

[Publicado en:

Revista de Derecho Comparado (Argentina), n° 20, 2012, pp. 37-67]

**Las contribuciones de la CNUDMI/UNCITRAL en materia de arbitraje:
razones y políticas de una década altamente productiva**

Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO* / Pilar PERALES VISCASILLAS**

Sumario: I. Introducción: una década productiva.- II. La reforma de la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional: 1. Aspectos generales de la reforma; 2. Las medidas cautelares y las órdenes preliminares: A) Razones y contexto, B) La reglamentación específica; 3. La forma del convenio arbitral: A) El problema de la forma escrita en el arbitraje internacional, B) La modificación del art. 7 de la Ley Modelo; 4. La interpretación de la Ley Modelo.- III. Las recomendaciones interpretativas de la Convención de Nueva York.- IV. El nuevo Reglamento de arbitraje: 1. Criterios inspiradores; 2. Novedades relevantes.- V. El arbitraje de inversiones y la transparencia: 1. El contexto de los trabajos; 2. Los desafíos concretos.- VI. Conclusiones y perspectivas de futuro*.**

I. Introducción: una década productiva

Las actividades de la CNUDMI han sido particularmente fructíferas en la última década. En este período, en todas las materias según las cuales se organizan sus “grupos de trabajo”¹ se han producido instrumentos legislativos de gran valía: las Disposiciones legales modelo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (2003); la Ley Modelo sobre la contratación pública (2011); el Convenio sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo (“Reglas de Rotterdam, 2008); la Ley Modelo sobre firmas electrónicas (2001); la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

* Profesor del Instituto de Estudios Políticos de París (*Sciences Po*) y de la Universidad Complutense de Madrid. Miembro de la delegación argentina ante la CNUDMI (Grupo de trabajo II sobre arbitraje) desde 2002.

** Catedrática de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. Delegada de España ante la CNUDMI en el Grupo de trabajo II sobre arbitraje. La participación de la autora en este trabajo se ha realizado gracias al Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología español (DER2008-02244/JURI).

*** Las siguientes abreviaturas son utilizadas frecuentemente en este trabajo:

CNUDMI (UNCITRAL): Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional

CNY: Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras

LMA: Ley Modelo de arbitraje comercial internacional de la CNUDMI

RA: Reglamento de arbitraje de la CNUDMI

¹ En el momento actual los grupos de trabajo son: I. Contratación pública; II. Arbitraje y conciliación; III. Solución de controversias por vía informática (hasta 2008 el Grupo de trabajo III se ocupó de derecho del transporte); IV. Comercio electrónico; V. Régimen de la insolvencia; VI. Garantías reales.

(2005); la Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia (2004/2010); la Guía de Prácticas sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza (2009); la Convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (2001); y la Guía Legislativa sobre las operaciones garantizadas (2007) y su Suplemento relativo a las garantías sobre la propiedad intelectual (2010). Aunque, como es de sobra conocido, no todos estos instrumentos han gozado de una “receptividad” generalizada de parte de los Estados², es innegable que ellos despliegan una influencia considerable en la doctrina y en la práctica jurídicas y, a menudo, sobre los mismos legisladores que, incluso cuando no aceptan un texto en su globalidad, suelen tenerlo en cuenta al momento de introducir reformas legislativas en sus Estados.

El Grupo de trabajo II, dedicado al arbitraje y la conciliación, no sólo no ha desentonado con esa tónica general de gran productividad sino que podría decirse que se ha destacado por la trascendencia y variedad de las actividades legislativas emprendidas y concretadas. Es evidente que, sin menospreciar ninguna de las otras realizaciones sectoriales, la labor de la CNUDMI en materia de arbitraje tiene una significación muy singular, lo que se acrecienta por el carácter transversal de la materia. ¿Quién puede dudar de que la influencia ejercida por tres instrumentos emanados de las Naciones Unidas, la Convención de Nueva York de 1958³, la Ley Modelo de 1985 y el Reglamento de arbitraje de 1976, constituyen una causa principalísima del desarrollo exitoso del arbitraje en las más variadas geografías? Cada uno de ellos está dirigido primariamente a una categoría diferente de operadores jurídicos (a los jueces la Convención, a los legisladores la Ley Modelo, a las partes y a los árbitros el Reglamento), pero pueden considerarse globalmente como una expresión bastante fidedigna del *status questionis* del arbitraje comercial internacional. Al menos así parecen sentirlo dichos destinatarios.

Pues bien, a pesar de haber ingresado en el presente milenio con ese impresionante bagaje, la CNUDMI, lejos de considerarse satisfecha por sus logros en la materia, consideró que era necesario adecuar dichos textos a la realidad actual del arbitraje y de los negocios internacionales. En consecuencia, después de concluir la Ley Modelo sobre conciliación comercial internacional (2002), el Grupo de trabajo II se vio abocado a una

² Es el caso, por ejemplo, de la Convención de cesión de créditos la cual, a diez años de su adopción, sólo ha recibido la adhesión de Liberia y tres firmas.

³ Cabe recordar que la CNY es, en realidad, anterior a la creación de la CNUDMI, si bien es “administrada” por ésta. La CNY cuenta al 15 de noviembre de 2011 con 146 Estados partes.

tarea intensa que ha impactado, con distinto alcance, sobre los tres instrumentos mencionados. Así, hasta 2006 la actividad se centró en la introducción de ciertas reformas a la Ley Modelo⁴. Al mismo tiempo y como consecuencia lógica de las reformas introducidas, se elaboró una Recomendación conteniendo pautas de interpretación para la Convención de Nueva York que permitan obtener una armonía entre ambos textos⁵. Una vez concretadas dichas reformas, el objetivo del Grupo de trabajo pasó a ser la elaboración de una nueva versión del Reglamento de arbitraje, tarea que culminó en 2010⁶. Sin tiempo siquiera para disfrutar de los logros alcanzados, el Grupo se encuentra abocado, desde finales de ese mismo año, a la “preparación de una norma jurídica sobre la transparencia exigible en los arbitrajes entablados entre inversionistas y un Estado en el marco de un tratado de inversión”⁷. Como puede observarse, se trata de trabajos de mucha envergadura. Nuestra intención fundamental en este sucinto artículo no es tan sólo brindar una reseña de estas contribuciones de la CNUDMI sino tratar de aportar también nuestra visión de los motivos que las justifican así como de las políticas que las orientan.

II. La reforma de la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional

1. Aspectos generales de la reforma

Las modificaciones operadas en la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional en el año 2006 han supuesto, como es fácilmente visible, una modernización del texto en materias de tanta importancia como la forma del convenio arbitral y las medidas cautelares. Sin embargo, es preciso subrayar que también se aprovechó la reforma para introducir otras modificaciones de gran calado desde la perspectiva de los principios básicos que rigen la institución arbitral bajo el texto de la CNUDMI. La nueva versión de la Ley Modelo ya ha sido adoptada por varios Estados (Australia, Brunei, Costa Rica, Eslovenia, Georgia, Irlanda, Mauricio, Nueva Zelandia, Perú y Ruanda) además de por Hong Kong (China) y Florida (Estados Unidos).

⁴ *Infra*, sección II.

⁵ *Infra*, sección III.

⁶ *Infra*, sección IV.

⁷ *Infra*, sección V.

Sumariamente, la reforma concretada en el año 2006 vino a sumar a la lista de principios y criterios básicos rectores del arbitraje contemplada en el texto original de 1985, los siguientes:

- los principios de internacionalidad, uniformidad y buena fe como criterios informadores de la Ley Modelo (art. 2A.1 LMA);
- el principio de una interpretación autónoma y un sistema de integración de lagunas autosuficiente mediante el recurso a los principios generales en que se basa la Ley Modelo (art. 2A.2 LMA);
- la irrelevancia de las normas de conflicto y de las normas nacionales en la interpretación de la Ley Modelo;
- la consagración del principio de libertad de forma en la celebración del convenio arbitral y la inserción plena del convenio arbitral en la categoría de los contratos consensuales (art. 7 LMA, opciones I y II);
- el establecimiento por primera vez en el arbitraje comercial internacional de un régimen amplio, completo y sistemático sobre medidas cautelares, incluyendo normas sobre reconocimiento y ejecución (cap. IV A LMA);
- la amplia libertad de los árbitros para adoptar medidas cautelares estén o no relacionadas con el objeto del litigio (cap. IV A LMA);
- la facultad de los árbitros para ordenar órdenes preliminares sin audiencia de parte (art. 17B LMA);
- el valor interpretativo de la Ley Modelo respecto de la Convención de Nueva York, como se deriva de la Recomendación interpretativa emitida por la CNUDMI en relación con dicha Convención;
- el principio de flexibilidad en sede de reconocimiento y ejecución (art. 35.2 LMA), eliminando la necesidad de presentar el original del acuerdo de arbitraje o una copia debidamente certificada, lo que resulta especialmente acertado en un entorno electrónico.

