



## Asamblea General

~~DISP. DIMP. A/DA~~ A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1

26 de enero de 2000

ESPAÑOL

Original: INGLÉS

---

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA  
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL  
Grupo de Trabajo sobre Arbitraje  
32º período de sesiones  
Viena, 20 a 31 de marzo de 2000

### ARREGLO DE CONTROVERSIAS COMERCIALES

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

Informe del Secretario General

Adición

### ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
<i>[Los capítulos I y II figuran en el documento A/CN.9/WG.II/WP.108]</i>		
III. REQUISITO DE LA FORMA ESCRITA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE . . . . .	1-40	2
A. Observaciones introductorias . . . . .	1-10	2
B. “Documentos firmados” o “intercambio de documentos” . . . . .	11-34	3
C. Acuerdo de arbitraje “por escrito” y comercio electrónico . . . . .	35-40	11
IV. RESUMEN Y CONCLUSIÓN . . . . .	41-42	13

*[Continuación del documento A/CN.9/WG.II/WP.108]*

### III. REQUISITO DE LA FORMA ESCRITA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

#### A. Observaciones introductorias

1. En muchas legislaciones nacionales se exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito para que sea ejecutable. Este requisito de forma también se recoge en textos legislativos internacionales sobre arbitraje comercial.

2. El artículo II 2) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) define el requisito de la forma escrita de la manera siguiente:

“La expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.”

3. La Convención europea sobre arbitraje comercial internacional (Ginebra, 1961), inspirada en el artículo II de la Convención de Nueva York, dispone en su artículo I 2):

“2. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por:

a) ‘Convención de arbitraje’, tanto la cláusula compromisoria insertada en un contrato, como el compromiso, el contrato o compromiso firmados por las Partes, contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teletipo; y en las relaciones entre países cuyas leyes no impongan la forma escrita para las convenciones de arbitraje, cualquier convención concluida en las formas previstas por dichas leyes.”

4. El requisito de la forma también figura en lo esencial en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975), en cuyo artículo 1 se estipula:

“Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex.”

5. El artículo 7 2) de la 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”.

6. Si las partes han acordado recurrir al arbitraje, pero la forma que han adoptado para celebrar el acuerdo de arbitraje no cumple con el requisito legislativo de la forma, cualquiera de ellas podrá impugnar la competencia del tribunal arbitral. Dicha impugnación podrá plantearse, por ejemplo: a) cuando habiéndose iniciado un procedimiento judicial y el demandado pida que las partes se sometan a arbitraje, el demandante se

oponga a dicha petición alegando que el acuerdo de arbitraje es nulo y sin valor (por ejemplo, artículo 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI; artículo III 3) de la Convención de Nueva York); b) cuando se haya iniciado el procedimiento arbitral y una de las partes oponga la excepción de incompetencia del tribunal arbitral (por ejemplo, artículo 16 2) de la Ley Modelo; artículo V de la Convención europea de 1961 sobre arbitraje comercial internacional); c) cuando se haya dictado el laudo y una de las partes interponga una petición de nulidad (por ejemplo, artículo 34 2) a) i) en conjunción con el artículo 16 2) de la Ley Modelo); d) cuando una de las partes pida el reconocimiento o la ejecución del laudo y la otra parte se oponga a la aplicación (por ejemplo, artículo 36 1) a) i) en conjunción con el artículo 16 2) de la Ley Modelo; artículo V 1) a) de la Convención de Nueva York).

7. Los profesionales han señalado repetidamente que hay una serie de situaciones en las que las partes han acordado someterse a arbitraje (y el acuerdo consta por escrito), pero en las que, a pesar de ello, se cuestiona la validez del acuerdo debido a que el requisito de forma es excesivamente restrictivo. De estas situaciones se deduce con frecuencia la conclusión de que la definición de forma escrita, como figura en los textos legislativos internacionales mencionados, no se adecua a las prácticas contractuales internacionales y va en detrimento de la certeza y la seguridad jurídicas de las obligaciones contraídas en el comercio internacional.

8. Algunas leyes nacionales (como se indica de forma más detallada en los párrafos 29 a 32 *infra*) han abordado este problema y han ampliado la definición de la forma escrita. Si bien tratan de obviar el problema de un requisito de forma ya anticuado, el hecho de que en ellas figuren soluciones diferentes plantea otras dificultades a causa de la disparidad existente entre las leyes. Tal vez el Grupo de Trabajo estime oportuno considerar que esta disparidad, que puede aumentar en el futuro, es un argumento más a favor de la conveniencia de encontrar soluciones armonizadas en el plano internacional. Entre tanto, puesto que la definición contenida en los textos legislativos internacionales así como en muchas legislaciones nacionales permanece invariable, siguen surgiendo consecuencias negativas. Por ejemplo, es posible que las partes esperen poder iniciar un procedimiento arbitral pero vean frustradas sus expectativas. Asimismo los tribunales, a fin de lograr los resultados que consideren adecuados dadas las circunstancias, han de recurrir a interpretaciones amplias e incluso forzadas de la definición de la forma escrita. Además pueden surgir dificultades cuando se dicten laudos basados en leyes que prevean una definición más amplia de la forma escrita pero para ser ejecutados en una jurisdicción en la que exista una definición más limitada.

