

Novedades legislativas en el arbitraje comercial internacional: Ley Modelo de la Uncitral y Convenio de Nueva York

M^a del Pilar PERALES VISCASILLAS*

Catedrática de Derecho mercantil en la
Universidad de La Rioja

Sumario: I. Introducción. II. Principios rectores de la Ley Modelo de Arbitraje: tradicionales y renovados. III. Forma del convenio arbitral: Recomendación en relación con la interpretación del CNY y nuevo art. 7 LMU. 1. Recomendación de la Uncitral. 2. Nuevo art. 7 LMU. IV. La ficción de la forma escrita: la Opción I de art. 7 LMU. V. Hacia la plena libertad de forma en el convenio arbitral: la Opción II de art. 7 LMU (La “propuesta mejicana”). VI. La modificación de la Ley Modelo en relación con las medidas cautelares. 1. Las medidas cautelares: facultad del tribunal arbitral, concepto, forma y momento en que pueden ser otorgadas (art. 17). 2. Las órdenes preliminares: facultad del tribunal arbitral, finalidad, vigencia y forma (arts. 17 B y C). 3. Disposiciones aplicables a las medidas cautelares y a las órdenes preliminares. 4. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares (arts. 17 H e I). 5. Medidas cautelares dictadas por el tribunal (art. 17 J). VII. Otras modificaciones de la Ley Modelo. 1. Interpretación y suplementación de lagunas en la Ley Modelo. 2. La modificación del art. 35.2º LMU. 3. La modificación del art. 1.2º.

I. Introducción

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi/Uncitral) lleva varias décadas

* Delegada de España ante la Cnudmi en el Grupo de Trabajo sobre arbitraje. Responsable del Proyecto de Investigación “Derecho Privado Europeo y Derecho Uniforme del Comercio Internacional”, Universidad de La Rioja. Miembro del Instituto de Iniciativas Empresariales y Empresa familiar, Universidad Carlos III de Madrid.

destinando gran parte de sus esfuerzos y recursos a la tarea de armonizar las reglas que rigen el arbitraje mercantil internacional. Es la institución que puede dar respuesta a los problemas jurídicos universales que se plantean en comercio global del siglo XXI, superando las soluciones nacionales o particulares. Uncitral ha logrado aunar los principios jurídicos provenientes de diferentes ordenamientos, mediante equilibrios complejos y delicados; se legitima así su posición como agencia formuladora capaz de elaborar el Derecho exigido por una economía globalizada. Sin desconocer la labor de otras organizaciones en el ámbito del arbitraje, fundamentalmente las instituciones de arbitraje, como la Cámara de Comercio Internacional por medio particularmente de su Reglamento, que también fue tenido en cuenta en la redacción de la Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) (LA), lo cierto es que éstas carecen de poder normativo, y de la universalidad propias de la Uncitral.

El arbitraje exige un marco jurídico estable que facilite la resolución de disputas en un mercado global. Desde la creación de la Uncitral en el año 1966, el arbitraje ha sido uno de los temas prioritarios de la agenda de la Uncitral. Pero, la globalización normativa del arbitraje se produjo con anterioridad merced de la aprobación del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (CNY). Verdadera pieza integradora y armonizadora del arbitraje, carecemos de un instrumento de ese alcance y características en materia de sentencias judiciales internacionales. De ahí que puede decirse que el CNY fue el verdadero motor del éxito y expansión inicial del arbitraje comercial internacional.

Tomando como base el CNY, y el Reglamento de Arbitraje de la Uncitral de 1976 (que está siendo actualmente revisado por el Grupo de trabajo de arbitraje de la Uncitral), la Uncitral se empeñó también en ese esfuerzo globalizador mediante la creación en el año 1985 de una Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional (LMU)¹ que se ha convertido, junto con

¹ Una comparación de cómo la LMU se ha incorporado en las legislaciones

el CNY, en las herramientas fundamentales para la armonización normativa del arbitraje. El CNY de amplia aceptación internacional, 142 Estados partes, y la LMU incorporada al Derecho nacional de aproximadamente 60 jurisdicciones son, pues, las piezas claves del arbitraje comercial internacional.

La Uncitral consciente de la influencia de la LMU, por un lado, pero también de la necesidad de modernizarla, decidió comenzar sus trabajos dirigidos a su parcial modificación. El grupo de trabajo II de la Uncitral sobre arbitraje y conciliación, bajo la presidencia del delegado de México, el profesor José María Abascal Zamora, necesitó más de seis años para concluir su trabajo de modificación de la LMU². Trabajos que iniciados en el año 2000 vieron la luz el 6 diciembre 2006 mediante la aprobación final de la Asamblea general de las Naciones Unidas (A/RES/62/64, 8 enero 2008), y previa aprobación el 7 de julio de 2006 en la sesión plenaria de la Uncitral³. Los trabajos realizados no se limitan sólo a la Ley Modelo en relación con la forma del convenio y las medidas cautelares, sino que, como se verá más adelante, se modifican o introducen otros preceptos y se emite una importantísima “Recomendación” interpretativa

nacionales: P. Binder, *International Commercial Arbitration in Uncitral Model Law Jurisdictions*, Londres, Sweet and Maxwell, 2000.

² No obstante, téngase en cuenta que durante ese período de tiempo, el Grupo de Trabajo II de la Uncitral sobre arbitraje y conciliación estuvo ocupado tratando simultáneamente otras materias. Así, se aprobó una Ley Modelo sobre conciliación comercial internacional en el año 2002. A ello hay que sumar la Recomendación en relación con el CNY. El primer documento de trabajo relativo a las nuevas disposiciones modelo se halla en el documento: Arbitraje Comercial Internacional. Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional (A/CN.9/460), 6 abril 1999).

³ El texto completo y las discusiones que tuvieron lugar en la sesión plenaria de la Comisión celebrada en junio 2006 en Nueva York, pueden verse en el documento: A/61/17 -Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones, nº87-17 y anexos I y II, pp. 61 ss. El texto de modificación de la LMU está disponible en:

<http://www.Uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf>

y el texto de la Recomendación en relación con el CNY en:

<http://www.Uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf>.

en relación con el CNY. Y es que muy especialmente en el debate en torno a la forma del convenio arbitral bajo la LMU no puede prescindirse del art. II.2º CNY.

II. Principios rectores de la Ley Modelo de Arbitraje: tradicionales y renovados

La Ley Modelo de Arbitraje del año 1985 contiene principios básicos del arbitraje comercial internacional que han encontrado eco en un buen número de legislaciones modernas, incluida la española. Entre los principios universales y caracteres propios consagrados en la Ley Modelo en su versión original de 1985, pueden destacarse los siguientes:

- La plena consagración del principio de autonomía de la voluntad, no sólo en relación con el convenio arbitral (art. 7 LMU), donde la voluntad de las partes es clave, sino también libertad a la hora de organizar el procedimiento arbitral (art. 19.1º LMU).
- La mínima injerencia del poder judicial en el arbitraje (art. 5 LMU). El poder judicial apoyará, en su caso, al arbitraje, pero no lo obstaculizará.
- El criterio amplio de internacionalidad de la Ley Modelo (art. 1.3º LMU).
- El principio de recepción o “llegada” como momento determinante de la efectividad de las comunicaciones escritas (art. 3 LMU).
- El principio del *venire contra factum proprium* o *estoppel* (art. 4 LMU).
- El principio de la forma escrita del convenio y el de separabilidad del convenio arbitral respecto al contrato principal (art. 7 LMU y art. 16.1º LMU).

- Los amplios criterios de libertad en la elección de las normas aplicables al arbitraje al permitir a las partes la elección de normas de derecho (art. 28.1º LMU) y al considerarse incluido en el acuerdo de las partes todas las disposiciones del Reglamento de Arbitraje (art. 2 e) LMU).

Diposiciones que se completan con la mínima injerencia de las normas conflictuales (art. 28.1º LMU):

- El principio del *Kompetenz-Kompetenz* (art. 16 LMU).
- El principio del *favor arbitris*, el de autonomía o independencia del convenio arbitral respecto del contrato principal (art. 22.1º LA).
- El reconocimiento a los árbitros de la facultad de ordenar medidas cautelares (art. 17 LMU), y la compatibilidad del arbitraje con la solicitud de esas medidas a un tribunal nacional (art. 9 LMU).
- El principio de trato equitativo entre las partes (art. 18).
- La distinción entre el lugar o sede jurídica, y el lugar físico del arbitraje (art. 20 LMU)⁴.
- La preferencia por el arbitraje de derecho frente al de equidad (art. 28.3º LMU).
- La consagración de los usos mercantiles como fuente (art. 28.4º LMU).
- El principio mayoritario en la toma de acuerdos por el tribunal arbitral (art. 29 LMU).
- La equiparación entre el laudo por acuerdo de las partes por el que se transija el asunto y el laudo dictado sobre el fondo del litigio (art. 30 LMU).