2. Las medidas cautelares y las órdenes preliminares

A) Razones y contexto

Las medidas cautelares ya estaban reguladas de forma muy general en la redacción original de la Ley Modelo del año 1985, lo que supuso ya en su momento un importante reconocimiento de la potestad del árbitro para dictar medidas cautelares. La cuestión de si un árbitro o tribunal arbitral puede estar facultado para adoptar medidas cautelares efectivas (esto es, que sean ejecutadas en sede judicial) ha ido ganando aceptación en medios arbitrales pero también en sede legislativa en numerosos países, sobre todo, precisamente, a partir de la existencia del art. 17 de la Ley Modelo. El problema de tal artículo 17 es que, por un lado, era muy escueto y por tanto le faltaban elementos tan importantes como la finalidad de las medidas cautelares tenidas en cuenta y las condiciones para su adopción, y, por otro lado, no preveía ninguna regla en cuanto a la efectividad de la medida cautelar adoptada por el tribunal arbitral. Esta fue la razón esencial para que el Grupo de trabajo sobre arbitraje se abocara a la reforma de dicho artículo.

Pero hay otras razones por las cuales la CNUDMI decidió centrarse sobre este tema. En primer lugar está la importancia que las medidas cautelares han cobrado en el procedimiento arbitral; en segundo lugar, debe reseñarse el escaso desarrollo existente al respecto en las leyes de arbitraje; por último, se consideró necesario brindar una alternativa válida de reglamentación que pudiera servir como modelo frente a las tradicionales dudas acerca del reconocimiento, eficacia y alcance de las medidas cautelares. No está de más recordar que aún existen ordenamientos jurídicos que no reconocen al árbitro potestad para dictar una medida cautelar. El nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares en la Ley Modelo refuerza el principio básico del poder inherente de los árbitros para adoptarlas y responde a los numerosos interrogantes que pueden surgir en su aplicación práctica.

Fue a partir de ese convencimiento que la CNUDMI decidió acometer la tarea de dotar a la institución de la medida cautelar de un régimen completo y sistemático que dio lugar a un larguísimo Capítulo IV A⁸, con un único artículo 17 compuesto de 11 apartados divididos en 5 secciones, donde se definen y tipifican las medidas cautelares, se establecen las condiciones para su otorgamiento, y se regulan aspectos del régimen jurídico como la modificación, suspensión o revocación, la exigencia de garantía, la responsabilidad de la parte que solicita la medida si con posterioridad se determina que las medidas no deberían

⁸ El Cap. IV A ocupa alrededor de una cuarta parte de todo el texto de la Ley Modelo.

haberse otorgado, los deberes de información de las partes hacia el tribunal y, especialmente, el régimen de reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares. Junto a ello, muy importante es destacarlo, se crea una nueva (a la vez que controvertida, como veremos) figura jurídica: la orden preliminar⁹.

B) La reglamentación específica

Efectivamente, si bien la institución de la medida cautelar es bien conocida en el mundo arbitral y procesal nacional, la figura de la orden preliminar resulta novedosa y probablemente lo sea también en el lenguaje jurídico: una denominación nueva para una nueva figura jurídica¹⁰. La orden preliminar tiene un objetivo muy específico: posibilitar la solicitud de una medida cautelar *inaudita altera parte (ex parte)* con el fin de evitar la frustración de la medida solicitada. Por ello, la orden preliminar es accesoria a la medida, en tanto en cuanto sólo se comprende en función de ella. Se parte de la hipótesis de que la notificación de la medida cautelar a la otra parte del litigio pueda entrañar el riesgo de que se frustre la medida solicitada. Se observará que la medida cautelar se solicita *inaudita altera parte*, pero no se emite sin escuchar a la parte afectada por la misma. En cambio, la orden preliminar se pide y emite sin previa audiencia de parte, si bien inmediatamente después de que el tribunal arbitral se ha pronunciado sobre la procedencia de la orden, el tribunal debe notificar a las partes todas aquellas comunicaciones habidas en relación con la medida cautelar y la orden preliminar, al tiempo que debe dar la oportunidad a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible, debiendo pronunciarse el tribunal sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar.

Cabe consignar que si la necesidad de brindar una reglamentación completa de las medidas cautelares estuvo presente en todo momento en el espíritu de todos los componentes del Grupo de trabajo, la propuesta de introducir las órdenes preliminares suscitó en cambio profundas discrepancias en el seno del mismo¹¹. Así, los delegados de

⁹ Ver P. PERALES VISCASILLAS, “Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la Ley Modelo de la CNUDMI”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2007-2, pp. 87-123.

¹⁰ Ver A. REDFERN, “Interim Measures”, en L.W. Newman / R.D. Hill (eds.), *The Leading Arbitrator’s Guide to International Arbitration*, Huntington (N.Y.), Juris, 2004, Cap. 11.

¹¹ La propuesta detallada de reglamentar las medidas *ex parte* fue realizada por la delegación de los Estados Unidos en octubre de 2002, aunque la Secretaría de la CNUDMI ya había mencionado la

varios Estados militaron activamente a favor de su aprobación mientras que los de otros se opusieron o manifestaron cierto escepticismo al respecto. Con todo, acaso lo más notable haya sido que entre quienes expresaron más enérgicamente su rechazo a la introducción de las órdenes preliminares estuvieron buena parte de las delegaciones observadoras vinculadas con la práctica arbitral¹². Para los que estuvieron a favor, la cuestión es esencialmente pragmática: hay situaciones en las cuales las medidas sólo pueden ser efectivas si “sorprenden” a su destinatario y es sobre la base de esta constatación que muchos ordenamientos jurídicos contemplan esta posibilidad para sus procedimientos judiciales¹³. Para los que se manifestaron en contra o escépticos, la adopción de medidas cautelares sin audiencia del destinatario de las mismas es contraria al espíritu del arbitraje, el cual debe estar basado en la confianza de las partes, exigencia que no se aplica al procedimiento judicial¹⁴.

Aunque el problema era muy espinoso, el Grupo de trabajo, a fin de dar satisfacción a todos sus miembros, llegó –después de consumir varias sesiones de trabajo– a un compromiso en la reglamentación de las órdenes preliminares que sólo el tiempo dirá si fue acertado y si valió la pena. El régimen adoptado intenta por lo tanto conjugar los derechos (económicos o procesales) de la parte que solicita la medida con los derechos (procesales) de la parte afectada por la orden emitida sin darle audiencia. Se construye así un régimen jurídico para la orden preliminar en el que la celeridad de las actuaciones y la temporalidad de las órdenes constituyen las notas más características, junto a los fuertes límites impuestos que buscan proteger a la parte aquejada por la orden preliminar, como la

posibilidad durante el año anterior. Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Acerca de la introducción de las llamadas medidas cautelares *ex parte* en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional”, *DeCITA*, núm. 3, 2005, pp. 328-331.

¹² En este sentido se destacaron la Corte de Arbitraje de la CCI (que antes de la 40ª sesión del Grupo II - Nueva York, febrero de 2004- colgó en su página de Internet un breve *paper* advirtiendo sobre los riesgos que tal reglamentación entrañaría), la AAA, el Comité Asesor para el art. 2022 del TLCAN, el Forum for International Commercial Arbitration (FICA), la CPA, la Unión Árabe sobre Arbitraje Internacional y el Club de Árbitros de la Cámara Arbitral de Milán (Club de Milán).

¹³ Posibilidad que también aparece específicamente consagrada en los Principios ALI/UNIDROIT sobre el procedimiento civil transnacional (2004). Según esta visión, las órdenes preliminares no plantean ninguna incompatibilidad con el principio igualdad ni con el ejercicio de los derechos de defensa. Ver también el documento A/CN.9/508, n° 77.

¹⁴ H. VAN HOUTTE, “Ten Reasons Against a Proposal for *Ex Parte* Interim Measures of Protection in Arbitration”, *Arb. Int.*, vol. 20, 2004-1, pp. 85-95, menciona entre las razones opuestas a la adopción de tales medidas las siguientes: que la Ley Modelo no es el cauce adecuado para tal reglamentación, que la práctica demuestra que no son realmente necesarias, que son incompatibles con la naturaleza consensual del arbitraje y con los derechos de defensa, que será difícil ejecutarlas en muchas jurisdicciones, que pueden generar problemas para los árbitros nombrados por una de las partes, que algunas medidas son irreversibles, que pueden plantear problemas éticos en relación con la actitud de los abogados, y generar eventual responsabilidad de los árbitros por las medidas *ex-parte* adoptadas.

oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible (art. 17C.2) y el deber del tribunal de pronunciarse sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar (art. 17C.3).