9. En vista de lo que antecede, se ha sugerido que deben buscarse soluciones que, por una parte, respeten la idea de que las controversias pueden solucionarse por arbitraje sólo si las partes así lo han acordado y que, por otra parte, den validez a prácticas contractuales legítimas y eviten problemas e inseguridades en el ejercicio del arbitraje.

10. En la sección B, que figura a continuación, se examinan en primer lugar situaciones de hecho típicas en las que el requisito de que el acuerdo de arbitraje esté “firmado” por ambas partes o “esté consignado en un intercambio de cartas” puede dar lugar a problemas e inseguridades. En la sección C siguiente, relativa a la labor de la Comisión en el ámbito del comercio electrónico, se considera la forma de interpretar el requisito de la forma escrita cuando las partes utilicen medios de comunicación electrónicos para acordar el recurso al arbitraje.

#### B. “Documentos firmados” o “intercambio de documentos”

11. Cabe mencionar algunas situaciones de hecho como ejemplos típicos de casos en los que las partes han acordado el contenido de un contrato que incluye un acuerdo de arbitraje y hay constancia por escrito del contrato, pero a pesar de ello el derecho vigente (conforme a lo estipulado en los textos internacionales mencionados en los párrafos 2 a 5) puede interpretarse de forma que permita invalidar o cuestionar el acuerdo de arbitraje. Esto ocurrirá cuando a) las partes no hayan firmado un documento en el que figure el acuerdo de

arbitraje (lo que sucede con frecuencia cuando las partes no se encuentran en el mismo lugar al celebrarse el contrato); y cuando b) el procedimiento adoptado por las partes para concertar el contrato no satisface el criterio de un “canje de cartas o telegramas” (artículo II 2) de la Convención de Nueva York), si dicho criterio se interpreta de manera literal.

12. Entre estas situaciones de hecho cabe mencionar las siguientes:

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

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

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

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

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

f) Una serie de contratos concertados entre las mismas partes en el transcurso de negocios, en la que los contratos anteriores incluían acuerdos de arbitraje válidos pero no existe un escrito firmado que sirva de prueba para el contrato en cuestión ni ha habido un intercambio de documentos por escrito relativos al mismo;

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

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

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

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

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

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

m) Supuestos en los que un demandante trata de iniciar un procedimiento arbitral contra una entidad que en un principio no era parte del acuerdo de arbitraje, o en los que una entidad que en un principio no era parte del acuerdo de arbitraje trata de recurrir a él para iniciar un procedimiento de arbitraje, por ejemplo, basándose en la teoría del “grupo de empresas”<sup>1</sup>.

13. Los tribunales han pronunciado sentencias dispares en tales situaciones que a menudo reflejan su actitud general hacia el arbitraje. En muchos casos han podido lograr que las partes se atengan a su acuerdo, utilizando en algunos casos interpretaciones creativas para lograr dicho resultado. Por ejemplo, algunos tribunales han recurrido a una interpretación del artículo II de la Convención de Nueva York conforme a la cual la expresión “una cláusula compromisoria incluida en un contrato” debe considerarse por separado de la expresión “un compromiso firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas”. Al dividir la disposición en dos partes, los tribunales podían liberar de la obligación recogida en el artículo II de ejecutar las cláusulas de arbitraje incluidas en contratos que no estuviesen firmados por ambas partes o que no estuvieran incluidos en un canje de cartas o telegramas.

14. Aparte de interpretaciones discrepantes y no generalmente aceptadas general del artículo II, se ha señalado que, en la jurisprudencia existente, una cláusula de arbitraje que figure por escrito (por ejemplo en un ofrecimiento de contrato o en una confirmación de venta o de compra) cumplirá el requisito de forma del artículo II 2) de la Convención de Nueva York únicamente si: a) el documento escrito está firmado por ambas partes; b) se devuelve un duplicado de dicho documento, firmado o no; o c) el documento escrito es aceptado mediante otra comunicación por escrito dirigida a la parte que lo envió. A menudo se ha señalado que estas condiciones son demasiado restrictivas y ya no se corresponden con la práctica comercial internacional. Ha habido varios casos en los que no se aceptó la validez de acuerdos de arbitraje en procedimientos judiciales por la imposibilidad de inscribir las circunstancias particulares de cada uno en el ámbito del artículo II 2) de la Convención. Es más, cabría pensar que en muchos casos ni siquiera se intentó recurrir al arbitraje ante la estrechez de la definición.