⁴ P. Perales Viscasillas, "Place of Arbitration (Article 16) and Language of Proceedings (Article 17) in the Uncitral Arbitration Rules: some Proposals for a Revision", *Croatian Arbitration Yearbook*, vol.13, 2006, pp. 205-222.

- La plena consonancia de la Ley Modelo con el Convenio de Nueva York, especialmente patente en materia de reconocimiento y ejecución de laudos (arts.35 y 36 LMU).

Las modificaciones operadas en el año 2006 permiten completar la lista anteriormente indicada para añadir los siguientes principios y caracteres propios a la Ley Modelo:

- Los principios de la internacionalidad, uniformidad y la buena fe como criterios informadores de la Ley Modelo (art. 2A.1º LMU).

- 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. 2.A.2º LMU).

- Nulo peso en la interpretación de la Ley de las normas de conflicto y de las normas nacionales.

- Consagración del principio de libertad de forma en la celebración del convenio arbitral e inserción plena del convenio arbitral en la categoría de los contratos consensuales (art. 7 LMU, Opción I y II).

- Establecimiento por primera vez en el arbitraje comercial internacional de un régimen amplio, completo y sistemático sobre las medidas cautelares, incluyendo las normas sobre reconocimiento y ejecución. Amplia libertad de los árbitros para adoptar medidas cautelares estén o no relacionadas con el objeto del litigio (Capítulo IV LMU).

- Facultad de los árbitros para ordenar órdenes preliminares sin audiencia de parte (art. 17 b).

- Valor interpretativo de la Ley Modelo respecto del Convenio de Nueva York, como se deriva de la Recomendación interpretativa emitida por la Uncitral en relación con el CNY.

III. Forma del convenio arbitral: Recomendación en relación con la interpretación del CNY y nuevo art. 7 LMU⁵

1. Recomendación de la Uncitral

El art. II.2º CNY exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito, de ahí que la mayor parte de las legislaciones en materia de arbitraje exijan la forma escrita, aunque se discrepa en torno a su eficacia, esto es, si es un requisito *ad probationem* o *ad validitatem*.

El art. II.2º CNY⁶ establece dos requisitos firma y canje de documentos como elementos que pueden satisfacer el requisito del escrito. Ambos han sido interpretados de formas diferentes por los jueces⁷. La aplicación más estricta conlleva a que sólo los

⁵ 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, con ulteriores referencias.

⁶ “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”. Nótese que el Código de Comercio español (Ccom) de 1885 en la redacción original del art. 54 relativo a la perfección de los contratos a distancia ya se refería a esos medios de comunicación.

⁷ Téngase en cuenta que la referencia al art. II CNY que se realiza en el art. V.1º.a) del mismo texto legal se ha mostrado perturbadora, puesto que el precepto si bien deja a las partes libertad para determinar la ley aplicable al acuerdo de arbitraje, lo cierto es que cuando se ha aplicado este motivo de denegación del exequátur lo ha sido en el sentido de señalar que el acuerdo de arbitraje no cumplía con el requisito de forma escrita del art. II. Esto es, la cuestión de la validez formal del acuerdo de arbitraje se ha examinado a la luz del art. II CNY. Frente a esta interpretación, se ha entendido que la validez formal se determine conforme a la ley elegida por las partes o, en su defecto, por la ley del lugar del arbitraje, de tal forma que la referencia al art. II se ha considerado una superflua descripción adicional del acuerdo de arbitraje, y, en consecuencia, que el art. II es únicamente considerado como un estándar de máximo para el legislador nacional, pero sin impedir la aplicación de normas más flexibles.

Además, la determinación de la Ley aplicable al acuerdo de arbitraje suele hacerse por referencia a la ley aplicable al contrato, y no frente a lo que opina

convenios firmados por ambas partes o contenidos en un canje (intercambio de oferta y aceptación escrita) sean convenios de arbitraje válidos bajo el CNY. En consecuencia, no valdrían los acuerdos orales posteriormente confirmados por escrito, 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 el CNY establece de forma exclusiva y excluyente los requisitos de forma, y por lo tanto prevalece sobre cualesquiera otras disposiciones legales sobre forma del convenio, ya sean éstas más o menos exigentes, y sin que éstas puedan además servir de criterio de interpretación del CNY. Esta interpretación de la que no ha sido ajeno el legislador español, por ejemplo, en la STS 6 de octubre de 1998⁸. La diferente interpretación deriva de la divergencia lingüística entre las diversas versiones oficiales del CNY; así la versión inglesa (*shall include*) parece permitir la aplicación de otros requisitos de forma del derecho aplicable, mientras que bajo la francesa y la española no.

una minoría de la doctrina acudiendo a la *lex loci arbitri*, esto es, el lugar donde tiene su sede el arbitraje.

Sobre estas cuestiones, *vid.* P. Perales Viscasillas, "Case Law on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards under the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration", *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 18, n°5, 2005, pp. 191-201; *id.*, "Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales: Ley Modelo de la Cnudmi/Uncitral y Convenio de Nueva York", *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*, 2004, n°1, pp. 13-36.

⁸ No obstante, la jurisprudencia atiende de forma más flexible a que la firma o la utilización de determinadas fórmulas no son necesarias para la validez del convenio arbitral, aunque sí "la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje" (SAP Barcelona 29 de marzo de 2006, RA 226821).

La estricta interpretación se ha superado de formas diversas⁹, aunque quiero ahora únicamente destacar la aplicación del art. VII.1º CNY, porque sobre él incide la Recomendación interpretativa de la Uncitral. El art. VII.1º, conocido como la disposición más favorable (MFP, *Most Favourable Provision*), permite inaplicar las disposiciones nacionales que en materia de exequátur sean más exigentes que las establecidas en el CNY, permitiendo al mismo tiempo que se sigan aplicando las disposiciones nacionales más favorables. De forma que extendiendo este criterio a los requisitos de forma del arbitraje, se permitiría la aplicación de las disposiciones más flexibles del Derecho nacional con preeminencia sobre el art. II.2º CNY. Lógicamente la aplicación del art. VII CNY choca con esa interpretación más estricta del art. II.2º CNY conforme a la cual éste establece una norma uniforme de validez formal que, por lo tanto, prevalece sobre los requisitos formales nacionales.

Ello presenta un ulterior problema y es el de si el régimen del Convenio permite semejante combinación normativa, de tal forma que se acudiese a los requisitos de forma nacionales, pero

⁹ 1) Por ejemplo, en relación con el requisito del canje se ha entendido que bastaría con una mera referencia a la cláusula o al acuerdo de arbitraje en una correspondencia posterior.

2) Aplicación del principio del *venire contra factum proprium*, por ejemplo, si se participa en el arbitraje sin objeciones. En relación a si el *estoppel* puede ser invocado como un motivo para superar el requisito de escrito del art. II.2º CNY existen diferentes soluciones, propugnando la mejor doctrina que como muestra del principio de buena fe contenido en la Convención, el *estoppel* puede aplicarse por encima del requisito de escrito del art. II.2º (A.J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, 1994 reprint, p. 185).

3) Aplicando los principios generales de los contratos: las reglas sobre oferta y aceptación.

4) Admitiendo la validez de la incorporación por referencia pese a que el CNY no se refiere a ello. Algunos tribunales han considerado válida la referencia siempre que el convenio figurase en el contrato principal (en el reverso, por ejemplo). Incluso, aunque no figurase éste en el contrato principal, se ha entendido que el convenio sería válido si la parte contra la que se invoca conociera el contenido del documento cuando concluyó el contrato y aceptara la incorporación del documento en el contrato.

el régimen del exequátur sería el del CNY. Al contrario, se ha entendido que el régimen es autosuficiente, y por lo tanto bajo el art. VII.1º CNY habría que elegir si aplicar en su totalidad el CNY o la legislación nacional¹⁰.

Ante este desolador panorama de incertidumbre jurídica en torno a la interpretación del CNY, la Uncitral aprobó una Recomendación acerca de la interpretación del CNY; Recomendación que está dirigida sobre todo a los jueces y que tiene como objetivo lograr una interpretación uniforme del CNY, considerando:

1) Que el art. II.2º 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.2º CNY bajo las que el requisito del escrito puede entenderse cumplido, por lo que el art. II.2º CNY no establece una norma uniforme de validez formal.