A tenor de lo anterior, es claro que la orden preliminar no puede considerarse como un subtipo de la medida cautelar. La institución creada por la CNUDMI responde al compromiso al que se tuvo que llegar dentro del Grupo de trabajo II como forma de reconciliar dos posiciones antagónicas. Se trata, sin lugar a dudas, del compromiso más arduo, difícil y complejo del Grupo de trabajo; compromiso que se evidencia no sólo en la creación de la orden preliminar, diferente en su ámbito objetivo de aplicación de la propia medida cautelar, y su estricto régimen jurídico, sino, sobre todo, en el "alto peaje" a pagar por una ya de por sí "descafeinada" medida cautelar *inaudita altera parte* "travestida" en orden preliminar: la imposibilidad de su ejecución. Tan es así que expresamente se establece que la orden no será objeto de ejecución por los tribunales judiciales, reforzándose el compromiso con la imposibilidad de que la orden preliminar adopte la forma de un laudo (art. 17E.5).

Destaca además dentro de las disposiciones relativas a las medidas cautelares, el régimen de reconocimiento y ejecución, siendo este tema una de las mayores novedades del régimen de la Ley Modelo, cubriéndose así un importante vacío y superando los inconvenientes de la Convención de Nueva York que no se aplica, según se entiende mayoritariamente, a los laudos sobre medidas cautelares al no tratarse de decisiones finales sobre la controversia. Se erige así una de las piedras angulares del sistema, puesto que si bien puede decirse que los árbitros tienen el poder de emitir una medida cautelar, no disponen del poder coercitivo para su ejecución. La instauración del sistema es importante de cara a superar las dudas interpretativas que surgen ante la falta de un régimen expreso en la materia. Se evita así la denegación del exequátur de la medida provisional al amparo de la Convención de Nueva York por no adoptar la forma de laudo (por ejemplo, si por su forma resulta ser una orden provisional o interlocutoria, o un laudo parcial) o, incluso, aunque se adoptase dicha forma, por no tratarse de un laudo propiamente dicho, esto es, una decisión final u obligatoria sobre la controversia.

Lo más significativo del nuevo régimen diseñado para las medidas cautelares en comparación con la orden preliminar, es que ésta no puede ser objeto de ejecución judicial (art. 17C.5), según ya se ha indicado. Sin embargo, la orden preliminar es vinculante para las partes, por lo que la falta de cumplimiento de la misma implicará que el tribunal arbitral

podrá derivar las consecuencias negativas que estime oportunas respecto de la parte incumplidora de la orden. La falta de ejecución judicial fue, como se comentó anteriormente, el precio a pagar por los partidarios de las órdenes preliminares *inaudita altera parte*, y corolario de ello el que se impida que adopte la forma de laudo.

Las novedades más significativas del nuevo régimen sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares en la LMA son las siguientes:

- se opta por una definición flexible de medida cautelar, susceptible de incluir un elenco muy variado de hipótesis, frente al sistema de lista que se emplea en algunos ordenamientos jurídicos (es decir, la Ley Modelo opta por categorías generales amplias donde caben encuadrar diversos tipos de medidas cautelares);

- se produce una desvinculación de la medida cautelar del objeto del litigio, frente a la redacción original del art. 17;

- se reconoce expresamente que la medida puede o no adoptar la forma de laudo. Se evita de este modo la denegación del exequátur de la medida cautelar por no adoptar la forma de un laudo o por no constituir un laudo obligatorio;

- se especifica que la medida podrá concederse una vez que se constituya el tribunal arbitral y hasta el momento previo a la emisión del laudo por el que se dirime definitivamente la controversia (Art. 17.2);

- se crea la orden preliminar, que no puede adoptar la forma de laudo;

- a la orden preliminar se le concede un horizonte temporal limitado: el necesario para que no se frustre la medida cautelar mientras el tribunal arbitral toma una decisión en torno al otorgamiento o no de la misma, y en todo caso, la orden expirará a partir de los 20 días contados a partir de la fecha de su emisión (art. 17C.4);

- se reconoce al tribunal el poder de modificar, suspender o revocar las medidas cautelares y órdenes preliminares, a instancia de parte o de oficio;

- en cuanto a las cauciones exigibles al solicitante, se establece (art.17 E) su obligatoriedad en el caso de la orden preliminar, mientras que para la medida cautelar queda a criterio del tribunal;

- se exige una obligación de información al solicitante, la cual, en el caso de la orden preliminar, alcanza a toda circunstancia que pueda ser relevante para la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar sobre su otorgamiento (art. 17F.2); una vez

adoptada la orden preliminar o la medida cautelar, el tribunal arbitral puede exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara u otorgara (art. 17F.1);

- se introduce una regulación particular (que prevalece sobre las reglas generales que puedan existir, en su caso, en el reglamento de arbitraje aplicable) de las costas y los daños y perjuicios para el caso en que el tribunal llegue al convencimiento de que no debería haber otorgado la medida o la orden¹⁵;

- se adoptan los motivos formulados en los arts. 36 y 36 LMA para denegar el reconocimiento o la ejecución de las medidas cautelares, aunque se establecen normas específicas *ad hoc* para las medidas cautelares.

3. La forma del convenio arbitral

A) El problema de la forma escrita en el arbitraje internacional

La forma escrita del convenio arbitral¹⁶ es exigida por la mayor parte de las legislaciones en materia de arbitraje siguiendo la estela –ampliamente extendida en todo el mundo– del artículo II.2 CNY. Sin embargo, los ordenamientos y los jueces discrepan en torno a su eficacia, esto es, si se trata de un requisito *ad probationem* o *ad validitatem*.

El art. II.2 CNY establece dos requisitos: firma y canje de documentos como elementos que pueden satisfacer la exigencia del escrito. Ambos han sido interpretados de diferente modo por los tribunales¹⁷. La aplicación más estricta conlleva a que sólo los convenios firmados por ambas partes o contenidos en un canje (intercambio de oferta y aceptación escrita) sean convenios de arbitraje válidos bajo la Convención de Nueva York. En consecuencia, no valdrían los acuerdos orales posteriormente confirmados por escrito,

¹⁵ En similar sentido, Principio 8.3 de los Principios ALI/UNIDROIT sobre el proceso civil transnacional (2004).

¹⁶ Mayores detalles en P. PERALES VISCASILLAS, “¿Forma escrita del convenio arbitral?: Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL”, *Derecho de los Negocios*, nº197, 2007, pp. 5-18.

¹⁷ Ver sobre este particular los documentos preparados por la Secretaría de la CNUDMI A/CN.9/168 y A/CN.9/WG.II/WP.139, 14 diciembre 2005. Este último, después de un estudio sumamente documentado concluye resaltando las "grandes diferencias entre los tribunales estatales en la interpretación del requisito de forma del artículo II.2" (nº 35). Efectivamente puede verse que mientras algunos tribunales han inventado soluciones innovadoras para salvar la literalidad del art. II.2 CNY, otros se apegan estrictamente a su tenor literal.

los convenios inicialmente escritos, contenidos por ejemplo en un contrato, que es aceptado por actos de ejecución, o los convenios celebrados por otros medios de comunicación diferentes a las cartas o los telegramas, aunque en este caso la jurisprudencia es muy minoritaria. Bajo esta interpretación estricta se entiende que la Convención de Nueva York establece de forma exclusiva y excluyente los requisitos de forma y, por lo tanto, prevalece sobre cualesquiera otras disposiciones legales sobre forma del convenio arbitral, sean éstas más o menos exigentes, y sin que éstas puedan además servir de criterio de interpretación de la Convención. La diferente interpretación deriva de la divergencia lingüística entre las distintas versiones oficiales de la Convención; así, la versión inglesa (*shall include*) parece permitir la aplicación de otros requisitos de forma del derecho aplicable, mientras que la francesa y la española no, ya que éstas dicen lo que *es* una convención por escrito y no lo que *se incluye* dentro de esa definición.

El art. 7 LMA en su versión original de 1985 supuso un avance notable frente al art. II.2 CNY –al incluir a otros medios de comunicación distintos de las cartas y los telegramas y al añadir la posible incorporación por referencia–. No obstante, se trataba de un precepto que continuaba apegado tanto a la exigencia de la firma como al requisito del canje o del intercambio de medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo como formas de entender cumplido el requisito de la forma escrita. No es de extrañar que el precepto de la Ley Modelo en su versión original estuviese también sujeto a diversas interpretaciones. La inseguridad jurídica provocada por las diversas interpretaciones en materia de forma del convenio arbitral tanto en relación con la Ley Modelo como con la Convención de Nueva York, junto a la evolución conceptual, doctrinal y jurisprudencial en materia de arbitraje, llevó a la CNUDMI a plantearse la necesidad de la reforma de ambos textos.