15. Las situaciones de hecho que se exponen en el párrafo 12 pueden considerarse, al analizarlas, derivadas de diferentes aspectos subyacentes. Las situaciones a) a h) son aquellas en que las partes han celebrado un contrato que contiene una cláusula de arbitraje pero la forma de dicha cláusula no cumple los requisitos legales. Si dichas situaciones dan lugar a resultados insatisfactorios deberían abordarse ampliando los requisitos de forma legales.

---

<sup>1</sup> La teoría del grupo de empresas se ha empleado para incluir a una empresa principal o filial en un acuerdo de arbitraje que no había sido firmado por ella pero sí por otros miembros del grupo. Los requisitos para aplicar dicha teoría puede resumirse de la siguiente forma: 1) que la empresa jurídicamente independiente que se incluya en el acuerdo de arbitraje sea parte de un grupo de empresas que constituya una realidad económica (*une réalité économique unique*), 2) que la empresa desempeñe un papel activo en la conclusión y la ejecución del contrato, y 3) que la inclusión de la empresa en el acuerdo de arbitraje responda a la intención mutua de todas las partes en el proceso. Esta noción ha sido aplicada en una serie de arbitrajes (por ejemplo, los realizados bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional) y ha contado con la aprobación de algunos tribunales.

16. Las situaciones que figuran en los apartados i) a m) son diferentes por cuanto en ellas cabe suponer que el acuerdo de arbitraje se ha concluido válidamente por un conjunto de partes, y la cuestión es si dicho acuerdo es vinculante para un tercero que posteriormente pasa a ser parte en el contrato o asume ciertos derechos y obligaciones resultantes del contrato. Las distintas jurisdicciones han adoptado diferentes planteamientos con respecto a los derechos de terceros y al traspaso de los derechos e intereses estipulados en los contratos, y los resultados alcanzados pueden ser diferentes. Por ejemplo, mientras que algunas jurisdicciones se encaminan a la aceptación de la teoría del grupo de empresas, otras la han rechazado. Estas diferencias, que radican en el derecho de los contratos, sugieren que, si las situaciones indicadas en los apartados i) a m) requieren una modificación de las disposiciones legislativas, las soluciones no deben interferir con el derecho que regula el traspaso de los derechos y obligaciones contractuales a terceros.

#### Posibles planteamientos legislativos

17. Una posible solución a las dificultades mencionadas sería modernizar la Convención de Nueva York en lo referente a la forma del acuerdo de arbitraje. Cuando la Comisión debatió esta cuestión, se expresaron diversas opiniones con respecto a la manera de actualizar la Convención de Nueva York (A/54/17, párrs. 344 y 347). Según una opinión, las cuestiones relativas a la forma de la cláusula de arbitraje se deberían abordar mediante un protocolo adicional de la Convención. Se explicó que la modificación del texto del artículo II 2) o una interpretación uniforme del mismo sólo se podían lograr con el nivel de autoridad necesario mediante disposiciones con fuerza de tratado como las de la Convención de Nueva York. Si bien esa opinión recibió cierto apoyo, se expresó la preocupación de que si se intentaba revisar la Convención de Nueva York se podían poner en peligro los excelentes resultados que se habían logrado a lo largo de 40 años de reconocimiento y ejecución internacionales de laudos arbitrajes extranjeros mediante la aceptación de la Convención a escala mundial. En respuesta a esa preocupación, sin embargo, se señaló que el propio éxito de la Convención de Nueva York y su reconocimiento como norma mundial debería facilitar a la CNUDMI la tarea de abordar una revisión limitada del texto, si esa labor fuese necesaria para adaptar sus disposiciones a la realidad cambiante de la práctica comercial, y de mantener o restablecer su prestigio en la esfera del arbitraje comercial internacional.

18. Otra posibilidad sería preparar una convención independiente de la Convención de Nueva York para abordar las situaciones que surgen fuera de la esfera de aplicación de ésta, por ejemplo, las situaciones en que el acuerdo de arbitraje no cumple el requisito formal establecido en el artículo II. Cuando la Comisión estudió esta posibilidad (A/54/17, párr. 349), se expresó cierto apoyo en su favor. No obstante, según otra opinión, la experiencia indicaba que el proceso de lograr la aprobación y la amplia ratificación de una nueva convención podía llevar muchos años y que entre tanto existiría una falta de uniformidad que no era deseable. Se indicó también que el criterio que se sugería podía ser especialmente adecuado para abordar varias de las situaciones de hecho concretas anteriormente mencionadas, que planteaban graves problemas a los efectos de la Convención de Nueva York. Sin embargo, con respecto a algunas de esas situaciones (por ejemplo, el traspaso de derechos u obligaciones a terceros no firmantes) una opinión extendida fue que lo que estaba en juego eran cuestiones generales relativas a la esencia y validez de la operación subyacente. En consecuencia, se expresaron dudas acerca de si era conveniente y factible tratar de abordar esas cuestiones en el contexto de un conjunto de disposiciones orientadas, en principio, a la forma del acuerdo de arbitraje.

