



Asamblea General

Distr. limitada
2 de marzo de 2005
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte)
15º período de sesiones
Nueva York, 18 a 28 de abril de 2005

Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

Recurso al arbitraje: práctica uniforme internacional en materia de arbitraje y el régimen del proyecto de instrumento

Nota de la Secretaría

Durante su 14º período de sesiones, el Grupo de Trabajo III sobre el Derecho del Transporte examinó las disposiciones del proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías concernientes al arbitraje, tal como figura en el capítulo 16 del documento A/CN.9/WG.III/WP.32. Conforme se observó en el informe de dicho período de sesiones, el proyecto de capítulo 16 había sido tomado de las Reglas de Hamburgo, que se prepararon en 1978, antes de que se hubieran difundido en el mundo comercial algunas de las normas uniformes para el arbitraje internacional actualmente más en uso (A/CN.9/572, párr. 153). A raíz de las deliberaciones de dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que explorara los conflictos eventuales que pudiera haber entre el proyecto de instrumento y la práctica uniforme internacional del arbitraje, conforme podía verse reflejada en los instrumentos y leyes modelo de la CNUDMI (A/CN.9/572, párr. 157). La siguiente nota fue preparada a la luz de dicha solicitud, y consta de dos partes: en la primera se identifican, conforme a lo solicitado, los posibles puntos de conflicto, y, en la segunda, se indican los principios básicos del arbitraje internacional que no han sido reflejados en el proyecto de instrumento.



I. Posibles puntos de conflicto entre el proyecto de instrumento y las prácticas internacionales uniformes, conforme pueden verse reflejadas en los instrumentos y leyes modelo de la CNUDMI

A. El artículo 76 del proyecto de instrumento, en sus variantes A y B

1. El proyecto de artículo 76 dispone que el acuerdo de arbitraje debe “constar por escrito”. Cabe entender dicha expresión en el sentido de que la forma escrita del acuerdo de arbitraje será requerida *ad probationem* [es decir, para fines de prueba] y no *ad validitatem* [para la validez del acuerdo de arbitraje].

2. El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito figura ya enunciado en el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (“la Ley Modelo”), y en el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“la Convención de Nueva York”). Este requisito de forma tiene por objeto dotar de certeza a la intención expresada por las partes y facilitar ulteriormente toda prueba que sea requerida de la voluntad de las partes de someter su controversia a arbitraje.

3. El párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo dice:

“2) 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.”

4. El párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York dice:

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

5. Contrariamente a la Ley Modelo y a la Convención de Nueva York, el artículo 76 del proyecto de instrumento no contiene definición alguna del requisito de “escrito”. Se ha aducido que esa definición resultaría problemática, dado que, en los últimos años, con el desarrollo de los modernos medios de comunicación, este requisito se ha convertido en un aspecto controvertido del régimen del arbitraje. Cabría cuestionar si el requisito se ha cumplido o no en determinados supuestos en los que toda respuesta podría suscitar graves problemas, tales como el supuesto de determinadas notas de corredores o intermediarios del comercio, así como tratándose de conocimientos de embarque y otros títulos negociables, o respecto de todo contrato por el que se transfieran derechos u obligaciones a terceros no signatarios (es decir, a terceros que no sean parte en el acuerdo original). La falta de claridad respecto del requisito de un escrito puede dar lugar, en este tipo de situaciones, a decisiones o fallos arbitrales bastante dispares. Todo requisito de un escrito, que no haya sido precisado en alguna definición, se presta a interpretaciones que pudieran no estar en consonancia con la práctica comercial internacional actual.

