el ámbito del régimen modelo todos los supuestos en los que apareciera un “elemento extranjero”.

119. El Grupo de Trabajo examinó asimismo si se habían de incluir disposiciones adicionales para definir, respecto de cada artículo, si el régimen modelo sería o no aplicable. En principio, se expresó apoyo en favor de que el régimen modelo fuera aplicable en el supuesto de que el procedimiento de conciliación se celebrara en un Estado que hubiera promulgado dicho régimen. Se observó, no obstante, que, en determinados supuestos, sería difícil determinar el lugar de la conciliación; por ejemplo en supuestos en los que los participantes se comunicaran por medios electrónicos sin reunirse de hecho en ningún Estado. Se cuestionó la idoneidad del lugar de la conciliación como criterio determinante cuando ese lugar se hubiera seleccionado por razones de conveniencia y no porque existiera algún vínculo entre el objeto de la controversia o las partes en la misma y el lugar seleccionado para la conciliación.

120. Se observó también que algunos proyectos de disposición regulaban los efectos de las conciliaciones en Estados que no fueran el Estado promulgante y parecían regular los efectos de las conciliaciones no sólo en el Estado promulgante sino también en el extranjero (por ejemplo, el artículo 7 relativo a la prescripción y el artículo 8 relativo a la admisibilidad de pruebas en otros procesos). Se sugirió que se tuviera en cuenta ese efecto extraterritorial atribuido al procedimiento de

conciliación al modelar el texto de la disposición sobre el ámbito de aplicación del régimen modelo (véase también más adelante el párrafo 134).

C. Artículo 2

121. El texto del proyecto de artículo 2, examinado por el Grupo de Trabajo, decía:

“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.
 - 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 atenderá 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.]”

122. Se hicieron sugerencias para que se colocara el párrafo 2) en un artículo aparte con el resto del artículo al igual que se hacía en el artículo 7 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

123. Durante las deliberaciones subsiguientes, se sugirió (y el Grupo de Trabajo estuvo en ello de acuerdo) que se ampliara el texto del párrafo 2) del artículo 2 y del artículo 1 para transformarlos en disposiciones aparte que, conforme a la estructura del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, dieran una definición de conciliación, del ámbito de aplicación del régimen modelo, de la apertura del procedimiento de conciliación, de la selección y el número de conciliadores y de la función de los conciliadores, así como de los principios en los que se habría de inspirar la práctica de la conciliación.

124. Al enunciar los elementos de una definición de la conciliación, se sugirió que se tuvieran en cuenta el acuerdo entre las partes, la existencia de una controversia, la intención de las partes de llegar a un acuerdo amistoso y la intervención de uno o más terceros independientes e imparciales que ayudaran a las partes en su tentativa de llegar a un acuerdo amistoso. En esos elementos radicaba la distinción entre la conciliación, por una parte, y el acuerdo de arbitraje vinculante, por otra, así como la distinción entre el procedimiento de conciliación y las negociaciones entabladas,

para ese mismo fin, por las propias partes o por sus representantes. Según el texto presentado a examen, la conciliación había de ser considerada como un proceso en el que un tercero, o diversas personas, ayudaban a las partes en un litigio que mutuamente desearan dicha asistencia, a llegar a un acuerdo voluntario para la solución amistosa de su controversia. Si bien se expresó el parecer de que algunas formas de conciliación podían no requerir la intervención de un tercero, el parecer general fue que esos supuestos quedarían fuera del ámbito de aplicación del régimen modelo.

125. Se observó que el texto actualmente redactado no había previsto cuáles serían las consecuencias de que un conciliador no actuara con imparcialidad. Se reconoció que en ese supuesto cualquiera de las partes estaría facultada para poner término al procedimiento de conciliación. Se suscitó no obstante la cuestión de si existían supuestos, en los que el conciliador no hubiera actuado de modo imparcial, que podrían dar lugar a que el régimen modelo no fuera aplicable. Si bien se entendió en general que esa manera de obrar del conciliador no privaría al régimen modelo de su aplicabilidad, se juzgó necesario revisar el texto a fin de que éste fuera el sentido dimanante de su lectura.

D. Artículos 3 a 5

126. El texto de los artículos 3, 4 y 5 sometido al examen del Grupo de Trabajo era el siguiente (aunque conviene señalar que los artículos 3 y 4 no han sido examinados en el actual período de sesiones del Grupo de Trabajo):

“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.

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.

