



Asamblea General

Distr.
GENERAL

A/CN.9/460
6 de abril de 1999

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
32º período de sesiones
Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional

Nota de la Secretaría

Índice

Página

INTRODUCCIÓN	2
I. RESUMEN DE LAS PROPUESTAS	2
II. TEMAS QUE PODRÁN SER SOMETIDOS A LA CONSIDERACIÓN DE LA COMISIÓN	3
A. Conciliación	3
B. Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje	6
C. Posibilidad de someter a arbitraje	10
D. Inmunidad soberana	10
E. Acumulación de procedimientos arbitrales	15
F. Confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales	18
G. Establecimiento de reclamaciones a efectos de compensación	20
H. Decisiones tomadas por tribunales arbitrales incompletos	22
I. Responsabilidad de los árbitros	24
J. Facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses	26
K. Costas en procedimientos de arbitraje	27
L. Fuerza ejecutiva de las medidas provisionales de protección	29
M. Facultad discrecional para ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen	32

INTRODUCCIÓN

1. En su 32º período de sesiones, el 10 de junio de 1998, 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 este evento 300 invitados. El Secretario General de las Naciones Unidas pronunció el discurso de apertura. Además de los discursos de antiguos participantes en la conferencia diplomática en que se adoptó la Convención, destacados expertos en arbitraje hicieron exposiciones sobre materias tales como la promoción de la Convención, su promulgación y aplicación. Se hicieron también exposiciones sobre cuestiones que iban más allá del ámbito de la Convención propiamente dicha, tales como la aplicación combinada de la Convención y otros textos jurídicos internacionales sobre arbitraje comercial internacional, y las dificultades con que se ha tropezado en la práctica pero que no han sido tratadas en los actuales textos legislativos o no legislativos sobre arbitraje.¹
2. En esas exposiciones se hicieron diversas sugerencias sobre la forma de presentar a la Comisión algunos de los problemas identificados en la práctica a fin de que ésta pudiera considerar si sería conveniente y viable realizar cualquier labor al respecto.
3. En lo referente a los debates en el Día de la Convención de Nueva York, la Comisión estimó que sería conveniente emprender, en su 32º período de sesiones en 1999, un estudio sobre la posible labor futura en materia de arbitraje. Solicitó a la Secretaría que preparara, para el actual período de sesiones, un informe que sirviera de base a las deliberaciones de la Comisión. La Comisión hizo observar que, además de los estudios realizados en el Día de la Convención de Nueva York, para la preparación de la nota se podrían tener en cuenta estudios realizados en otras conferencias internacionales de profesionales del arbitraje (como el Congreso del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial celebrado en París del 3 al 6 de mayo de 1998).² La presente nota se ha preparado en respuesta a esa solicitud.

I. RESUMEN DE LAS PROPUESTAS

4. En el presente documento se examinan brevemente ciertas cuestiones y problemas identificados en la práctica arbitral, con el fin de facilitar la discusión, en el seno de la Comisión, de si se debe incluir cualesquiera de estos temas en el programa de trabajo. Los temas examinados comprenden ciertos aspectos de los procedimientos de conciliación: el requisito legal de una forma escrita del acuerdo de arbitraje; posibilidad de someter a arbitraje; inmunidad soberana; acumulación de procedimientos arbitrales; confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales; establecimiento de reclamaciones en procedimientos arbitrales a efectos de compensación; decisiones tomadas por tribunales arbitrales incompletos; responsabilidad de los árbitros; facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización daños y perjuicios en forma de intereses; costas en procedimientos arbitrales; posibilidad de aplicar medidas provisionales de protección; y facultad discrecional para ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de

¹ Publicación de las Naciones Unidas: Actas del coloquio sobre el Día de la Convención de Nueva York, “Ejecución de laudos arbitrales según la Convención de Nueva York: experiencia y perspectivas”, mayo de 1999, ISBN 92-1-133609-0.

² Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 31º período de sesiones (1998) Documentos oficiales de la Asamblea General, Quincuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento N° 17. Doc. A/53/17, párrafo 235.

origen. En el período de sesiones de la Comisión podrá plantearse cualquier otra cuestión relativa a la legislación de arbitraje y someterse a la consideración de la Comisión.

5. La Comisión podría desear examinar la conveniencia de preparar disposiciones uniformes sobre cualquiera de esas cuestiones, y tal vez indicar si se deben realizar ulteriores trabajos encaminados a elaborar un texto legislativo (como una disposición de una ley modelo, o un tratado) o un texto no legislativo (como una norma contractual modelo). Incluso si, en último término, no se preparara ninguna solución uniforme, un debate a fondo entre los delegados de los principales sistemas jurídicos, sociales y económicos representados en la Comisión o su Grupo de Trabajo sería útil, pues proporcionaría una valiosa información a los usuarios del arbitraje en todo el mundo sobre las dificultades con que se ha tropezado en la práctica y sus posibles soluciones.

6. Al considerar su futura labor en esta esfera, la Comisión podría desear tomar nota del hecho de que el Grupo de trabajo sobre prácticas jurídicas y comerciales internacionales de la Comisión Económica para Europa (CEPE) ha examinado diversas cuestiones relacionadas con la Convención sobre arbitraje comercial internacional (Ginebra, 1961), incluso su posible revisión. Aunque todavía no se ha decidido que la Convención deba ser revisada, ni sobre el alcance de la revisión, las ideas examinadas con carácter provisional incluyen la posibilidad de una revisión que repercutiría en una mayor utilidad de la Convención para las actuales partes signatarias y para las posibles nuevas partes signatarias. Habida cuenta del interés universal que pueden suscitar los debates en el seno del Grupo de Trabajo de la CEPE y de la relación entre esos debates y toda futura labor en materia de arbitraje que decida realizar la Comisión, ésta podrá solicitar a la Secretaría que siga de cerca las deliberaciones del Grupo de Trabajo de la CEPE e informe sobre las mismas a la Comisión o a su Grupo de Trabajo.

7. En caso de que la Comisión decida incluir en su programa de trabajo cualquiera de las cuestiones mencionadas en este documento, o cualquier cuestión planteada en el curso de su período de sesiones, podrá solicitar a la Secretaría que prepare estudios, en colaboración con las organizaciones internacionales pertinentes, y quizás que prepare propuestas provisionales iniciales que serán sometidas a la consideración de la Comisión o a su grupo de trabajo pertinente.

II. TEMAS QUE PODRÁN SER SOMETIDOS A LA CONSIDERACIÓN DE LA COMISIÓN

A. Conciliación

8. El término “conciliación” se utiliza en este documento para hacer referencia a procedimientos en los cuales una persona independiente e imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un arreglo. La conciliación se diferencia de las negociaciones entre las partes (que normalmente tienen lugar después de surgida una controversia) en que la conciliación la conduce una tercera persona independiente e imparcial, mientras que en las negociaciones entre las partes para llegar a un arreglo no interviene esa tercera persona independiente e imparcial. La conciliación se diferencia del arbitraje en que la conciliación es puramente voluntaria ya que ambas partes sólo participan en ella mientras estén de acuerdo y en la medida en que lo estén. Así, una conciliación termina, sea por un arreglo de la controversia, sea infructuosamente, sin el arreglo de la controversia; en cambio, en el caso del arbitraje, si no hay arreglo el tribunal arbitral dicta una decisión que es obligatoria para las partes.

9. En varios reglamentos de instituciones de arbitraje, así como en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1980), se prevén y tratan procedimientos de conciliación en el sentido antes expresado. Estos reglamentos son ampliamente utilizados y han servido de modelo para muchos otros reglamentos de conciliación. En la práctica, estos tipos de

procedimientos de conciliación suelen conocerse por diversas expresiones, entre ellas la de “mediación”.

10. La conciliación se practica cada vez con más frecuencia en diversas partes del mundo, incluso en regiones en las que hace años no se utilizaba de manera general. Esta tendencia se refleja, entre otras cosas, en el establecimiento de cierto número de organismos privados y públicos que ofrecen servicios de conciliación a las partes interesadas. Esta tendencia, y un deseo cada vez mayor, en distintas partes del mundo, de promover la conciliación como un medio de solucionar controversias, han hecho que, en los debates que se han celebrado, se hayan pedido soluciones jurídicas armonizadas en el plano internacional, destinadas a facilitar la conciliación. A continuación se recapitulan las ideas expuestas en esos debates.

1. Admisibilidad de ciertas pruebas en ulteriores procedimientos judiciales o arbitrales

11. En los procedimientos de conciliación es usual que las partes hagan sugerencias y expresen sus opiniones relativas a propuestas de un posible arreglo, hagan concesiones o indiquen su disposición a aceptar un arreglo. Si, pese a esos esfuerzos, la conciliación no culmina en un arreglo y las partes inician procedimientos judiciales o arbitrales, esas sugerencias, opiniones, concesiones o indicaciones de estar en disposición de aceptar un arreglo podrían utilizarse contra la parte que las hizo. Esta posibilidad puede disuadir a las partes de esforzarse en llegar a un arreglo durante el procedimiento de conciliación, lo que podría reducir mucho la utilidad de la conciliación.

12. Para hacer frente a este problema, el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI contiene en su artículo 20 la siguiente norma:

“Las partes se comprometen a no invocar ni proponer como pruebas en un procedimiento arbitral o judicial, se relacionen o no con la controversia objeto del procedimiento conciliatorio:

- a) Opiniones expresadas o sugerencias formuladas por la otra parte respecto de una solución a la controversia;
- b) Hechos que haya reconocido la otra parte en el curso del procedimiento conciliatorio;
- c) Propuestas formuladas por el conciliador;
- d) El hecho de que la otra parte haya indicado estar dispuesta a aceptar una propuesta de solución formulada por el conciliador.”

13. Si las partes no utilizan un reglamento de conciliación o utilizan un reglamento de conciliación que no contiene una disposición como la del artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, en muchos ordenamientos jurídicos las partes pueden ser afectadas por el problema antes descrito. Incluso si las partes han convenido en una norma como la contenida en el artículo 20, puede que no sea seguro que se dará pleno efecto al acuerdo concerniente a las pruebas. Para asistir a las partes en tales situaciones, algunas jurisdicciones han adoptado leyes destinadas a prevenir la introducción de ciertas pruebas relativas a un procedimiento conciliatorio anterior en un procedimiento judicial o arbitral ulterior.

2. Conciliador que desempeña otra función en otro procedimiento

14. Una parte puede estar renuente a llegar a un arreglo en un procedimiento conciliatorio si debe tener en cuenta la posibilidad de que, si la conciliación no tiene éxito, la otra parte podría nombrar al conciliador como su asesor, o como árbitro. El conocimiento, por parte del conciliador, de ciertos hechos acaecidos en el curso de la conciliación (por ejemplo, propuestas de arreglos y reconocimientos de hechos) podría resultar perjudicial para la parte que los hizo. Esta es la razón por la cual se formuló el artículo 19 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, que expresa:

“Las partes y el conciliador se comprometen a que el conciliador no actúe 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. Las partes se comprometen, además, a no llamar al conciliador como testigo en ninguno de tales procedimientos.”

15. Algunas jurisdicciones han incluido disposiciones similares en su legislación. En algunos casos, sin embargo, un conocimiento previo por parte del árbitro podría ser considerado por las partes como ventajoso (en particular porque ese conocimiento permitirá al árbitro tramitar el asunto de una manera más eficiente); en tales casos, las partes pueden inclusive preferir que se nombre al conciliador árbitro en el ulterior procedimiento arbitral. Para salir al paso a cualquier objeción que se haga por razones de perjuicios en esos casos, algunas jurisdicciones han adoptado leyes que permiten expresamente que un conciliador, previo acuerdo de las partes, actúe como árbitro.

3. Fuerza ejecutiva de los acuerdos de arreglos

16. Uno de los principales inconvenientes que puede tener la conciliación es que el tiempo y dinero requerido por la conciliación se habrán invertido en vano si las partes no llegan a un arreglo. Muchas veces se ha dicho que la conciliación sería mucho más atractiva si el arreglo a que se llegara en un procedimiento conciliatorio tuviera fuerza ejecutiva, de manera que una parte en un procedimiento conciliatorio en que se ha llegado a un arreglo no esté obligada a litigar para obtener lo que ha sido acordado. Como es sabido, el tiempo necesario para la obtención de un título ejecutivo en un procedimiento judicial probablemente sea menor si la reclamación se basa en un arreglo, que en caso de que no haya habido arreglo. No obstante, la perspectiva de tener que iniciar un litigio para ejecutar un arreglo hace que la conciliación sea menos atractiva.

17. Una forma en que las partes que han llegado a un arreglo pueden obtener un título ejecutivo sería nombrado árbitro al conciliador y limitando el procedimiento de arbitraje a consignar el arreglo en forma de un laudo arbitral en los términos convenidos (como se prevé, por ejemplo, en el artículo 34 (1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976)). Sin embargo, en este planteamiento puede surgir un obstáculo en cierto número de ordenamientos jurídicos en los que, una vez que se ha llegado a un arreglo y, por consiguiente, ha desaparecido la controversia, no es posible iniciar procedimientos arbitrales.

18. A la luz de lo anteriormente expuesto, algunas jurisdicciones han adoptado leyes que establecen la fuerza ejecutiva de los acuerdos de arreglo obtenidos en procedimientos de conciliación. Tales leyes prevén, por ejemplo, que el acuerdo de arreglo en forma escrita debe tratarse, a los fines de su ejecución, como un laudo arbitral, y puede ejecutarse como tal. Otra solución podría ser que, a pesar de que la controversia haya dejado de existir, la legislación permitiera expresamente, a las partes en el arreglo, iniciar un procedimiento de arbitraje y obtener del árbitro (que podría ser el antiguo conciliador) un laudo en los términos convenidos.