2) Que el régimen del CNY no es autosuficiente y que por lo tanto aplicando el art. VII.1º CNY se podrá acudir a las disposiciones más favorables del Derecho nacional en relación a la forma del convenio, y al CNY para el régimen del exequátur.

3) En cierto modo, de forma indirecta y sutil, insinúa que el art. II.2º CNY se interprete a la luz del art. 7 LMU, incluyendo su modificación posterior.

¹⁰ Otra de las interpretaciones que intenta superar la interpretación rígida del CNY llegaría al mismo resultado recién descrito, esto es, aplicando las disposiciones nacionales, pero sin referirse al art. VII CNY. Por ejemplo, podría alegarse que la fragmentación del Convenio es posible atendiendo a la presunción favorable al reconocimiento de los laudos que se deriva de los arts. IV y V CNY (*vid.* considerando que existe dicha presunción: ATS 5 de mayo de 1998, RA 4296).

En el caso de que se dé entrada al derecho nacional, otro problema de interpretación que se ha generado es el de determinar cuándo se aplica. Se ha entendido, por ejemplo, que se aplica tanto a la validez formal como a la sustantiva, o solo a la segunda (aplicando el art. V.1º.a) CNY y por tanto remitiéndose a las leyes nacionales), aplicando el art. II.2º CNY a la primera.

A lo anterior, ha de añadirse la Convención de la Uncitral 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 contrato¹¹ al que sea aplicable el CNY. De esta forma indirectamente se moderniza el CNY, aunque para que se aplique el art. 20 ha de tratarse de un Estado que haya ratificado ambos instrumentos. De ser ello así, el CNY se habrá de interpretar y aplicar de conformidad con la Convención de 2005. No obstante, en nuestra opinión, puede irse más allá, e independientemente de la ratificación de la Convención de 2005 por un Estado parte del CNY, entenderse que el CNY se interprete a la luz de la Convención de 2005. Así se deduce de la combinación entre la Convención de 2005 y la Recomendación interpretativa que expresamente alude a dicha Convención.

2. Nuevo art. 7 LMU

El art. 7 LMU en su versión original de 1985 supuso un avance notable frente al art. II.2º 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, continúa apegado tanto a la exigencia de la firma como al requisito del canje o del intercambio de medios de comunicación que dejen

¹¹ La nota explicativa de la Secretaría a la Convención de 2005, nº57, indica que “En el contexto de la Convención, el término “contrato” debe entenderse en sentido amplio como un concepto que engloba cualquier tipo de acuerdo jurídicamente vinculante entre dos partes que no esté explícita o implícitamente excluido de la Convención, con independencia de que la palabra “contrato” se utilice en la ley, o la utilicen las partes, para referirse al acuerdo de que se trate. Así pues, la Convención es aplicable a un acuerdo de arbitraje en forma electrónica, aun cuando en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (...) y en la mayoría de las leyes nacionales no se emplee el término “contrato” para referirse a él”.

constancia del acuerdo como formas de entender cumplido el requisito de la forma escrita. De ahí que este precepto de la LMU esté sujeto a diversas interpretaciones.

Esas diversas interpretaciones junto a la evolución conceptual, doctrinal, y jurisprudencial en materia de arbitraje llevo a la Uncitral a plantearse la necesidad de modificar el art. 7 LMU con dos objetivos muy claros:

1) que quedarán 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 del CNY y de la primera versión LMU), sino por actos de ejecución o, incluso, por silencio o inacción;

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

El problema ante el que se enfrentó el Grupo de Trabajo (GT) sobre arbitraje fue el de como plasmar esta modificación, ya que aquí surgieron dos puntos de vista diferentes que finalmente han recibido atención en la modificación de la LMU mediante el ofrecimiento de dos Opciones a los legisladores. La raíz del problema estriba en la imposibilidad o grave inconveniencia, al menos en el momento presente, de modificar el CNY. Por un lado, destacan las delegaciones que podríamos considerar conservadoras o tradicionalistas que deseaban seguir manteniendo el requisito de la forma escrita por mimetismo con el CNY, aunque el principio de escrito se desvirtúa por completo bajo la primera de las opciones que ofrece la Uncitral al admitirse los convenios orales (ficción de la forma escrita)¹². Y,

¹² El problema no es la forma electrónica, perfectamente asimilable al escrito por el principio de equivalencia funcional, sino el de incluir en el concepto de escrito a la forma oral, al silencio o la inacción o a los actos de ejecución. El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* define escrito como “carta, documento o cualquier papel manuscrito, mecanografiado o impreso” (21ª edición).

Bajo la Opción I destacan los párrafos 2 y 3 del art. 7: 2.

por otro lado, estaba el grupo de las delegaciones que podríamos llamar reformadores o rupturistas, que rompen con el principio tradicional del escrito para el convenio arbitral admitiéndose, pues, sin ambagajes el principio de libertad de forma¹³. Llevar el principio de libertad de forma hasta sus últimas consecuencias implica romper los lazos con el requisito de escrito del CNY, puesto que el convenio arbitral se configura como un mero acuerdo de voluntades sin necesidad de cumplimentar ninguna forma. Es la llamada “propuesta mejicana”.

Independientemente de la opción que se elija la reforma de la LMU en materia de forma del convenio arbitral demuestra que tras casi 50 años de vigencia del CNY, fecha en la que se inician con éxito los esfuerzos de globalización normativa del arbitraje comercial internacional, la concepción que del arbitraje se tiene 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 -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 y al que se le aplican las reglas de la teoría general de los contratos situándose, pues, el convenio arbitral en paridad con los restantes contratos. Ello no es sino una muestra de que el arbitraje se ha consolidado como el medio de resolución de disputas más utilizado en el comercio internacional. Ahora, debe darse un paso más, modernizando las leyes internas de

“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. 3. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”.

¹³ Bajo la Opción II el art. 7 (Definición del acuerdo de arbitraje) indica que:

“El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.

arbitraje mediante la incorporación de las nuevas disposiciones modelo.

IV. La ficción de la forma escrita: la Opción I de artículo 7 LMU

El art. 7 LMU renovado consta de seis apartados frente a los dos del original art. 7 LMU. De éste permanece igual el párrafo 1º -que corresponde también al nuevo art. 7.1º LMU- que se refiere a la definición del acuerdo de arbitraje. Se modifica, por tanto, el original párrafo 2º que se refiere a dos cuestiones: la forma escrita del convenio y la incorporación por referencia. Estas dos cuestiones fueron las que recibieron la atención por parte del Grupo de Trabajo sobre arbitraje y conciliación, que aparecen ahora tratadas en cinco apartados.

A) *El principio o regla general de la forma escrita.* El párrafo 2º del nuevo art. 7 LMU inicia su redacción de forma idéntica al primer inciso del antiguo art. 7.2º, enunciando la regla general del escrito para el acuerdo de arbitraje: “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito”. Los tres siguientes apartados (pfs 3 a 6 art. 7 LMU) se ocupan de especificar qué se entiende por escrito.

B) *El intercambio de escritos de demanda y contestación a la demanda.* El párrafo 5º del art. 7 LMU acoge sin la menor variación el tradicional concepto de escrito que aparecía ya reflejado en la redacción original del párrafo 2º del art. 7 LMU. Así se indica que “se entenderá que acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra”.

C) *La forma escrita electrónica.* El párrafo 4 del art. 7 se ocupa, por una parte, de modernizar al antiguo párrafo 2 del art. 7 al acoger el novísimo concepto de la comunicación electrónica como equivalente al escrito. Concepto que es

tomado de la reciente Convención de la Uncitral sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas (2005)¹⁴ (art. 4.b y c) y cuyo origen estaba ya en la Ley Modelo de la Uncitral sobre Comercio Electrónico de 1996 (LMCE), de la cual se toma 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 electrónica (art. 6 LMCE, y art. 9.2 Convención de 2005).

Se moderniza así al original párrafo 2º del art. 7 LMU que ya entendía novedosamente en 1985, y frente al texto del art. II.2 del CNY, que se refiere sólo a las cartas y a los telegramas¹⁵, que el acuerdo de arbitraje se entiende por escrito cuando “esté consignado en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo”. Ciertamente es que la inmensa mayoría de los tribunales no han tenido problemas en entender que bajo el CNY caben los modernos medios de comunicación.

