Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

ANUARIO

Volumen XVI: 1985

NACIONES UNIDAS
Nueva York, 1989

NOTA

Las signaturas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de tales signaturas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

A/CN.9/SER.A/1985

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
Número de venta: S.87.V.4
ISBN 92-1-333152-5
ISSN 0251-4273
05400P

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN vi

Primera parte. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; observaciones y decisiones sobre el mismo

DECIMOCTAVO PERÍODO DE SESIONES (1985)

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 18.° período de sesiones (Viena, 3-21 de junio de 1985) (A/40/17) 3

B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo (31.° período de sesiones) 49

C. Asamblea General: Informe de la Sexta Comisión (A/40/935) 49

D. Resoluciones 40/71 y 40/72 de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1985 50

Segunda parte. Estudios e informes sobre cuestiones concretas

I. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

A. Compilación analítica de las observaciones formuladas por gobiernos y organizaciones internacionales acerca del proyecto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional: informe del Secretario General (A/CN.9/263 y Add. 1-3) 55

B. Comentario analítico sobre el proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional: informe del Secretario General (A/CN.9/264) 109

II. PAGOS INTERNACIONALES

A. Títulos negociables internacionales 151

Informe del Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales acerca de la labor realizada en su 13.° período de sesiones (Nueva York, 7-18 enero 1985) (A/CN.9/261) 151

B. Transferencias electrónicas de fondos 161

Proyecto de Guía Jurídica sobre las transferencias electrónicas de fondos: informe del Secretario General (A/CN.9/266 y Add.1 y Add.2) 161

III. NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL: CONTRATOS INDUSTRIALES

A. Sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional 213

1. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional acerca de la labor realizada en su sexto período de sesiones (Viena, 10-20 septiembre 1984) (A/CN.9/259) 213

2. Proyecto de Guía Jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de obras industriales: informe del Secretario General (A/CN.9/WG.V/WP.13 y Add.1-6) 229

B. Séptimo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional 265

1. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional sobre la labor realizada durante su séptimo período de sesiones: (Nueva York, 8-19 abril 1985) (A/CN.9/262) 265

Página

2. Proyecto de Guía Jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales: informe del Secretario General (A/CN.9/WG.V/WP.15 y Add.1 a 10) 286

C. Trabajo adicional de la Comisión en la esfera de los contratos internacionales para la construcción de instalaciones industriales: nota de la Secretaría (A/CN.9/268) 345

IV. EMPRESARIOS DE TERMINALES DE TRANSPORTE

Octavo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales 347

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales acerca de la labor realizada en su octavo período de sesiones (Viena, 3-13 diciembre 1984) (A/CN.9/260) 347

B. Documentos de trabajo presentados por el Grupo de Trabajo 361

1. Responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte: cuestiones a examinar por el Grupo de Trabajo: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.52) 361

2. Informe explicativo del texto del anteproyecto de Convención sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte, preparado por la secretaría del UNIDROIT: nota de la secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.52/Add.1) (Para fines de consulta únicamente) 369

3. Responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte: cuestiones adicionales que habrá de examinar el Grupo de Trabajo: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.53) 369

V. PROCESO AUTOMÁTICO DE DATOS

Valor jurídido de los registros computadorizados: informe del Secretario General (A/CN.9/265) 373

VI. COORDINACIÓN DE LOS TRABAJOS

Aspectos jurídicos de la transferencia de tecnología: actividades en curso de las organizaciones internacionales dentro del sistema de las Naciones Unidas: informe del Secretario General (A/CN.9/269) 391

VII. SITUACIÓN DE LAS CONVENCIONES

Situación de las Convenciones: nota de la Secretaría (A/CN.9/271) 405

VIII. CAPACITACIÓN Y ASISTENCIA

Capacitación y asistencia: informe del Secretario General (A/CN.9/270) 409

IX. DIFUSIÓN DE LAS DECISIONES

Difusión de las decisiones relativas a los textos jurídicos de la CNUDMI e interpretación uniforme de esos textos: nota de la Secretaría (A/CN.9/267) 411

Tercera parte. Anexos

I. LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (A/40/17, anexo I) 417

II. ACTAS RESUMIDAS DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL CORRESPONDIENTES A LAS SESIONES DEDICADAS A LA PREPARACIÓN DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (A/CN.9/SR.305-333) 425

Página

III. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTES RELATIVAS A LA LABOR REALIZADA POR LA CNUDMI (A/CN.9/284) 543

IV. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI 547

V. REMISIONES: DOCUMENTOS DE LA CNUDMI A LOS QUE SE HACE REFERENCIA EN EL PRESENTE VOLUMEN Y QUE SE HAN REPRODUCIDO EN ANTERIORES VOLÚMENES DEL ANUARIO 551

INTRODUCCIÓN

El presente es el 16.° volumen de la serie de Anuarios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)[1].