4. Conclusión

19. La Comisión puede desear estudiar si, con miras a promover y facilitar la conciliación, sería conveniente considerar la preparación de disposiciones de un modelo legislativo, armonizadas, que tratarían cuestiones tales como la admisibilidad, en ulteriores procedimientos arbitrales o judiciales, de pruebas presentadas en el curso de un procedimiento conciliatorio; las funciones que un conciliador pueda realizar en ulteriores procedimientos arbitrales; y las condiciones en las que un arreglo a que se ha llegado en un procedimiento conciliatorio puede tratarse como un título ejecutivo.

B. Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje

20. El artículo II(2) de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras expresa lo siguiente:

“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.”

El artículo 7(2) Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (1985) prevé que:

“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes, o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o 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. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”

21. En muchas ocasiones se ha considerado que los problemas que se plantean al requerirse que los acuerdos de arbitraje consten por escrito son difíciles y fuente de decepciones. Es en la fase de reconocimiento o denegación de un acuerdo de arbitraje efectivo cuando todavía se observan tensiones entre los tribunales y el proceso arbitral. También se ha dicho que se debe dar prioridad a la armonización de la interpretación del artículo II(2) de la Convención con miras a un mejor funcionamiento de la Convención. Sin embargo, antes de analizar este asunto, en esta nota se comenzará por considerar la cuestión del requisito de la “forma escrita” de un acuerdo de arbitraje y su compatibilidad con la reciente gran utilización del comercio electrónico.

1. Acuerdo de arbitraje “por escrito” y comercio electrónico

22. La cuestión de si el comercio electrónico es un medio aceptable de conclusión de acuerdos de arbitraje válidos no debería plantear más problemas que los planteados por la reciente gran utilización del télex y la telecopia o facsímil. El artículo 7(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional antes citado valida expresamente la utilización de cualquier medio de telecomunicación “que deje constancia del acuerdo”, texto cuya redacción abarcaría las utilidades más comunes de la mensajería por electrónico o por intercambio electrónico de datos (EDI, *electronic data interchange*).

23. En lo que respecta a la Convención de Nueva York, generalmente se acepta que la expresión en el artículo II(2) “contenidos en un canje de cartas o telegramas” debe ser objeto de una interpretación extensiva de modo que incluya otros medios de comunicación, en particular el télex (al que podría actualmente añadirse el facsímil). La misma

interpretación teleológica³ podría ampliarse para que comprendiera el comercio electrónico. Tal ampliación estaría también en consonancia con la decisión tomada por la Comisión cuando adoptó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico junto con su Guía para la incorporación al derecho interno, en 1996.⁴ Sin embargo, se podría necesitar un estudio más profundo para determinar si sería probable que la interpretación del artículo II(2) de la Convención de Nueva York por referencia a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional o a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico ganaría un amplio consenso internacional y debería ser recomendada por la Comisión como una solución viable con respecto a esta cuestión, y también para tratar las cuestiones más generales de los requisitos de forma.⁵

2. “Intercambio de cartas o telegramas” como requisito de forma

24. El problema surge de la combinación de la cuestión de la forma y de la manera en que el acuerdo de arbitraje (es decir, su formación) aparece descrito por la expresión “canje de cartas o telegramas” (o “intercambio de cartas o telegramas”) consignada en la Convención y en la Ley Modelo. Esta expresión se presta a una interpretación sumamente literal en el sentido de un mutuo intercambio de textos escritos. En principio, una aceptación tácita no bastaría en la práctica. Tampoco bastaría con un acuerdo puramente verbal.

25. Entre las situaciones de hecho que han planteado serios problemas a los efectos de la Convención y que requieren, por lo menos, una interpretación teleológica muy extensiva de la Ley Modelo están las siguientes: aceptación tácita o verbal de una orden de compra por escrito o de una confirmación de venta por escrito; un contrato concluido en forma verbal (por ejemplo, referencia verbal a una forma de salvamento); o ciertas notas de intermediarios, conocimientos de embarque y otros instrumentos o contratos por los que se transfieren derechos u obligaciones a terceros no firmantes (por

³ Por ejemplo, el Tribunal federal suizo observó que “[el artículo II(2)] debe interpretarse a la luz de [la Ley Modelo], cuyos autores desearon adaptar el régimen jurídico de la Convención de Nueva York a las necesidades actuales, sin modificar [la propia Convención]. Compagnie de Navigation et Transports S.A. v. MSC (Mediterranean Shipping Company) S.A., 16 de enero de 1995, 1ª división civil del Tribunal federal suizo; extractos pertinentes en (1995) 13 Association suisse de l’arbitrage, Boletín, pp. 503-511, en p. 508.

⁴ La Guía para la incorporación al derecho interno (que se redactó teniendo presente la Convención de Nueva York y otros instrumentos internacionales) prevé que “la Ley Modelo [sobre comercio electrónico] 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 partes 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.” (Véase la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, párrafo 6).

⁵ Esta cuestión suscita preocupaciones más generales en lo tocante a la compatibilidad del comercio electrónico con el régimen jurídico establecido por una serie de convenciones internacionales que prevén requisitos obligatorios para el uso de documentos escritos. La Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa preparó un inventario de tales instrumentos (Trade/R.1096/Rev.1) junto con una recomendación de que la CNUDMI emprenda trabajos para encontrar posibles soluciones a esas preocupaciones.

ejemplo, terceros que no son parte en el acuerdo original). Como ejemplos de tales transferencias a terceros cabe citar: la transferencia universal de activos (sucesiones, fusiones, defusiones y adquisiciones de compañías); transferencia específica de activos (transferencia de contratos o cesión de cuentas por cobrar, o de dudas, novación, subrogación, estipulación en favor de un tercero (*stipulation pour autrui*); o, en el caso de múltiples partes, o grupos de contratos o grupos de compañías, extensión implícita de la aplicación del acuerdo de arbitraje a personas que no eran expresamente partes del mismo.⁶

26. Los tribunales han pronunciado sentencias bastante disímiles en tales situaciones, lo que a menudo refleja su actitud general hacia el arbitraje. En la gran mayoría de los casos han podido lograr que las partes se atengan a su acuerdo. Sin embargo, en el derecho casuístico existente se ha señalado, por ejemplo, que una cláusula compromisoria en una confirmación de venta o de compra cumplirá el requisito de la forma escrita del artículo II(2) de la Convención únicamente si: a) la confirmación está firmada por ambas partes; o b) se devuelve un duplicado, firmado o no; o posiblemente c) la confirmación es ulteriormente aceptada mediante otra comunicación por escrito de la parte que recibió la confirmación a la parte que la envió. Condiciones tales como éstas ya no son conformes con la práctica comercial internacional.

27. En la esfera legislativa pueden contemplarse diversas soluciones a los mencionados problemas. Una posible solución, con relación a la cual la Comisión podría desear que se realizara un estudio más a fondo, se basaría en la utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje como una herramienta para la interpretación de la Convención de Nueva York. Tal solución podría requerir la introducción de posibles enmiendas o adiciones al actual texto de la Ley Modelo; en el caso de que ésta fuese enmendada, podría considerarse una gama de distintos planteamientos.

28. Un posible planteamiento, en consonancia con recientes actividades legislativas realizadas en varios países, consistiría en incluir una lista de instrumentos o situaciones de hecho en las que los acuerdos de arbitraje serían validados pese a la ausencia de un intercambio de documentos. Esa lista podría incluir, por ejemplo, la utilización de conocimientos de embarque y otros instrumentos y situaciones de hecho antes mencionados.

29. Una solución más amplia sería validar los acuerdos de arbitraje que se hayan concluido sin un intercambio de documentos cuando la ley aplicable no exigía que el contrato principal cumpliera ningún requisito de forma. El idioma podría considerarse de acuerdo con las líneas de una propuesta formulada con ocasión de la preparación del artículo 7(2) de la Ley Modelo, como sigue: “Sin embargo, existirá también acuerdo de arbitraje cuando alguna de las partes de un contrato haga referencia en su oferta escrita, contraoferta o confirmación del contrato a condiciones generales que contengan una cláusula de arbitraje así como cuando utilice un contrato normalizado o formulario que contenga una tal cláusula siempre y cuando la otra parte no presente objeciones y la legislación aplicable reconozca la validez de los contratos así formulados.”⁷ Esa propuesta había sido rechazada “ya que daba lugar a difíciles problemas de interpretación”.⁸ Sin embargo, en apoyo de tal propuesta se ha sugerido en varias ocasiones, así como en el “Día de la Convención de Nueva York” en 1998, que el artículo 7(2) debe modificarse para ampliar la definición de escritura (por

⁶ J.-L. Devolvé, “Los terceros y el acuerdo de arbitraje” en Actas del Coloquio sobre el Día de la Convención de Nueva York, *supra*, nota 1.

⁷ Doc. A/CN.9/WG.II/WP.37 (1982), proyecto de artículo 3.

⁸ Doc. A/CN.9/232 (1982), párrafo 45.

ejemplo para que abarque situaciones en que las partes concluyen un contrato sobre la base de las condiciones normalizadas elaboradas por una parte con una cláusula compromisoria que no ha sido firmada por una parte y no hay un intercambio de documentos que pudiera situar la cláusula compromisoria dentro de la definición de escritura).⁹ Podría formularse la objeción de que puede haber motivos específicos por los cuales una parte desearía rechazar una disposición específica, en particular una estipulación tan importante como la renuncia al derecho de acudir a un tribunal. No obstante, tal objeción podría tenerse suficientemente en cuenta dando a la parte que rechaza la cláusula compromisoria la oportunidad de formular su objeción respecto de la misma. Con el fin de encontrar una regla adecuada para uso universal se necesita un debate y un estudio más a fondo de las propuestas formuladas en el curso de la preparación de la Ley Modelo y especialmente de las diversas soluciones elaboradas en legislaciones nacionales recientes.

30. La solución más radical podría ser enmendar la Ley Modelo de modo que estableciera la libertad absoluta con respecto a la forma del acuerdo de arbitraje. Tal libertad validaría incluso los acuerdos de arbitraje verbales. Sin embargo, podría formularse la objeción de que los acuerdos verbales conducirían a situaciones de incertidumbre y litigios.

31. La solución que consiste en utilizar una versión posiblemente enmendada de la Ley Modelo como una herramienta para la interpretación del artículo II(2) de la Convención de Nueva York (sin enmendar ni revisar dicha Convención) podría no proporcionar un nivel suficiente de certidumbre y uniformidad, en particular por lo que respecta a los acuerdos verbales que, seguramente, los tribunales estarán renuentes a aceptar en cierto número de países. Una segunda solución podría basarse en la disposición relativa a la ley más favorable del artículo VII de la Convención. Esta solución podría adoptarse solamente si el artículo II(2) ya no debiera interpretarse como una regla uniforme que establece el requisito mínimo de escritura, sino que se interpretara como una regla que establece el requisito máximo de forma. Si el artículo II(2) debiera interpretarse en el sentido de que establece una regla uniforme, una referencia al artículo VII con el fin de atenuar el requisito de la forma sería posible únicamente cuando la ley nacional previera un mecanismo íntegro de ejecución, pues la Convención deviene completamente inaplicable.¹⁰ En ese caso, las posibles adiciones a la Ley Modelo deberían incluir disposiciones expresas sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales basados en acuerdos que cumplen los requisitos de forma menos restrictivos - una solución que habría de tratarse en el contexto más amplio de un posible capítulo sobre ejecución. La Comisión podría considerar adecuado un estudio más a fondo de las dos interpretaciones del artículo II(2).

C. Posibilidad de someter a arbitraje

32. En algunos Estados, los asuntos comerciales cuyo conocimiento está reservado a los tribunales se determinan exclusivamente por el derecho casuístico, en tanto que en otros Estados se determinan por diversas disposiciones legislativas, por ejemplos leyes antimonopolio o contra la competencia desleal, o leyes sobre valores bursátiles o la propiedad intelectual, leyes laborales o leyes sobre las sociedades. Varios Estados han incluido en sus leyes de arbitraje una disposición general que va más allá de la fórmula tradicional de “lo que las partes pueden someter a compromiso

⁹ N. Kaplan, “Nuevos conceptos en relación con la forma escrita”, en Actas del Coloquio sobre el Día de la Convención de Nueva York, supra, nota 1.

¹⁰ A. J. Van der Berg, “La Convención de Nueva York; sus efectos deseados; su interpretación; sus principales aspectos problemáticos”, en (1996) Association suisse de l'arbitrage, serie especial No. 9, pp. 25-45, en p. 44.

o de lo que pueden disponer” para abarcar, por ejemplo, “toda reclamación que implique un interés económico”. La incertidumbre en cuanto a las controversias que pueden someterse a arbitraje y las diferencias entre los criterios para determinar qué controversias son susceptibles de resolverse por arbitraje pueden dar lugar a dificultades considerables en la práctica.

33. Una forma de abordar el problema puede ser tratando de alcanzar un consenso a nivel mundial sobre una lista de cuestiones que no pueden someterse a arbitraje. Si no fuera posible establecer tal lista podría considerarse la conveniencia de llegar a un acuerdo sobre una disposición uniforme que determinara tres o cuatro cuestiones que generalmente se considera que no pueden someterse a arbitraje y pedir a los distintos Estados que agreguen a esa lista las cuestiones que cada Estado estime que no pueden someterse a arbitraje. Este método de información canalizada, seguido en el artículo 5 de la Ley Modelo de CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, proporcionaría certeza y seguridad de acceso a la información sobre esas restricciones.

34. La búsqueda del mejor método que fuera viable a nivel mundial y que proporcionara el grado deseado de certidumbre y transparencia desembocaría en un dilema: cuanto más general sea la fórmula, tanto mayor será el riesgo de interpretaciones divergentes por los tribunales de diferentes Estados; cuanto más detallada sea la lista, tanto mayor será el riesgo de que no sea aceptada por los Estados y, en el caso de que la lista fuera aceptada, tanto mayor sería el riesgo de una consolidación de la situación en esta esfera, lo que impediría ulteriores desarrollos tendientes a limitar el campo de las cuestiones que no pueden ser sometidas a arbitraje. Sin embargo, parece conveniente tratar de encontrar alguna fórmula ya que el resultado de un debate a escala mundial sería de por sí revelador y útil.