19. Una posibilidad más sería utilizar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional como herramienta para interpretar la Convención de Nueva York. Dicha solución constituiría una mejora en el sentido de que, por ejemplo, el artículo 7 2) de la Ley Modelo serviría para aclarar el efecto que tendría una remisión en un contrato a un documento que contuviera una cláusula de arbitraje y para reconocer el efecto del empleo de medios electrónicos de telecomunicación a fin de concluir un acuerdo de arbitraje. No obstante, el requisito de que el acuerdo de arbitraje conste “en un intercambio de” mensajes, que ha dado lugar a dificultades

en la práctica, requeriría modificar el texto actual de la Ley Modelo. Si se modificase la Ley Modelo, deberían considerarse diversos enfoques (véanse los párrafos 29 a 32 *infra*).

20. Al estudiar la posibilidad de enmendar la Ley Modelo como herramienta para la interpretación del artículo II 2) de la Convención de Nueva York (sin enmendar dicha Convención), tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar también que la legislación nacional pueda actuar en el ámbito de la disposición relativa a la ley más favorable del artículo VII de la Convención. Según reza el artículo VII 1),

“1. Las disposiciones de la presente Convención no [...] 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.”

21. En virtud de dicho artículo, cabe entender que, si la ley del país en el que va a ejecutarse el laudo (o la ley aplicable al acuerdo de arbitraje) prevé un requisito de forma menos restrictivo que la Convención, la parte interesada puede atenerse a esa ley nacional. Dicha interpretación estaría de acuerdo con el objetivo de la Convención, que es facilitar el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. Dicha finalidad se logra eliminando en las leyes nacionales aquellas condiciones para el reconocimiento y la ejecución que sean más restrictivas que las de la Convención, y dejando que se apliquen las disposiciones nacionales que concedan un trato especial o más favorable a la parte que quiera que se aplique el laudo.

22. No obstante, cabe señalar que la aceptabilidad de permitir que a través del artículo VII 1) de la Convención se apliquen requisitos de forma menos restrictivos dependerá de si se considera que el artículo II 2) de la Convención establece un requisito máximo de forma (dejando así en libertad a los Estados para adoptar un requisito menos restrictivo) o si se interpreta que la Convención ofrece un requisito de forma unificado que deben cumplir los acuerdos de arbitraje que se rijan por la Convención. Además, debe señalarse que, según algunas opiniones, el artículo VII 1) puede invocarse para reconocer disposiciones nacionales sobre la forma más favorables sólo si el mecanismo de ejecución que contempla la Convención de Nueva York se sustituye por el derecho interno en materia de ejecución de laudos arbitrales extranjeros (recogido en la legislación o en la jurisprudencia). Se dice que sólo en el caso de que exista un régimen de ejecución nacional, éste podrá emplearse, a través del artículo VII 1), en lugar del régimen de la Convención. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la validez y las consecuencias de estas consideraciones. Puede que también desee estudiar si estas consideraciones relativas al artículo VII deberían tenerse en cuenta al redactar posibles enmiendas a la Ley Modelo a fin de establecer un régimen que se aplique de manera armónica con la Convención de Nueva York.

23. Cuando la Comisión examinó la posibilidad de elaborar legislación modelo con miras a sustituir el artículo II de la Convención de Nueva York sobre la base del artículo VII de la Convención (A/54/7, párr. 348), se sugirió elaborar (además de legislación modelo) directrices u otro tipo de instrumentos no vinculantes que pudieran utilizar los tribunales como guía de la comunidad internacional para la aplicación de la Convención de Nueva York. También se sugirió que cualquier legislación modelo que se preparara con respecto a la forma del acuerdo de arbitraje podría comprender una disposición redactada con arreglo al artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, a fin de facilitar la interpretación sobre la base de principios internacionalmente aceptados. Disposiciones similares se incluyeron en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico<sup>2</sup> y en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la

---

<sup>2</sup>

Artículo 3:

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

Insolvencia Transfronteriza<sup>3</sup>. Dichas observaciones de carácter no vinculante que formuló la Comisión junto con las disposiciones legislativas modelo podrían acelerar el proceso de armonización de la ley y su interpretación.