Por otra parte, el párrafo 4º que ahora comentamos es todavía más importante, destacando la supresión del requisito del intercambio o canje de medios de comunicación, que proviene del art. II del CNY y que ha ocasionado que en muchos Estados, que interpretaron dicho requisito de forma estricta,

¹⁴ Un reciente comentario en H.D. Gabriel, “The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: an Overview and Analysis”, *Unif. L. Rev.*, 2006, nº2, pp. 285-303. Puede verse también: M.G. Sarmiento, “Anteproyecto de Convención sobre la contratación electrónica llevado a cabo por el Grupo de Trabajo IV sobre comercio electrónico de la Cnudmi”, *Derecho y Tecnología*, 2003/3, pp. 99-125. Y sobre el Proyecto de 2004: A. Madrid Parra, “Lento caminar hacia una posible Convención sobre contratación electrónica”, *Revista de la Contratación Electrónica*, mayo 2004, nº49, pp.53-59; y P. Perales Viscasillas, “Convención de Uncitral sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, 2005”, *Revista de la Contratación Electrónica*, junio 2006, nº 72, pp.59-75.

¹⁵ El art. II.2º CNY indica que: “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”.

sólo cuando existiese un intercambio, oferta y aceptación, de medios o formas de comunicación, se cumplía el requisito del acuerdo por escrito.

D) *La ficción del escrito*. El convenio arbitral perfeccionado oralmente, por actos de ejecución o por silencio o inacción. El párrafo 3º del art. 7 es, sin duda, alguna el precepto más importante e innovador. De acuerdo con dicho apartado

“Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”.

El concepto de escrito, sin duda alguna, aparece en este apartado tan deformado que no se reconoce como tal. En este punto es en el que la Ley Modelo puede criticarse no tanto por la solución que se adopta -la “parcial” consagración del principio de libertad de forma-, como por la manera en que se realiza: la distorsión del concepto de escrito. Se opta por una solución contra natura. Contra la naturaleza de las cosas. El escrito ya sea en su forma más tradicional como en la evolucionada que ampara a la forma electrónica no puede equipararse con la forma oral, los actos de ejecución o el silencio o la inacción. Todos ellos no pueden entrar dentro del concepto de escrito. El problema como ya se apuntó reside en el deseo del GT de no separarse del concepto de escrito del CNY, pero al mismo tiempo la necesidad de superar su estricto lenguaje y sobre todo interpretación práctica¹⁶. De ahí la

¹⁶ De ahí que en ambos casos la Secretaría de la Cnudmi tuviese en cuenta los informes y estudios que analizaban la disímil práctica jurisprudencial en torno al CNY. Así en relación con la primera versión de la LMU, destaca el estudio de la Secretaría sobre la Convención de Nueva York: A/CN.9/168 - Report of the Secretary-General: Study on the application and interpretation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). En relación con los trabajos recién realizados destaca el excelente documento, de consulta imprescindible: Nota de la Secretaría. Solución de controversias comerciales. Preparación de disposiciones uniformes sobre la forma escrita para los acuerdos de arbitraje.

solución artificial que se adopta enmascarando a otras posibles formas de perfección del convenio arbitral o del contrato bajo el concepto de escrito¹⁷.

No obstante, la lectura del precepto lleva al menos a dos importantes conclusiones.

En primer término, aunque siga existiendo ese substancial vínculo con el escrito, lo cierto es que éste no lo es a efectos formales, sino de prueba, a diferencia de la redacción original del art. 7 LMU¹⁸. Lo importante es que quede constancia, en cualquier forma, del contenido del acuerdo de arbitraje. Por ello, en principio, un acuerdo puramente verbal del que no

Párrafo 2 del artículo II de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958). A/CN.9/WG.II/WP.139, 14 diciembre 2005. El completísimo y documentado estudio concluye resaltando las “grandes diferencias entre los tribunales estatales en la interpretación del requisito de forma del artículo II.2)” (id., n°35). Efectivamente se deriva que frente a los tribunales que han empleado soluciones innovadoras para salvar la literalidad del art. II.2 CNY, otros se apegan ferreamente al tenor literal del texto internacional.

También destacan el nacimiento del art. 7 LMU en su versión primera con el objetivo de remediar los problemas del CNY: C.E. Esplugues Mota y M. McNerny, “Aproximación a la nueva Ley Modelo de Uncitral sobre arbitraje comercial internacional”, *RCEA*, 1986, p.16.

¹⁷ Crítico también por la ficción y la inconsistencia que se provoca: A. Uzelac, “Written form of the Arbitration Agreement. Towards a Revision of the Uncitral Model Law”, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 12, 2005, pp. 118-119. Es, por otra parte, la solución acogida por la Ley de Arbitraje inglesa, sección 5.4: “*An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement*”. Idéntica redacción en la sección 2AC (2)(d) Ordenanza de arbitraje de Hong Kong.

¹⁸ H.M. Holtzmann y J.E. Neuhaus, *A Guide to The Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers. The Hague: 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 C. Liebscher, “Interpretation of the written form requirement Art. 7(2) Uncitral Model Law”, *Int'l Arb. L. Rev.*, 2005, p. 164, considerando que esa es la interpretación prevalente, aunque algunas decisiones estipulan que se trata de una regla sobre prueba.

quede constancia por escrito no sería suficiente bajo esta opción de la LMU¹⁹.

En segundo lugar, destaca el retorno de los convenios arbitrales a su lugar natural, esto es, a las normas generales sobre formación de los contratos, sin hacer de él especie aparte merecedor de una regulación particular o específica. El convenio arbitral se perfeccionará siguiendo las mismas reglas que se aplican a cualquier contrato, por tanto mediante aceptación expresa, por actos de ejecución o, incluso, mediante el silencio o la inacción. Precisamente en el arbitraje comercial internacional esta consideración ha ido ganando fuerza jurisprudencial y práctica en los últimos años. Piénsese en la admisión de los convenios arbitrales perfeccionados por silencio o inacción²⁰, la práctica en los arbitrajes de inversiones donde la oferta pública realizada por el Estado que recibe la inversión se acepta cuando el inversionista presenta la demanda de arbitraje²¹,

¹⁹ “El Grupo de Trabajo convino en que un acuerdo de arbitraje puramente verbal no debería considerarse formalmente válido en virtud de la Ley Modelo. No obstante, se convino también en que, como criterio general, la mención de un documento contractual escrito o de un vínculo con tal tipo de documento que contenga una cláusula compromisoria debería ser suficiente para que quedara formalmente reconocida la validez del acuerdo de arbitraje”. *Vid.* Solución de controversias comerciales. Preparación de una disposición legal modelo sobre el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje. Nota de la Secretaría. A/CN.9/WG.II/WP.136, n°11, 19 julio 2005.

Vid. sección 5.6 Ley de arbitraje inglesa: “*Reference in this Part to anything being written or in writing include its being recorded by any means*”; y sección 2AC (2)(e) y sección 2AC (4): “*Writing includes any means by which information can be recorded*”.

²⁰ Caso *Filanto / Chilewich*: P. Perales Viscasillas, “La perfección por silencio de la compraventa internacional en la Convención de Viena de 1980”, *Derecho de los Negocios*, enero 1995, pp. 9-14.

²¹ Así, B. Cremades, “Del convenio arbitral y sus efectos (arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, *Comentario a la Ley de Arbitraje* (A. de Martín y S. Hierro Anibarro, coords.), Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 283. Sobre las diferentes formas de prestación del consentimiento en este área, *vid.* E. Fernández Masiá, *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 122 ss.

Es también el caso de los arts. 6, 7 y 9 del RD 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo: oferta pública de

o el arbitraje al hilo de las operaciones de concentración, donde existe una oferta irrevocable de arbitraje *erga omnes*²².

La prueba del convenio arbitral se torna en el elemento clave para determinar la existencia del mismo, separándose del criterio más radical de interpretación del escrito bajo el art. II.2º CNY, donde éste se identificaría con la forma *ad solemnitatem*, y aumentando considerablemente las posibilidades en la práctica comercial internacional de entender pactado un convenio arbitral.

Se amparan ahora bajo este precepto las más variadas formas de entender celebrado un convenio arbitral, algunas de ellas no permitidas bajo la redacción original del art. 7 LMU: ofertas por escrito aceptadas por silencio o por actos de 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, etc²³. Varias de estas

sometimiento a arbitraje por parte del empresario. O del recién instaurado sistema arbitral en materia de igualdad de oportunidades: RD 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad, *BOE*, 13-XII-06.

²² *Vid.* P. Perales Viscasillas, "Arbitrabilidad de los derechos de la propiedad industrial y de la competencia", *Anuario de Justicia Alternativa, Derecho Arbitral*, 2005, nº6, pp. 4-43; y SAP Madrid 29 de julio de 2005, nº585/2005 (sección 14) (RA 1547).