D. Inmunidad soberana

35. Cuando un particular inicia un procedimiento arbitral contra un Estado corre el riesgo de que el Estado se niegue a participar en el mismo por razones de inmunidad soberana. De la misma forma, un particular puede tratar de obtener el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral contra el Estado y encontrarse con la excepción de inmunidad soberana en esta etapa. Dado que el arbitraje tiene su origen en un acuerdo, la cuestión a dilucidar es la de si el Estado puede alegar la excepción de inmunidad soberana si previamente ha concertado un acuerdo de arbitraje con la otra parte.

1. Inmunidad soberana en procedimientos de arbitraje

a) Derecho internacional

36. Un examen de diversos instrumentos internacionales así como de la legislación nacional de muchos Estados sugiere que un Estado puede concertar un acuerdo de arbitraje vinculante o que el consentimiento de un Estado a someter controversias a arbitraje comercial internacional implica la renuncia a su inmunidad soberana.

37. Cierta número de instrumentos internacionales y regionales contienen una disposición al efecto de que los Estados están obligados a reconocer los acuerdos de someter controversias a arbitraje. Por ejemplo, en la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional (Ginebra, 1961) se prevé que en aquellas cuestiones a las se aplica la Convención “las personas jurídicas consideradas por la ley que es aplicable a ellas como ‘personas jurídicas de derecho público’ tienen el derecho de concluir acuerdos de arbitraje válidos” (artículo II(1)).

38. Otro instrumento de este tipo es la Convención europea sobre inmunidad del Estado que en su artículo 12(1) expresa:

“Cuando un Estado Contratante haya convenido por escrito en someter a arbitraje una controversia que haya surgido o pueda surgir en un asunto civil o comercial, dicho Estado no podrá invocar inmunidad con respecto a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado Contratante en cuyo territorio o de acuerdo con cuya legislación ha tenido lugar o tendrá lugar el arbitraje con respecto de cualquier procedimiento relativo a:

- a) la validez o interpretación del acuerdo de arbitraje,
- b) el procedimiento de arbitraje,
- c) la anulación del laudo, a menos que el acuerdo de arbitraje prevea otra cosa.¹¹

39. Disposiciones similares están contenidas en el Proyecto de artículos sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en 1991,¹² y el proyecto de Convención sobre inmunidad del Estado preparado por la Asociación de Derecho Internacional.¹³

40. Puede observarse también que en 1976 el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano (AALCC) recomendó que la CNUDMI considerara la preparación de un protocolo a la Convención de Nueva York que aclarara, entre otras cosas, que “cuando un organismo gubernamental sea parte en una transacción comercial en la cual haya suscrito un acuerdo

¹¹ Consejo de Europa, Convención europea sobre inmunidad del Estado y Protocolo adicional, Basilea, mayo de 1972.

¹² Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones (1991), Documentos oficiales de la Asamblea General. Cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 Doc. A/46/10. El artículo 17 expresa lo siguiente:

“Si un Estado concierta por escrito un convenio con una persona natural o jurídica extranjera a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, ese Estado no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo:

- a) a la validez o la interpretación del convenio arbitral;
 - b) al procedimiento de arbitraje; o
 - c) a la anulación del laudo;
- a menos que el convenio arbitral disponga otra cosa.”

¹³ Reproducido en (1983) 22 *International Legal Materials* 287. El artículo III expresa lo siguiente:

“Puede hacerse una renuncia implícita, entre otras formas, por las siguientes:

b) conviniendo por escrito en someter una controversia que haya surgido, o que pueda surgir, a arbitraje en el Estado de la jurisdicción o en varios Estados en los que puede estar incluido el Estado de la jurisdicción. En tal caso un Estado extranjero no podrá invocar la inmunidad con respecto a procedimientos en un tribunal del Estado de la jurisdicción relacionados con:

- i) la constitución o nombramiento del tribunal arbitral, o
- ii) la validez o interpretación del acuerdo de arbitraje o del laudo, o
- iii) el procedimiento de arbitraje, o
- iv) la anulación del laudo.”

de arbitraje, dicho organismo no podrá invocar inmunidad soberana respecto de un arbitraje sometido a tal acuerdo”.¹⁴

b) Legislaciones nacionales

41. Los primeros intentos de codificar reglas sobre inmunidad soberana en las legislaciones nacionales se realizaron en el decenio de los 1970 y desde esa época varios Estados han promulgado leyes sobre la inmunidad soberana. Pocas de estas leyes contienen disposiciones similares a las de los instrumentos internacionales antes citados. En otros Estados se ha conseguido el mismo resultado disponiendo que un gobierno extranjero goce de inmunidad respecto de los tribunales del Estado que haya promulgado la ley, con ciertas excepciones; una de estas excepciones se tiene cuando el gobierno extranjero ha concertado un acuerdo de arbitraje. Se ha previsto también en legislaciones nacionales que si una de las partes en un acuerdo de arbitraje es un Estado, no podrá basarse en su propia legislación para contestar su capacidad para ser parte en un procedimiento de arbitraje, ni para contestar la posibilidad de someter a arbitraje una controversia objeto del acuerdo de arbitraje. En otros Estados, sin embargo, las reglas relativas a la inmunidad soberana han evolucionado según el derecho casuístico.

2. Inmunidad soberana en la ejecución de laudos arbitrales

a) Derecho internacional

42. Después de haber obtenido un laudo arbitral contra un Estado, el demandante, cuando trate de ejecutar el laudo, puede verse enfrentado a una excepción de inmunidad soberana invocada por dicho Estado.

43. En lo que respecta a la Convención de Nueva York, que prevé la obligación general de reconocer como vinculantes los acuerdos de arbitraje extranjeros, algunos comentaristas opinan que el texto y los *travaux préparatoires* apoyarían la posición de que un Estado que haya convenido someter una controversia a arbitraje está obligado a cumplir el laudo arbitral resultante y no puede invocar inmunidad.

44. En el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington, 1965), pese a la obligación por parte de los Estados de reconocer como vinculantes y ejecutar los laudos dictados de conformidad con dicho Convenio, se hace reserva expresa de la inmunidad soberana. El artículo 54(1) del Convenio expresa lo siguiente:

“(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado

Sin embargo, el artículo 55 expresa que:

“Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero.”

45. En opinión de algunos, si el principio aceptado generalmente es que, por el hecho de concertar un acuerdo de

¹⁴

Doc. A/CN.9/127, Anuario de la CNUDMI, vol. VIII:1997, parte dos, III, Anexo, párrafo 3c).

arbitraje, un Estado extranjero renuncia a su derecho de invocar inmunidad soberana, debe entenderse que tal renuncia es también extensiva a la ejecución del laudo arbitral. Se ha señalado que, de no ser así, tendría poco sentido aplicar el principio de la renuncia al establecimiento de un procedimiento arbitral, si el Estado contra el cual se dicta el laudo puede ulteriormente evitar el procedimiento de ejecución invocando aún otra excepción de inmunidad soberana. Otros sostienen que la negativa de un Estado extranjero a honrar un laudo arbitral constituye un acto distinto realizado por el Estado, por lo que la inmunidad soberana puede invocarse de nuevo, o quizás invocarse por primera vez, como una excepción al procedimiento de ejecución.

46. La mayor parte de los sistemas jurídicos distinguen entre la renuncia a la invocación de la excepción de inmunidad a los efectos de la jurisdicción y la renuncia a la invocación de la excepción de inmunidad a los efectos de la ejecución. Por consiguiente, en algunos casos, el consentimiento dado por un Estado para someter una controversia a arbitraje puede no ser suficiente para que implique conformidad con la jurisdicción del tribunal del Estado en que se intenta la ejecución, ni tampoco conformidad con la ejecución. El requisito del consentimiento expreso se consigna en los artículos 7 y 18(2) del Proyecto de artículos sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes elaborado por la Comisión de Derecho Internacional. Lo que aclaran estas disposiciones es que se considera que se ha renunciado a la inmunidad soberana si el Estado ha dado su consentimiento a la jurisdicción y su consentimiento a la ejecución.¹⁵

47. Otra circunstancia por la cual se excluye de los procedimientos de ejecución la excepción de inmunidad soberana se tiene cuando el bien que se pretende embargar en el proceso de ejecución es utilizado por el Estado extranjero en actividades comerciales. Esta excepción se consigna en las disposiciones del artículo 18(1) del proyecto de artículos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional que se reproduce a continuación.¹⁶ El Proyecto de artículos

¹⁵ El proyecto de artículo 7 expresa:

“1. Un Estado no puede invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción en un procedimiento ante un tribunal de otro Estado con relación a un asunto o caso si ha dado expresamente su consentimiento al ejercicio de la jurisdicción por el tribunal con respecto a ese asunto o caso:

- a) por medio de un acuerdo internacional;
- b) en un contrato escrito; o
- c) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un procedimiento específico.

2. El consentimiento dado por un Estado a la aplicación de la legislación de otro Estado no se interpretará como consentimiento al ejercicio de jurisdicción por los tribunales de ese otro Estado.”

El proyecto de artículo 18(2) expresa:

“2. El consentimiento al ejercicio de jurisdicción de acuerdo con el artículo 7 no implica consentimiento a que se tomen medidas coercitivas de conformidad con el párrafo 1, para lo cual deberá darse consentimiento por separado.”

¹⁶ Esta excepción se basa en el principio general de que una entidad gubernamental que realiza una actividad comercial, por oposición a una actividad gubernamental, no puede invocar inmunidad. Existen varios instrumentos internacionales que contienen disposiciones al efecto (por ejemplo, el artículo 7(1) de la Convención europea sobre inmunidad del Estado). Esta disposición es también usual en legislaciones nacionales y existe una jurisprudencia considerable en la que se discuten medios para diferenciar la “actividad gubernamental” de la “actividad comercial”.

especifica también ciertas categorías de bienes que son inembargables.¹⁷

Artículo 18(1)

“1. No podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, medidas coercitivas, como las de embargo y ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes:

- a) cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas, en los términos indicados:
 - i) por acuerdo internacional;
 - ii) por un convenio arbitral o un contrato escrito;
 - iii) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación hecha por escrito después de que haya surgido un litigio entre las partes;
- b) cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso; o
- c) cuando los bienes sean utilizados o estén destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial, se encuentren en el Estado del foro y tengan alguna relación con la demanda objeto del proceso o con el organismo o institución contra el que se haya incoado el proceso.”

b) Legislaciones nacionales

48. Sólo pocos Estados han promulgado disposiciones relativas, específicamente, a la ejecución de laudos arbitrales. Por ejemplo, en una ley se expresa que cuando un Estado extranjero sea parte en un acuerdo de arbitraje, dicho Estado no gozará de inmunidad en un procedimiento para la ejecución de un laudo dictado de conformidad con el procedimiento de arbitraje. El demandante no puede, al amparo de la legislación de otro Estado, exigir la ejecución de un laudo arbitral contra un bien de un Estado extranjero a menos que este Estado haya dado su consentimiento o que el bien se utilice, o se pretenda utilizar, para fines comerciales.

49. Es más usual que la legislación trate la ejecución de sentencias de todo tipo, sin referencia específica a laudos arbitrales. El método seguido suele basarse en una de dos teorías. Una es la denominada “teoría absoluta”, que prohíbe el embargo de bienes de cualquier tipo de un Estado extranjero sin el consentimiento de ese Estado. El método más usual y moderno se basa en la denominada “teoría restrictiva”, que prohíbe el embargo en circunstancias más limitadas. Existe no obstante una variante en su aplicación. En algunas legislaciones, el término “Estado” se define restrictivamente, de manera que excluya las entidades comerciales estatales y las entidades estatales que realizan actividades comerciales. La mayor parte de las legislaciones excluyen también la inmunidad cuando el Estado ha dado su consentimiento a la ejecución o al embargo, y en algunas legislaciones tal consentimiento se interpreta de manera que abarque tanto la renuncia expresa como la tácita. Algunos Estados no permiten la ejecución de bienes de un Estado extranjero que se encuentran en el Estado en que se pide la ejecución, a menos que exista una relación jurisdiccional suficiente. Otros Estados requieren que exista un vínculo entre el bien que habrá de ser embargado y la reclamación. La mayoría de los Estados aceptan que ciertas categorías de bienes del Estado sean inembargables, siendo dichas categorías similares a las descritas en el artículo 19 del Proyecto de artículos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional antes citado.

3. Conclusión

¹⁷ Las categorías de bienes inembargables descritas en el artículo 19 incluyen: bienes utilizados o destinados a ser utilizados para fines de las diversas misiones diplomáticas del Estado, o para fines militares; bienes del banco central o de una autoridad similar; bienes que forman parte del patrimonio cultural del Estado o que forman parte de una exhibición de interés científico, cultural o histórico.

50. Dado que el tema de la inmunidad del Estado continúa en estudio por la Comisión de Derecho Internacional, y que la Asamblea General ha decidido establecer un grupo de trabajo de la Sexta Comisión para el estudio de cuestiones esenciales que están pendientes de solución y se relacionan con el Proyecto de artículos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en su quincuagésimo cuarto período de sesiones, que se inicia en 1999,¹⁸ la Comisión podría desear solicitar a la Secretaría que siga el curso de los trabajos e informe sobre el resultado de los debates.

E. Acumulación de procedimientos arbitrales

51. Algunas veces puede ser conveniente acumular en un solo procedimiento arbitral dos o más procedimientos arbitrales que tienen su origen en acuerdos de arbitraje diferentes. A los efectos del presente análisis sólo se examinan aquellas situaciones que implican la posible acumulación de dos o más procedimientos cuando los procedimientos que habrán de ser acumulados tienen lugar o habrán de tener lugar en el mismo Estado. Aunque la acumulación puede ser también conveniente en algunos casos en que los procedimientos arbitrales tengan lugar en Estados diferentes, esas situaciones plantean, además, cuestiones de cooperación internacional entre tribunales nacionales, las cuales están fuera del ámbito del presente análisis.