Este volumen consta de tres partes. La primera parte contiene el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 18.° período de sesiones, que se celebró en Viena del 3 al 21 de junio de 1985, y las observaciones y decisiones al respecto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y de la Asamblea General.

La segunda parte reproduce la mayoría de los documentos examinados por la Comisión en su 18.° período de sesiones. Entre estos documentos figuran los informes de los grupos de trabajo de la Comisión que se ocupan, respectivamente, de los títulos negociables internacionales, el nuevo orden económico internacional y las prácticas contractuales internacionales, así como informes y notas del Secretario General y de la Secretaría. Se han incluido asimismo en esta parte algunos de los documentos de trabajo presentados a los grupos de trabajo.

La tercera parte contiene la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, que fue aprobada por la Comisión en su 18.° período de sesiones, las actas resumidas de algunas sesiones de la Comisión, una bibliografía de trabajos recientes relacionados con la labor de la Comisión, preparada por la Secretaría, una lista de los documentos de la CNUDMI y una lista de referencias cruzadas entre los documentos de la CNUDMI mencionados en el presente volumen.

---

[1]Los volúmenes del Anuario de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [denominado en adelante *Anuario* (año)] que se han publicado hasta la fecha son los siguientes:

Volumen	*Años*	*Publicación de las Naciones Unidas Núm. de venta*
I	1986-1970	S.71.V.1
II	1971	S.72.V.4
III	1972	S.73.V.6
III (Suplemento)	1972	S.73.V.9
IV	1973	S.74.V.3
V	1974	S.75.V.2
VI	1975	S.76.V.5
VII	1976	S.77.V.1
VIII	1977	S.78.V.7
IX	1978	S.80.V.8
X	1979	S.81.V.2
XI	1980	S.81.V.8
XII	1981	S.82.V.6
XIII	1982	S.84.V.5
XIV	1983	S.85.V.3
XV	1984	S.86.V.2

DECIMOCTAVO PERÍODO DE SESIONES (1985)

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 18.° período de sesiones (Viena, 3 a 21 de junio de 1985) (A/40/17)[a]

ÍNDICE

	Párrafos
INTRODUCCIÓN	1-2
Capítulo	
I. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES	3-10
A. Apertura	3
B. Composición y asistencia	4-7
C. Elección de la Mesa	8
D. Programa	9
E. Aprobación del informe	10
II. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: PROYECTO DE LEY MODELO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	11-333
A. Introducción	11-13
B. Observaciones generales sobre el proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional	14-16
C. Examen de algunos artículos por separado	17-325
CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES	17-81
Artículo 1. Ámbito de aplicación	17-36
Artículo 2. Definiciones y reglas de interpretación	37-50
Artículo 4. Renuncia al derecho a objetar	51-57
Artículo 5. Alcance de la intervención del tribunal	58-65
Artículo 6. Tribunal para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje	66-81
CAPÍTULO II. ACUERDO DE ARBITRAJE	82-97
Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje	82-88
Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal	89-94
Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal	95-97
CAPÍTULO III. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	98-148
Artículo 10. Número de árbitros	98-99
Artículo 11. Nombramiento de los árbitros	100-111
Artículo 12. Motivo de recusación	112-119
Artículo 13. Procedimiento de recusación	120-134
Artículo 14. Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones	135-143
Artículo 14 *bis*	144-145
Artículo 15. Nombramiento de un árbitro sustituto	146-148

[a] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/40/17) (denominado en adelante el *Informe*).