Artículo 5. Inicio de la conciliación

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.”

127. En el Grupo de Trabajo se hicieron declaraciones en el sentido de que sería útil aclarar en qué momento puede considerarse que ha comenzado un proceso de conciliación, concretamente para determinar sus repercusiones en el artículo 7 (relativo al efecto de la conciliación para el plazo de prescripción) y en el artículo 8 (relativo a la admisibilidad de las pruebas en otros procedimientos). Si bien el Grupo de Trabajo señaló que el funcionamiento de una serie de disposiciones subsiguientes dependía del artículo 5, se emprendió el debate sobre el artículo 5 sin perjuicio de lo que se decida sobre esos artículos.

128. Como cuestión preliminar se propuso que se aplicara el artículo 5 independientemente de si el acuerdo para recurrir a la conciliación se hubiera concertado antes o después de que surgiera la controversia.

129. Según una opinión mayoritaria en el Grupo de Trabajo, el artículo 5 era una disposición útil que convendría mantener y que debería complementarse con palabras que reflejaran la idea de que si una parte no recibía ninguna respuesta a una invitación a la conciliación, podía considerarse que ya no había acuerdo de conciliación. Se aceptó la propuesta de que la disposición se basara en el artículo 2 4) del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

130. Se propuso que las partes pudieran acordar un proceso de conciliación por iniciativa de una parte, en cumplimiento de un acuerdo concertado entre ellas o a raíz de una sugerencia u orden de un tribunal o de otro organismo gubernamental competente, y que el proyecto de artículo 5 fuera compatible con esas situaciones y se coordinara también con el contenido del artículo 10 (“Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales”) y, en particular, con la variante 3 de ese artículo. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que examinara diversos ejemplos de órdenes o solicitudes de tribunales u otros organismos para iniciar procedimientos de conciliación y pidió a los gobiernos que comunicaran a la Secretaría esos ejemplos.

131. A fin de no suscitar dudas sobre los casos en que el acuerdo de conciliación se concertara de forma no escrita, el Grupo de Trabajo consideró en general que debería suprimirse la referencia expresa a la forma escrita en el artículo 5. Sin embargo, se observó que, habida cuenta de que el inicio de la conciliación podría tener como consecuencia la interrupción del plazo de prescripción, sería útil a efectos probatorios que el inicio de la conciliación fuera corroborado con pruebas escritas o incluso con formas equivalentes a escritas.

132. Se sugirió que se volviera a redactar el artículo 5 como disposición que fuera aplicable a menos que las partes decidieran otra cosa y se señaló que quedaba por decidir si ese principio de autonomía de las partes debía expresarse de forma general al principio del proyecto de disposiciones modelo o si debía enunciarse por detallado en el proyecto de artículo 5.

E. Artículos 6 y 7

133. El texto de los proyectos de artículo 6 y 7 sometido al examen del Grupo de Trabajo era el siguiente (aunque conviene señalar que no ha sido examinado en el actual período de sesiones del Grupo de Trabajo):

“Artículo 6. Conclusión de la conciliación

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

- 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 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.”

134. Se plantearon cuestiones sobre los efectos del artículo 7 en Estados que no fueran Estados promulgantes. Se consideró que lo ideal sería que las disposiciones modelo produjeran efectos no sólo en el Estado en que tuviera lugar la conciliación sino también en otros Estados. Sin embargo, se reconoció que las disposiciones modelo podían y debían regular la interrupción del plazo de prescripción en el Estado promulgante al iniciarse un procedimiento de conciliación en el Estado promulgante o en otro Estado, pero que no podían regular la interrupción del plazo de prescripción en un Estado extranjero. Se sugirió que volviera a redactarse la disposición de modo que resultara más probable que un Estado extranjero reconociera que la conciliación en el Estado promulgante acarrea la interrupción del plazo de prescripción. Con tal fin se sugirió una disposición que presupusiera que las partes habían convenido en no invocar el plazo de prescripción pertinente.