#### Posible contenido de las disposiciones uniformes

24. Al examinar el contenido de las disposiciones legislativas uniformes, 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 se daría validez a los acuerdos de arbitraje pese a la ausencia de un intercambio de documentos. Esa lista podría incluir, por ejemplo, la utilización de instrumentos y las situaciones de hecho mencionadas en el párrafo 12. Si bien un planteamiento determinado de este tipo tiene la ventaja de ofrecer soluciones claras y específicas a problemas concretos, se corre el riesgo de que las disposiciones no contemplen todas las situaciones que debieran considerarse y de que no aborden de manera adecuada la evolución de las necesidades y la práctica comerciales.

25. Una solución en cierto modo más amplia sería dar validez a los acuerdos de arbitraje en forma escrita aun cuando no se hubieran concertado mediante un intercambio de documentos. La redacción podría basarse en una propuesta formulada al elaborar el artículo 7 2) de la Ley Modelo, que decía:

“Sin embargo, existirá también acuerdo de arbitraje cuando alguna de las partes en 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 tal cláusula, siempre y cuando la otra parte no presente objeciones y la legislación aplicable reconozca la validez de los contratos así formulados.”<sup>4</sup>

Si bien en aquel momento se rechazó la propuesta “ya que daba lugar a difíciles problemas de interpretación”<sup>5</sup>, puede entenderse que la idea subyacente sigue siendo válida.

26. Durante los preparativos de la Ley Modelo, en las observaciones escritas presentadas por los gobiernos sobre el proyecto de esa ley, se formuló una propuesta (de Noruega) en la que se observaba que los conocimientos de embarque contienen con frecuencia cláusulas de arbitraje que generalmente no están firmados por el cargador. No obstante, se dijo que dichas cláusulas se consideran en general vinculantes para el cargador y los sucesivos tenedores del conocimiento de embarque. A fin de aclarar la naturaleza de dichos acuerdos de arbitraje se propuso un texto relativo a los conocimientos de embarque y a otros acuerdos de arbitraje escritos firmados únicamente por una de las partes. Se propuso añadir al artículo 7 de la Ley Modelo lo siguiente:

---

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

<sup>3</sup> Artículo 8:

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

<sup>4</sup> Documento A/CN.9/WG.II/WP.37, proyecto de artículo 3, recogido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XIV: 1983, segunda parte, III, B. 1.

<sup>5</sup> Documento A/CN.9/232, párr. 45, recogido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XIV: 1983, segunda parte, III, A.

“Si un conocimiento de embarque u otro documento, firmado por una sola de las partes, constituye una prueba satisfactoria de un contrato, la cláusula compromisoria contenida en el documento o la referencia hecha en éste a otro documento que contiene una cláusula compromisoria se considerará como un acuerdo escrito.”<sup>6</sup>

27. La Comisión examinó la propuesta en su 18º período de sesiones en 1985, en el que concluyó la elaboración de la Ley Modelo<sup>7</sup>. Si bien en última instancia no se aprobó la propuesta, en las deliberaciones se señaló que un gran número de oradores había hecho comentarios favorables al respecto<sup>8</sup>.

28. En varias leyes nacionales recientemente promulgadas se ofrece una definición más amplia que la de la Ley Modelo de la CNUDMI. A continuación se citan como ejemplo a fin de estimular las deliberaciones y para que sirvan, en su caso, de inspiración en la búsqueda de soluciones armonizadas aceptables.

29. En Suiza, el artículo 178 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado sigue un planteamiento general:

“1. En cuanto a la forma, el acuerdo de arbitraje será válido si se formula por escrito, mediante telegrama, télex, telecopiadora o cualquier otro medio de comunicación que permita probar su existencia por medio de un texto.

2. En cuanto al fondo, el acuerdo de arbitraje será válido si se ajusta al derecho elegido por las partes, o al derecho que rija el objeto de la controversia, en particular el derecho que rija el contrato principal, o si se ajusta al derecho suizo.”

30. En los Países Bajos, el artículo 1021 de la Ley de Arbitraje de 1986 dispone:

“El acuerdo de arbitraje se probará mediante un instrumento escrito. A este fin será suficiente cualquier instrumento escrito que prevea el arbitraje o que se remita a condiciones generales que prevean el arbitraje, siempre que dicho instrumento haya sido aceptado, expresa o tácitamente, por la otra parte, o en nombre de ésta.”

31. La Ley Alemana de Arbitraje de 1997 ha adoptado un planteamiento algo más detallado y dispone en su artículo 1031:

“1) El acuerdo de arbitraje figurará en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telefaxes, telegramas u otros medios de telecomunicación que dé constancia del acuerdo.