Por el contrario, el Grupo de Trabajo tal vez estime que dar una definición explícita de la noción de “escrito” en el proyecto de instrumento tal vez tenga la desventaja de introducir alguna divergencia en cuanto a los requisitos de forma entre el régimen aplicable al transporte de mercancías y el derecho general aplicable al arbitraje. Conforme se indica más adelante (véanse párrs. 22 a 26), el Grupo de Trabajo tal vez desee alentar a los Estados que ya tengan previsto ratificar el proyecto de instrumento, a que consideren también la conveniencia de promulgar en su derecho interno la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

6. Otra cuestión crucial suscitada respecto de las disposiciones concernientes al arbitraje del proyecto de instrumento es la de determinar si un acuerdo de arbitraje, concertado de conformidad con el proyecto de artículo 76, sería ejecutorio con arreglo a lo dispuesto en el artículo II 2) de la Convención de Nueva York, conforme se indicó en el anterior párrafo 4. Cabe considerar que los requisitos para la conclusión de un acuerdo de arbitraje válido, con arreglo a la Convención de Nueva York, son más estrictos que el requisito enunciado en el artículo 76 del proyecto de instrumento. Ahora bien, cabe observar también que el Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) no ha concluido aún su examen de la relación entre el artículo II de la Convención de Nueva York y lo dispuesto respecto de la forma del acuerdo de arbitraje en algunos otros regímenes.

7. Además, el Grupo de Trabajo II es consciente de la importancia de obrar en aras de facilitar una interpretación más flexible de todo requisito de forma estricto concerniente al acuerdo de arbitraje, a fin de no frustrar las expectativas de las partes al concertar un acuerdo de arbitraje. En su 36º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002), el Grupo de Trabajo II propuso una versión revisada del artículo 7 de la Ley Modelo, que dice:

“Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

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

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se considerará “forma escrita” cualquier forma en que quede constancia [tangible] del acuerdo o en que éste sea accesible [de algún otro modo] como mensaje de datos para su ulterior consulta.

[3) Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.]

4) A fin de evitar dudas, el requisito de la forma escrita, enunciado en el párrafo 2), se considerará cumplido si la cláusula de arbitraje o las condiciones estipuladas para el arbitraje, o cualesquiera reglas de arbitraje a que se refiera el acuerdo de arbitraje, constan por escrito, aunque el contrato o

el acuerdo de arbitraje independiente se haya perfeccionado de palabra, o mediante actos u otros indicios no escritos.

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

6) La remisión hecha en un contrato a un texto que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje, siempre que dicha remisión implique que esa cláusula forma parte del contrato.

[7) A los efectos del artículo 35, las condiciones que se hayan estipulado para el arbitraje por escrito, así como cualquier escrito que contenga tales condiciones o que las incorpore por remisión, constituirán un acuerdo de arbitraje.]”

8. Movido por el mismo deseo de claridad que inspira al requisito de un escrito enunciado en el artículo II 2) de la Convención de Nueva York, así como a las demás exigencias de un escrito formuladas en el texto de dicha Convención, el Grupo de Trabajo II se mostró favorable a que se hiciera referencia a la Convención de Nueva York en el artículo 19 del proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, conforme a lo recientemente sugerido por el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) (reproducido en el anexo de A/CN.9/571).

9. A fin de dotar de mayor certeza jurídica a la validez del acuerdo de arbitraje y de minimizar los riesgos de que se deniegue la ejecución de un laudo por motivo de la inexistencia o invalidez de un acuerdo de arbitraje, el Grupo de Trabajo III tal vez desee considerar si no sería preferible alinear toda definición del requisito de la forma escrita, que se vaya a dar en el proyecto de instrumento, con los resultados de la labor más reciente del Grupo de Trabajo II. Ahora bien, a fin de no duplicar la regulación de este requisito de forma, con la labor que se lleva a cabo en el marco de la Ley Modelo, que no ha concluido aún, el Grupo de Trabajo III tal vez estime que, para satisfacer los fines de las disposiciones concernientes al arbitraje del proyecto de instrumento, lo más sencillo sería disponer que las partes gozarán de autonomía para optar por el recurso a la vía arbitral (posibilidad que a la luz del derecho interno concerniente al transporte marítimo de mercancías, sería sin duda provechosa), lo que, a su vez, permitiría que se formulara el texto del proyecto de artículo 76 en términos más genéricos.

B. El artículo 77 del proyecto de instrumento, en sus variantes A y B

10. La primera oración del proyecto de artículo 77 dispone que “de haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico negociable, el acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria deberá constar en dicho documento o título, o deberá ser expresamente incorporado al mismo por remisión”. La incorporación por remisión de una cláusula compromisoria o acuerdo de arbitraje ha dado lugar a diversas interpretaciones jurisprudenciales, por lo que convendría definir las condiciones que darán lugar a que una cláusula compromisoria o un acuerdo de arbitraje sea tenido por válido.