135. Se sugirió que se eliminara por completo el artículo 7 debido a las dificultades que planteaba para su aplicación universal. Por otra parte, se sostuvo que la cuestión de la prescripción no habría de regularse en las disposiciones modelo sino en otras reglas. También se argumentó que el artículo 7 no era indispensable para la protección de los derechos del demandante, ya que el artículo 10 preveía expresamente la posibilidad de que una parte iniciara un procedimiento arbitral o judicial cuando estimara que tal procedimiento era necesario para conservar sus derechos. Además, las partes podían convenir en prorrogar el plazo y, por consiguiente, no era realmente necesario interrumpir el plazo de prescripción (no obstante, se respondió que esos acuerdos no estaban permitidos en algunos ordenamientos jurídicos). Otro argumento en favor de la supresión del artículo era que, en la práctica, las partes solían iniciar procedimientos judiciales con la simple

finalidad de no perder sus derechos a causa de la expiración del plazo de prescripción y que esa práctica no obstaculizaba los procedimientos de conciliación. También se adujo que, dada la complejidad de la disposición y la incertidumbre sobre si tendría el efecto esperado en la jurisdicción pertinente, la disposición podía introducir tecnicismo jurídicos en lo que normalmente sería un proceso informal. También se observó que el artículo 7 parecía equiparar incorrectamente, a efectos del plazo de prescripción, los procedimientos de conciliación con los procedimientos judiciales o arbitrales; esta comparación fue objeto de críticas debido a las diferencias fundamentales que existían entre el carácter puramente voluntario de la conciliación y el resultado vinculante de los procedimientos judiciales o arbitrales. En contra del artículo 7 se argumentó también que podía repercutir en la aceptación de las disposiciones modelo en general, ya que los Estados podían tener dudas a la hora de adoptar un texto que regulaba una cuestión que en muchos Estados planteaba problemas de orden público.

136. No obstante, a favor del artículo se consideró que, desde el punto de vista práctico, ofrecía una solución simple y útil para un gran número de casos y daba a la conciliación un mayor aliciente al preservar los derechos de las partes sin alentarlas a iniciar procedimientos contra las otras partes (con los consiguientes gastos jurídicos, de hecho innecesarios). También se observó que la disposición era particularmente útil cuando el plazo de prescripción era breve, como solía ocurrir, por ejemplo, en las demandas derivadas de contratos de transportes.

137. Tras un amplio debate, el Grupo de Trabajo adoptó el criterio de que sería prematuro suprimir la disposición antes de examinarla de forma exhaustiva para determinar posibles mejoras para que tuviera una amplia aceptación. No se llegó a ningún acuerdo sobre si, en caso de mantenerse la disposición, habría de figurar como texto principal o como nota de pie de página o si habría de incluirse en una guía para dar orientación a los Estados que desearan incorporar la disposición a su derecho interno. En vista de esas consideraciones, se convino en poner el artículo 7 entre corchetes y en incorporarlo al proyecto revisado

138. Sobre la cuestión del contenido del proyecto de artículo 7 hubo una mayor preferencia por la variante 1 del párrafo 1). Con respecto al párrafo 2) se señaló que esencialmente los procedimientos de conciliación podían afectar el plazo de prescripción de tres formas. Una posibilidad era que el plazo de prescripción empezara a correr de nuevo después de quedar interrumpido por el inicio de un procedimiento de conciliación. Otra posibilidad era que si la conciliación concluía sin llegar a una transacción se considerara que el plazo de prescripción había seguido corriendo como si no hubiera habido conciliación (en tal caso, habría un período adicional de gracia de [seis meses] si entretanto el plazo de prescripción hubiera expirado o expirara en menos de [seis meses]). Ese enfoque se reflejaba en el proyecto de artículo 7 2) que examinaba el Grupo de Trabajo y se basaba en el artículo 17 de la Convención la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías. La tercera opción consistía en que, durante el período de conciliación, se interrumpiera el plazo de prescripción, que sólo volvería a contar a partir del momento en que la conciliación concluyera infructuosamente. De estas tres opciones, la última (denominada también solución “de reloj de ajedrez”) recibió un apoyo considerable.

F. Artículo 8

139. El texto del artículo 8 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“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] 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.”

140. Se apoyó de forma general el criterio del artículo 8, consistente en facilitar la comunicación entre las partes durante el procedimiento conciliatorio sin temor a que, en el supuesto de que la conciliación concluya infructuosamente y las partes entablen un procedimiento judicial o arbitral, cierta información (en particular la que se enumera en los párrafos a) a d)) se utilice en el procedimiento judicial o arbitral. Se recordó que la disposición estaba basada en el artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. No obstante, se señaló que la formulación del proyecto de disposición era la de una prohibición legal, mientras que en el artículo 20 se establecía el compromiso contractual de las partes de no invocar determinadas pruebas en procedimientos judiciales o arbitrales.