CAPÍTULO IV. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL ... 149-169
Artículo 16. Facultad para decidir acerca de su propia competencia 149-163
Artículo 18. Medidas provisionales cautelares 164-169

CAPÍTULO V. SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES 170-230
Artículo 19. Determinación del procedimiento 170-176
Artículo 20. Lugar del arbitraje 177-181
Artículo 21. Iniciación de las actuaciones arbitrales 182-187
Artículo 22. Idioma 188-194
Artículo 23. Demanda y contestación 195-201
Artículo 24. Audiencias y actuaciones por escrito 202-211
Artículo 25. Rebeldía de una de las partes 212-216
Artículo 26. Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral 217-221
Artículo 27. Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas 222-230

CAPÍTULO VI. PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES 231-271
Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio 231-242
Artículo 29. Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro ... 243-246
Artículo 30. Transacción 247-250
Artículo 31. Forma y contenido del laudo 251-259
Artículo 32. Terminación de las actuaciones 260-264
Artículo 33. Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional 265-271

CAPÍTULO VII. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO 272-307
Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral 272-307

CAPÍTULO VIII. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS 308-325
Artículo 35. Reconocimiento y ejecución 311-317
Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución ... 318-325

D. Examen de otros asuntos 326-330
E. Examen del proyecto de articulado por el Grupo de Redacción 331
F. Aprobación de la Ley Modelo 332-333

III. PAGOS INTERNACIONALES 334-342
A. Proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales 334-338
B. Transferencias electrónicas de fondos 339-342

IV. NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL: CONTRATOS INDUSTRIALES 343-346

V. RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS DE TERMINALES DE TRANSPORTE 347-349

VI. COORDINACIÓN DE LA LABOR 350-361
A. Coordinación general de actividades 350-353
B. Valor jurídico de los registros computadorizados 354-360
C. Actividades en curso de otras organizaciones en la esfera de la transferencia de tecnología 361

VII. CAPACITACIÓN Y ASISTENCIA 362-368

VIII. SITUACIÓN DE LAS CONVENCIONES 369-370

IX. RESOLUCIONES PERTINENTES DE LA ASAMBLEA GENERAL, LABOR FUTURA Y OTROS ASUNTOS 371-378

A. Resolución de la Asamblea General sobre la labor de la Comisión ... 371

B. Lugar y fecha del 19.° período de sesiones de la Comisión 372

C. Períodos de sesiones de los Grupos de Trabajo 373-375

D. Difusión de las decisiones relativas a los textos jurídicos de la CNUDMI e interpretación uniforme de esos textos 376-378

ANEXOS

Página

I. Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional 49

II. Lista de documentos del período de sesiones 49

INTRODUCCIÓN

1. El presente informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se refiere al 18.° período de sesiones de la Comisión, celebrado en Viena del 3 al 21 de junio de 1985.

2. En cumplimiento de la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, este informe se presenta a la Asamblea y se envía asimismo a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo para que formule sus observaciones.

Capítulo I. Organización del período de sesiones

A. *Apertura*

3. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) inició su 18.° período de sesiones el 3 de junio de 1985. El Sr. Carl-August Fleischhauer, Secretario General Adjunto y Asesor Jurídico, abrió el período de sesiones en nombre del Secretario General.

B. *Composición y asistencia*

4. La Comisión se creó en virtud de la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General con una composición de 29 Estados, elegidos por la Asamblea. En su resolución 3108 (XXVIII), la Asamblea General aumentó de 29 a 36 el número de miembros de la Comisión. Los actuales miembros de la Comisión, elegidos el 9 de noviembre de 1979 y el 15 de noviembre de 1982, son los siguientes Estados[1]:

Alemania, República Federal de*, Argelia**, Australia**, Austria**, Brasil**, Cuba*, Checoslovaquia*, China**, Chipre*, Egipto**, España*, Estados Unidos de América*, Filipinas*, Francia**, Guatemala*, Hungría*, India*, Iraq*, Italia*, Japón**, Kenya*, México**, Nigeria**, Perú*, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte**, República Centroafricana**, República Democrática Alemana**, República Unida de Tanzanía**, Senegal*, Sierra Leona*, Singapur**, Suecia**, Trinidad y Tabago*, Uganda*, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas** y Yugoslavia*.

5. Con excepción de la República Centroafricana, Senegal, Trinidad y Tabago y Uganda, todos los miembros de la Comisión estuvieron representados en el período de sesiones.