²³ Los supuestos aparecen contemplados en las letras a) a h) del documento A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, nº12, y recibió forma en un proyecto legal de disposición modelo que, por fortuna, fue posteriormente abandonada, puesto que era demasiado casuística: Arreglo de controversias comerciales. Posible régimen uniforme sobre ciertas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: forma escrita del acuerdo de arbitraje, medidas cautelares, conciliación. A/CN.9./WG.II/WP.110, nº15 y nº16, 22 septiembre 2000. De hecho, hubo un momento en que el Grupo de Trabajo tenía ante sí tres versiones: una corta, una larga y una intermedia. Las mismas pueden consultarse en Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 33º período de sesiones (Viena, 20 de noviembre a 1º de diciembre de 2000). A/CN.9/485, nº52; y en Arreglo de

situaciones involucran además cuestiones de incorporación por referencia que aparecen ahora en la nueva disposición modelo en el párrafo 6 del art. 7 LMU.

E) *La incorporación por referencia.* El último párrafo del art. 7 LMU regula la incorporación por referencia sin apartarse del criterio formulado en la redacción original del art. 7 LMU. Esta hipótesis no aparece tampoco en la CNY, lo que plantea dudas en torno a cómo se ha de tratar esta cuestión bajo el texto de la Convención²⁴.

V. Hacia la plena libertad de forma en el convenio arbitral: la Opción II de art. 7 LMU (La “propuesta mejicana”)

La simple y directa formulación de la Opción II del art. 7 que ofrece la LMU consiste llanamente en ofrecer una definición del acuerdo de arbitraje reproduciendo el primer inciso del antiguo art. 7.1º LMU, y haciendo desaparecer, en consecuencia, todo el resto del original art. 7 LMU, en particular la formulación relativa a la forma escrita.

La nueva formulación indica que:

“El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no”.

controversias comerciales. Posible régimen uniforme sobre: forma escrita del acuerdo de arbitraje, medidas cautelares y conciliación. A/CN.9/WG.II/WP.113, nº13, 23 marzo 2001. La versión larga sirvió de base para el art. 6 de la Ley de Arbitraje de Croacia: *vid.* A. Uzelac, “The Form of the Arbitration Agreement and the Fiction of Written Orality How Far should We Go?”, *Croatian Arbitration Yearbook*, 2001, nº8, p.100.

²⁴ *Vid.* T. Landau, “The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement: When ‘Written’ Means ‘Oral’”, *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, ICCA International Arbitration Congress Series nº11. Kluwer Law International, 2003, pp. 30-31; y A/CN.9/WG.II/WP.139, nº18-21.

El convenio arbitral es un mero acuerdo de voluntades sin necesidad de cumplimentar ninguna forma. Es exclusivamente 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. Se notará que esta propuesta se formula de forma más liberal que la anterior, puesto que bajo la Opción I no sería posible un acuerdo verbal del que no quede constancia de su contenido por remisión a algún escrito. Por ejemplo, no sería posible probar la existencia del acuerdo de arbitraje por testigos, lo que sí podría ser posible bajo la opción que ahora examinamos.

Esta propuesta surgió en un estado muy avanzado de los trabajos de la Uncitral por parte de la delegación de México²⁵ y fue respaldada por un importante grupo de delegaciones no plenamente conformes con la Opción I. El problema nuevamente para que esta propuesta no ganara la aceptación plena del grupo de trabajo fue el requisito del escrito para el convenio arbitral bajo el CNY. Aunque sinceras muestras de simpatía con la propuesta mejicana fueron expresadas por la inmensa mayoría de las delegaciones, se entendió por un sector numeroso que era una propuesta “futurista”, de un consenso internacional sobre el convenio arbitral del que podríamos hablar dentro de treinta o cuarenta años, pero no la realidad actual del arbitraje, por lo que la línea más segura y conservadora pasaba por continuar atados al concepto de escrito del CNY. Los defensores de la propuesta mejicana advirtieron, no obstante, que la formulación que proponían no resultaba incongruente con el CNY por aplicación del art. VII del mismo, esto es, de la disposición más favorable²⁶.

A la postre ninguna de las dos propuestas fue rechazada o aceptada totalmente por el GT, y puesto que no eran

²⁵ 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.

²⁶ *Vid.* A/CN.9/WG.II/WP.137, n°II.3.

irreconciliables se acordó mantener ambas en espera de que los Estados decidieran cuál de las formulaciones era más aceptable en su ordenamiento jurídico. Se echa en falta en esta propuesta, en nuestra opinión, una norma que regule la incorporación por referencia, por lo que podría complementarse añadiendo la regla que aparece en el párrafo 6 de la Opción I, que se corresponde con la versión original del art. 7.2º LMU, según ya se dijo.

VI. La modificación de la Ley Modelo en relación con las medidas cautelares²⁷

Las medidas cautelares tan importantes en ocasiones como la decisión en cuanto al fondo están siendo cada vez más utilizadas en el ámbito del arbitraje comercial internacional. De ahí que la Uncitral decidiese acometer la tarea de dotar a la institución de la medida cautelar de un régimen completo y sistemático que ha dado lugar a un largísimo Capítulo IV bis, con un único art. 17 compuesto de 11 apartados, 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 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 figura jurídica la orden preliminar.

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 por ello desconocida, y probablemente lo sea también en el lenguaje jurídico: una

²⁷ *Vid.* P. Perales Viscasillas, "Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la Ley Modelo de la Cnudmi", *RJC*, 2007, nº2, pp.87-123, con ulteriores citas.

denominación nueva para una nueva figura jurídica. La orden preliminar no puede considerarse como un subtipo de la medida cautelar. Los juristas deberán ahora establecer conceptualmente las diferencias entre una y otra. La diferencia es, sobre todo, en nuestra opinión funcional: la medida cautelar tiende a evitar que se frustre la efectividad del laudo final, mientras que la orden preliminar tiende a evitar que se frustre la efectividad de la medida cautelar, por lo que es una institución de marcado carácter restrictivo y excepcional en comparación con la medida cautelar.

La recién creada institución responde al compromiso al que se tuvo que llegar dentro del Grupo de Trabajo II sobre arbitraje comercial internacional de la Uncitral como forma de reconciliar dos posiciones antagónicas: la de aquellos que deseaban otorgar al tribunal arbitral la facultad de conceder medidas cautelares *inaudita altera parte* o, como las denominan los anglosajones, medidas cautelares *ex parte*, frente a la posición de aquellos que estimaban que no debía concederse dicho poder a los árbitros.

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. 17 E.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 LMU, cubriéndose así un importante vacío, y superando los inconvenientes del CNY, que no se aplica, según se entiende mayoritariamente, a los laudos sobre medidas cautelares al no

tratarse de decisiones finales sobre la controversia²⁸. El régimen de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar sigue los arts.35 y 36 LMU y sus preceptos paralelos en el CNY, aunque se han diseñado normas específicas *ad hoc* para las medidas cautelares.

1. Las medidas cautelares: facultad del tribunal arbitral, concepto, forma y momento en que pueden ser otorgadas (art. 17)

A) *Facultad del tribunal arbitral*. El párrafo 1º del art. 17 revisado comienza su redacción estableciendo como principio general la facultad de los árbitros para otorgar medidas cautelares. La regla, como sucede en numerosísimas cuestiones arbitrales no sólo está sujeta al principio rogatorio o dispositivo, y, en consecuencia, a la petición de una de las partes, sino que además cede ante el acuerdo en contrario de las mismas. Esta nueva formulación está en plena consonancia con el art. 17 en su primera versión de la Ley Modelo²⁹, confirmándose dos principios generales aplicables a las medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: la petición a instancia de parte y la primacía del principio de autonomía de la voluntad. Confirma, además, las tesis más modernas en torno al poder inherente de los árbitros de ordenar dichas medidas, y que

²⁸ En la jurisprudencia puede verse: *Supreme Court of Queensland* (Australia), 29 Octubre 1993, *Resort Condominiums International Inc. / Resort Condominiums (Australasia)*.