141. Hubo acuerdo general en que el proyecto de disposición debería entenderse en el sentido de que la prueba que fuera admisible no dejaba de serlo por el hecho de ser utilizada en la conciliación (párrafo 99 del documento A/CN.9/WG.II/WP.110). Se sugirió que se agregara una aclaración pertinente en la disposición modelo o en la guía para la incorporación al derecho interno. En la aclaración podría destacarse también el hecho de que la disposición no se refería a la cuestión general de la admisibilidad de las pruebas en procedimientos arbitrales o judiciales.

142. Se acordó que la disposición debería quedar sujeta a la autonomía de las partes. No obstante, no se decidió si esto debería establecerse de manera general en

las disposiciones legislativas modelo o en esa disposición en concreto. Sin embargo, se dijo que a fin de facilitar el empleo del régimen uniforme por los profesionales, la técnica que se adoptara debería ser clara (véase también el párrafo 112 *supra*)

143. Se sugirió que se aclarara que la palabra “tercero” en el párrafo 1) no se refería a una parte en el procedimiento de conciliación, sino a una persona que no fuera parte en el procedimiento de conciliación y que estuviera en situación de utilizar como prueba opiniones, hechos, propuestas y otros hechos a los que se hace referencia en los apartados a) a d) del párrafo 1). La expresión “cuestiones objeto de controversia o” que figura en el apartado a) se mantuvo entre corchetes en espera de que se determinara si la amplitud del ámbito de la disposición a la que daban lugar dichas palabras era adecuada, de alcance no excesivo y de claridad suficiente. Se sugirió suprimir los apartados b), c) y d) del párrafo 1), y mantener el apartado a), que habría de volver a formularse como norma de carácter general a fin de simplificar la disposición. El Grupo de Trabajo no aceptó la sugerencia, pues prefirió la mayor especificidad y claridad del actual párrafo 1). Se propuso que se incluyera una referencia a una invitación a iniciar la conciliación o una declaración de que la conciliación había fracasado a fin de dejar claro que no podían invocarse esas cuestiones ni utilizarse de ningún otro modo.

144. Se dijo que deberían suprimirse los párrafos 2) y 3), pues se referían al derecho de prueba en los procedimientos judicial y arbitral, y que la legislación en materia de conciliación no debía interferir en el derecho procesal. No obstante, el Grupo de Trabajo entendió que dichas disposiciones eran necesarias, ya que aclaraban y reforzaban de manera adecuada el párrafo 1) y puesto que la importancia práctica que este párrafo tenía para las partes exigía una disposición expresa dirigida a los tribunales judiciales y arbitrales. Si se mantenían esas disposiciones, se sugirió que se introdujera una salvedad con otra disposición del siguiente tenor: “a menos que el derecho que regule el procedimiento arbitral o judicial permita o exija dicha divulgación”. No obstante, se señaló que esa salvedad podía desvirtuar la regla. Se apoyaron ampliamente los tipos de excepciones de orden público que se enunciaban en el párrafo 100 del documento A/CN.9/WG.II/WP.110.

145. Se entendió que el párrafo 1) se refería a pruebas de hechos enumerados en los apartados a) a d), independientemente de que figurasen en forma escrita o de alguna otra manera. No se adoptó ninguna decisión acerca de que si ello se desprendía con suficiente claridad de la disposición, o sobre si sería útil incluir una aclaración al respecto.

146. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si en las disposiciones modelo debería figurar una norma que estableciera la obligación general del conciliador y de las partes de mantener el carácter confidencial de todas las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio, de forma similar a lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. No recibió apoyo la propuesta de incluir tal disposición en el texto. Las razones eran, entre otras, las siguientes: la disposición tendría que establecer una serie de excepciones, lo que complicaría su redacción; una obligación legal de ese tipo prevería responsabilidad por el incumplimiento de la obligación, lo que plantearía una serie de cuestiones que serían difíciles de resolver en las disposiciones modelo; y no era necesaria una disposición de ese tipo, porque las partes podían acordar la obligación de mantener la confidencialidad cuando lo desearan y en la medida en que lo consideraran conveniente, por ejemplo, recurriendo a la conciliación en el marco del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

G. Artículo 9

147. El texto del artículo 9 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Artículo 9. Función del conciliador en otros procedimientos

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

148. En aras de la coherencia con la estructura general del documento, se sugirió que se sustituyeran las letras a), b) y c) por las cifras 1), 2) y 3). Se observó también que, en el apartado b), donde dice “artículo 7 1)” debería decir “artículo 8 1)”.