6. También asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argentina, Bulgaria, Canadá, Colombia, Côte d'Ivoire, Chile, Finlandia, Grecia, Guinea, Indonesia, Irán (República Islámica del), Kuwait, Líbano, Noruega, Omán, Países Bajos, Panamá, Polonia, Portugal, República de Corea, República Dominicana, República Popular Democrática de Corea, República Socialista Soviética de Bielorrusia, República Socialista Soviética de Ucrania, Rumania, Santa Sede, Suiza, Tailandia, Venezuela y Zaire.

7. Estuvieron representadas por observadores las organizaciones internacionales siguientes:

a) *Secretaría de las Naciones Unidas*

Comisión Económica para Europa (CEPE)
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)
Centro de Comercio Internacional UNCTAD/GATT

[1]En virtud de la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, los miembros de la Comisión se eligen por un período de seis años. De los miembros actuales, la Asamblea General eligió 19 en su trigésimo cuarto período de sesiones, el 9 de noviembre de 1979 (decisión 34/308), y 17 en su trigésimo séptimo período de sesiones, el 15 de noviembre de 1982 (decisión 37/308). De conformidad con la resolución 31/99, de 15 de diciembre de 1976, el mandato de los miembros elegidos por la Asamblea General en su trigésimo cuarto período de sesiones expirará el día anterior a la apertura del 19.° período ordinario de sesiones anual de la Comisión, en 1986, y el mandato de los miembros elegidos por la Asamblea en su trigésimo séptimo período de sesiones expirará el día anterior a la apertura del 22.° período ordinario de sesiones anual de la Comisión, en 1989.

*El mandato expira el día anterior a la apertura del período ordinario de sesiones de la Comisión en 1986.

**El mandato expira el día anterior a la apertura del período ordinario de sesiones de la Comisión en 1989.

b) *Organizaciones intergubernamentales*

Comisión de las Comunidades Europeas
Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano
Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
Consejo de Europa
Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

c) *Otras organizaciones internacionales*

Chartered Institute of Arbitrators
Asociación Interamericana de Abogados
Asociación Internacional de Abogados
Cámara de Comercio Internacional
Centro Regional de Arbitraje Mercantil, El Cairo
Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial
Consejo Internacional de Arbitraje Comercial
Federación Internacional de Ingenieros Consultores

C. *Elección de la Mesa*

8. La Comisión eligió a los siguientes miembros de la Mesa[2]:

Presidente:	R. Loewe (Austria)
Vicepresidentes:	L.G. Paes de Barros Leaes (Brasil) I. Szász (Hungría) H.Z. Tang (China)
Relator:	E. E. E. Mtango (República Unida de Tanzanía)

D. *Programa*

9. El programa del período de sesiones, aprobado por la Comisión en su 305a. sesión, celebrada el 3 de junio de 1985, fue el siguiente:

1. Apertura del período de sesiones
2. Elección de la Mesa
3. Aprobación del programa
4. Arbitraje comercial internacional
5. Pagos internacionales
6. Nuevo orden económico internacional: contratos industriales
7. Empresarios de terminales de transporte
8. Coordinación de la labor
9. Situación de las convenciones
10. Difusión de las decisiones relativas a los textos jurídicos elaborados por la CNUDMI e interpretación uniforme de estos textos
11. Capacitación y asistencia
12. Resolución de la Asamblea General sobre la labor de la Comisión
13. Labor futura
14. Otros asuntos
15. Aprobación del informe de la Comisión

E. *Aprobación del informe*

10. La Comisión aprobó por consenso el presente informe en sus sesiones 333a. y 334a., celebradas el 21 de junio de 1985.

Capítulo II. Arbitraje comercial internacional: Proyecto de ley modelo sobre arbitraje comercial internacional[3]

A. *Introducción*

11. En su 14.° período de sesiones, la Comisión decidió encargar al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales la preparación de un proyecto de ley modelo sobre arbitraje comercial internacional[4]. El Grupo de Trabajo cumplió su tarea en sus períodos de sesiones tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo[5]. El Grupo de Trabajo completó su labor al aprobar el proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional al final de su séptimo período de sesiones[6], después de que un grupo de redacción hubiera elaborado las versiones correspondientes a los seis idiomas de la Comisión.