B) La modificación del art. 7 de la Ley Modelo

La reforma del art. 7 LMA tenía dos objetivos muy claros:

- que quedaran reflejadas las prácticas comerciales internacionales, como los acuerdos orales de arbitraje (habituales en ciertos sectores como los contratos de salvamento), o los acuerdos de arbitraje en que la oferta por escrito es aceptada no ya por una firma o un canje de documentos (requisitos de la Convención de Nueva York

y de la versión original de la Ley Modelo), sino por actos de ejecución o, incluso, por silencio o inacción;

- establecer claramente que el requisito de la forma lo es únicamente a efectos probatorios.

El problema al que se enfrentó el Grupo de trabajo sobre arbitraje fue el de cómo plasmar esta reforma, ya que surgieron dos puntos de vista diferentes que finalmente recibieron similar atención por los redactores de la reforma, quienes se decantaron por el raro expediente (en una Ley que quiere ser “el” Modelo) de ofrecer dos *opciones* a los legisladores estatales. Obviamente, la raíz de dicho problema estriba en la imposibilidad o grave inconveniencia, al menos en el momento presente, de modificar la Convención de Nueva York¹⁸. Ante esta limitación objetiva las aguas se dividieron. De un lado, se situaron las delegaciones que deseaban seguir manteniendo el requisito de la forma escrita a fin de no romper la armonía con la Convención de Nueva York, vigente en la tres cuartas partes de los Estados miembros de la ONU. Del otro lado, se fue perfilando un grupo de delegaciones que defendieron la sustitución del principio tradicional del escrito por el principio de libertad de forma.

Debe decirse que esta segunda posición fue cobrando fuerza en un estadio avanzado de la discusión de la reforma, ya que en un principio el consenso ampliamente mayoritario parecía ser el de mantener el requisito de escritura. Sin embargo, una vez que tal requisito se desvirtuó por completo al admitirse los convenios orales¹⁹ –posición que quedó plasmada en el art. 7 opción I–, surgió la llamada "propuesta mexicana"²⁰ que terminó dando origen a la opción II, la cual rompe los lazos con el requisito de escrito de la Convención de Nueva York. No debe extrañar que se haya visto que, en ese tren, era mejor eliminar directamente el requisito, ya que si el problema es la subsistencia del mismo en la Convención de Nueva York debe considerarse que ésta permite la aplicación de reglas más favorables a la ejecución (art. VII.1), como podrían ser las

¹⁸ Tal posición es compartida en el seno del Grupo de trabajo, aunque es sabido que fuera de la CNUDMI hay diferentes ideas al respecto. Ver H. KRONKE, “The New York Convention Twenty Years on: Overview and Assessment”, en H. Kronke y otros (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Austin y otras, Kluwer, 2010, pp. 5-6 y 18; V.V. VEEDER, “Is there a need to revise the New York Convention?”, *Journal of international dispute settlement*, vol. 1, núm. 2, 2010, p. 499.

¹⁹ Ver T. LANDAU, “The Requirement of a Written Form for an Arbitration Agreement: When ‘Written’ Means ‘Oral’”, en A.J. van der Berg (ed.), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, Deventer, Kluwer, 2003, pp. 19-81.

²⁰ Solución de controversias comerciales. Preparación de disposiciones uniformes sobre el requisito de forma escrita para los acuerdos de arbitraje. Propuesta de la delegación de México. A/CN.9/WG.II/WP.137, 20 abril 2005.

normas nacionales que no exigen tal requisito²¹. Además, la presencia de éste no ha sido óbice para que la jurisprudencia de distintos países lo haya apreciado de manera flexible²².

Las novedades más significativas en la nueva redacción del art. 7 (opción I) pueden resumirse de la siguiente manera:

- se suprime el requisito del intercambio o canje de medios de comunicación, que proviene del art. II CNY y que ha ocasionado las interpretaciones muy estrictas acerca del cumplimiento del acuerdo por escrito ya mencionadas;

- se acoge el concepto de la comunicación electrónica como equivalente al escrito, el cual es tomado de la Convención de la CNUDMI sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas de 2005 (art. 4.b y c) y cuyo origen estaba ya en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de 1996, de donde proviene la definición del mensaje de datos (art. 2.a) y el requisito de la accesibilidad de la información para su ulterior consulta como elemento clave de la funcionalidad entre la forma escrita tradicional y la forma electrónica²³.

- se reconoce el convenio arbitral perfeccionado oralmente, por actos de ejecución o por silencio o inacción. Esta cuestión que aparece regulada en el art. 7.3 de la opción I es, en nuestra opinión, el precepto más significativo. Mediante la ficción empleada, se pretende conservar el principio de la forma escrita consagrado en la Convención de Nueva York y en muchas legislaciones nacionales pero únicamente a efectos probatorios, a diferencia de la redacción original del art. 7 LMA²⁴. Lo importante es que quede constancia, en cualquier forma, del contenido del acuerdo de arbitraje. Se amparan, además, bajo la nueva disposición las más variadas formas de entender celebrado un convenio arbitral, algunas de ellas no permitidas bajo la redacción original del art. 7 LMA: ofertas por escrito aceptadas por silencio o por actos de

²¹ Ver, *infra*, sección III.

²² Como ha sido el caso en España, donde el Tribunal Supremo se ha pronunciado expresamente en contra de las “fórmulas sacramentales” y a favor del respeto de la voluntad de las partes (ver, como ejemplo, las sentencias de 1 de junio de 1999, 13 de julio de 2001, 18 de marzo de 2002 y 9 de mayo de 2003).

²³ Arts. 6 Ley Modelo de comercio electrónico y 9.2 Convención de 2005.

²⁴ Ver H.M. HOLTZMANN / J.E. NEUHAUS, *A Guide to The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Deventer / Boston / The Hague, Kluwer / TMC Asser Instituut, 1989, p. 260: "Paragraph 2 of Article 7 requires that an arbitration agreement be in writing. This is not merely a requirement that there be written evidence of an agreement; the agreement itself must be in writing"; y Ch. LIEBSCHER, "Interpretation of the written form requirement Art.7(2) UNCITRAL Model Law", *Int.A.L.R.*, 2005, p.164, considerando que esa es la interpretación prevalente, aunque no unánime.

ejecución, conocimientos embarque que incorporan por remisión las condiciones de la póliza de fletamento subyacente o un conocimiento en el que figure una cláusula de arbitraje que no ha sido firmada por el cargador o por el tenedor ulterior, los contratos de salvamento, las cartas de confirmación aceptadas por silencio o por actos de ejecución, etc.

Por su parte, la opción II, mediante una simple y directa formulación, ofrece una definición del convenio arbitral como un mero acuerdo de voluntades sin necesidad de cumplimentar ninguna forma. Se entiende que se trata exclusivamente de un problema de formación del contrato y de prueba y por ello se habrá de estar a la consideración del juez o del tribunal arbitral y a los requisitos de prueba que se apliquen para determinar la existencia del convenio.

Independientemente de la opción que se elija, la reforma de la Ley Modelo en materia de forma del convenio arbitral demuestra que tras más de 50 años de adoptada la Convención de Nueva York –fecha en la que se inician con éxito los esfuerzos de globalización normativa del arbitraje comercial internacional–, la concepción misma del arbitraje ha variado enormemente y ello se evidencia en la evolución doctrinal, legal y jurisprudencial de la forma del convenio. Los especiales y exigentes requisitos de forma instaurados en el año 1958 como medio para asegurar el éxito del arbitraje en un momento de inicio y expansión de la figura a nivel internacional han dado lugar a un convenio arbitral desprovisto de forma (según una de las opciones consagradas) y al que se le aplican las reglas de la teoría general de los contratos. Ello no sería sino una muestra de que el arbitraje se ha consolidado como el medio de resolución de disputas más utilizado en el comercio internacional.