---

<sup>6</sup> Documento A/CN.9/263 (Compilación analítica de las observaciones formuladas por gobiernos y organizaciones internacionales acerca del proyecto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional), observaciones sobre el artículo 7, párr. 5 (Noruega), recogido en el Anuario de la CNUDMI vol. XVI: 1985, segunda parte, I, A.

<sup>7</sup> Actas resumidas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional correspondientes a las sesiones dedicadas a la preparación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, 31ª sesión, recogidas en el Anuario de la CNUDMI, vol. XVI: 1985, tercera parte, II.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, párr. 48.

- 2) Se entenderá que se ha cumplido el requisito de forma prescrito en el apartado 1 cuando el acuerdo de arbitraje figure en un documento remitido por una de las partes a la otra parte o por un tercero a ambas partes y, si no se presentó objeción alguna a su debido tiempo, el contenido del documento se considera parte integrante del contrato conforme a la práctica habitual.
- 3) La remisión en un contrato que cumpla los requisitos de forma de los apartados 1 ó 2 a un documento en el que figure una cláusula de arbitraje constituye un acuerdo de arbitraje siempre que la remisión sea tal que convierta dicha cláusula en parte del contrato.
- 4) También se concierta un acuerdo de arbitraje al extender un conocimiento de embarque, si en él se remite expresamente a una cláusula de arbitraje de una póliza de fletamento.
- 5) Todo acuerdo de arbitraje en el que sea parte un consumidor debe constar en un documento que haya sido firmado personalmente por las partes. En dicho documento no podrán figurar más acuerdos que los relativos al procedimiento arbitral; esta cláusula no será aplicable si se trata de una certificación notarial. Se entiende por consumidor toda persona física que, con respecto a la transacción objeto de la controversia, actúe con fines que puedan considerarse ajenos a la actividad por razón de su oficio o su profesión autónoma (“*gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit*”).
- 6) Todo incumplimiento de los requisitos de forma queda subsanado al examinarse el fondo de la controversia en el procedimiento arbitral.”

32. En Inglaterra se ha seguido un enfoque minucioso. Aquí, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje de 1996 dispone:

“[...]

- 2) Existe acuerdo escrito:
  - a) cuando el acuerdo se efectúa por escrito (esté o no firmado por las partes),
  - b) cuando el acuerdo se efectúa mediante el intercambio de comunicaciones por escrito, o
  - c) cuando existe prueba escrita del acuerdo.
- 3) Cuando las partes conciertan un acuerdo que no sea por escrito remitiéndose a condiciones que figuran por escrito, efectúan un acuerdo por escrito.
- 4) Existe prueba escrita de un acuerdo no efectuado por escrito cuando una de las partes, o un tercero, con autorización de las partes en el acuerdo da constancia del mismo.
- 5) Un intercambio de exposiciones escritas en un procedimiento arbitral o judicial en el que una de las partes alega frente a la otra la existencia de un acuerdo no efectuado por escrito y que la otra parte no niega en su respuesta constituye un acuerdo por escrito entre dichas partes a los efectos alegados.
- 6) Toda mención en el presente capítulo de algo que esté escrito o figure por escrito incluye el hecho de que ello conste por cualquier medio.”

#### Planteamiento de carácter no legislativo

33. Teniendo en cuenta las diversas consideraciones inherentes a la preparación de un tratado o de legislación modelo, entre las que se encuentra el largo proceso de aplicación legislativa de cualquier solución que pueda

convenirse, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la conveniencia de preparar un texto de carácter no legislativo. Cuando la Comisión estudió la cuestión de hasta qué punto las disposiciones legales existentes se consideran anticuadas (A/54/17, párr. 344), se opinó que en la mayoría de los casos las partes no tenían dificultades para cumplir los requisitos formales vigentes de los acuerdos de arbitraje. También se dijo que esos requisitos obligaban a las partes a considerar detenidamente la posibilidad de excluir la competencia judicial y que, por consiguiente, si algo había que hacer era limitarse a formular una guía práctica. No obstante, si bien esa opinión recibió cierto apoyo, la Comisión decidió que era necesario adoptar medidas con respecto a las cuestiones que surgieran en relación con el artículo II 2) de la Convención de Nueva York, y que una de las opciones que se debían considerar era una medida legislativa.