12. En su 17.° período de sesiones, la Comisión pidió al Secretario General que transmitiese el proyecto de texto a todos los gobiernos y a las organizaciones internacionales interesadas para que presentasen sus observaciones y pidió a la Secretaría que preparase una compilación analítica de las observaciones recibidas. La Comisión pidió también a la Secretaría que presentase a la Comision, en su 18.° período de sesiones, un comentario sobre el proyecto de texto[7].

13. En su actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí un informe del Secretario General en el que figuraba una compilación analítica de las observaciones formuladas por gobiernos y organizaciones internacionales sobre el proyecto de texto de una ley modelo

[2]Las elecciones tuvieron lugar en las sesiones 305a. y 308a., celebradas los días 3 y 4 de junio de 1985. De conformidad con una decisión adoptada por la Comisión en su primer período de sesiones, la Comisión tiene tres Vicepresidentes, además del Presidente y el Relator, a fin de que cada uno de los cinco grupos de Estados enumerados en el párrafo 1 de la sección II de la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General esté representado en la Mesa de la Comisión (véase el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su primer período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 16* (A/7216), párr. 14 (Anuario 1968-1970, segunda parte, I, A, párr. 14).

[3]La Comisión examinó este tema en sus sesiones 305a. a 333a., celebradas del 3 al 21 de junio de 1985. Las actas resumidas de esas sesiones figuran en los documentos A/CN.9/SR.305-333.

[4]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/36/17), párr. 70.

[5]Los informes sobre la labor de esos períodos de sesiones figuran en A/CN.9/216, A/CN.9/232, A/CN.9/233, A/CN.9/245 y A/CN.9/246.

[6]El proyecto de texto de una Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional figura en el anexo al documento A/CN.9/246.

[7]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/39/17), párr. 101.

sobre arbitraje comercial internacional (A/CN.9/263 y Add. 1 y 2), y un informe del Secretario General en el que figuraba un comentario analítico sobre el proyecto de texto (A/CN.9/264).

B. *Observaciones generales sobre el proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional*

14. La Comisión reafirmó su reconocimiento al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales por la preparación del proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional que, por lo general, fue recibido favorablemente y considerado como una base excelente para las deliberaciones de la Comisión.

15. Se señaló que la consideración principal al examinar y revisar el proyecto de texto debería ser el funcionamiento eficiente del arbitraje comercial internacional. Con ese fin, habían de tenerse debidamente en cuenta las necesidades de aquellos que usarían el texto en la práctica cotidiana, a quienes, en última instancia, iba dirigido.

16. En lo relativo a la forma futura del texto que había de aprobarse, la Comisión decidió mantener el supuesto práctico del Grupo de Trabajo según el cual el texto sería aprobado y recomendado en forma de ley modelo y no en forma de convención, con sujeción al posible examen de esa decisión al final de sus deliberaciones sobre la sustancia del proyecto de texto.

C. *Examen de algunos artículos por separado*

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

*Artículo 1. Ámbito de aplicación**

17. El texto del artículo 1 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"1) La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial** internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado.

"2) Un arbitraje es internacional si:

"*a)* las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o

"*b)* uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

"i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

"ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

"*c)* la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada de algún modo con más de un Estado.

"3) A los efectos del párrafo 2) de este artículo, si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento considerado será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje. Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual."

Ámbito de aplicación sustantiva: arbitraje comercial internacional

18. Si bien se expresó preocupación por la restricción del ámbito de aplicación sustantiva a los asuntos comerciales internacionales, la Comisión convino en que el proyecto de texto debería orientarse y referirse únicamente al arbitraje comercial internacional.

El término "comercial"

19. Se expresaron opiniones divergentes sobre la conveniencia de la nota a pie de página que acompaña al párrafo 1) en lo relativo tanto a su forma como a su contenido, aunque hubo acuerdo general de que el término "comercial" debía ser interpretado en sentido amplio. Se formuló la opinión de que debería suprimirse esa nota a pie de página puesto que carecería de valor jurídico en muchos ordenamientos jurídicos y especialmente en aquellos que no utilizaban esa técnica de las notas a pie de página. En su lugar, se debería intentar definir el término "comercial" en el propio cuerpo de la ley. Esa definición podría basarse, por ejemplo, en una versión abreviada del texto que figura en la nota a pie de página o haciéndose una referencia en el párrafo 1) del artículo 1 a las controversias que puedan derivarse de actividades comerciales de cualquier índole. Se sugirió también la posibilidad de presentar esa guía para la interpretación que figura en la nota a pie de página en un comentario o en el informe sobre las deliberaciones.