52. La acumulación puede considerarse conveniente en diversas situaciones. Las más usuales son aquéllas en que más de un procedimiento de arbitraje tienen su origen en un mismo conjunto de hechos, o cuando intervienen en ellos las mismas partes. Un ejemplo de estas situaciones se tiene cuando existe un acuerdo de arbitraje entre un adquirente de grandes instalaciones industriales y su contratista general, y existen otros acuerdos de arbitraje entre el contratista general y sus diversos subcontratistas, sin que en estos últimos acuerdos sea parte el adquirente de las instalaciones industriales. Un asunto que dé lugar a un procedimiento de arbitraje entre varias de esas partes a menudo provoca procedimientos de arbitraje entre las otras partes. En esta situación, una o más de las partes pueden tener interés en la acumulación de estos procedimientos arbitrales conexos.

53. Una de las ventajas de la acumulación es que evita las decisiones incoherentes. Cuando más de un tribunal arbitral deliberan sobre asuntos que surgen del mismo conjunto de hechos, es posible que cada tribunal llegue a una conclusión diferente. En el ejemplo presentado anteriormente, si las partes debieran someter a arbitraje una controversia que ha surgido con motivo de un proyecto en construcción, es concebible que un tribunal estime que el contratista general no es responsable, mientras que otro tribunal puede estimar que ninguno de los subcontratistas es responsable. Sin embargo, los hechos pueden indicar que el adquirente de las obras industriales debe tener derecho a recibir una indemnización de daños y perjuicios de, por lo menos, una de las partes. Otra posible ventaja de la acumulación es la eficacia. Si un tribunal de arbitraje puede oír a todas las partes y sus peritos, y examinar todas las pruebas, se podría evitar duplicaciones, reducir costos y ahorrar tiempo en beneficio de todos los interesados.

54. Debe señalarse una importante diferencia entre aquellas situaciones en las que las partes se han puesto de acuerdo sobre la acumulación, ya sea en el convenio de arbitraje o en otro lugar, y aquellas situaciones en que no se han puesto de acuerdo sobre esto. En los casos en que las partes ya se hayan puesto de acuerdo sobre la acumulación, pueden necesitar asistencia para aplicar el acuerdo; por ejemplo, es posible que no se hayan estipulado los términos de la acumulación, o que las partes no lleguen a un acuerdo sobre la selección del tribunal, o que se encuentren en una

¹⁸ Resolución 53/98 de la Asamblea General, Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (20 de enero de 1999).

situación de bloqueo con respecto a otras cuestiones. Por otro lado, una o más de las partes que se encuentran en este caso pudieran no desear que las controversias conexas no se ventilen en un procedimiento acumulado (por ejemplo, con el fin de mantener la confidencialidad o por otras razones de orden táctico en materia procesal). Puede por tanto suceder que en algunos casos las distintas partes interesadas convengan en que las diferentes controversias se ventilen en procedimientos acumulados, y que en otros casos no se acuerde esto.

55. Se ha sugerido que el objetivo de los trabajos legislativos se limite a facilitar la aplicación de acuerdos para la acumulación de procedimientos. Otros consideran que la legislación debe ir más allá y permitir que los tribunales ordinarios dispongan la acumulación cuando, a su juicio, esto parezca adecuado incluso en ausencia de acuerdo de las partes.

1. Soluciones legislativas actuales

56. Un examen de la legislación indica que las facultades de una autoridad competente para ordenar la acumulación no están cubiertas por ningún instrumento internacional relativo al arbitraje internacional. En la época en que se preparaba la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje, existía el consenso de que la Ley Modelo no debía tratar los problemas de la acumulación de controversias multipartitas. Si bien se convino en que las partes estaban en libertad de concertar acuerdos de acumulación si así lo deseaban, el Grupo de Trabajo consideró que no había una necesidad real de incluir en la Ley Modelo una disposición sobre acumulación.¹⁹

a) Autoridad para ordenar la acumulación sin el acuerdo de las partes

57. En los ejemplos examinados de legislaciones nacionales que tratan de la acumulación, sólo en dos casos la legislación autoriza al tribunal a ordenar la acumulación incluso cuando no todas las partes interesadas estén de acuerdo con la acumulación. En uno de esos Estados, la facultad para imponer la acumulación se aplica solamente en el caso de arbitrajes nacionales; para que esta facultad sea aplicable a los arbitrajes internacionales, las partes tienen que haber previamente acordado por escrito que “optan por entrar” en el régimen nacional que contiene las disposiciones relativas a la acumulación ordenada por el tribunal. En otro Estado las partes pueden acordar por escrito que “optan por salir” de las mencionadas disposiciones. Después de que todas las partes y árbitros hayan tenido oportunidad de expresar su opinión sobre la petición de acumulación formulada por una parte, el tribunal puede aceptar la petición, total o parcialmente, o rechazarla. Si los procedimientos deben ser acumulados y las partes no pueden llegar a un acuerdo sobre el tribunal arbitral o las reglas de procedimiento, el tribunal ordinario deberá tomar una decisión al respecto.

b) Facultad para asistir a las partes en la acumulación de procedimientos por acuerdo de las partes

58. El enfoque más usual en los países que han promulgado legislaciones sobre la acumulación, sin embargo, es el de reconocer la autonomía de las partes y asistir a las partes que ya hayan acordado acumular sus procedimientos. La mayor parte de las legislaciones exigen que tal acuerdo se haya expresado en el convenio de arbitraje o en otro lugar, o que la acumulación se efectúe con el consentimiento de todas las partes.

59. En la mayor parte de las legislaciones examinadas, la solicitud de acumulación se formula a un tribunal ordinario. En unas jurisdicciones, la solicitud de acumulación puede hacerse al tribunal o los tribunales arbitrales que intervienen. Los tribunales arbitrales ante los cuales se haya formulado la petición pueden conferenciar entre sí con miras a dictar

¹⁹ Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas contractuales internacionales acerca de la labor realizada en su tercer período de sesiones (1982). Doc. A/CN.9/216, Anuario de la CNUDMI, vol. VIII:1982, parte dos, III, A, párrafo 37.

órdenes de acumulación coherentes. Si no se dicta una orden de acumulación, o si los tribunales arbitrales que intervienen no dictan órdenes provisionales coherentes, cualquiera de las partes puede dirigirse al tribunal ordinario para que éste tome una decisión sobre la acumulación.

60. La mayor parte de las legislaciones examinadas disponen que se puede dictar una orden de acumulación cuando exista una cuestión común, de derecho o de hecho, cuando los derechos de alivio de deuda reclamados provengan de un mismo acto, o cuando una orden de acumulación sea deseable por alguna otra razón.

2. Conclusión

61. La Comisión puede tener interés en considerar si la acumulación de procedimientos arbitrales es un asunto que merece un estudio más a fondo con miras a la posibilidad de preparar disposiciones de una ley modelo. En tal caso, se podría pedir a la Secretaría que explorara, en particular, la experiencia práctica en materia de disposiciones sobre acumulación en las legislaciones nacionales, y cuestiones tales como, por ejemplo, si se requiere el reconocimiento por la ley de la fuerza ejecutiva de los acuerdos de acumulación; si los tribunales arbitrales y los tribunales ordinarios deben estar específicamente facultados para facilitar la acumulación de acuerdos de arbitraje conexos, con el consentimiento de las partes, relativos a cuestiones tales como la selección del tribunal arbitral que continuará conociendo de los procedimientos acumulados, los términos de la acumulación, y los procedimientos aplicables; y, si los tribunales que intervienen deben estar específicamente facultados para conferenciar entre sí sobre estos asuntos.

F. Confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales

62. Un importante debate internacional sobre el asunto de la confidencialidad de los procedimientos de arbitraje en los últimos años, suscitado en parte por la decisión del Tribunal Supremo de Australia en el caso de Esso v. Plowman,²⁰ ha hecho pensar que las exigencias de las partes en cuanto a la confidencialidad de los procedimientos pueden no estar adecuadamente protegidas por reglamentos de arbitraje o por leyes nacionales de arbitraje. Antes de esta decisión judicial, se suponía, en general, que si la privacidad de los procedimientos de arbitraje estaba protegida, por ejemplo, por las disposiciones del derecho procesal, la confidencialidad estaría también protegida. Por esta razón, la confidencialidad no se trató específicamente en los reglamentos de arbitraje ni en las leyes nacionales de arbitraje. El reglamento de arbitraje de la CNUDMI, por ejemplo, dispone que las audiencias se celebrarán a puerta cerrada a menos que las partes acuerden lo contrario y que podrá hacerse público el laudo sólo con el consentimiento de ambas partes. La Ley Modelo de La CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, por otro lado, no trata la cuestión de la privacidad ni la de la confidencialidad.

63. Si bien el hecho de asegurar la privacidad de los procedimientos no entraña necesariamente que se asegure la confidencialidad, la privacidad contribuye a limitar el número de personas que tienen acceso a las audiencias de arbitraje. Los reglamentos de arbitraje generalmente tratan la cuestión de la privacidad de los procedimientos. Si bien esos reglamentos también tratan, cada vez con más frecuencia, la cuestión de la confidencialidad y el derecho casuístico de un pequeño número de jurisdicciones reconoce específicamente la confidencialidad como una condición implícita del acuerdo de arbitraje, la confidencialidad no se trata en las legislaciones nacionales, salvo en muy contados casos. En las legislaciones en que la confidencialidad se protege específicamente, no existe un enfoque único sobre la amplitud de la

²⁰ (1995) Commonwealth Law Reports 10; véase también Commonwealth of Australia v. Cockatoo Dockyard P/L (1995) 36 New South Wales Law Reports 662.

obligación de confidencialidad en lo que respecta a la información que deberá tratarse como confidencial, las personas que deberán cumplir esta obligación, y las excepciones que pueden admitirse a las prohibiciones relativas a la revelación y comunicación de información.

1. Disposiciones actuales sobre confidencialidad

64. Un estudio de los reglamentos de arbitraje y de las pocas leyes nacionales que tratan la confidencialidad pone de manifiesto una diversidad de métodos. Un método para formular una disposición sobre confidencialidad que podría aplicarse a todas las clases de casos ha sido el de incluir una disposición general en el sentido de que el material presentado o producido en un procedimiento de arbitraje no puede ser revelado a terceras personas sin el consentimiento de la otra parte o la autorización del tribunal ordinario. En otro método se ha adoptado una disposición más detallada que trata las modalidades del deber de confidencialidad incluyendo, por ejemplo, i) el material o información que deba mantenerse confidencial; ii) las personas que deban cumplir el deber de mantener la confidencialidad y la forma de aplicación; y iii) las excepciones que puedan admitirse a las prohibiciones relativas a la revelación y comunicación de información.

65. En lo que respecta al material o información que habrá de mantenerse confidencial, algunas disposiciones incluyen una descripción general de “hechos u otras informaciones relativas a la controversia o al procedimiento de arbitraje”. Otras disposiciones adoptan una descripción más concreta de la información que habrá de incluirse e incluyen diversas categorías de información a las que se dan tratamientos diferentes. Entre estas categorías están, por ejemplo, la referencia a la prueba aportada por una parte o un testigo; argumentos expuestos en forma escrita u verbal; el hecho de que el arbitraje esté en curso; la identidad de los árbitros; el contenido del laudo; las comunicaciones entre las partes, o entre las partes y sus asesores, antes o en el curso del procedimiento de arbitraje; y, la información que es confidencial por su propia naturaleza, como son los secretos comerciales y la información comercial confidencial.

66. En lo que respecta a las personas que deberán cumplir el deber de confidencialidad, se incluyen distintas categorías de personas tales como los árbitros; el personal de la institución de arbitraje, cuando se trate de arbitraje institucional; las partes y sus agentes; los testigos, incluidos los expertos; los asesores y consejeros. Dado que el deber de confidencialidad puede no aplicarse de la misma forma a todas estas personas, en un método se requiere que los árbitros y los representantes de las partes, y tal vez los testigos, firmen un acuerdo de confidencialidad. Otro método en lo tocante a los testigos consiste en exigir que la parte que proponga un testigo garantice que éste observará el mismo grado de confidencialidad que el que deberá observar la parte que lo propone. Algunas disposiciones especifican también el período durante el cual tendrá efecto el deber de confidencialidad.

67. Entre las circunstancias en las que se permite la revelación de información se han indicado aquellas en que las partes consienten en la revelación; cuando la información ya sea de dominio público; cuando la revelación sea exigida por la ley o por un organismo de reglamentación; cuando haya una necesidad razonable de proteger los intereses legítimos de una parte; y, cuando la protección se ofrezca en aras de la justicia o del interés público. Si bien algunas de estas excepciones y sus campos de aplicación pueden ser claramente definidos, se ha considerado generalmente que otras, como la revelación de información “en el interés público”, requieren un examen cuidadoso. Se ha sugerido, por ejemplo, que se trate de establecer un equilibrio entre un legítimo interés público en la información en cuestión y la amenaza de revelar información sensible desde el punto de vista comercial como un medio de ejercer presión sobre una parte para que acepte un arreglo.

68. Algunas disposiciones se refieren también a las condiciones especiales que van asociadas a la revelación debido al momento en que ésta se produce. Si se va a revelar información, por ejemplo, en el curso del procedimiento de

arbitraje, un método consiste en exigir que dicha revelación se notifique al tribunal arbitral y a la otra parte. Cuando la revelación vaya a efectuarse después de terminado el procedimiento de arbitraje, sólo es necesario notificar a la otra parte.

69. Pese a la existencia de disposiciones tendientes a garantizar la confidencialidad del laudo arbitral, algunos reglamentos de arbitraje institucionales incluyen una disposición que permite la publicación de estadísticas totalizadas o incluso facilitar información sobre procedimientos concretos siempre que la información revelada no permita identificar partes individuales o circunstancias específicas. Usualmente se requiere el consentimiento de la institución.