34. Ante estas consideraciones, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la conveniencia de preparar directrices o notas prácticas a fin de que las partes en transacciones internacionales sean conscientes de que, en ciertas circunstancias de hecho (como las referidas en el párrafo 12 *supra*), pueden surgir problemas de forma que afecten negativamente a la aplicación de la Convención de Nueva York con respecto al reconocimiento de acuerdos de arbitraje y a la ejecución de laudos arbitrales. Por ejemplo, dichas directrices podrían ser de utilidad para advertir a las organizaciones comerciales responsables del empleo de formularios tipo sobre el hecho de que tal vez esos formularios no cumplan los requisitos de la forma escrita, y en ellas se podrían proponer cambios de redacción o prácticas para evitar dichas dificultades. Además, las directrices o notas podrían ser útiles a las partes y a los jueces de los tribunales nacionales al analizar si el requisito de la forma escrita se ha cumplido o no en varios tipos de prácticas comerciales. El Grupo de Trabajo podría considerar si esas directrices o notas serían de utilidad para las empresas internacionales como solución provisional o independiente, mientras que se estudia el proceso más largo y complejo de la redacción y aplicación de soluciones legislativas.

### C. Acuerdo de arbitraje “por escrito” y comercio electrónico

35. 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 surgidos por la creciente utilización del télex y posteriormente de la telecopia o facsímil. En el artículo 7 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional antes citado se da validez expresamente a la utilización de cualquier medio de telecomunicación “que deje constancia del acuerdo”, fórmula que abarcaría los mensajes por telecopia o facsímil así como las utilidades más comunes de la mensajería por correo electrónico o por intercambio electrónico de datos.

36. En lo que respecta a la Convención de Nueva York, generalmente se acepta que la expresión que figura 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 teleológica<sup>9</sup> podría ampliarse para que comprendiera el comercio electrónico. Tal ampliación del artículo II para abarcar determinados medios de comunicación que no se tuvieron en cuenta cuando se redactó la Convención estaría también en consonancia con la decisión adoptada por la Comisión cuando aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico junto con la Guía para su

---

<sup>9</sup> Por ejemplo, el Tribunal Federal Suizo observó que “[el artículo II 2) debe interpretarse a la luz de [la Ley Modelo], cuyos autores deseaban adaptar el régimen jurídico de la Convención de Nueva York a las necesidades existentes, sin modificar [la propia Convención]”. Compagnie de Navigation et Transports S.A. c. MSC (Mediterranean Shipping Company) S.A. 16 de enero de 1995, 1ª Sala de lo Civil del Tribunal Federal Suizo; extractos al respecto en (1995) Association suisse de l'arbitrage, Boletín N° 13, págs. 503 a 511, en pág. 508.

incorporación al derecho interno en 1996. En la Guía, que se redactó teniendo en cuenta la Convención de Nueva York y otros instrumentos internacionales, se estipula que:

“La Ley Modelo [sobre Comercio Electrónico] puede resultar un valioso instrumento para interpretar ciertos convenios y otros instrumentos internacionales existentes que impongan de hecho algunos obstáculos al empleo del comercio electrónico, al prescribir, por ejemplo, que se han de consignar por escrito ciertos documentos o cláusulas contractuales. 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.” (Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, párr. 6).

37. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si la interpretación del artículo II 2) de la Convención de Nueva York en el sentido de que abarca también los contratos y acuerdos de arbitraje celebrados en el marco del comercio electrónico (bien por remisión al artículo 7 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje o a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico) contaría con un amplio consenso internacional y si la Comisión debería recomendarla como una solución viable.

38. Al examinar la influencia que tiene la legislación sobre los medios modernos de comunicación en la interpretación del artículo II 2) de la Convención de Nueva York, tal vez el Grupo de Trabajo desee tener en cuenta la cuestión general de la compatibilidad del comercio electrónico con el régimen jurídico establecido por una serie de convenciones internacionales que regulan diferentes ámbitos del comercio y que estipulan requisitos obligatorios para el empleo de documentos escritos. Se han formulado repetidamente observaciones en el sentido de que muchos tratados que regulan el comercio internacional no recogen de manera satisfactoria la realidad del comercio electrónico y que, en el marco de esos tratados, los mensajes electrónicos siguen siendo posiblemente inaceptables como medios legales de comunicación. La Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa ha elaborado una lista de esos tratados (documento Trade/WP.4/R.1096, 1994, en su forma revisada en 1999). En relación con dicha lista, el Centro para la Facilitación de los Procedimientos y Prácticas para la Administración, el Comercio y el Transporte (CEFACT) de la Comisión de las Naciones Unidas para Europa aprobó la “Recommendation to UNCITRAL regarding implementing electronic equivalents to ‘writing’, ‘signature’ and ‘document’ in conventions and agreements relating to international trade” (Recomendación a la UNCITRAL acerca de la aplicación de equivalentes electrónicos a los términos ‘escritos’, ‘firmas’ y ‘documentos’ en las convenciones y los acuerdos relativos al comercio internacional)<sup>10</sup>. En la recomendación, el Centro,

“*Consciente* de la necesidad de evitar inconvenientes al comercio electrónico y de apoyar la tarea de lograr la paridad mundial en el ámbito jurídico entre el comercio manual y electrónico,

*Recomienda* que la CNUDMI considere las medidas necesarias para garantizar que toda referencia a ‘escritos’, ‘firmas’ y ‘documentos’ en las convenciones y los acuerdos relativos al comercio internacional abarque la utilización de equivalente electrónicos.”