11. El párrafo 6) del proyecto de artículo 7 de la Ley Modelo (véase párr. 8, *supra*, así como el texto actual del artículo 7 de la Ley Modelo) tratan del supuesto de una remisión contractual a un documento que contenga una cláusula compromisoria. La exigencia de que el contrato principal conste por escrito y que “la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato” son fruto de los problemas con que se ha tropezado y de la divergencia observada entre los fallos jurisprudenciales pronunciados sobre esta cuestión en el marco de la Convención de Nueva York. Por ello, a fin de reforzar la certeza y la uniformidad que debe existir en la etapa ejecutoria, el Grupo de Trabajo III tal vez desee tener en cuenta las disposiciones revisadas de la Ley Modelo concernientes a la incorporación por remisión de una cláusula compromisoria (ya sea alineando el proyecto de instrumento con lo dispuesto en la Ley Modelo, conforme sea revisada, o remitiendo simplemente esta cuestión a lo que la Ley Modelo disponga al respecto).

C. El artículo 78 del proyecto de instrumento, en sus variantes A y B

12. El proyecto de artículo 78 propone, en su variante A, una definición del lugar del arbitraje, mientras que la variante B no se pronuncia al respecto.

13. El artículo 20 de la Ley Modelo regula la cuestión del lugar del arbitraje en los siguientes términos:

“1) Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.”

14. La tendencia actual en la práctica del arbitraje internacional es la de reconocer la autonomía contractual de las partes para convenir en el lugar del arbitraje; a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral se encargará de determinar el lugar del arbitraje. El lugar del arbitraje tiene indudable relevancia jurídica al ser el factor determinante de la ley aplicable al arbitraje y es uno de los posibles factores por los que se determinará la índole internacional del arbitraje. El lugar del arbitraje es el lugar donde se emitirá el laudo, por lo que será un factor relevante en todo lo concerniente al reconocimiento de todo mandato cautelar o del laudo emitido así como en lo concerniente a su ejecución por vía judicial.

15. El proyecto de artículo 78, en su variante A, limita los lugares donde podrá reunirse el tribunal arbitral para entender de las demandas que le sean presentadas e indica cuáles son esos lugares. Si el Grupo de Trabajo III considera oportuno determinar cuáles son los lugares donde el tribunal podrá entender de las demandas, debe señalarse que el lugar donde se haya de cumplir una proporción importante de las obligaciones estipuladas, o el lugar con el que guarde una relación más estrecha el objeto de la controversia son criterios más usuales que “el lugar donde se haya celebrado el contrato”, que es el utilizado en el proyecto de artículo 78 a) ii). Claro está que los motivos para la decisión por la que el Grupo de Trabajo III eliminó el lugar de celebración del contrato, de entre los puntos de conexión utilizables para

determinar la competencia o jurisdicción, en el capítulo 15 del proyecto de instrumento (A/CN.9/572, párr. 126), serán probablemente aplicables a la presente disposición del capítulo concerniente al arbitraje.

D. El artículo 79 del proyecto de instrumento, en sus variantes A y B

16. Las variantes A y B del proyecto de artículo 79 disponen que “el árbitro o el tribunal arbitral que entienda de la controversia deberá aplicar el régimen del presente instrumento”.

17. En contraste, la Ley Modelo otorga a las partes plena autonomía para determinar el derecho sustantivo aplicable y, a falta de acuerdo, encomienda dicha determinación al tribunal arbitral. El reconocimiento de la autonomía de las partes está plenamente aceptado en el campo del arbitraje internacional.