4. La interpretación de la Ley Modelo

Otra de las modificaciones importantes operadas en la Ley Modelo reside en el nuevo artículo 2A. Este precepto relativo a la interpretación e integración de la Ley Modelo escoge como guías a seguir por los árbitros y los jueces los principios de internacionalidad y uniformidad. Es un precepto que ha hecho fortuna en otros textos de la CNUDMI y que busca lograr la mayor uniformidad posible en la aplicación e interpretación de los mismos. La disposición, como no podía ser de otro modo, se basa en el art. 7 de la Convención de

Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, aunque existe una diferencia entre ambos textos y es que el art. 2A LMA al referirse al método para solucionar las lagunas internas del texto, esto es, las materias que se rigen por la Ley Modelo pero que no están expresamente resueltas en ellas, obvia toda referencia a las normas del derecho interno, lo que resulta particularmente adecuado en el contexto del arbitraje comercial internacional. Por ello, en ausencia de principios generales se le abren al intérprete una amplia gama de soluciones: aplicar principios internacionalmente aceptados en materia de arbitraje comercial internacional (*lex mercatoria*), acudir a la jurisprudencia arbitral y, en su caso, también a la *lex arbitri*. El sistema pretende ser autosuficiente en la medida en que se recurra a la interpretación internacional y uniforme del texto y al método propio de integración de lagunas.

III. Las recomendaciones interpretativas de la Convención de Nueva York

La reforma en materia de forma emprendida por la CNUDMI necesariamente debía tener algún impacto en la Convención de Nueva York, máxime porque además de los problemas de interpretación causados por el art. II de ésta, también existe la divergente interpretación recibida en la práctica por su art. VII.1 CNY. El art. VII.1, que como es sabido contiene la conocida como “disposición más favorable” (que aparece a menudo designada con las siglas inglesas MFP, *Most Favourable Provision*), autoriza a no aplicar las condiciones exigidas por la Convención que provocarían en el caso concreto el fracaso del reconocimiento o ejecución del laudo extranjero, si otro texto potencialmente aplicable prevé condiciones bajo las cuales dicho laudo resultaría efectivo. Lógicamente la aplicación del art. VII.1 CNY choca con la interpretación más estricta del art. II.2 CNY conforme a la cual éste establece una norma uniforme de validez formal que debe aplicarse en todo caso.

Ahora bien, independientemente de esta última consideración, es preciso recordar que el art. VII.1 CNY estuvo siempre sometido a interpretaciones divergentes, al menos en tres aspectos. De una parte, se han expresado dudas acerca de las características del instrumento jurídico susceptible de sustituir a la Convención, es decir, de ser considerado más favorable que ésta. De otro lado, ha habido diferentes opiniones acerca de si la aplicación del texto más favorable debe ser reclamado por la parte que intenta el

reconocimiento o ejecución del laudo extranjero o si en cambio puede ser hecha de oficio por la autoridad judicial del Estado de destino. Finalmente, se ha discutido si la identificación de un texto jurídico más favorable impone el descarte absoluto de la Convención de Nueva York y el consiguiente sometimiento del laudo extranjero a aquél²⁵.

Habiendo pues operado una reforma de la Ley Modelo que afecta directamente la cuestión de la forma del convenio arbitral, la CNUDMI no podía ignorar el impacto que ella habría de tener en el panorama a veces incierto que existe en torno a la interpretación de la Convención de Nueva York. En consecuencia, aprobó una Recomendación que busca echar luz sobre dicha interpretación. Tal Recomendación (que en realidad son dos) está dirigida sobre todo a los jueces y tiene como objetivo lograr una interpretación uniforme de la Convención²⁶, considerando:

- que el art. II.2 CNY se ha de aplicar reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas, esto es, que existen otras formas además de las señaladas en el art. II.2 CNY bajo las que el requisito del escrito puede entenderse cumplido, por lo que el art. II.2 CNY no establece una norma uniforme de validez formal;

- que el régimen de la Convención de Nueva York no es autosuficiente y que por lo tanto, aplicando el art. VII.1 CNY, se podrá acudir a las disposiciones más favorables de otro instrumento jurídico (nacional o internacional) en relación a la forma del convenio arbitral, sin que ello implique descartar la aplicación en general de la Convención para el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.

En resumidos términos, lo que la CNUDMI recomienda, de una forma que pretende ser sutil, es que el art. II.2 CNY se interprete a la luz del nuevo art. 7 LMA.

IV. El nuevo Reglamento de arbitraje

1. Criterios inspiradores

²⁵ Ver D. OTTO, "Article VII", en H. Kronke y otros (ed.) (nota 18), pp. 449-450.

²⁶ A lo anterior, ha de añadirse la Convención de la CNUDMI sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales de 2005 que establece en su art. 20 (*Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales*) que las disposiciones de la Convención serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable la Convención de Nueva York. De tal forma ésta se moderniza indirectamente, aunque para que se aplique el art. 20 ha de tratarse de un Estado que haya ratificado ambos instrumentos. En tal caso, la Convención de Nueva York deberá interpretarse y aplicarse de conformidad con la Convención de 2005. No obstante, la Recomendación interpretativa, que expresamente alude a esta última Convención, permite interpretar la Convención de Nueva York a la luz de la Convención de 2005 independientemente de la ratificación de ésta por un Estado parte de la Convención de Nueva York.

Tal vez no sea necesario ni mencionar que después de pasados treinta años desde su aprobación y teniendo en cuenta los cambios vertiginosos ocurridos en el derecho comercial transnacional en general y en el arbitraje en particular, había llegado el momento de contemplar una revisión del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI²⁷. Ahora bien, no se trataba de una simple actualización motivada por el paso del tiempo. La aplicación generalizada del Reglamento en muy variados tipos de arbitraje²⁸ daba una singular trascendencia práctica a la empresa, a la vez que auguraba el interés y la consecuente participación activa en los trabajos de elaboración normativa de numerosos y cualificados actores, tanto estatales como no estatales.

En particular, cabe resaltar que la extendida utilización del Reglamento de la CNUDMI en el arbitraje de inversiones suscitó profundas discusiones acerca de variados temas. En efecto, éstas confirmaron que la posición respecto de ciertas cuestiones puede variar considerablemente si las mismas son abordadas pensando en un arbitraje privado o si, en cambio, son miradas a través del prisma del arbitraje entre un inversor y un Estado, sobre todo cuando el “observador” es el representante de un Estado que ha experimentado este arbitraje en más de una ocasión. Cuestiones que en el marco de la reglamentación del arbitraje entre particulares no suscitan demasiados inconvenientes, como, por ejemplo, la eliminación de la apelación del laudo, se vuelven un poco más complicadas de consensuar cuando en la discusión intervienen delegados de Estados contra los cuales ya se han dictado laudos por cantidades importantes en litigios sobre materias sensibles. Es por eso que, después de que el tema saliera a la luz una y otra vez amenazando con empantanar la elaboración del nuevo Reglamento, el Grupo de trabajo resolvió separar el tema de la adopción de unas reglas específicas sobre arbitraje de inversiones, dejándolo para ser tratado una vez que se hubiera terminado con dicho instrumento. La Comisión ratificó esta decisión²⁹. Se entendió que así se preservaba el carácter polivalente (mejor que “neutral”) del mismo, y que se evitaba el riesgo de que la incorporación en el texto de reglas pensadas para el arbitraje de inversiones terminara desvirtuando un texto que se había revelado exitoso.

²⁷ Ver P. SANDERS, “Has the moment come to revise the arbitration rules of UNCITRAL?”, *Arbitration international*, vol. 20, 2004, p. 243

²⁸ Además de su obvia aplicación al arbitraje *ad hoc* puramente comercial, el Reglamento de la CNUDMI, forma parte de las opciones ofrecidas a las partes en numerosos tratados de inversiones y es utilizado en complejos arbitrajes tales como los famosos realizados en el marco de las controversias Irán vs. Estados Unidos.

²⁹ Ver el Informe del 41º Período de sesiones de la CNUDMI (2008, documento A/63/17), pár. 314.

Precisamente, el consenso existente acerca del funcionamiento satisfactorio del Reglamento llevó a la CNUDMI a establecer la que podría calificarse como regla de oro para la redacción del nuevo texto: el texto original sería el punto de partida (con lo cual, técnicamente, el nuevo instrumento es una “revisión” del anterior) a la vez que parámetro básico a tener cuenta³⁰. Consecuentemente, el mandato dirigido al Grupo de trabajo fue contundente: si no se lograba el consenso sobre la nueva formulación que se pretendía dar a una regla determinada, el texto original debía permanecer inalterado. Un extremo utilizado para ejemplificar el funcionamiento de esta regla es el relativo a la no introducción de una norma asegurando la confidencialidad del procedimiento arbitral, a pesar de haber sido propuesta expresamente³¹.