20. Prevaleció la opinión de que debería retenerse la nota a pie de página, aunque quizá con algunas modificaciones. Se hubo de reconocer que no se había encontrado hasta la fecha ninguna definición de aceptación general y que cualquier definición conllevaría ciertos riesgos. Se convino en que la nota a pie de página podría suministrar, pese a la incertidumbre de sus efectos jurídicos, una orientación útil para la interpretación, que serviría al menos a los encargados de redactar los textos para la promulgación nacional de la ley modelo.

"*Los epígrafes de los artículos se han incluido para facilitar la referencia únicamente y no deberán utilizarse para fines de interpretación.

**Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial. Las relaciones de índole comercial incluyen las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera."

21. Se sugirieron cierto número de modificaciones al texto de la nota a pie de página, con independencia de que el texto siguiese figurando en una nota a pie de página o fuese a ser incorporado en el propio cuerpo de la ley. Hubo una propuesta de que se aclarase que, conforme al párrafo 1) del artículo 7, estaban incluidas las relaciones no contractuales, puesto que el término "operación" podría interpretarse en sentido opuesto. Hubo otras propuestas de añadir a la lista de ejemplos actividades comerciales como los servicios y las actividades de elaboración, así como los acuerdos de cooperación económica internacional.

22. En vista de que los ordenamientos jurídicos de algunos países de tradición romanista fijaban la demarcación entre las operaciones comerciales y civiles según la índole, mercantil o no, de las partes (comerciantes), hubo apoyo para la propuesta de que se indicase en la frase inicial que la calificación de una relación como comercial no dependía de la índole o el carácter de las partes. Hubo oposición a esa propuesta basada en la consideración de que esa redacción pudiera interpretarse como una injerencia en el espinoso tema de la inmunidad estatal. La Comisión estuvo de acuerdo en que no se tenía la intención de abordar esa cuestión en la Ley Modelo y en que, si se aceptaba la propuesta habría que poner en claro que no se veían afectadas las normas sobre inmunidad estatal. Se expresó también la preocupación de que cabría interpretar que la lista ilustrativa de relaciones comerciales indicaba en términos positivos la posibilidad de resolver por arbitraje cualquier controversia que derivase de alguno de esos ejemplos. Véase una decisión relativa a esta preocupación en el párr. 29 *infra.*

23. La Comisión estableció un grupo de trabajo *ad hoc,* integrado por los representantes de China, los Estados Unidos y Hungría, al que pidió que preparase, a la luz de las deliberaciones y propuestas precedentes, una versión revisada del párrafo 1) y de la nota de pie de página correspondiente, para que fuesen examinados por la Comisión.

24. El grupo de trabajo *ad hoc* sugirió que en el párrafo 1) del artículo 1 se sustituyesen las palabras "arbitraje comercial** internacional" por las palabras "arbitraje internacional en asuntos comerciales**, incluidos los servicios y otras relaciones económicas". Tambien sugirió que se revisara la parte inicial de la nota de pie de página para que dijera: "**Debe darse una interpretación amplia a la expresión 'comercial' para que incluya, aunque sin quedar limitada a ellas, las siguientes relaciones: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución; . . ."

25. Se señaló que el texto propuesto no empleaba el término "arbitraje comercial internacional", que se había convertido en un término bien conocido en la especialidad. Tras deliberar, la Comisión decidió que, pese a las dificultades reconocidas, sería mejor mantener el texto original del párrafo 1) del artículo 1 y revisar la nota de pie de página como sigue: "** Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro de bienes o servicios; acuerdo de distribución; ...".

26. La Comisión opinó que con esta revisión de la nota de pie de página quedaba suficientemente claro que el hecho de calificar una relación de comercial no dependía de la naturaleza de las partes. Por tanto, se consideró que no era necesario decirlo explícitamente ni en el texto del párrafo 1) del artículo 1 ni en la nota de pie de página. La Comisión opinó también que la disposición, tal como estaba redactada, no afectaba a ninguna norma sobre la inmunidad de jurisdicción.