149. Se sugirió suprimir la expresión “a menos que las partes acuerden otra cosa” de forma que la disposición no permitiera en ningún caso que un conciliador actuase como representante o asesor de una parte o para evitar que las disposiciones modelo regulen los casos en que el conciliador actúe como representante o asesor de una parte. Una propuesta conexas fue que la posibilidad de que el conciliador actuara como árbitro no fuera exclusivamente función de la autonomía de las partes porque podría menoscabar la integridad del procedimiento arbitral y crear problemas para la ejecución del laudo. No obstante, el Grupo de Trabajo entendió que el enfoque adoptado en la redacción actual del párrafo 1), que sometía la disposición a la autonomía de las partes, era adecuado. Se consideró que las partes deberían mantener pleno control en relación con esta cuestión. En cuanto al nombramiento del conciliador como árbitro, se entendió que, al acordar que el conciliador actuara como árbitro, las partes habrían eliminado cualquier objeción que pudiera surgir.

150. Se sugirió sustituir la expresión “una controversia que hubiera sido objeto del procedimiento conciliatorio” en el apartado a) por las palabras “una controversia que hubiera sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio” a fin de hacerlo concordar con el apartado b).

151. Se dijo que la regla establecida en el apartado a) debería hacerse extensiva a la actuación de los conciliadores como jueces. Se señaló que en algunas jurisdicciones la cuestión no se sometería a la autonomía de las partes. La opinión predominante fue que esta cuestión no entraba en el ámbito del régimen uniforme y que debería someterse totalmente a otras leyes del Estado promulgante.

152. Se dijo que el alcance de la prohibición establecida en el apartado b) sería demasiado limitado en el sentido de que, por ejemplo, no incluía el testimonio de un conciliador que diera fe de que una de las partes había actuado de mala fe durante la conciliación y que, por tanto, debería ampliarse el alcance de la prohibición del

apartado b). El Grupo de Trabajo decidió volver a examinar esta cuestión en un futuro período de sesiones.

153. Con respecto al apartado c), la opinión generalizada fue que era necesario aclarar la expresión “otro [contrato] que forme parte de una única transacción comercial”, a fin de saber qué tipo de contrato entraría en su ámbito. Así pues, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara la disposición.

H. Artículo 10

154. El texto del artículo 10 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“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 atenderá a dicho compromiso hasta que haya transcurrido el período acordado o se haya iniciado el procedimiento conciliatorio.”

155. Se dijo que la finalidad del artículo 10 era transmitir la idea de que debería impedirse que las partes iniciaran un procedimiento arbitral o judicial mientras que estuviera pendiente la conciliación y que los diversos enunciados propuestos representaban distintas formas de expresar esta idea.

156. Se sugirió que volviera a redactarse el artículo 10 para reflejar los siguientes elementos: la obligación de las partes de no iniciar un procedimiento judicial o arbitral; el efecto dado a la obligación por el tribunal judicial o arbitral; el inicio de procedimientos judiciales o arbitrales simplemente para conservar los derechos; evitar que el inicio de un procedimiento de este tipo dé a entender que el procedimiento conciliatorio ha concluido.

157. El Grupo de Trabajo entendió que la menos adecuada era la variante 2, porque se limitaba únicamente a reconocer el derecho de las partes a acordar no iniciar ningún procedimiento arbitral o judicial y porque no ofrecía ninguna solución en ausencia de un acuerdo entre las partes. El Grupo de Trabajo se mostró a favor de

las variantes 1 ó 3, o de una posible combinación de ambas, porque ofrecían una solución clara, y se decidió que constituían las disposiciones más adecuadas como base para continuar el examen.

158. Se sugirió que, al volver a redactar el artículo 10, se tuviera en cuenta la cuestión de si la disposición debería abordar el aspecto de si una de las partes tenía libertad, a pesar de la existencia de un acuerdo de conciliación, para recurrir a una autoridad competente que designara un tribunal arbitral.

I. Artículos 11 y 12

159. Se propuso al Grupo de Trabajo que examinara el siguiente texto de los artículos 11 y 12 (aunque cabe señalar que por falta de tiempo el Grupo de Trabajo no ha podido examinar los proyectos de artículo 11 y 12 en el actual período de sesiones, pero lo hará en el siguiente):

“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.

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].*”