Lógicamente, el trabajo de revisión no podía ignorar los criterios plasmados en los Reglamentos más modernos y más utilizados en el arbitraje internacional, por un lado, ni las reformas introducidas a la Ley Modelo de la CNUDMI, por otro. Sobre los primeros, debe notarse que varios reglamentos de instituciones arbitrales influyentes recibieron en su momento la influencia del texto de Naciones Unidas pero evolucionaron después³²; además, no es necesario ser muy perspicaz para darse cuenta que las instituciones más influyentes siguen modernizando sus reglas de arbitraje, movidas por la competencia creciente en el sector³³. En relación con la Ley Modelo, si bien la reforma alcanzada en 2006 tenía ineluctablemente que impactar en el nuevo Reglamento (las cuestiones de la forma del convenio arbitral y del tratamiento del régimen de adopción de medidas cautelares por el tribunal arbitral eran insoslayables), la versión original del Reglamento exigía una mirada a través de la misma Ley Modelo original, nueve años más joven que aquélla. Final y más directamente, el Grupo de trabajo y la propia Secretaría prestaron atención a un *Informe ad hoc* elaborado por dos

³⁰ En el Informe del 39º Período de sesiones de la CNUDMI (2006, documento A/61/17), puede leerse (pár. 184): “Reconociendo el éxito y el prestigio del Reglamento de Arbitraje, la Comisión estimó en general que, al revisarlo, no se debería alterar la estructura de su texto, ni tampoco su espíritu ni el estilo en que estaba enunciado, y también se debería respetar la flexibilidad del texto y no acrecentar su complejidad”.

³¹ Ver P. PIC / I. LEGER, “Le nouveau règlement d’arbitrage de la CNUDCI (2010)”, *Revue de l’arbitrage*, 2011, p. 105.

³² Por ejemplo, los de la London Court of International Arbitration (LCIA) y la Stockholm Chamber of Commerce (SCC).

³³ Así, por ejemplo, nuevas versiones de los reglamentos de instituciones líderes han entrado en vigor en 2009 (*American Arbitration Association, AAA*), en 2010 (SCC; *Camera Arbitrale di Milano*) y se esperan para 2012 (*China International Economic and Trade Arbitration Commission, CIETAC*; Cámara de Comercio Internacional CCI).

conocidos especialistas del arbitraje³⁴. El resultado final, sin embargo, se separa considerablemente de sus recomendaciones.

2. Novedades relevantes

Si bien no es fácil resumir en pocas líneas el contenido y el alcance de la revisión del Reglamento³⁵, intentaremos abordar los mismos a través del enunciado de las novedades más relevantes de la nueva versión entrada en vigor el 15 de agosto de 2010:

- además de eliminar la referencia expresa a la forma escrita del convenio arbitral, se extiende el ámbito de materias que éste puede cubrir al hablar de una relación jurídica “contractual o no contractual” (art. 1.1 RA);

- como no podía ser de otra manera, en la medida que la parte haya designado una dirección a esos efectos o el tribunal arbitral la haya autorizado, se acepta la utilización de medios electrónicos para las notificaciones (arts. 2.1 y 2.2 RA), las cuales se consideran recibidas el día de su envío, salvo la notificación de arbitraje que sólo se considera recibida el día de la recepción en la dirección electrónica del destinatario (art. 2.5 RA);

- se introduce un plazo de 30 días a partir de la recepción de la notificación de arbitraje para que el demandado conteste (art. 4.1 RA);

- se incorporan sendas reglas para asegurar que las controversias generadas por los defectos en la notificación de arbitraje o en su contestación, así como la falta o el carácter tardío de ésta, no impiden la constitución del tribunal arbitral (arts. 3.5 y 4.3 RA);

- como regla de significativa trascendencia, dado el carácter *ad hoc* del arbitraje realizado al amparo del Reglamento de la CNUDMI, se establece que si las partes no se ponen de acuerdo en 30 días acerca de la autoridad nominadora, cualquiera de ellas podrá demandar la designación de ésta al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje (art. 6.2 RA);

³⁴ Informe sobre la *Revision of UNCITRAL Arbitration Rules* preparado por Jan Paulsson y Georgios Petrochilos (www.uncitral.org/pdf/english/news/arbrules_report.pdf), abogados del estudio Freshfields, quienes participaron activamente de las discusiones del Grupo de trabajo en representación de Bahreim y de Grecia, respectivamente.

³⁵ Para un análisis detallado, puede consultarse P. PERALES VISCASILLAS / I. TORTEROLA (dirs.), *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010. Anotado y comentado*, Buenos Aires, Legis, 2011.

- se agregan reglas para el arbitraje con pluralidad de demandantes o de demandados, estableciéndose que cuando aquéllos u/o éstos no logran ponerse de acuerdo sobre el nombramiento de su respectivo árbitro, él mismo es nombrado por la autoridad nominadora (art. 10 RA);

- se incluye una regla que consagra la inmunidad de los árbitros, así como de la autoridad nominadora y de las personas designadas por el tribunal, por actos u omisiones relacionados con el arbitraje, salvo si existe “falta intencional”; con esta última salvedad, se entiende que las partes han renunciado a cualquier reclamación al respecto (art. 16 RA);

- como muestra de sensibilidad frente a las críticas referidas a la excesiva duración y al costo exorbitado de muchos arbitrajes, se busca hacer más eficiente el procedimiento arbitral exigiéndole al tribunal arbitral que evite demoras y gastos innecesarios y que fije un calendario provisional tan pronto como pueda (arts. 17.1 y 17.2 RA), por un lado, y otorgándole la facultad de autorizar, a instancia de parte, que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje (art. 17.5 RA);

- con la misma finalidad de alcanzar un procedimiento más eficiente, la redacción de las disposiciones referidas a la “declinatoria de la competencia del tribunal arbitral” contenidas en el art. 21 del Reglamento original, no sólo se mejora sensiblemente en el nuevo art. 23 RA, sino que se precisa, además, dos cuestiones de gran trascendencia práctica: que el hecho de haber nombrado un árbitro o participado en su designación no implica la renuncia de la parte a invocar la excepción de incompetencia, por un lado, y que la impugnación de la competencia del tribunal arbitral ante un tribunal estatal no impide a aquél proseguir las actuaciones y dictar un laudo, por otro;

- el nuevo art. 17 de la Ley Modelo, que contiene la detallada reglamentación de las medidas cautelares que hemos visto³⁶, es “traducido” en el art. 26 del nuevo Reglamento de arbitraje, desarrollando considerablemente el escueto art. 26 de su versión original; señaladamente, se mencionan expresamente los extremos que debe ofrecer la parte que solicita una medida cautelar para “convencer” al tribunal arbitral de su necesidad (art. 26.3 RA), y se consagra la responsabilidad del solicitante de la medida cautelar por las costas, daños y perjuicios ocasionados si el tribunal llega a la conclusión de que la medida no debería haberse otorgado (art. 26.8 RA);

³⁶ Ver *supra*, II.2.

- se establece que los peritos nombrados por el tribunal arbitral deben hacer una declaración sobre su independencia e imparcialidad y se admite que los mismos pueden ser objetados por las partes (art. 29.2 RA);

- se agrega a la posibilidad ya existente de hacer público el laudo por voluntad común de las partes, las referidas a la existencia de una obligación jurídica de hacerlo para proteger o ejercer un derecho y a la exigencia emanada de un procedimiento judicial (art. 34.5 RA);

- si las partes no han elegido las normas de derecho (y no la “ley”, que es el concepto más restringido presente en el Reglamento original) aplicables al fondo del asunto, se establece que el tribunal debe aplicar la ley que estime apropiada, obviando toda consideración a las normas de conflicto (art. 35.1 RA);

- se obliga al tribunal arbitral a explicar el método que se propone utilizar para calcular los honorarios y los gastos, y se da a las partes la facultad de cuestionar la propuesta del tribunal ante la autoridad nominadora, la cual puede revisarla en una decisión que es vinculante para el tribunal (art. 41.3 RA);

- se ofrece como agregado al modelo de cláusula arbitral un modelo de renuncia a “cualquier forma de recurso contra el laudo”, aclarando que la misma será válida si así lo dispone la ley aplicable;

- se proponen dos modelos de declaración de independencia e imparcialidad de los árbitros (una para el caso de que no haya nada que declarar y otra cuando existen datos para poner en conocimiento de las partes), agregándose un modelo adicional de declaración de “disponibilidad” de los árbitros que cualquiera de las partes puede solicitar a fin de asegurarse de que los mismos tendrán tiempo suficiente para llevar adelante el procedimiento arbitral “con diligencia y eficacia y respetando los plazos establecidos en el Reglamento”.