39. En su 32º período de sesiones, la Comisión tomó nota de la recomendación, junto con algunas otras cuestiones relativas al comercio electrónico que podrían incluirse en el programa (A/54/17, párrs. 315 a 138).

---

<sup>10</sup>

La recomendación, de 26 de febrero de 1999, publicada con la signatura TRADE/CEFACT/1999/CRP.7, fue aprobada por unanimidad por el pleno de la CEFACT (documento TRADE/CEFACT/1999/19, de 14 de junio de 1999, párr. 60).

En relación con la recomendación, se expresó apoyo con respecto a la preparación de un protocolo global para enmendar los regímenes sujetos a tratados multilaterales a fin de fomentar un mayor uso del comercio electrónico (ibíd., párr. 316). Se decidió que, una vez terminada su labor actual, a saber, la preparación de un proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas, cabría esperar que el Grupo de Trabajo, en el contexto de su función general de asesoramiento en materia de comercio electrónico, examinara algunas o todas las cuestiones citadas, así como cualesquiera otros temas, con miras a formular propuestas más específicas respecto de la labor futura de la Comisión (ibíd., párr. 318). A la vista de todo ello, se sugiere que el examen del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca del tratamiento de los mensajes electrónicos en el marco de la Convención de Nueva York será de utilidad para el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico y para la Comisión a la hora de examinar la cuestión general de la compatibilidad del comercio electrónico con las convenciones internacionales y de adoptar decisiones al respecto; se sugiere asimismo que toda decisión que adopte el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje con respecto a esta cuestión se adecue a las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico y por la Comisión con respecto al tema en general.

40. Finalmente, tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que, suponiendo que los mensajes electrónicos reciban el tratamiento de mensajes escritos en el marco del artículo II de la Convención de Nueva York, algunas de las prácticas seguidas en el comercio electrónico (a través de Internet o de otro medio) pueden crear dificultades en relación con el requisito, previamente examinado, de que un acuerdo de arbitraje se recoja “en un canje de” mensajes. Concretamente, se ha observado que el comercio electrónico puede hacer menos probable que exista un intercambio de mensajes en los que figure (o se haga referencia a) un acuerdo de arbitraje. Las conexiones informatizadas entre proveedores y compradores, cada día más utilizadas, pueden dar lugar a órdenes de compra que se emitan de manera automática (por ejemplo, cuando las existencias de mercancías desciendan por debajo de un determinado nivel). Si estas órdenes de compra reciben el tratamiento de contratos cancelables que forman parte del acuerdo subyacente, no surgirán problemas puesto que el acuerdo de arbitraje aplicable a todos los contratos se habrá formulado al mismo tiempo que el acuerdo subyacente, que se considerará cumplido cuando se hayan enviado las mercancías o se hayan prestado los servicios. En cambio, si estas órdenes de compra distintas se consideran como una serie de contratos individuales, posiblemente no habrá un intercambio de mensajes relativos al acuerdo de arbitraje por cada contrato, con los consiguientes problemas previamente mencionados para dichos contratos. Tales aspectos del comercio electrónico pueden considerarse como un argumento más que subraya la conveniencia de preparar normas modernas sobre la forma de los acuerdos de arbitraje.

#### IV. RESUMEN Y CONCLUSIÓN

41. El presente documento se ha preparado para facilitar las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre futuras soluciones armonizadas en el ámbito de la conciliación, la ejecución de medidas provisionales de protección y la forma escrita de los acuerdos de arbitraje, conforme a la decisión de la Comisión (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.108, párr. 9). A partir de las consideraciones y las decisiones del Grupo de Trabajo, la Secretaría preparará anteproyectos de disposiciones uniformes con las correspondientes observaciones para el 33º período de sesiones del Grupo de Trabajo que, previa aprobación de la Comisión, se reunirá en el segundo semestre de 2000.

42. Además de tratar los temas que se examinan en el presente documento, tal vez el Grupo de Trabajo desee, si dispone de tiempo, intercambiar opiniones e información sobre otros temas relacionados con el arbitraje que la Comisión señaló como posibles temas de su labor futura. Dichos temas figuran en el párrafo 6 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108 y en el párrafo 339 del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 32º período de sesiones (documento A/54/17). Con respecto a estos temas, la Comisión dio al Grupo de Trabajo libertad para decidir acerca del momento y la forma de abordarlos.

\* \* \*