Párrafo 2): "internacional"

27. La Comisión aprobó el inciso *a)* y hubo acuerdo en que la disposición abarcaría la mayor parte de los casos que se pueden presentar en el arbitraje comercial internacional.

28. Se expresaron opiniones divergentes en cuanto a la conveniencia de mantener el apartado i) del inciso *b).* Según una opinión, la disposición debía suprimirse, fundamentalmente por dos razones. Una de ellas consistía en que no estaba justificado calificar como internacional a una relación meramente interna sólo porque se había escogido un lugar de arbitraje situado en el extranjero. La autonomía de las partes era inaceptable en esta materia, pues permitiría a las partes eludir disposiciones jurídicas obligatorias, incluidas las que preveían la jurisdicción exclusiva de los tribunales, excepto cuando posteriormente se procurara el reconocimiento o la ejecución del laudo "extranjero" en ese Estado. La otra razón era que la disposición abarcaba no sólo el caso en que el lugar del arbitraje estaba determinado en el acuerdo de arbitraje, sino también el caso en que se había determinado posteriormente en virtud del acuerdo, por ejemplo, por una institución arbitral o por el tribunal arbitral. Se opinó que el segundo caso creaba incertidumbre sobre la ley aplicable y sobre la posibilidad de contar con los servicios de los tribunales antes de que se determinase el lugar del arbitraje. Según otra opinión, sólo el último argumento era convincente y, por lo tanto, se debía mantener el apartado i) del inciso b), sin las palabras "o con arreglo al acuerdo de arbitraje".

29. La opinión predominante fue la de mantener toda la disposición del apartado i) del inciso *b).* Se hizo notar que la disposición sólo se refería a la cuestión de la internacionalidad, es decir, si era aplicable la Ley (Modelo) para asuntos internacionales o la ley del mismo Estado para asuntos internos. Se pensó que el principio de la autonomía de las partes debía extenderse a esta cuestión. No obstante, al adoptar la opinión, la Comisión estuvo de acuerdo en que la preocupación relativa a la no arbitrabilidad, que también se había planteado en un sentido más general y, en particular, en el examen del párrafo 1) y la correspondiente nota de pie de página (párr. 22, *supra*), debía resolverse

mediante una declaración aclaratoria, en un nuevo párrafo del artículo 1, en estos términos: "La presente Ley no afecta a ninguna otra ley de este Estado en la que se establezca que una determinada controversia o cuestión no se puede resolver mediante arbitraje".

30. En cuanto al apartado ii) del inciso *b)* y al inciso *c)*, la Comisión estuvo de acuerdo en que su alcance no se podía determinar fácilmente con claridad. En particular, se estimó que el inciso *c)* resultaba impracticable debido a su alcance vago. Si bien se expresó cierto apoyo al mantenimiento de la disposición, aunque posiblemente con alguna modificación, la Comisión, después de deliberar, decidió suprimir el inciso *c)*.

31. Sin embargo, para equilibrar la reducción del alcance originada por la supresión, se propuso añadir una disposición optativa, ya fuera sólo al apartado ii) del inciso *b)* o como sustitución del inciso *c)*. Se pensó que tal disposición proporcionaba una prueba más precisa que la determinada en el inciso *c)*. Como respuesta a esa propuesta, se expresó la preocupación de que tal criterio subjetivo permitiría a las partes calificar libremente como internacional un asunto simplemente interno. Otros, empero, consideraron que cualquier preocupación en ese sentido quedaba más que compensada por las ventajas de un sistema que ofrecía a las partes la certeza de que se reconocería el carácter internacional de su operación, caracterización que, en propiedad, debía pertenecer al ámbito de la autonomía de las partes. Respondiendo a esa consideración, se expresó la opinión de que resultaba inconcebible que cualquier Estado que estimase necesario mantener una ley especial para asuntos internos, deseara permitir a las partes eludir ese sistema.

32. La Comisión pidió a un grupo de trabajo *ad hoc*, integrado por los representantes de Australia, los Estados Unidos, Finlandia, la India y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que preparase un proyecto sobre una dicha disposición optativa y sobre una disposición para llevar a efecto la propuesta de no arbitrabilidad. También se pidió al grupo de trabajo que preparase, para su examen por la Comisión, un proyecto de disposición que expresara que la Ley Modelo tenía el carácter de *lex specialis* con respecto a todas las cuestiones reguladas por la Ley.