Pensamos que el resumen que acabamos de ofrecer es suficientemente elocuente para captar tanto las ideas subyacentes a la reforma como el alcance de la misma. No parece, desde luego, un texto profundamente inspirado en la corriente de pensamiento contemporáneo que preconiza la existencia de un orden jurídico arbitral³⁷. La intervención de representantes de Estados con enfoques diferentes en torno al arbitraje

³⁷ Los términos de dicha propuesta teórica se encuentran explicados en E. GAILLARD, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, Asunción, La Ley / Thomson Reuters, 2010.

comercial y, sobre todo, las sensibilidades que despierta el arbitraje de inversión al cual el Reglamento de la CNUDMI se aplica extensivamente, difícilmente podían dar lugar a un texto más audaz que el que finalmente se adoptó. Sin embargo, aún reconociendo este extremo, creemos que no es posible afirmar que el nuevo Reglamento no representa una expresión tan avanzada como coherente del arbitraje internacional³⁸. Todos los principios y los conceptos que sirven para describir un arbitraje moderno y eficiente están reflejados en el texto (autonomía del convenio arbitral, competencia-competencia, arbitraje con pluralidad de partes, carácter definitivo y obligatorio del laudo arbitral, etc., etc.), el cual incluye además desde los nuevos desarrollos de la Ley Modelo hasta la atención a la independencia, imparcialidad y disponibilidad de los árbitros.

Alguien podrá quejarse –acaso con fundamentos³⁹– de que, por ejemplo, si bien se avanza en la reglamentación de la ley aplicable al fondo, se trata de un progreso a medias, ya que aunque es verdad que donde el art. 33.1 del texto original hablaba de la elección de “la ley” por las partes el art. 35.1 del nuevo texto se refiere al más amplio de “las normas de derecho” y que, en ausencia de tal elección, el nuevo texto borra la referencia a “las normas de conflicto de leyes” presente en el antiguo, también es rigurosamente cierto que el Reglamento de 2010 ha preferido no darle a los árbitros la amplitud necesaria para basar sus soluciones en reglas no estatales, exigiéndoles la aplicación de una “ley” cuando las partes no han ejercido su potestad de elegir las reglas aplicables. No obstante, no debería tomarse esa limitación a los árbitros como algo distinto que la búsqueda del justo equilibrio entre todas las sensibilidades representadas en el Grupo de trabajo, ni debería soslayarse que el último párrafo del art. 35 sigue permitiendo el recurso amplio a “cualquier uso mercantil”. La eventual queja, por su parte, relativa a la falta de una disposición que consagre con alcance general la confidencialidad del procedimiento arbitral⁴⁰, no tiene en realidad mucho asidero. Sin dejar de constatar que varias leyes y reglamentos recientes siguen apostando por la confidencialidad, es evidente que tal principio no es lo que era y que significativos Estados tradicionalmente amistosos con el arbitraje no lo cuentan ya como un elemento esencial del arbitraje, en particular, del arbitraje internacional⁴¹. Además, lo que es

³⁸ En el mismo sentido, R. CAIVANO, “Prólogo” a P. Perales Viscasillas / I. Torterola (eds.) (nota 35).

³⁹ Ver J.A. MORENO RODRÍGUEZ, “Artículo 35”, en P. Perales Viscasillas / I. Torterola (eds.) (nota 35).

⁴⁰ Lo que parecen lamentar P. PIC / I. LEGER (nota 31), p. 106.

⁴¹ Así el nuevo Decreto de arbitraje francés, aprobado el 13 de enero de 2011 y en vigor desde el 1º de mayo del mismo año, la confidencialidad sólo opera en el arbitraje internacional si las partes así lo estipulan. Ver E. GAILLARD / P. DE LAPASSE, “Le nouveau droit français de l’arbitrage interne et international”, *Recueil*

realmente relevante en relación con el Reglamento de la CNUDMI es su carácter polivalente, lo que ha llevado a sus autores a evitar – sabiamente – el establecimiento de criterios incompatibles con algunos ámbitos de actuación del mismo.

Nos parece, además, que el precio pagado en general por respetar a rajatabla la regla (y el espíritu) del consenso no fue, si bien se mira, nada caro. La lectura del Reglamento permite notar el fino equilibrio alcanzado entre eficacia por un lado y respeto del contradictorio por el otro, así como entre la autonomía de la voluntad y la flexibilidad de la reglamentación de una parte y las manifestaciones razonables de la soberanía estatal de otra. El prestigio y el poder de atracción de que ha gozado el Reglamento en sus primeros 34 años de vida no disminuyen ni un ápice con la nueva versión. Más bien, auguramos, todo lo contrario.

V. El arbitraje de inversiones y la transparencia

1. El contexto de los trabajos

El arbitraje de las controversias entre inversores y Estados ha experimentado un desarrollo y una metamorfosis imposibles de prever unas décadas atrás. Tanto es así que una parte nada desdeñable de la discusión teórica y una porción de singular repercusión en el arbitraje internacional de los últimos 15 años se centra en el arbitraje de inversión, a partir sobre todo de la entrada en vigor de numerosísimos tratados de protección de inversiones que incluyen el arbitraje como mecanismo para la solución de las controversias respectivas, así como de tratados de libre comercio conteniendo capítulos de este tipo. Es sabido que muchos de esos arbitrajes se sustancian en el ámbito del CIADI, centro creado en la esfera del Banco Mundial para ocuparse específicamente de la resolución de estas controversias. Sin embargo, el número de arbitrajes que se someten al Reglamento de la CNUDMI o, incluso, a instituciones arbitrales habitualmente ligadas al arbitraje puramente comercial, es muy considerable. De allí que, como no podía ser de otra manera y como ya fue comentado (ver *supra* IV.1), las singularidades del arbitraje de inversiones hayan aparecido en repetidas ocasiones durante las discusiones con vistas a la aprobación del nuevo Reglamento de arbitraje hasta que la CNUDMI decidió aparcar toda referencia expresa a este tipo de arbitrajes

Dalloz, 2011, p. 184. Para una interpretación diferente, ver Ch. JARROSSON / J. PELLERIN, “Le droit français de l’arbitrage après le décret du 13 janvier 2011”, *Revue de l’arbitrage*, 2011, pp. 60-61.

dejando las mismas para un momento ulterior, el cual se situaría inmediatamente después de dicha aprobación. Se decidió también que las discusiones al respecto debían concretarse prioritaria – pero no exclusivamente – en todos los aspectos relativos a la transparencia en el arbitraje de inversiones⁴².

La decisión adoptada por los Estados miembros de la CNUDMI es cualquier cosa menos sorprendente. Instalada la ola de transparencia en todos los ámbitos de la vida contemporánea, un ámbito sensible como el de la codificación del derecho comercial internacional que se desarrolla en el seno de la CNUDMI difícilmente podía quedarse al margen. Y entre las materias jurídicas especialmente afectadas por esta ola, el derecho de las inversiones extranjeras y la solución de las controversias que se suscitan en torno a éstas destacan claramente⁴³. La razón esencial de esto no es otra que la afectación de intereses públicos que directa o indirectamente se produce con motivo de dichas inversiones, las cuales recaen, muy frecuentemente, sobre sectores vinculados con la prestación de servicios públicos esenciales, con el desarrollo de infraestructuras de gran calado o con la explotación de recursos naturales y/o estratégicos. Así planteado el contexto en el que se incardinan las actividades presentes del Grupo de trabajo de arbitraje, el gran desafío consiste en ver si es posible llevar a cabo una reglamentación del tema en el cual la transparencia no sea vista como una ventaja para una de las partes en los arbitraje de inversión (sea el Estado o el inversor), evitando a toda costa que, las reglas y mecanismos que se adopten para asegurar dicha transparencia terminen redundando en un mecanismo ineficaz, sumamente costoso o impracticable.

2. Los desafíos concretos

Naturalmente, tratándose de un trabajo aún en curso, no es nuestro objetivo aquí analizarlo en detalle. Sin embargo, nos resulta de utilidad comentar someramente el contenido del conjunto de reglas en preparación y los puntos álgidos de discusión que se han planteado en el seno del Grupo de trabajo II. Curiosamente, lo que menos problemas suscita es el contenido que debería presentar un futuro texto sobre la materia, sin perjuicio de la idea que se pueda tener sobre la necesidad, la pertinencia y hasta la oportunidad del desarrollo de dicho texto. Así, no ha sido difícil alcanzar un consenso

⁴² Ver el Informe del 43º Período de sesiones de la CNUDMI (2010 – documento A/65/17), párr. 190 ss.