²⁹ Ambas han sido, además, expresamente incorporadas por todas las jurisdicciones que disponen de leyes de arbitraje basadas en la Ley Modelo. Cf. Binder, n°4-030. Es también el caso de la Ley española, art. 23.1 LA: "salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas...". Y confirmando el principio rogatorio: art. 721 (LEC), especialmente apartado 2º. Además, no se considera aplicable al arbitraje la excepción que se prevé en ese precepto de la LEC que permite al juez que excepcionalmente adopte de oficio una medida cautelar (Así, L.A, Cucarella Galiana, *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de Arbitraje)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2004, p.331; *id.*, "La potestad de los árbitros para decretar medidas cautelares", *Anuario Justicia Alternativa*, 2004, n°5, pp. 85-106).

derivaría de otros poderes más amplios: el que se extrae del art. 15.1 Reglas arbitraje Uncitral o de la propia naturaleza del laudo como una decisión final vinculante sobre el fondo del asunto.

B) *Concepto*. La medida cautelar aparece definida en el nuevo art. 17.2º LMU como toda medida temporal por la que se ordene a una de las partes que:

- “a) Mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;
- b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
- c) Proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
- d) Preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

La definición proporcionada aunque aparentemente cerrada es lo suficientemente elástica como para incluir un elenco muy variado de hipótesis susceptibles de provocar la solicitud de una medida cautelar. Frente al sistema de lista que se emplea en algunos ordenamientos jurídicos y por las que se especifican singularmente las medidas cautelares que se pueden adoptar, siendo éste el caso de la LEC española (art. 727) si bien proporciona una cláusula general a modo de cierre (art. 727.11º), la Ley Modelo opta por categorías generales amplias donde caben encuadrar las más variadas medidas cautelares.

Además, frente a la redacción original del art. 17, en las nuevas disposiciones modelo se desvincula a la medida cautelar del objeto del litigio. Se amplía expresamente de esta forma el objeto de la medida cautelar que puede abarcar no sólo al objeto o a la relación jurídica controvertida, sino a otras situaciones que excedan de la relación jurídica como las contempladas en los apartados a), b) o c) del art. 17.2º LMU.

C) *Forma*. En cuanto a la forma, se establece que la medida cautelar puede adoptar o no la forma de un laudo (art. 17.2º). Este reconocimiento expreso de la liberalidad en cuanto a la forma de la medida, que ha sido adoptado también en el art. 23.2º LA, ha de verse en conjunción con el sistema de reconocimiento y ejecución de la medida que se prevé en el nuevo capítulo IV LMU, evitándose 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.

D) *Momento en que pueden otorgarse*. Por lo que atañe al momento de su otorgamiento, 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. 17.2º). Esta regla es corolaria de otra reconocida en el art. 9 LMU por la que la potestad de otorgar medidas cautelares recae tanto en los tribunales arbitrales como en los judiciales, sin que el recurso a la sede judicial, una vez nombrados los árbitros, implique una renuncia al arbitraje y sin que deje de reconocerse que la naturaleza contractual del arbitraje lleva a que la sede natural para el otorgamiento de las medidas cautelares resida en los árbitros³⁰, y sin que deban permitirse las cláusulas de arbitraje por las que las partes renuncian a la competencia de los tribunales estatales. Pese a lo indicado, todavía hoy existen ordenamientos jurídicos que no reconocen a los árbitros la potestad de otorgar medidas cautelares, si bien la tendencia en las leyes de arbitraje modernas es la de otorgar dicha facultad a los árbitros.

³⁰ K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Studies in Transnational Economic Law, vol.9. Kluwer Law International, 1993, p. 348; J.D.M. Lew, L. Mistelis y S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, la Haya, Londres, Nueva York, Kluwer Law International, 2003, , nº 23-14, y nº 23-118; A. Yesilirmak, "Provisional Measures", en *Pervasive Problems in International Arbitration* (L.A. Mistelis y J.D.M. Lew, eds.), Kluwer Law International, 2006, nº 9-2.

2. Las órdenes preliminares: facultad del tribunal arbitral, finalidad, vigencia y forma (arts. 17 B y C)

A) *Facultad del tribunal arbitral.* Al igual que hemos visto en relación con las medidas cautelares, la orden preliminar se concederá por el tribunal arbitral previa petición de una de las partes. Asimismo, esta facultad del tribunal arbitral cede ante el acuerdo en contrario de las partes (art. 17 B.1).

B) *Finalidad.* 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. La notificación de la medida cautelar a la otra parte del litigio puede entrañar el riesgo de que se frustre la medida solicitada. Se observará que la medida cautelar se solicita *inaudita altera parte*, pero no su emisión. 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 ha de notificar a las partes todas aquellas comunicaciones habidas en relación con la medida cautelar y la orden preliminar, al tiempo que dará la oportunidad a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible (art. 17 C.2)³¹, debiendo pronunciarse el tribunal sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar (art. 17 C.3).

El régimen así descrito intenta 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 previa audiencia de parte. 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

³¹ En igual sentido, Principio 8.2 ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure (2004).

las notas más características³², junto a los fuertes límites impuestos que buscan proteger a la parte aquejada por la orden preliminar. Este nuevo régimen, en nuestra opinión, resulta beneficioso para el arbitraje al lograr el equilibrio entre los dos intereses descritos, facilitando el desarrollo de la función arbitral. No creemos, pues, que el nuevo régimen así creado resulte perjudicial para la imagen del arbitraje en el mundo, ni mucho menos que se rompa con el principio de igualdad, establecido en el art. 18 LMU, o el derecho de las partes a un proceso debido. Estos son igualmente principios consagrados y defendidos en los ordenamientos nacionales, así como en los principios procesales internacionales³³, sin que se haya impedido que se permita la adopción de las medidas *inaudita altera parte*³⁴. En este sentido, nuestra LEC permite adoptar medidas *inaudita altera parte* por los tribunales, estableciendo un régimen protector de la parte demandada consistente en otorgarle el derecho a ser oída una vez que se le notifica el auto por el que se acuerda la medida cautelar (art. 739 LEC), así como la obligación del juez de decidir acerca de la oposición que se presente por el demandado a la medida cautelar (art. 741 LEC). De lo anterior resulta meridianamente claro que el régimen protector establecido para la orden preliminar en la LMU resulta conforme con el ordenamiento procesal español, y, en consecuencia, no puede decirse que las nuevas disposiciones modelo contraríen el orden público procesal español.

C) *Vigencia*. En relación a la vigencia o temporalidad, la orden preliminar tiene 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. 17 C.4).

³² La celeridad se erige también en uno de los principios aplicables a toda medida cautelar como al efecto apunta Yesilirmak, 9-14.

³³ *Vid.* ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure (2004), Principios 5.8, y 8, estimando para las órdenes *inaudita altera parte* similares cautelas a las establecidas en la nueva regulación de la LMU.

³⁴ Así también: A/CN.9/508, n°77.

La expiración de la orden implica su caducidad, no existiendo, por lo tanto, la posibilidad de prorrogar la misma³⁵. Se establece, no obstante, que el tribunal arbitral pueda otorgar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar. Pero ésta es una medida cautelar ordinaria en tanto que se le aplica el régimen general de las medidas cautelares, muy singularmente la previa audiencia de parte (art. 17 C.4).

D) *Forma*. Finalmente en cuanto a la forma, debe resaltarse que la orden preliminar no puede adoptar la forma de laudo, a diferencia, como hemos visto, de la medida cautelar que sí podrá adoptar dicha forma, aunque, por supuesto, es vinculante para las partes (art. 17 C.5).

3. Disposiciones aplicables a las medidas cautelares y a las órdenes preliminares

A) *Condiciones para el otorgamiento* (art. 17 A y 17 B.3). El art. 17 A.1 establece las condiciones para el otorgamiento de la medida cautelar típicamente acogidas para esta institución tanto en los ordenamientos internos como en la práctica del arbitraje internacional:

- El *fumus bonis iuris* o la apariencia de un buen derecho, esto es, la existencia de un principio de prueba del derecho a proteger, confirmando, además, el art. 17 A.1 b) que la determinación a que llegue *prima facie* el tribunal arbitral no prejuzgará toda determinación subsiguiente.

³⁵ *Vid.* no obstante, Principios sobre medidas provisionales y cautelares en litigios internacionales, adoptados en 1996 por el Comité de Litigación Civil y Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional (ILA) (en adelante Principios ILA), n°13: "Toda medida cautelar así otorgada será de validez limitada, pero podrá ser renovada a la luz de las actuaciones en el tribunal que conozca el fondo del litigio".

- La existencia del *periculum in mora*, esto es, el peligro por la mora procesal: necesidad de evitar un peligro notable o el agravamiento del litigio.