2. Conclusión

70. Partiendo de la base de que la actual protección puede no ser adecuada, se han formulado opiniones divergentes en cuanto a la forma de asegurar la confidencialidad de los procedimientos de arbitraje. En unas se indica que por la misma razón que es difícil la definición del ámbito de un deber general de confidencialidad, el tratamiento de la cuestión es igualmente difícil. En otras, entre las cuales se encuentra la del Tribunal Supremo de Australia en Esso v. Plowman, se indica que las partes en un procedimientos de arbitraje pueden consignar expresamente, en su acuerdo de arbitraje, los niveles absolutos o específicos de confidencialidad que habrán de aplicarse. Por otro lado, otros sugieren que las reglas de arbitraje deban incluir disposiciones sobre confidencialidad, mientras que otros opinan que podría ser necesaria una disposición de una ley modelo. En todos estos casos se ha subrayado la importancia, para el arbitraje comercial internacional, de un tratamiento uniforme y una amplia aplicación.

71. La Comisión pudiera desear considerar si la cuestión de la confidencialidad debe estudiarse más a fondo y, en particular, si pudiera necesitarse una ulterior protección en forma de una disposición de una ley modelo. En tal caso, se podría solicitar a la Secretaría que explorara las opciones existentes para la protección de la confidencialidad y, en particular, el ámbito de la protección que puede ser necesario ofrecer en términos, por ejemplo, del material o información que deba mantenerse confidencial, las personas que deban cumplir el deber de confidencialidad y la forma de aplicación, así como las excepciones que puedan admitirse a las prohibiciones relativas a la revelación y comunicación de información.

G. Establecimiento de reclamaciones a efectos de compensación

72. Suele suceder en la práctica habitual que el demandado en el procedimiento arbitral, además de responder a los puntos planteados en la demanda, establece a su vez una reclamación contra el actor en la reclamación inicial. El demandado puede establecer tal reclamación de dos formas. En la primera forma, puede establecer una reconvencción, que será tratada por el tribunal arbitral esencialmente como si fuera una demanda inicial y sobre la cual se tomará una decisión independientemente de la decisión que se tome en la demanda inicial del actor, y sin tener en cuenta su resultado. Así, por ejemplo, si la demanda del actor se deja sin efecto, el tribunal arbitral deberá, no obstante, pronunciarse sobre la reconvencción.

73. En la segunda forma, el demandado puede establecer su reclamación no como una reconvencción sino como una excepción de compensación. En tal caso, sólo se tomará una decisión sobre la excepción si la demanda establecida por el actor en la reclamación inicial se considera fundada, y únicamente en la cuantía en que ésta lo sea. Si la demanda del actor en la reclamación inicial es improcedente, no es necesario que el tribunal arbitral se pronuncie sobre la reclamación establecida como excepción de compensación.

74. Una cuestión que se plantea a menudo en la práctica es la de determinar en qué condiciones el tribunal arbitral puede tomar en consideración una reclamación establecida a efectos de compensación. Esta cuestión ha dado lugar a respuestas divergentes y el punto que se discute es si el tribunal es competente para conocer del fondo de una reclamación planteada a efectos de compensación si la reclamación no se basa en el mismo contrato de arbitraje en que se basa la reclamación principal (por ejemplo, si se funda en un acuerdo de arbitraje diferente, o no se funda en ningún acuerdo de arbitraje).

1. Soluciones actuales

75. La cuestión puede solucionarse por acuerdo de las partes. Existen reglamentos de arbitraje que permiten que el tribunal arbitral considere reclamaciones a efectos de compensación incluso si la reclamación no se basa en el mismo acuerdo de arbitraje en que se basa la reclamación principal. Por ejemplo, el artículo 27 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Zurich (1989) prevé que el tribunal arbitral es también competente para conocer de la excepción de compensación si la reclamación establecida a efectos de compensación no se basa en la cláusula compromisoria, e incluso si existe otra cláusula compromisoria o una cláusula que establezca la competencia para conocer de esa reclamación..

76. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI adopta una posición más restrictiva al disponer que el demandado puede presentar una reclamación a efectos de compensación si la reclamación surge del mismo contrato (artículo 19). El Reglamento no indica expresamente que la reclamación presentada a efectos de compensación deba basarse en el mismo acuerdo de arbitraje que la reclamación principal. Si las partes han tomado como modelo para su acuerdo de arbitraje la cláusula de arbitraje modelo que aparece en la nota de pie de página al artículo 1 del Reglamento de Arbitraje²¹ (y por esa razón han sometido a arbitraje las controversias que han surgido del contrato), ambas reclamaciones, es decir la reclamación principal y la reclamación establecida a efectos de compensación, se basarían en el mismo acuerdo de arbitraje. Si, en cambio, el acuerdo de arbitraje en que se basa la reclamación principal no es el mismo en que se basa la reclamación establecida a efectos de compensación, se planteará, también cuando se aplique el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la cuestión de determinar si el tribunal arbitral es competente para conocer de una reclamación establecida a efectos de compensación que no se base en el acuerdo de arbitraje.

77. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional no trata la cuestión expresamente. En el comentario analítico sobre el proyecto de texto de una Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, preparado por la Secretaría, se adopta la posición de que, si el demandado presenta una reclamación a efectos de compensación (o en forma de reconvencción), la reclamación no podrá exceder de la cuantía del acuerdo de arbitraje. En el comentario se añade que esta restricción, aunque no se expresa en el artículo, parece evidente por el hecho de que la competencia del tribunal arbitral se basa en ese acuerdo, y viene dada dentro de los límites de ese acuerdo.²²

78. Desde entonces se han expresado opiniones en el sentido de que la competencia del tribunal arbitral para conocer

²¹ La parte pertinente de la cláusula de arbitraje modelo expresa lo siguiente: “Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato ... se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor” [el realce por subrayado ha sido añadido].

²² Doc. A/CN.9/264, Anuario de la CNUDMI, vol. XVI:1985, parte dos, I, B, comentario sobre el proyecto de artículo 23, párrafos 5 y 8.

de reclamaciones establecidas a efectos de compensación deben, en ciertas circunstancias, extenderse más allá del contrato en que se basa la reclamación principal. Las razones que se aducen son la eficacia del procedimiento y la conveniencia de resolver las controversias entre las partes; esas razones son particularmente importantes cuando ambas partes son comerciantes, o cuando tanto la reclamación principal como la reclamación establecida a efectos de compensación se basan en contratos conexos desde el punto de vista económico.

2. Conclusión

79. La Comisión podría desear considerar si este tema merece un estudio más a fondo. Las cuestiones que habrían de estudiarse podrían incluir, por ejemplo, determinar si la competencia del tribunal arbitral para conocer de las reclamaciones planteadas a efectos de compensación puede ser debidamente tratada por normas de arbitraje o si sería deseable una norma legislativa adecuada.

H. Decisiones tomadas por tribunales arbitrales incompletos

80. De acuerdo con las leyes y reglamentos de arbitraje, los árbitros que hayan convenido actuar en tal capacidad tienen el derecho y el deber de participar en los procedimientos y deliberaciones del tribunal arbitral y de firmar el laudo arbitral. Este derecho y deber están también implícitos, o expresamente previstos, en el acuerdo en virtud del cual un árbitro acepta un nombramiento.

81. A veces sucede que un árbitro, en particular un árbitro designado por una parte, renuncia o se niega a participar en el procedimiento o en las deliberaciones del tribunal arbitral. La mayor parte de las leyes y reglamentos de arbitraje nacionales contienen disposiciones que tratan esta situación. Por lo general se dispone que el árbitro que no ejerza sus funciones sea sustituido por un árbitro sustituto; usualmente se prevé que las normas que rigen el nombramiento del árbitro sustituto sean las mismas aplicables al nombramiento de los árbitros sustituidos (véase, por ejemplo, el artículo 14(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional).

82. Independientemente del motivo de la renuncia o de la inacción de un árbitro, el hecho de que un árbitro no ejerza sus funciones y la designación de un árbitro sustituto probablemente causen demoras, gastos e inconvenientes. Una importante causa de gastos y demoras adicionales considerables es la posible necesidad de repetir las audiencias que se habían celebrado antes del nombramiento del sustituto (véase por ejemplo, el artículo 14 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI).

83. Particularmente problemático son aquellos casos en que la renuncia de un árbitro o su negativa a cooperar se produce en la fase final del procedimiento y los otros dos árbitros, o la institución arbitral que tramita el caso consideran que tal renuncia o falta de cooperación no están justificadas. Dada la posible perturbación del procedimiento arbitral, una causa especial de preocupación son los casos en que la renuncia o negativa a cooperar se produce como resultado de la colusión entre una parte y el árbitro designado por ella. Tal colusión puede ser motivada por el deseo de causar demoras, obstaculizar el procedimiento y, de esa forma, privar a la otra parte de los derechos que legítimamente le corresponden en virtud del acuerdo de arbitraje.

84. La inacción del árbitro puede dar lugar a la responsabilidad del árbitro por incumplimiento de sus obligaciones contractuales o legales. Esta responsabilidad es una cuestión entre la parte que sufre el daño y el árbitro y está fuera del ámbito de la controversia que es objeto del procedimiento de arbitraje en el que se ha cometido la falta. Si como

consecuencia de esta cuestión surge una controversia, normalmente será resuelta por un tribunal ordinario, a menos que se concierte un acuerdo de arbitraje entre el árbitro y la parte que establece la reclamación contra el árbitro.

85. Abstracción hecha de tal responsabilidad del árbitro, la falta de participación del árbitro puede tratarse también en el contexto del procedimiento arbitral en que el árbitro deja de participar. Por lo general, las dificultades causadas son pocas cuando la negativa a cooperar se produce después de que el tribunal arbitral ha concluido sus deliberaciones sobre el fondo del laudo y la falta de cooperación está limitada a la negativa del árbitro a firmar el laudo. La solución generalmente aceptada en las leyes y reglamentos de arbitraje es que basta con la firma de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se exprese el motivo por el que falta cualquier firma (artículo 31(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI; una norma similar está contenida, por ejemplo, en el artículo 32(4) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI).

86. La cuestión que en los últimos años ha dado lugar a vivos debates entre los profesionales del arbitraje es la de si - cuando un árbitro renuncia en una fase avanzada del procedimiento, quizás después de haberse presentado las pruebas y oído los argumentos - se permite que los dos árbitros restantes concluyan el procedimiento y dicten el laudo.²³ Tales decisiones tomadas por los dos árbitros restantes se conocen a menudo por decisiones de tribunales incompletos (conocidos también por “tribunales truncados”).

87. En los debates de esta cuestión, un punto que se ha señalado con frecuencia es que tanto en los países cuyo ordenamiento jurídico se basa en el derecho civil como en aquellos cuyo ordenamiento jurídico se basa en el derecho común, los tribunales ordinarios respetarían los laudos dictados por tribunales incompletos si las partes habían convenido en ello. Además, se ha indicado que las partes prudentes que desean evitar dificultades elegirán por tanto normas que permitan a dos árbitros continuar el procedimiento y dictar un laudo en ausencia del tercer árbitro, cuando la mayoría determina que tal proceder va en interés de un arbitraje justo y correcto. Se ha expresado también la opinión de que sería difícil imaginarse que, incluso en ausencia de una norma o acuerdo expresos, un tribunal moderno de un Estado que por lo demás mantenga una normativa pública de apoyo del arbitraje comercial internacional, invalidaría un laudo dictado por la mayoría de los árbitros por el hecho de que un árbitro designado por una parte, con el propósito de hacer fracasar el arbitraje, ha optado por ausentarse en la fase final del procedimiento, o se ha negado a participar en las deliberaciones o a firmar el laudo. Esta opinión se basa en el supuesto de que las leyes nacionales que hacen referencia a la participación de tres árbitros deben considerarse satisfechas cuando los tres hayan tenido, de una manera justa e igualitaria, oportunidad de participar. Se ha señalado también, como una cuestión de orden práctico, que una vez que está claro que un árbitro designado por una parte no puede lograr que se deje de dictar un laudo por el hecho de ausentarse del procedimiento o de las deliberaciones, probablemente desaparezca el problema que da lugar a esta situación.²⁴ Se han expresado también opiniones divergentes por las que se recomienda que no se conceda, por ley, una autorización para que un tribunal incompleto tome decisiones en uso de facultades discrecionales. Se ha sostenido que una parte no debería ser responsable del comportamiento indebido del árbitro por ella designado, y que un derecho discrecional a continuar el procedimiento como un tribunal incompleto podría ser causa de problemas cuando, después de la renuncia de un árbitro, los dos árbitros restantes actúan indebidamente en interés de una de las partes.

²³ Por ejemplo, el Décimo Congreso de Arbitraje Internacional, Estocolmo, 28 a 31 de mayo de 1990. Actas del Congreso: ICCA Serie No. 5 del Congreso, Consejo Internacional para Arbitraje Comercial, I. Prevención de la demora y perturbación del arbitraje, II. Procedimiento efectivo en casos de construcción, Editor General Albert Jan den Berg, p. 26.

²⁴ *Ibid.*, páginas 28 y 29.

1. Soluciones actuales legislativas y no legislativas

88. A la luz de estos debates, algunas instituciones arbitrales han adoptado normas que determinan las condiciones bajo las cuales un tribunal incompleto puede proceder validamente y dictar un laudo. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (1991) expresa en su artículo 11:

“1. Si un árbitro en un tribunal constituido por tres personas deja de participar o se niega a participar en el arbitraje, los otros dos árbitros estarán facultados, con carácter discrecional, para continuar el arbitraje y tomar cualquier decisión, resolución o dictar cualquier laudo pese a la ausencia de participación del tercer árbitro. Al determinar si se habrá de continuar el arbitraje o tomar cualquier decisión, o dictar cualquier resolución o laudo sin la participación de un árbitro, los otros dos árbitros deberán tomar en consideración la fase en que se encuentra el arbitraje, el motivo, si existe, expresado por el tercer árbitro para tal falta de participación, así como otras cuestiones que consideren apropiadas en las circunstancias del caso. Si los otros dos árbitros deciden no continuar el arbitraje sin la participación del tercer árbitro, el administrador, en base a pruebas satisfactorias, declarará vacante el cargo, y se nombrará un árbitro sustituto de acuerdo con las disposiciones del artículo 6, a menos que las partes convengan otra cosa.