⁴³ Una visión de la cuestión, desde la perspectiva de una ONG especialmente implicada en el tema puede consultarse en N. BERNASCONI-OSTERWALDER, *Ensuring transparency in investor-state dispute resolution under the UNCITRAL Arbitration Rules*, <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=1428>

acerca de que los puntos que deben ser tratados en un instrumento que defina los estándares de transparencia exigibles en un arbitraje entre un inversor y un Estado: el conocimiento de la iniciación del procedimiento, la publicación de los documentos presentados por las partes, la participación de *amicus curiae*, el carácter público de las audiencias, la publicidad del laudo, las excepciones a la obligación de transparencia y las cuestiones relativas al tratamiento de la información publicada (“registro”). Obviamente, a partir de ese consenso general, cada uno de los temas abre variadas posibilidades susceptibles de generar opiniones diametralmente opuestas, tanto sobre la *policy* subyacente como acerca de las precisiones técnicas específicas. Por ejemplo, el acuerdo general sobre la conveniencia de dar a conocer la existencia misma de un procedimiento de arbitraje no alcanza para impedir las discrepancias respecto de detalles tales como quién tiene la obligación de notificar la existencia del arbitraje, cómo y cuándo debe hacerlo, qué responsabilidades pueden caberle si no cumple con dicha obligación o lo hace mal, a quién se debe notificar (en un marco como el del Reglamento de la CNUDCI que, la mayoría de las veces, es el de un arbitraje *ad hoc*, esto es, sin el concurso de una institución que lo administre), qué es exactamente lo que se debe notificar (basta con las partes y el sector afectado –por ejemplo: energía, telecomunicaciones, etc.–, o es preciso además dar a conocer la notificación de arbitraje completa o un extracto de la misma), etc. Lo mismo puede señalarse de cada uno de los restantes puntos. Con todo, a pesar de esas dificultades, el Grupo de trabajo avanza a paso firme en el desarrollo del contenido material del instrumento en cuestión⁴⁴.

Ahora bien, sobre lo que todavía no hay acuerdo y todo parece indicar que el mismo será complicado de obtener habida cuenta de la división de opiniones manifestadas en el seno del Grupo de trabajo, es todo lo que tiene que ver con la forma que tal instrumento debe revestir, con el mecanismo para hacerlo efectivo y con su ámbito de aplicación. Las formas sugeridas son variadas. Se ha hablado de un anexo al Reglamento de la CNUDMI que se aplique automáticamente cada vez que éste resulte aplicable a un arbitraje de inversión, de un instrumento autónomo susceptible de aplicarse a todo tipo de arbitraje de inversión y no exclusivamente en el marco de un “arbitraje CNUDMI”, de reglas modelo, de cláusulas modelo y hasta de simples directrices. El mecanismo para dotar de efectividad a dicho instrumento es un punto también difícil de acordar: ¿se optará por la automaticidad salvo acuerdo en contrario de

⁴⁴ El estado actual de evolución de las discusiones se encuentra en el documento A/CN.9/736.

las partes o, por el contrario, el instrumento sólo podrá aplicarse mediando acuerdo de las partes?⁴⁵ El ámbito de aplicación, finalmente, es un tema particularmente espinoso. Concretamente: ¿el instrumento que se adopte será aplicable solamente a los tratados de protección de inversión que entre en vigor después de la aprobación de aquél o es posible y/o deseable que también sea aplicable a los más de 2500 tratados en vigor? Contra la segunda opción se erige el contenido del art. 1.2 del nuevo Reglamento el cual, a raíz de una propuesta de delegados de algunos Estados que temían verse sorprendidos por la adopción de normas muy audaces, estableció que el Reglamento no se aplica a los tratados en vigor antes del 15 de agosto de 2010. El Grupo de trabajo, sin embargo, está explorando todas las vías técnicas posibles a efectos de poder vislumbrar un texto de consenso, que es como se llama en el ámbito de la codificación internacional del derecho, al texto que nadie propondría si tuviera toda la responsabilidad y el poder de decisión en la materia, pero con el que todos pueden vivir.

VI. Conclusiones y perspectivas de futuro

El afianzamiento del arbitraje a escala mundial como un mecanismo autónomo y eficaz para solucionar las controversias se debe en una medida nada desdeñable al trabajo desarrollado por la CNUDMI. Los instrumentos preparados por las Naciones Unidas en la materia han tenido un éxito rotundo y han facilitado no sólo las tareas legislativas sino el propio desarrollo de los procedimientos arbitrales. Las tareas de codificación llevadas a cabo a lo largo de la última década confirman el compromiso de la Comisión con el arbitraje, mediante la actualización rigurosa de los instrumentos jurídicos que ella pone a disposición de los Estados, de los árbitros y de las propias partes y sus abogados.

Más allá de lo atinado que pueda resultar cada precepto normativo en particular, es indudable que todas las reformas realizadas intentan contribuir a la adecuación de los instrumentos en cuestión a la realidad del arbitraje tal cual se produce en la práctica. En la medida que ésta siempre es dinámica y se va amoldando a la evolución de los negocios y de la resolución de las controversias que se suscitan en torno a ellos, es probable que nuevas reformas sean necesarias en el futuro. De momento, si el arbitraje no funciona en

⁴⁵ Esta cuestión admite una pregunta suplementaria: ¿las partes aludidas serían los Estados partes del tratado de protección de inversiones que decidirían en general o el inversor y el Estado receptor que decidirían sobre la controversia específica? ¿O las dos opciones pueden jugar conjuntamente?

alguna latitud, será difícil endilgarle la culpa al contenido de los instrumentos adoptados por la CNUDMI.

Es cierto que, una vez retocada la Ley Modelo y totalmente revisado el Reglamento, a la Convención de Nueva York se le notan más las arrugas y que, por lo tanto, podría aparecer como un instrumento a reformular. Sin embargo, las dificultades y acaso la inconveniencia de aventurarse a una revisión de la Convención de Nueva York quedan patentes al observar las complicaciones experimentadas en la reforma de la Ley Modelo. En efecto, no sólo se emplearon varios años para concretar una tarea limitada a unas pocas cuestiones (medidas cautelares, forma del convenio arbitral e interpretación de la Ley Modelo), sino que los nuevos textos muestran a las claras que las posibilidades de alcanzar un texto simple y maleable como el de la Convención actualmente en vigor es prácticamente imposible en la actualidad. La forma de elaborar instrumentos internacionales ha variado, pasándose de la redacción de unos textos “generalistas” a otros “casuísticos”, a veces exageradamente detallados, llenos de reglas, excepciones y excepciones a las excepciones. Si esta actitud puede tener algo de oligofrénica, también es válido reconocer que es mucho más fácil legislar hacia el futuro sobre una materia incipiente, cuando los casos prácticos apenas existen, que hacerlo cuando las situaciones fácticas se multiplican por centenas y la tarea de legislar en general y en abstracto se torna ardua en la mente de legisladores que conocen muchas variantes eventuales de cada situación contemplada. De allí que más allá de recomendaciones interpretativas como las adoptadas en 2010⁴⁶, las opciones se reducen.

En este contexto, pues, una vez terminada la labor del Grupo de trabajo relativa a los estándares de transparencia en el marco del arbitraje entre inversor y Estado, la elección de una nueva cuestión para desarrollar en materia de arbitraje no parece fácil. En años anteriores se evocó el tema de la arbitrabilidad⁴⁷. Sin embargo, aún sin saber cómo se concretaría el trabajo sobre la misma, no es difícil imaginar que, tratándose de una cuestión esencialmente ligada a la noción de orden público, el consenso sobre el cual se basa todo el trabajo de la CNUDMI no será simple de obtener, salvo que la discusión se encapsule en algunos aspectos puramente técnicos respecto de materias precisas⁴⁸, si es que eso es factible. Otro tema mencionado en su momento fue el de la resolución de controversias por

⁴⁶ Ver *supra*, III.

⁴⁷ Ver el Informe del 39º Período de sesiones de la CNUDMI (2006, documento A/61/17), párr. 184 ss.

⁴⁸ Se han mencionado materias tales como la insolvencia, la propiedad inmobiliaria y la competencia desleal. *Ibid.*

vía electrónica pero, como se sabe, un Grupo de trabajo específico, el III, está abocado al tratamiento de ese tema desde diciembre de 2010. También se propuso el tema de las medidas anti-proceso (*antisuit injunctions*) que ha cobrado mucha actualidad en los últimos años. Finalmente, en el 44º Período de sesiones de la Comisión (2011), se mencionaron expresamente la confidencialidad en el arbitraje comercial y la mediación como mecanismo de solución de controversias en el arbitraje de inversión (este último tema ha sido objeto de discusiones conjuntas con la UNCTAD)⁴⁹. Cualquiera sea el o los temas que centren la atención del Grupo de trabajo II en el futuro, lo que aparece a todas luces deseable es que el mismo mantenga a rajatabla su perfil técnico y su dinámica consensual, sin por eso perder de vista el respeto a las definiciones “políticas” emanadas de la Comisión. De ser así, la utilidad de su actividad seguirá estando asegurada.

⁴⁹ Informe del 44º Período de sesiones de la CNUDMI (2006, documento A/66/17), párr. 199 ss.