Junto a ello, el precepto se refiere al estándar o nivel de demostración que el solicitante de la medida o peticionario de la orden deberá emplear frente al tribunal arbitral. El solicitante o peticionario no ha de probar dichas condiciones³⁶, sino que le basta con desplegar la actividad necesaria para *convencer* (*shall satisfy*) al tribunal de que ambos concurren en el caso en cuestión. Estas condiciones son también aplicables a las órdenes preliminares (art. 17 B.3) incluida también la letra a) del art. 17 A.1 que se ajusta en su redacción a la orden preliminar. Una posible excepción a la aplicación de las condiciones mencionadas se hace en relación con las medidas cautelares dirigidas a preservar elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia (art. 17.2º.d) LMU), y es que tanto el *fumus bonis iuris* como el *periculum in mora* sólo se aplican “en la medida en que el tribunal lo estime oportuno” (art. 17 A.2).

B) *Modificación, suspensión o revocación* (art. 17 D). Se prevé que el tribunal arbitral pueda modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar. Dicho poder actúa ya sea a instancia de parte o de oficio, aunque en este último caso su actuación queda supeditada a que concurren circunstancias excepcionales y a la previa notificación a las partes. Si se produce alguna de las circunstancias enunciadas en el art. 17 D en relación con una medida cautelar, se origina para la parte que esté solicitando o haya obtenido su reconocimiento o ejecución el deber de comunicar la decisión arbitral al tribunal nacional competente (art. 17 H.2).

C) *Exigencia de una garantía por el tribunal arbitral* (art. 17 E). Tanto en el caso de la orden como en el de la medida se prevé que el tribunal arbitral exija al solicitante o peticionario

³⁶ *Vid. v.gr.*, art. 36.1º.a) LMU.

que preste una garantía adecuada respecto de la medida o la orden. La diferencia estriba en que en el caso de la orden dicha caución ha de exigirse obligatoriamente (salvo que el tribunal lo considere inapropiado o innecesario), mientras que en la medida será potestativo para el tribunal arbitral su exigencia³⁷. En este sentido, se pronunciaba, también, el art. 17 LMU en su primera versión.

La caución ha sido tradicionalmente considerada como un presupuesto de la medida cautelar, de forma que, salvo que el reglamento arbitral dispusiese lo contrario, debía pedirse al solicitante de la medida el depósito de una garantía³⁸. Se formula, pues, en términos de condición. Bajo la LMU, y para el caso de la orden preliminar, ha de notarse que la solicitud de la caución aun siendo obligatoria no se estipula con carácter condicional, de modo que el tribunal arbitral puede exigir la caución en cualquier momento del procedimiento³⁹. No obstante lo anterior, no ha de descartarse que el tribunal arbitral pueda condicionar, si lo estima oportuno, la caución al otorgamiento de la orden.

D) *Comunicación de información* (art. 17 F). Este precepto se destina a establecer los deberes de información que se han de cumplir en relación con la medida y con las órdenes preliminares. El régimen que se establece es diferente y tiene su causa en la situación en que se encuentra la parte contra la que se dirige la orden preliminar mientras no haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. Así durante todo ese período de tiempo, se establece para la parte peticionaria de una

³⁷ Esta cuestión fue muy debatida en el seno del Grupo de Trabajo, junto con el régimen de responsabilidad por daños, *vid.*: A/CN.9/545, n°59-62; Nota de la Secretaría. Medidas Cautelares, 29 enero 2004 (A/CN.9/WG.II/WP.128, n°28-31, y n°43-55; Nota de la Secretaría. Medidas cautelares- Régimen de responsabilidad, 27 enero 2004 (A/CN.9/WG.II/WP.127, n°1-4, con interesantes aportaciones de derecho comparado (*id.*, n°5-37); y A/CN.9/569, n°35-38.

³⁸ F.J. Garcimartín, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw Hill, 1996, p. 193.

³⁹ Esta es la interpretación que se deriva de la historia legislativa, *vid.* A/CN.9/WG.II/WP.138, n°18.

orden preliminar un deber de revelación de toda circunstancia que pueda ser relevante para la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar sobre si debe otorgar o mantener la orden (art. 17 F.2), lo que incluye tanto la información favorable como la adversa⁴⁰. Pasado ese período, el deber de información que se aplica al peticionario de la orden es el mismo que se aplica al solicitante de la medida cautelar, a saber: es el tribunal arbitral el que 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. 17 F.1).

La norma en relación con la medida cautelar *inaudita altera parte* debe ser vista como una excepción en relación con la LMU, donde los documentos y pruebas presentados por las partes son aquellos que resultan necesarios y pertinentes para apoyar los hechos en litigio⁴¹; excepción que resulta necesaria por la especial situación que afecta a las medidas *inaudita altera parte*, y que, en nuestra opinión, no sólo resulta acorde con las excepciones a la regla general enunciada en la LMU en materia de prueba y que se han desarrollado internacionalmente⁴², sino además resulta

⁴⁰ Ese deber de información, el llamado "*full and frank disclosure*" (divulgación franca y cabal) es típico de los ordenamientos anglosajones, y no es conocido como principio en los ordenamientos procesales civiles (cf. J.J. Van Haersolte-Van Hof, "Interim Measures of Protection -a European and Continental Perspective", *In International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*. ICCA International Arbitration Congress series n°11. General Editor Albert Jan van den Berg with the assistance of the Permanent Court of Arbitration. Kluwer Law International, 2003, pp. 155-156; y la discusión en A/CN.9/508, n°78). Es corolario del "*full and automatic discovery*" que es desconocido también en los sistemas de Derecho civil (A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet and Maxwell, 2004, n° 6-71), y que se considera debe ser rechazado en los arbitrajes internacionales (G. Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, Private International Law Series, Oxford University Press, 2004, n°5.125 [6 f]).

⁴¹ *Vid.* art. 23.1° LMU y arts. 18.2°, 19.2° y 24.2° Reglamento de Arbitraje Cnudmi.

⁴² *Vid.* art. 3.6 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, 1 junio 1999, que se refiere a la orden del tribunal

conforme con el Principio 8.2 ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure (2004) aplicable a la medida cautelar *inaudita altera parte* en litigios judiciales: “*The applicant must fully disclose facts and legal issues of which the court properly should be aware*”.

E) *Costas y daños y perjuicios* (art. 17 G). Si el tribunal llega al convencimiento de que no debería haber otorgado la medida o la orden, condenará al solicitante de la medida o al peticionario de la orden al pago de las costas y de los daños y perjuicios ocasionados⁴³. La disposición impone una regla de distribución de las costas y de los daños y perjuicios que prevalece sobre las reglas generales que puedan existir, en su caso, en las reglas de arbitraje.

4. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares (arts. 17 H e I)

La sección 4^a del nuevo capítulo IV A se ocupa del régimen jurídico aplicable al reconocimiento y ejecución de la medida cautelar, cubriendo así un importante vacío en la regulación original del art. 17. 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 del CNY por no adoptar la forma de laudo (por ejemplo,

de que se presenten documentos que están en la posesión, control o custodia de una de las partes, sean favorables o no a su causa. Se podría, pues, entender que la ratio del precepto estriba en obligar a una parte a que presente aquellos documentos desfavorables cuando están bajo su control. Del mismo modo, puede decirse que cuando se solicita una orden preliminar *inaudita altera parte* el “control” de los hechos y de la información se residen en la parte solicitante de la misma.

⁴³ En similar sentido, Principio 8.3 ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure (2004).

si por su forma resulta ser una orden provisional o interlocutoria, o un laudo parcial⁴⁴) 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.

Con el nuevo régimen, toda medida cautelar será ejecutable con independencia de la forma que adopte, ya sea una mera orden o un laudo. 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. 17 C.5). Podría decirse, en este sentido, que ésta es una de las mayores debilidades de la institución, puesto que sin la posibilidad del exequátur la eficacia de la orden queda francamente disminuida⁴⁵. Sin embargo, la orden preliminar es vinculante para las partes (art. 17 C.5)⁴⁶, 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.

Por lo que atañe al régimen de reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares y particularmente en lo que respecta a los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución se sigue, acertadamente en nuestra opinión, en la medida de lo posible los arts. 35 y 36 LMU en relación con el reconocimiento y ejecución de los laudos, y por ende el régimen del CNY de 1958.

⁴⁴ En la nomenclatura utilizada por el art. 32.1º Reglamento Cnudmi arbitraje, contraponiéndose así con el laudo definitivo.

⁴⁵ De hecho este es un argumento recurrente para la doctrina contraria a las medidas cautelares *inaudita altera parte*. Así: Y. Derains, "The View Against Arbitral ex parte Interim Relief", *Dispute Resolution Journal*, Aug-Oct, 2003, vol.58, nº3, pp.61-62. Y entre nosotros crítico: A.M. Lorca Navarrete, "Problemas prácticos y teóricos que plantea la adopción de medidas cautelares en el modelo de arbitraje Uncitral/Cnudmi", *La Ley*, nº6634, 22 enero 2007, p.4.