18. El artículo 79 del proyecto de instrumento, al prescribir la aplicación imperativa del régimen del instrumento, parece contradecir el principio ampliamente reconocido de derecho internacional privado según el cual las partes gozan de autonomía para declarar aplicable la ley de determinado Estado (incluidas sus normas de rango imperativo). El Grupo de Trabajo III tal vez desee examinar la conveniencia de suprimir el proyecto de artículo 79 (dejando la cuestión de la determinación de la ley aplicable al arbitrio de las normas de derecho general aplicables al arbitraje) o alineando el texto del proyecto de instrumento con la normativa general aplicable al arbitraje y procurando que toda disposición de rango imperativo del proyecto de instrumento sea compatible con los principios generales por los que se rige el arbitraje. El texto cuidadosamente redactado del artículo 28 de la Ley Modelo dice:

Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio

1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas del derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

4) En todos los casos el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

19. La Ley Modelo, así como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, permiten que el tribunal arbitral decida *ex aequo et bono* o como amigable componedor, con tal de que las partes hayan autorizado expresamente al tribunal a obrar así. En ambos instrumentos se dice que el tribunal arbitral “decidirá en todos los casos con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”.

E. Artículo 80 de la variante A del proyecto de instrumento

20. El proyecto de artículo 80 de la variante A declara imperativa la incorporación de lo dispuesto en los artículos 77 y 78 a todo acuerdo de arbitraje. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las consecuencias de dicha norma para la autonomía contractual de las partes y si no será posible lograr los objetivos del proyecto de instrumento de alguna manera que esté más en consonancia con la autonomía contractual de las partes.

F. Artículo 80 bis de la variante A y artículo 80 de la variante B del proyecto de instrumento

21. El Grupo de Trabajo III tal vez desee considerar si no cabría expresar mejor el principio enunciado en el proyecto de artículo 80 bis de la variante A y en el proyecto de artículo 80 de la variante B, insertando en la versión inglesa del proyecto de artículo 76, las palabras “or that have arisen” (que haya nacido) a continuación de “that may arise” (que pueda nacer).

II. Principios básicos del arbitraje internacional no reflejados en el proyecto de instrumento

22. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar varios principios básicos del arbitraje internacional que no están reflejados en el texto actual del proyecto de instrumento. Cabe también que el Grupo de Trabajo prefiera que el proyecto de instrumento no se pronuncie respecto de dichos principios. Como alternativa cabría introducir una remisión general a la ley aplicable al arbitraje. Claro está que, de obrarse así, no se conseguiría la plena uniformidad del régimen aplicable, en todos sus detalles. Por ello, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si no haría falta emprender algún trabajo adicional en la esfera del arbitraje marítimo a fin de lograr una mayor uniformidad. El Grupo de Trabajo tal vez estime también oportuno alentar a todo Estado que vaya a ratificar el proyecto de instrumento a que considere la procedencia de promulgar, al mismo tiempo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

23. El primero de los mencionados principios básicos es el de la autonomía contractual de las partes, en virtud del cual el régimen legal aplicable al arbitraje define únicamente la normativa supletoria de derecho general eventualmente aplicable, dejando que sean las propias partes las que decidan de común acuerdo cuál ha de ser el reglamento por el que el que habrá de regirse el procedimiento eventualmente entablado, en el marco de toda regla de derecho imperativo que haya sido internacionalmente aceptada. La mayoría de las disposiciones de la Ley Modelo, así como de los regímenes legales modernos aplicables al arbitraje, son de carácter supletorio, por lo que serán aplicables, salvo acuerdo en contrario explícito de las partes.

24. Otro principio que suele estar enunciado en la mayoría de las normas legales destinadas al arbitraje es una regla similar a la del artículo 8 de la Ley Modelo, que se ocupa de la relación entre el foro judicial competente y los tribunales arbitrales, en todo supuesto en el que se presente una demanda ante dicho foro concerniente a un asunto que esté sometido a arbitraje.

25. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar además la labor en curso del Grupo de Trabajo II con respecto al régimen aplicable a las medidas cautelares otorgables por los tribunales arbitrales, así como al reconocimiento y la ejecutoriedad por la vía judicial de toda medida cautelar otorgada por un tribunal arbitral.

26. Por último, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la procedencia de hacer una referencia explícita, en el capítulo 18 del proyecto de instrumento, a la Convención de Nueva York, a fin de conformarse a los requisitos enunciados en dicha Convención y diera lugar al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales en el marco de lo dispuesto en la Convención de Nueva York.