2. Si se nombra un árbitro sustituto, el tribunal determinará, en uso de sus facultades discrecionales, si la totalidad o una parte de las audiencias anteriores deberán repetirse.”

89. En otros reglamentos de arbitraje internacional, por ejemplo el Reglamento facultativo para arbitrar controversias entre dos partes de las cuales una es un Estado (1993) del Tribunal Permanente de Arbitraje (artículo 13(3)) y el Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (1994) (artículo 32), se han incorporado disposiciones esencialmente de la misma naturaleza.

90. Esta cuestión ha sido tratada por pocas legislaciones nacionales sobre arbitraje. Un método ha consistido en incluir en la legislación lo esencial de las soluciones antes descritas en reglamentos de arbitraje. Otro método ha sido más restrictivo: si bien en principio la ley reconoce la libertad de las partes para convenir la forma en que habrán de tratarse las decisiones tomadas por tribunales incompletos, limita la posibilidad de las partes de conceder a los árbitros restantes autorización para proceder sin la presencia del árbitro no cooperante en aquellos casos en que éste se niega a participar en el voto de una decisión. Se prevé también que las partes deben notificar por anticipado su intención de obtener un laudo en ausencia del árbitro que se niega a participar en el voto. En el caso de otras decisiones, la ley prevé que las partes sólo deben ser informadas, después de la decisión, de la negativa del árbitro a participar en el voto.

2. Conclusión

91. La Comisión podría desear examinar las posibles consecuencias perjudiciales de la retirada de mala fe, de los árbitros, de los procedimientos arbitrales en la práctica del arbitraje comercial internacional y, en ese contexto, podría considerar cuestiones tales como: a) la medida en que las partes deben poder acordar dejar claramente determinada la validez de un laudo dictado por un tribunal incompleto; b) determinar si sería conveniente que la Comisión formulara una solución modelo para un acuerdo de las partes sobre decisiones tomadas por tribunales incompletos; y c) determinar si sería conveniente que las leyes sobre arbitraje comercial internacional trataran esta cuestión y, en tal caso, si la Comisión debería preparar una solución legislativa modelo. En caso de que la Comisión decidiera que esta cuestión se estudiara más a fondo, podría solicitar a la Secretaría que preparara un estudio en el que se describirían diversas soluciones posibles para su ulterior consideración por la Comisión.

I. Responsabilidad de los árbitros

92. En el trabajo preparatorio de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional hubo acuerdo general en el sentido de que no era apropiado que en la Ley Modelo se abordase la cuestión de la responsabilidad de los árbitros.²⁵

93. En legislaciones nacionales sobre arbitraje, incluidas cierto número de legislaciones que han incorporado la Ley Modelo, se han insertado disposiciones que tratan la responsabilidad de los árbitros. Estas disposiciones difieren en cuanto a que los árbitros deban o no estar exentos de responsabilidad profesional y en cuanto al alcance de las modalidades de la inmunidad. En las jurisdicciones basadas en el derecho común existe la tendencia a asimilar los árbitros a los jueces y a aplicar una inmunidad equivalente, y en las jurisdicciones basadas en el derecho civil existe la tendencia a asimilar la función contractual de los árbitros a la de expertos. No obstante, hay una diversidad considerable, incluso en los ordenamientos jurídicos del mismo tipo, y no se puede trazar una línea de demarcación clara entre los distintos planteamientos.

1. Disposiciones legislativas actuales

94. Cierta número de legislaciones nacionales sobre arbitraje, incluidas algunas que han incorporado la Ley Modelo, incluyen disposiciones relativas a la inmunidad de los árbitros, pero hay variaciones considerables en cuanto al ámbito y la amplitud de la inmunidad. Muchos de los países que han adoptado disposiciones específicas en leyes de arbitraje inspiradas en la Ley Modelo tienen su ordenamiento jurídico basado en el derecho común.

95. Algunas de las disposiciones incluidas en estas legislaciones excluyen la responsabilidad por cualquier acto u omisión relacionado con el arbitraje, salvo que se demuestre que el acto u omisión ha sido de mala fe, o la conducta haya sido deshonesto, o cuando se haya procedido indebidamente en forma consciente y deliberada. Otro método ha consistido en disponer que el árbitro no responda por negligencia incurrida en cualquier acto u omisión relacionados con el desempeño de su función de árbitro; en algunos casos se prevé una excepción cuando ha habido fraude o dolo. En una de estas legislaciones, el árbitro no responde de un error de derecho, de hecho, o de procedimiento, en que se haya incurrido en el curso del procedimiento arbitral o en la formulación del laudo arbitral. En otras legislaciones se adopta el método opuesto de no limitar la responsabilidad, sino especificar que un árbitro puede ser responsable de los daños causados por la demora incurrida en el cumplimiento de sus obligaciones como árbitro, o si deja de cumplirlas.

96. Hay una gran diversidad en cuanto a las personas a las que podrá aplicarse la inmunidad. En algunos casos, la inmunidad sólo es aplicable a la responsabilidad del árbitro, mientras que en otros la inmunidad se extiende a los empleados y agentes del árbitro, así como a los asesores de los árbitros y los expertos. Otras legislaciones amplían todavía más la inmunidad extendiéndola a las personas que puedan haber intervenido en el nombramiento de un tribunal arbitral y a las que hayan realizado labores administrativas en relación con el procedimiento de arbitraje, así como a sus empleados y agentes. En todas estas legislaciones, las modalidades de la inmunidad, son las mismas para los árbitros y para las clases de personas a que se extiende la inmunidad.

97. En otras jurisdicciones, principalmente en las basadas en el derecho civil, se realza la naturaleza contractual del

²⁵ Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su tercer período de sesiones (1982), Doc. A/CN.9/216, Anuario de la CNUDMI, vol. XIII:1982, parte dos, III, A, párrafos 51-52.

servicio prestado por el árbitro, y éste es responsable en caso de incumplimiento de su mandato. Esto incluiría la actuación sin la debida diligencia; la no formulación del laudo dentro del plazo contractual o legal; hacer correr a las partes el riesgo de que el laudo sea anulado; parcialidad; negligencia; inobservancia del secreto del procedimiento arbitral; así como todo tipo de fraude, falsedad, corrupción y culpa grave. En algunas jurisdicciones, la formulación del laudo va acompañada de una inmunidad particular debida a la naturaleza cuasi judicial de la función que se realiza. En algunos casos, la responsabilidad puede estar limitada en el contrato entre el árbitro y las partes que se someten al arbitraje, aunque esto no puede excluir la responsabilidad por culpa grave o conducta dolosa.

98. En algunas jurisdicciones inspiradas en el derecho común, los árbitros pueden gozar de un alto nivel de inmunidad más similar al que corresponde a un juez, mientras que en otros se distingue entre los actos de un árbitro que son de naturaleza decisoria y que por tanto disfrutan de un alto grado de inmunidad, y los actos que no están relacionados con ninguna función decisoria y que por tanto están sujetos a responsabilidad civil.

2. Conclusión

99. Existen diferencias considerables entre las leyes y reglamentos de arbitraje en lo concerniente al tratamiento de la cuestión de la responsabilidad, y la amplitud de la responsabilidad civil de los árbitros puede variar en función de cierto número de factores tales como: a) la elección de las normas procesales que habrán de regir el procedimiento; b) la ley que rige el contrato entre el árbitro y las partes; c) la nacionalidad de los árbitros; y d) el lugar en que tiene lugar el procedimiento. Habida cuenta de estos factores, todo tratamiento de las cuestión de la responsabilidad de los árbitros pudiera requerir una consideración cuidadosa.

100. Puesto que una fórmula universalmente aceptable puede ayudar al proceso de arbitraje y proporcionar una mayor certidumbre tanto a los árbitros a las partes sometidas al arbitraje, la Comisión pudiera desear estudiar si la cuestión de la responsabilidad debe examinarse más a fondo. Al considerar la necesidad de examinar más a fondo la cuestión de la responsabilidad de los árbitros, puede ser conveniente estudiar detalladamente la forma en que este tema se trata actualmente, así como las propuestas formuladas por organizaciones, o comentaristas.

J. Facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses

101. La atribución de una autorización explícita al árbitro para que otorgue una indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses no se consideró en el curso de la preparación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. Desde esa época se ha observado incertidumbre en algunas jurisdicciones en cuanto a las facultades de los árbitros para otorgar indemnización de daños y perjuicios, particularmente en las inspiradas en el derecho común, y en cierto número de jurisdicciones que han incorporado, en sus leyes por las que se ha adoptado la Ley Modelo, disposiciones relativas a la facultad para otorgar indemnización por daños y perjuicios en forma de intereses.

1. Soluciones legislativas actuales

102. Las disposiciones relativas a la facultad para otorgar indemnización por daños y perjuicios en forma de intereses que han sido adoptadas en las legislaciones nacionales presentan grandes variaciones en cuanto a su alcance, en particular en lo que respecta al nivel de detalle y a las cuestiones incluidas. En su forma más simple, la legislación autoriza al tribunal a otorgar indemnización de daños y perjuicios, a menos que las partes hayan acordado otra cosa.

103. Algunas jurisdicciones van más allá de la facultad básica y tratan otros asuntos. En lo que respecta a la suma que

pueda dar lugar al pago de intereses, algunas leyes la limitan a la cuantía del laudo, que podría especificarse de forma que incluyera intereses y costas. Otro método consiste en disponer que el tribunal arbitral pueda decretar como indemnización el pago de intereses por la totalidad o una parte de la cuantía del laudo. En otros casos se puede distinguir, en lo que respecta a la suma que servirá de base para el cálculo de los intereses que habrán de pagarse, entre una suma de dinero otorgada por el tribunal en el procedimiento y una suma de dinero que se reclama y estaba impagada al comienzo del procedimiento pero que se paga antes de dictarse el laudo. Algunas jurisdicciones limitan la aplicación de la disposición relativa al pago de intereses y especifican, por ejemplo, que el árbitro no está autorizado a otorgar una indemnización de daños y perjuicios que consista en intereses de intereses, y que tal disposición no es aplicable a ninguna cantidad por la deba pagarse interés a que se tenga derecho en virtud de un acuerdo, o por otra causa.

104. En varias legislaciones se especifica la fecha a partir de la cual puede otorgarse indemnización en forma de intereses. Un método consiste en limitar los intereses al período que comienza en la fecha del laudo, mientras que otras legislaciones prevén que la indemnización en forma de intereses pueda otorgarse por la totalidad del período, o por una parte del período, comprendido entre la fecha en que surge la causa de la acción y la fecha del laudo, existiendo también otro método en que se prevé que se pueda otorgar indemnización en forma de intereses desde la fecha del laudo hasta la fecha del pago de la suma indicada en el laudo. En algunas legislaciones se especifican también las fechas en que deberán pagarse los intereses.

105. En lo que respecta al tipo de interés, algunas legislaciones dejan a la discreción del tribunal la resolución de esta cuestión, el cual fijará una tasa de interés razonable o una tasa de interés comercial razonable. Otras legislaciones especifican que la tasa de interés debe ser la misma aplicable a una sentencia o, en algunos casos, se fija una determinada tasa de interés. Una regla más elaborada prevé que “el tipo de interés será el promedio bancario en los préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y que sea el ordinario para la moneda de la obligación en la plaza donde haya de hacerse el pago”.²⁶

2. Conclusión

106. La Comisión puede desear estudiar si la cuestión de la facultad del tribunal arbitral para conceder indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses debe estudiarse más a fondo con miras a preparar una disposición legislativa modelo. En ese contexto, puede también estudiar si tal análisis más profundo debe comprender cualquiera de los detalles de las facultades tal como están ilustradas en las leyes que incorporan la Ley Modelo al derecho interior a que se hace referencia anteriormente, incluyendo a) la suma que servirá de base para el cálculo de los intereses; b) el período durante el cual habrán de pagarse los intereses, tanto antes como después de haberse dictado el laudo; c) el tipo de interés (simple o compuesto) que habrá de aplicarse; y d) otros detalles como, por ejemplo, la fecha en que deberán pagarse los intereses.

K. Costas en procedimientos de arbitraje

107. En la labor preparatoria de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional recibió un amplio apoyo la opinión de que las cuestiones relativas a los honorarios y las costas en los arbitrajes no era un aspecto del que debía ocuparse una ley modelo. Esta opinión dejaba abierta la posibilidad de que los Estados dispusieran un control

²⁶

UNIDROIT Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Artículo 7.4.9.

judicial de los honorarios y las costas y, por ejemplo, permitieran el reajuste de honorarios a todas luces excesivos.²⁷ Sin embargo, después de formulada la Ley Modelo, en varias leyes que incorporan la Ley Modelo al derecho interno se han añadido disposiciones sobre la facultad del tribunal arbitral para fijar e imponer el pago de costas y honorarios. Estas leyes a menudo difieren en el fondo, y en particular en lo tocante a los detalles de esta facultad y al ámbito de las cuestiones.