⁴⁶ Exteriorizándose así un principio básico aplicable al arbitraje internacional: Petrochilos, nº5.125.

5. Medidas cautelares dictadas por el tribunal (art. 17 J)

La última de las disposiciones sobre medidas cautelares intenta cubrir un vacío legal de algunos ordenamientos jurídicos que no han previsto que los tribunales judiciales puedan prestar auxilio judicial a los árbitros ordenando medidas cautelares, o que sólo lo han previsto en relación con arbitrajes que se sustancian en su territorio. De esta forma el art. 17 J señala que

“El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional”.

VII. Otras modificaciones de la Ley Modelo

1. Interpretación y suplementación de lagunas en la Ley Modelo

Se añade un nuevo art. 2 A (Origen internacional y principios generales):

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

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley”.

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 Uncitral y busca lograr la mayor uniformidad posible en la aplicación e interpretación de los textos de la Uncitral. 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 mercaderías⁴⁷. Resalta una diferencia y es que el texto 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 sumamente adecuado en el contexto del arbitraje mercantil 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, por supuesto, 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 suplementación de lagunas. Resulta interesante resaltar que algunos Estados al implementar la LMU han redactado disposiciones dirigidas a tener en cuenta en la interpretación de la Ley no sólo los trabajos previos de la Uncitral sino, incluso, en general a los trabajos que emanan de la Uncitral⁴⁸.

El deseo de lograr una interpretación internacional y autónoma de la Ley, esto es, desligada de los conceptos y

⁴⁷ Sobre el mismo *vid.* R. Illescas Ortiz y P. Perales Viscasillas, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Madrid, Cersa, 2003, pp. 115 ss; y A. Martínez Canellas, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*, Granada, Comares, 2004.

⁴⁸ Así sección 17 de la Ley internacional de arbitraje de Australia; la Ley de Arbitraje de Zimbawe de 1996 (sección 2.3); y sección 4 Ley de Arbitraje internacional de Singapur. *Vid.* además, sección 20 Ley sobre Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas de 2003 (Filipinas) cuya sección 20 se refiere a la interpretación de la Ley de acuerdo con la historia legislativa de la LMU, y su interesante sección 25 que establece que en la interpretación de la Ley se ha de tener en cuenta el principio del *favor arbitris*; y art. 25.3 del Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR, de 23 julio 1998, donde la LMU es una de las fuentes a considerar en la interpretación del acuerdo. Incluso, alguna sentencia se basa en el comentario analítico de la LMU: Tribunal de Ontario, División General (Feldman J), 13 febrero 1992, *Robert E. Schreter v. Gasmac Inc* (CLOUT 30).

tradiciones nacionales, ha llevado a que la Uncitral haya creado dos iniciativas dirigidas a lograr la interpretación uniforme por parte de los jueces y los tribunales arbitrales. En primer término, el sistema CLOUT (*Case Law on Uncitral Texts*) por el que se ofrecen los resúmenes en los seis idiomas oficiales de Naciones Unidas y ocasionalmente el texto completo de las sentencias y laudos nacionales que aplican e interpretan la Ley Modelo; en ocasiones también se ofrece la jurisprudencia sobre el CNY. En segundo lugar, el Compendio de jurisprudencia sobre la LMU todavía en fase de proyecto. Además a la hora de interpretar la Ley Modelo se podrá acudir también en la medida en que observen grandes similitudes a la interpretación y doctrinal que ha recibido el CNY⁴⁹.

2. La modificación del art. 35.2º LMU

El art. 35.2º LMU en su versión original indica que:

“La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en un idioma oficial de este Estado, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos”.

Este precepto especifica, pues, los requisitos que el demandante de la ejecución de un laudo arbitral debe cumplir para obtener dicha ejecución. Dichos requisitos, que aparecen igualmente en el art. IV CNY, son: el original debidamente

⁴⁹ CLOUT 391 [The Ontario] Superior Court of Justice (Lax J.), 22 septiembre 1999, *Re Corporación Transnacional de Inversiones, SA de CV v STET International SpA (Canada)*: “The grounds for challenging an award under the Model Law are derived from Article V of the NYC. Accordingly, authorities relating to Article V of the NYC are applicable to the corresponding provisions in Articles 34 and 36 of the Model Law”; también: Court of Appeal of Bermuda, 29 enero 2003, *Associated Electric & Gas Insurance Services Ltd v European Reinsurance Company of Zurich*: [2003] UKPC 11.

autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo; el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el art. 7 o copia debidamente certificada del mismo⁵⁰; y una traducción de dichos documentos si el laudo o el acuerdo no estuvieran redactados en uno de los idiomas oficiales del Estado en el que se solicita el reconocimiento y la ejecución. El art. IV CNY añade que la traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado o por un agente diplomático o consular.

El deseo de facilitar el reconocimiento y la ejecución llega hasta el extremo de flexibilizar las condiciones enumeradas en los arts. 35.2º LMU en su redacción original y IV CNY. Esa flexibilidad ha querido verse trasladada al nuevo art. 35.2º LMU que señala que:

“La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia del mismo. Si el laudo no estuviera redactado en un idioma oficial de ese Estado, el tribunal podrá solicitar a la parte que presente una traducción del laudo a ese idioma”.

En relación con los convenios arbitrales electrónicos se desprende claramente que el nuevo art. 35.2º LMU elimina la necesidad de presentar el original del acuerdo de arbitraje o copia debidamente certificada, lo que es lógico especialmente si pensamos en un entorno electrónico, donde no existiría original en cuanto a tal.

3. La modificación del art. 1.2º

El art. 1.2º LMU se modifica con el objetivo de añadir a las disposiciones sobre medidas cautelares previstas en los nuevos artículos 17 H, 17 I, y 17 J, esto es, estas disposiciones podrán aplicarse fuera de la sede del arbitraje, gozando de eficacia extraterritorial.

⁵⁰ *Vid.* denegando el exequátur por no entregar el original o copia del acuerdo de arbitraje: ATS 26 de octubre de 2004 (RA 307519).

RESUMEN: A finales del año 2006, la Asamblea General de Las Naciones Unidas aprobó una importantísima modificación en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de 1985 de la Cnudmi/Uncitral. La reforma giró en torno a la forma del acuerdo de arbitraje del art. 7 de la Ley Modelo, ofreciéndose ahora dos opciones a los legisladores nacionales. La Opción I continúa apegado al requisito de la forma escrita, como el texto original del art. 7, aunque va más allá. La Opción II ya no se refiere a la forma escrita por lo que acoge la plena libertad formal del convenio arbitral. Asimismo, el art. 17 sobre medidas cautelares ha sido objeto de una importante modificación, por la que se crea un nuevo capítulo IV en el que se regula detalladamente el régimen jurídico de la medida cautelar, aunque también de una nueva institución: la orden preliminar. Otras disposiciones de la Ley Modelo han sido objeto de reforma como el art. 35, al tiempo que se ha introducido un nuevo art. 2 bis sobre interpretación de la Ley Modelo. Finalmente, la Uncitral ha emitido por vez primera una importante recomendación acerca de la interpretación de determinados preceptos de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE MERCANTIL INTERNACIONAL, LEY MODELO DE LA CNUDMI, ACUERDO DE ARBITRAJE, MEDIDAS CAUTELARES, CONVENCION DE NUEVA YORK.

ABSTRACT: *At the end of 2006 the General Assembly of the UN approved a modification of the 1985 Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration. The focus of the reform has been art. 7 on the form of the arbitration agreement where two options are given to the States. Option I still refer to the requirement of the written form of the arbitration agreement, like the original Art.7 provision, but goes beyond it. Option II does not refer any more to the written form and thus freedom of form is achieved for the conclusion of the arbitration agreement. Also, former art. 17 on the Model Law on Interim Measures of Protection has been subject to a deep reform. A new Chapter IV deals extensively with interim measures and a new institution: the preliminary order. Other provisions of the Model Law have been also touched upon like art. 35 on the requirements for the recognition and enforcement of arbitral awards or a new provision on interpretation and supplementation of the Model Law (art. 2 bis). Finally, an important recommendation on the interpretation of the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards is for the first time issued by Uncitral.*

KEY WORDS: INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION - UNCITRAL MODEL LAW - ARBITRATION AGREEMENT - INTERIM MEASURES OF PROTECTION - NEW YORK CONVENTION.