1. Disposiciones legislativas actuales

a) Qué puede incluirse como “costas”

108. Las legislaciones que incorporan la Ley Modelo difieren en lo que ha de entenderse por “costas”. Algunas leyes adoptan una descripción general, refiriéndose simplemente a las “costas del arbitraje” y pueden incluir una referencia a los honorarios y gastos del árbitro o de los árbitros o a los gastos incurridos por las partes, que son necesarios para una conducción adecuada de su reclamación o defensa. Otras legislaciones adoptan un método basado en una descripción más detallada, especificando los puntos que habrán de incluirse, tales como a) honorarios del árbitro y del tribunal; b) gastos de alojamiento, viaje y apoyo administrativo durante el procedimiento de arbitraje; c) gastos de las pruebas, tanto de las pruebas de hechos como aquéllas en que intervienen expertos; d) gastos de asesoramiento jurídico y representación; y e) otros gastos en que se ha incurrido con ocasión del arbitraje.

b) Imposición de las costas y responsabilidad del pago de las costas

109. Las leyes que incorporan la Ley Modelo prevén generalmente que el tribunal arbitral tenga la facultad de decidir cuál de las partes deberá pagar las costas del arbitraje y en qué proporción, teniendo en cuenta lo que sea razonable en las circunstancias del caso. Sin embargo, existen variantes. Algunas leyes distinguen entre honorarios y gastos del árbitro y otras costas del arbitraje, estipulando que las partes son solidaria y conjuntamente responsables del pago de los honorarios y gastos de los árbitros. Otras leyes contienen una regla supletoria en virtud de la cual, cuando el laudo no contiene una disposición relativa a las costas y no existe un laudo adicional relativo a las costas del arbitraje, cada parte deberá soportar los gastos judiciales y de otro tipo que le correspondan, y por partes iguales los honorarios y gastos del tribunal. Una ley trata directamente la situación en la que ha habido una oferta de arreglo que ha sido rechazada. Si la oferta de arreglo refleja el laudo definitivo dictado por el tribunal, el tribunal está autorizado a tener en cuenta esta circunstancia cuando decida sobre la imposición de costas y gastos.

c) Cuestiones conexas

110. Revisión y asistencia por el tribunal ordinario - Varias leyes tratan los aspectos de la revisión y asistencia por el tribunal ordinario, autorizando a los tribunales ordinarios a reajustar los honorarios y gastos de los árbitros, lo que incluye ordenar el reembolso de las cantidades pagadas en exceso; y determinar las costas exigibles incluidos los honorarios y gastos del tribunal arbitral, cuando el tribunal arbitral no las determina o cuando una parte no acepte que el tribunal arbitral las determine.

111. Laudos incompletos - Algunas leyes prevén que cuando el laudo no establece el pago de las costas del arbitraje,

²⁷ Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su tercer período de sesiones (1982), Doc. A/CN.9/216, Anuario de la CNUDMI, vol. XIII:1982, parte dos, III, A, párrafo 99.

las partes pueden solicitar del tribunal arbitral o, en algunos casos, del tribunal ordinario, la determinación de las costas.

112. Limitación de las costas exigibles - En algunas jurisdicciones, las partes están en libertad de determinar por convenio qué costas del arbitraje son exigibles, o pueden solicitar al tribunal arbitral o a un tribunal ordinario que las determine. Además, se puede autorizar al tribunal arbitral a limitar las costas exigibles a una cantidad especificada, sujeta a posibles variaciones.

113. Costas relativas a la interpretación o la corrección - Varias leyes prescriben que el tribunal arbitral no puede imponer costas adicionales relativas a honorarios por interpretación, corrección o compleción de su laudo.

2. Conclusión

114. La Comisión podría desear considerar si la facultad de imponer el pago de las costas está suficientemente tratada por los reglamentos de arbitraje o las leyes nacionales, o si la conducción del arbitraje comercial internacional se facilitaría previendo una norma uniforme. En este contexto, la Comisión podría desear considerar el alcance de tal norma y si, además de la facultad para imponer el pago de las costas, deben tratarse también otras cuestiones como las anteriormente indicadas.

L. Fuerza ejecutiva de las medidas provisionales de protección

115. De conformidad con muchos reglamentos de arbitraje, un tribunal arbitral puede, a petición de una de las partes, ordenar que se tomen medidas provisionales destinadas a mantener la situación actual hasta que se dicte el laudo arbitral. Estas medidas se conocen por expresiones tales como “medidas provisionales de protección”, “órdenes provisionales”, “laudos provisionales”, “medidas de conservación” o “medidas provisionales de interdicción”. Por ejemplo, el artículo 26(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone lo siguiente:

“A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos.”

116. Las medidas provisionales de protección, que a menudo no están definidas en los reglamentos que prescriben su emisión, pueden ser muy diversas e incluir: órdenes para impedir que se substraigan mercancías o activos de un lugar o de una jurisdicción; conservación de pruebas; venta de mercancías; y, prestación de una garantía pecuniaria. Una medida provisional puede imponerse por toda la duración del arbitraje, o por menos tiempo, con posibilidad modificarla según las circunstancias. Esta medida provisional puede dictarse en forma de orden del tribunal arbitral o en forma de un “laudo” provisional.

117. La cuestión que suele discutirse por los profesionales del arbitraje es la fuerza ejecutiva de tales medidas, tanto en el Estado que tiene lugar el arbitraje como en otros Estados. Los partidarios de la fuerza ejecutiva de estas medidas sostienen que un laudo definitivo puede tener poco valor para la parte que lo ha obtenido si, entretanto, acciones u omisiones de la parte que se obstina en incumplir el laudo (tendientes, por ejemplo, a disipar activos o a sustraerlos de la jurisdicción) han reducido sustancialmente la utilidad del resultado del procedimiento arbitral. Se ha señalado que,

por esta razón, una orden provisional puede ser tan importante, o incluso más importante que un laudo.²⁸

118. Sin embargo, existen también opiniones en las que se pone en tela de juicio la conveniencia de que las medidas provisionales dictadas por un tribunal arbitral tengan fuerza ejecutiva. Se ha dicho que, en la práctica, las partes están inclinadas a cumplir tales medidas de todas formas, por ejemplo para no incurrir en la responsabilidad del pago de costas causadas por el incumplimiento de la medida provisional, o para no indisponerse con el tribunal arbitral. Además, si las medidas provisionales se tratan como títulos ejecutivos, sería necesario aplicarles disposiciones (iguales o similares a las que rigen la anulación de laudos arbitrales) destinadas a rectificar ciertas violaciones graves del procedimiento, las que formalizarían en sumo grado el procedimiento. No obstante se ha respondido a esto que existen muchos casos en los que una parte se niega a cumplir la medida provisional sin importarle las posibles consecuencias adversas que ello puede entrañar, como la responsabilidad por el pago de costas. Además, las disposiciones sobre la ejecución judicial de medidas de seguridad, incluidas las prerrogativas del tribunal ordinario en el proceso de ejecución, pueden reflejar la naturaleza provisional de las medidas y no tienen necesariamente que ser las mismas reglas que rigen la fuerza ejecutiva de los laudos finales.

119. Algunos proponen que las partes en un procedimiento de arbitraje que necesiten medidas provisionales las soliciten en un procedimiento judicial, lo cual es posible en muchas legislaciones nacionales. A esta propuesta se ha respondido que esto puede dar lugar a dificultades. Por ejemplo, para obtener una medida provisional puede ser necesario tramitar un largo proceso, en particular porque el tribunal ordinario puede requerir un debate sobre la cuestión, o porque su decisión puede ser apelada. Además, es posible que los tribunales ordinarios del lugar en que se tramita el procedimiento de arbitraje no sean competentes para conocer de litigios en que intervienen esas partes o sobre esos activos; dado que los procedimientos de arbitraje suelen tener lugar en un territorio “neutral” que no tiene que ver nada, o muy poco, con el objeto en litigio, es posible que no se pueda pedir a un tribunal de otra jurisdicción que considere y dicte una medida provisional. Además, en algunas jurisdicciones, una parte no puede solicitar del tribunal ordinario que dicte una medida provisional de protección, ya que ha de entenderse que las partes, por el hecho de haber concluido un acuerdo de arbitraje, han excluido a los tribunales ordinarios de intervenir en la controversia.

120. En consecuencia, se ha señalado que los recursos se utilizarían de una manera más eficaz si las partes pudieran formular sus peticiones de medidas provisionales ejecutivas directamente al tribunal arbitral, más bien que al tribunal ordinario, ya que aquél está familiarizado con el caso y por lo general conoce mejor el objeto de litigio desde el punto de vista técnico.

1. Soluciones legislativas actuales

a) Convención de Nueva York

121. Algunos tribunales arbitrales dictan medidas provisionales de protección en forma de laudos provisionales. Esta posibilidad se contempla expresamente, por ejemplo, en el artículo 26(2) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Por esta razón se plantea la cuestión de que si la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras comprende también esos laudos provisionales. Dado que la Convención no define el término “laudo”, no está claro que la Convención se aplique también a los laudos provisionales. La opinión predominante, confirmada por el derecho casuístico de varios Estados, parece ser que la Convención no es aplicable a los laudos provisionales.

²⁸ V. V. Veeder, “Medidas provisionales y de conservación”, Actas del Coloquio sobre el Día de la Convención de Nueva York, supra nota 1.

b) Ley Modelo de la CNUDMI

122. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional trata expresamente en su artículo 17 la facultad del tribunal arbitral para dictar las medidas provisionales de protección que estime necesarias y también requerir a una parte para que proporcione una garantía adecuada en relación con esas medidas. Sin embargo, la Ley Modelo no trata el aspecto de la ejecución.

123. Cuando, en la fase de preparación de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo examinó el fondo del artículo 17, éste contenía la siguiente oración “Si fuera necesaria la ejecución judicial de alguna de esas medidas provisionales, el tribunal arbitral podrá pedir [a un tribunal competente] [al tribunal mencionado en el artículo V] que le preste asistencia en la ejecución”.²⁹ Según una de las opiniones expuestas en el Grupo de Trabajo, la asistencia en la ejecución por los tribunales competentes se consideraba deseable y debía estar disponible. Según otra opinión expresada en el Grupo de Trabajo y que fue adoptada por éste tras su deliberación, dicha oración debía suprimirse pues trataba de manera incompleta una cuestión de derecho procesal nacional y de competencia de los tribunales, y era improbable que fuese aceptada por muchos Estados. No obstante, el Grupo de Trabajo entendió que la supresión de dicha oración no debía interpretarse como una exclusión de la asistencia en la ejecución en aquellos casos en que un Estado estaba dispuesto a prestar tal asistencia de acuerdo con su derecho procesal.³⁰

c) Legislaciones nacionales

124. En lo que respecta a la fuerza ejecutiva de las medidas provisionales dictadas por un tribunal arbitral, en las legislaciones se han seguido diversos métodos. En muchos Estados, la legislación no trata este punto. En otros, incluidos algunos Estados que han incorporado en su derecho interior el artículo 17 de la Ley Modelo en virtud del cual se confiere al tribunal arbitral la facultad de dictar medidas provisionales de protección, existen disposiciones expresas para la ejecución de esas medidas provisionales. Por ejemplo, en un caso se ha añadido una cláusula de modo que el tribunal ordinario pueda, a petición de una parte, autorizar la ejecución de la medida provisional dictada por el tribunal arbitral, a menos que ya se haya solicitado una medida provisional correspondiente a un tribunal ordinario. En unos pocos Estados, la legislación prevé que las disposiciones basadas en el capítulo VIII de la Ley Modelo sobre reconocimiento y ejecución de laudos (artículos 35 y 36) se aplican también a las órdenes dictadas de conformidad con la disposición basada en el artículo 17 de la Ley Modelo.

125. En lo que respecta a las facultades conferidas al tribunal ordinario para que ejecute una medida provisional dictada por el tribunal arbitral, pueden señalarse diferentes métodos. En por lo menos un Estado se ha previsto que el tribunal ordinario pueda examinar el fondo de la medida provisional tomada por el tribunal arbitral. En algunos otros casos se expresa que el tribunal ordinario deberá dar efecto preclusivo a la determinación de los hechos efectuada por el tribunal arbitral. En un país la legislación prevé que el tribunal ordinario puede reformular la medida provisional dictada por el tribunal arbitral si ello es necesario con el fin de ejecutar la medida provisional; además, el tribunal ordinario puede, a petición, rechazar o modificar su decisión de permitir la ejecución.

²⁹ Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su sexto período de sesiones (1973), Doc. A/CN.9/245, Anuario de la CNUDMI, vol. XV:1984, parte dos, II, A, 1, párrafo 70.

³⁰ Ibid., párrafo 72.

126. Una de las preocupaciones en lo que respecta a la ejecución, ordenada por el tribunal ordinario, de medidas provisionales dictadas por un tribunal arbitral puede ser la responsabilidad en que se incurre en el caso de abuso de derecho. Con vista de tal caso se ha previsto en una legislación nacional, por ejemplo, que si se demuestra que una medida provisional ordenada por el tribunal arbitral no está justificada desde el principio, la parte que obtuvo su ejecución está obligada a resarcir a la otra parte los daños resultantes de la ejecución de tal medida. Se dispone asimismo que esa reclamación de resarcimiento pueda formularse en el procedimiento arbitral en curso.

2. Conclusión

127. La Comisión podría desear considerar si la cuestión de la fuerza ejecutiva de las medidas provisionales de protección dispuestas por un tribunal arbitral debe ser estudiada más a fondo por la Secretaría. Podría solicitarse a la Secretaría que estudiara la práctica seguida en materia de arbitraje comercial internacional y la seguida en los tribunales ordinarios, y con relación a la conveniencia y viabilidad de disposiciones legislativas uniformes, presentara un primer proyecto de soluciones que se someterían a la consideración de la Comisión.

M. Facultad discrecional para ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen

128. Después de dictado un laudo arbitral, el demandante puede tratar de ejecutarlo ya sea ante los tribunales ordinarios del Estado en que se dictó el laudo (“Estado de origen”) o ante los tribunales ordinarios de otro Estado en que el deudor tiene activos (“Estado de ejecución”). Sin embargo, cuando el laudo ha sido anulado (o “dejado sin efecto”) por el tribunal competente en el Estado de origen, la ejecución del laudo en el Estado de origen no sería posible. La parte interesada en la ejecución puede entonces tratar de obtener la ejecución del laudo por un tribunal de otro Estado. La cuestión que se plantea al tribunal del Estado de ejecución es la de determinar si existen circunstancias que permitan al tribunal ejecutar el laudo, sin tener en cuenta el hecho de que el laudo ha sido anulado en el Estado de origen.

1. Soluciones legislativas actuales

a) Convención de Nueva York

129. La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras enumera los motivos por los cuales se puede rechazar la ejecución de un laudo arbitral. Uno de ellos es que “la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia” (artículo V(1)(e)).

130. Lo que ha sido objeto de discusión entre los profesionales del arbitraje y en círculos académicos es la cuestión de si tal rechazo de la ejecución basado en el artículo V(1)(e) de la Convención es discrecional y hasta qué punto lo es. Los debates se han centrado en la cuestión de si el tribunal del Estado de ejecución está autorizado para tomar en consideración los motivos por los cuales se anuló el laudo original, o, si la petición de ejecución tiene necesariamente que ser denegada.

131. Algunos de los debates han girado en torno a la redacción del artículo V(1). Se ha señalado que las palabras “se podrá denegar ... la ejecución de la sentencia” implica cierta facultad discrecional por parte de la autoridad competente para denegar la ejecución. No obstante, también se ha dicho que cuando se lee conjuntamente con la palabra “sólo” (esto es, “sólo se podrá denegar ... la ejecución de la sentencia ...”) se puede obtener una interpretación diferente. En consecuencia, se ha dicho que no está claro si la ejecución debe denegarse en todos los casos en que el laudo haya sido

anulado.

132. Se ha expresado que el artículo VII(1) de la Convención puede también proporcionar una vía para obtener la ejecución de un laudo sin tener que tomar en consideración la decisión por la que se anula el laudo.³¹ De acuerdo con lo que se conoce por la disposición del “derecho más favorable”, una parte puede tratar de obtener la ejecución de un laudo arbitral extranjero en un Estado en base a otros tratados o a la legislación nacional de ese Estado. Sin necesidad de hacer observaciones sobre los fundamentos de la decisión de anular el laudo tomada por el tribunal del Estado de origen, el tribunal del Estado de ejecución podría determinar que, en base a su legislación nacional propia, el laudo debe ser ejecutado. Sin embargo, una de las críticas que se ha hecho a este planteamiento es que si los Estados, como consecuencia de esto, son incitados a adoptar criterios individualizados para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, esto obrará en contra de los objetivos de armonización y unificación de las legislaciones nacionales.

b) Convención europea de 1961

133. La ejecución de laudos que han sido anulados se ha tratado también en la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional (Ginebra, 1961). De acuerdo con el artículo IX(1), si un laudo ha sido anulado por un tribunal del Estado de origen, esto constituye un motivo para la denegación de la ejecución por el tribunal de otro Estado solamente si las razones para la anulación están comprendidas en las indicadas; éstas son esencialmente las mismas razones expresadas en el artículo V(1)(a) a (d) de la Convención de Nueva York.³² Por consiguiente, de acuerdo con la Convención europea, el tribunal del Estado en que se ha pedido la ejecución está obligado a ejecutar el laudo, si éste fue anulado en el Estado de origen por motivos distintos de los indicados en el artículo IX(1) de la Convención europea. Además, el artículo IX(2) limita la aplicación del artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York, de la manera

³¹ Las disposiciones del artículo VII(1) de la Convención son las siguientes:

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

³² Las disposiciones del artículo IX(1) de la Convención europea son las siguientes:

“1. La anulación en un Estado Contratante de una sentencia arbitral regida por la presente Convención no constituirá una causa para negar su reconocimiento o su ejecución en otro Estado Contratante, salvo que esta anulación haya sido pronunciada en el Estado en el cual o según cuya ley haya sido dictada la sentencia, y ello por una de las razones siguientes:

a) las Partes de la convención de arbitraje estaban - en virtud de la ley que les era aplicable - afectadas de una incapacidad; o dicha convención no es válida en virtud de la ley a la cual las Partes la han sometido; o, a falta de indicación a este respecto, en virtud de la ley del país donde la sentencia ha sido dictada; o

b) la Parte que demanda la anulación no ha sido debidamente informada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o le ha sido imposible hacer valer sus defensas, por cualquier otra razón; o

c) la sentencia versa sobre un diferendo no aludido en el compromiso o que no entra en las previsiones de la cláusula compromisoria; o contiene decisiones que exceden los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria. Sin embargo, no podrán anularse las disposiciones de la sentencia que tienen relación con cuestiones sometidas al arbitraje si ellas pueden ser dissociadas de las referentes a cuestiones no sometidas al mismo; o

d) la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento no se han conformado al acuerdo de las Partes o, a falta de acuerdo, a las disposiciones del artículo IV de la presente Convención.

siguiente:

“En las relaciones entre Estados Contratantes, igualmente Partes de la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, el párrafo 1 del presente artículo tiene por efecto limitar la aplicación del artículo V, párrafo 1(e) de la Convención de Nueva York únicamente a las causas de anulación que enumera.”

c) Ley Modelo de la CNUDMI

134. El artículo 36(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI indica los motivos para denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral, los cuales son esencialmente los mismos de las disposiciones del artículo V(1) de la Convención de Nueva York; en particular, el artículo 36(1)(v) incluye la disposición de que la ejecución del laudo puede ser denegada si el “laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo”.

135. El artículo 34(2) de la Ley Modelo indica los motivos por los cuales puede ser anulado un laudo arbitral; los cuatro primeros motivos (en el artículo 34(2)(a)(i) a (iv)) son similares a los cuatro primeros motivos para la denegación del reconocimiento y ejecución (en el artículo 36(1)(a)(i) a (iv), indicados en el artículo V(1)(a) a (d) de la Convención de Nueva York). El artículo 34(2)(b) prevé también que un laudo arbitral pueda ser anulado si el tribunal comprueba que i) según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) el laudo es contrario al orden público de este Estado.

d) Consideraciones normativas

136. A la luz del reciente derecho casuístico se ha analizado de una manera más general la cuestión de principio de si el hecho de que un laudo haya sido anulado en el Estado de origen debe constituir un obstáculo infranqueable para su ejecución en otro Estado. A continuación se resumen algunos de los argumentos alegados en este análisis,

137. “El laudo ha dejado de existir” Según una teoría un laudo que ha sido anulado ha dejado de existir y, por lo tanto, no puede ser ejecutado en ninguna otra jurisdicción. Sin embargo, esta teoría ha sido criticada en razón de que no puede suponerse que la existencia de un laudo - como una expresión de un contrato entre las partes - sea una cuestión que deba ser determinada exclusivamente por los tribunales del Estado en que se dictó. Esta crítica se basa en el principio común a la mayor parte de las cuestiones que implican un conflicto de legislaciones: si un fuero establece debidamente una jurisdicción, un asunto puede ser tenido por válido de acuerdo con las leyes de ese fuero aunque no lo sea de acuerdo con las leyes de otro fuero.

138. “La Convención no debe ser contorneada” Si la Convención se interpreta en el sentido de que un laudo que haya sido anulado por una autoridad competente en el Estado de origen no puede ser ejecutado en ninguna otra parte, algunos temen que la finalidad de la Convención sería contorneada. Se ha expresado que uno de los propósitos de la Convención es liberar el procedimiento de arbitraje internacional del dominio de la ley del lugar del arbitraje. Si la elección del lugar del arbitraje afecta el resultado final debido a ciertas razones para la anulación que son propias de ese lugar, esta finalidad no podría alcanzarse. Es posible contemplar una situación en la que se anula un laudo por razones que son inhabituales o extraordinarias. Una parte ha obtenido laudo que haya sido ulteriormente anulado de esa forma quedaría privada de todo remedio tendiente a rectificar esta situación si dicho laudo no pudiera ejecutarse en otra parte. Algunos alegan que si el artículo V(1)(e) se interpreta en el sentido de que impide absolutamente la ejecución de laudos anulados en el Estado de origen, el resultado podría ser que la ejecución de laudos extranjeros sería todavía más difícil que si no

existiera la Convención.

139. “Debe evitarse una interferencia excesiva de los tribunales ordinarios” Otro argumento que, sin embargo, podría ser utilizado por ambos lados en el debate es que debe evitarse una interferencia excesiva de los tribunales ordinarios en el arbitraje. Esto podría apoyar la opinión de que la decisión de anular un laudo en el Estado de origen no debe ser reexaminada por el tribunal del Estado de ejecución. Por otra parte, podría también apoyar la opinión de que, cuando ha habido una interferencia excesiva por el tribunal del Estado de origen, el tribunal del Estado de ejecución debe estar autorizado para hacer caso omiso de esa decisión y ejecutar el laudo.

140. “Búsqueda de los foros más favorables” Se ha indicado que si los tribunales de jurisdicciones distintas de la correspondiente al lugar en que tiene lugar el arbitraje pueden decidir en forma discrecional si habrán de aceptar o rechazar la ejecución de un laudo anulado por el tribunal del Estado de origen, esto podría alentar a las partes a buscar aquellas jurisdicciones en las que se considerara que las probabilidades de ejecución del laudo son mayores. Esto puede dar lugar también a una situación en la cual la parte en cuyo favor se ha dictado el laudo pueda solicitar la ejecución del laudo en tantos países cuantos estén dispuestos a declararse competentes para ejecutarlo, lo que llevaría a la otra parte a una situación en que tendría que defenderse perennemente contra la ejecución. En otras palabras, sería imposible para una parte contra la actual se haya dictado injustamente un laudo, que deba ser anulado por razones reconocidas en el plano internacional, obtener una anulación válida en todo el mundo.

141. “Cosa juzgada: necesidad de evitar resultados incoherentes” El tribunal del país en que se pide la ejecución puede ser renuente a formular observaciones sobre si el laudo debió o no haber sido anulado por el tribunal del Estado de origen. Se considera que esta renuencia es conveniente pues contribuye a mantener el respeto mutuo de la autoridad del poder judicial. También se ha señalado que una interpretación de la Convención en el sentido de que permite que el tribunal del Estado de ejecución tenga la facultad discrecional de denegar la ejecución del laudo da lugar a un doble control judicial. La cuestión de la ejecución del laudo arbitral ya ha sido determinada por el tribunal del Estado de origen; permitir que un segundo tribunal vuelva sobre esta decisión significa que una cuestión que ya ha sido resuelta por un tribunal deba ser objeto de un nuevo litigio en otro fuero. Se ha sostenido que esto es contrario a los principios básicos de derecho y la ineficacia resultante va en detrimento del arbitraje comercial internacional. Algunos manifiestan la preocupación de que alentar al tribunal del Estado de ejecución a que vuelva a examinar las razones por las cuales se ha anulado el laudo puede conducir a decisiones judiciales incoherentes. Un tipo de incoherencia se produciría cuando un laudo que ha sido anulado, y que por lo tanto se considera inexistente en una jurisdicción, fuera ejecutado en otra jurisdicción. Otro tipo de incoherencia, más complejo, puede surgir cuando, después de que un laudo haya sido anulado en el Estado de origen, pero ejecutado en otro Estado, un tribunal arbitral reconstituido en el Estado de origen dictara un laudo que fuera esencialmente diferente del primero y este segundo laudo se presentara entonces para su ejecución en el Estado en que se ha ejecutado el primer laudo. En tal situación, el tribunal del Estado de ejecución se encontraría enfrentado a peticiones de ejecutar laudos opuestos. Este caso, aunque raro, ha ocurrido en la práctica.

142. “Las expectativas de las partes no deben ser contorneadas” Las partes que han llegado a acuerdo sobre el Estado en que deberá tener lugar el procedimiento de arbitraje pueden suponer que, por su propia elección, han optado por someterse a las leyes de ese fuero; en consecuencia, se ha sostenido que permitir a los tribunales de otro Estado hacer caso omiso de la resolución de anulación dictada por un tribunal del Estado de origen contornearía la voluntad de las partes. Algunos han indicado inclusive que las partes pueden haber elegido deliberadamente el lugar de arbitraje en que los laudos sean susceptibles de ser anulados por razones propias de esa jurisdicción y pueden esperar que esas decisiones no sean ignoradas por los tribunales de otro Estado. Otros consideran que es mucho más probable que las partes en un laudo arbitral no hayan previsto los motivos específicos del fuero, o extraordinarios, en los que se basó la anulación del laudo.

143. “Redundancia del artículo V(1)(e)” Se ha señalado que en lo tocante a los motivos para la anulación de un laudo se debe distinguir entre aquellos que son conformes con las normas aceptadas en el plano internacional y los que no lo son. Se tiene el propósito de distinguir entre “normas internacionales” y “normas locales”.³³ Las normas internacionales podrían estar constituidas por aquellas que son conformes con los incisos a) a d) del artículo V(1) de la Convención y con el artículo 34(2)(a) de la Ley Modelo de la CNUDMI. De acuerdo con esta propuesta, las decisiones de anulación basadas en una norma internacional podrían constituir motivos para la denegación de la ejecución de laudos arbitrales extranjeros; la anulación basada en cualquier otro motivo no impediría la ejecución del laudo en otra jurisdicción. Se ha sostenido que este planteamiento salvaguarda el propósito de la Convención al permitir que un laudo arbitral se ejecute en cualquier lugar, a menos que haya sido legalmente anulado por razones reconocidas en el plano internacional. En respuesta a esto se ha señalado que si los únicos motivos para la denegación de la ejecución de un laudo que ha sido anulado es que el laudo haya sido anulado por razones que están aceptadas en el plano internacional, el inciso (e) es redundante. Se ha sostenido que, puesto que este resultado no podría estar respaldado por el propósito de la Convención, el inciso (e) debe proporcionar, por separado, a los tribunales del Estado de ejecución, un motivo para denegar la petición de ejecución de un laudo que ya ha sido anulado.

2. Conclusión

144. La Comisión podría desear estudiar si el arbitraje comercial internacional se facilitaría si se tratara de aclarar las circunstancias, si existen, en las que un laudo arbitral que ha sido anulado por un tribunal del Estado de origen puede ser ejecutado en cualquier otro Estado.

³³ Jan Paulsson, “Enforcing Arbitral Notwithstanding a Local Standard Annulment” (LSA), The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 9, No. 1 (Mayo de 1998).