33. En cuanto a la disposición optativa, el grupo de trabajo *ad hoc* sugirió sustituir el texto del inciso *c)* por la nueva disposición siguiente: "*c)* las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado". Aunque se volvió a expresar la preocupación manisfestada anteriormente en el párrafo 31, se señaló que no era probable que los tribunales reconocieran efecto a un acuerdo de esa naturaleza en un caso puramente interno. Tras deliberar, la Comisión aprobó la disposición sugerida.

34. En cuanto a la disposición sobre la no arbitrabilidad, el grupo de trabajo *ad hoc* sugirió agregar el nuevo párrafo siguiente al artículo 1: "La presente Ley no afectará a ninguna otra ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente Ley." La Comisión aprobó el párrafo sugerido.

35. En cuanto a la disposición que establece el carácter de *lex specialis* de la Ley Modelo, el grupo de trabajo *ad hoc* sugirió agregar el nuevo párrafo siguiente al artículo 1: "La presente Ley prevalecerá sobre otras disposiciones legales de este Estado en lo relativo a cuestiones que se rigen por la presente Ley." La Comisión decidió no incluir la fórmula sugerida en el artículo 1 a fin de evitar que la disposición propuesta ligara la delimitación un tanto imprecisa de las "cuestiones que se rigen por la presente Ley" con una norma categórica. No obstante, quedó entendido que como la Ley Modelo tenía por objeto establecer un régimen jurídico especial, en caso de conflicto, sus disposiciones serían aplicables a los arbitrajes comerciales internacionales, con preferencia sobre las disposiciones aplicables a los arbitrajes en general.

Párrafo 3

36. La Comisión aprobó esta disposición con la condición de que se suprimiera la palabra "considerado" y se aclarase que la segunda frase se refería no sólo a la primera frase sino también al párrafo 2.

* * *

Artículo 2

Definiciones y reglas de interpretación

37. El texto del artículo 2 examinado por la Comisión era el siguiente:

"A los efectos de la presente Ley:

"*a)* "tribunal arbitral" significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros;

"*b)* "tribunal" significa un órgano del sistema judicial de un país;

"*c)* cuando una disposición de la presente Ley deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión;

"*d)* cuando una disposición de la presente Ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado;

"*e)* salvo acuerdos en contrario de las partes, se considerará recibida una comunicación si ha sido entregada en su establecimiento, residencia habitual o domicilio postal o, en el caso en que no se conozca ninguno de estos lugares, después de realizar averiguaciones razonables, en el último establecimiento residencia habitual, o domicilio postal conocido del destinatario. Se considerará que la comunicación ha sido recibida el día en que se haya realizado tal entrega."

Apartados a), b), *y* d)

38. La Comisión aprobó los apartados *a), b),* y *d)* del artículo.

Apartado c)

39. Durante el examen del apartado *c),* se sugirió expresar mediante una reserva apropiada que la facultad de las partes de autorizar a un tercero a que adopte una decisión no se extiende a la determinación de las normas de la ley que ha de aplicarse al fondo del litigio, tal como se menciona en el párrafo l) del artículo 28. La Comisión aplazó el examen de la sugerencia hasta que se procediese al examen del artículo 28.

40. De conformidad con la opinión de la Comisión expresada en el debate sobre el artículo 28 de que la ley modelo no debía ocuparse de la posibilidad de que las partes pudieran autorizar a una tercera persona para determinar normas jurídicas aplicables al fondo del litigio (véase el documento A/CN.9/XVIII/CRP.2/Add.15, párr. 12)), la Comisión decidió modificar el apartado *c)* de la manera siguiente: "*c)* Cuando una disposición del capítulo III, IV o V de la presente Ley deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad incluye el derecho de las partes de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión."

Apartado e)

41. Respecto al apartado *e),* se hicieron varias sugerencias para la adición de algunas normas procesales especialmente relativas al supuesto de que no se pudiese encontrar el establecimiento, la residencia habitual o el domicilio postal del destinatario. Una sugerencia, aprobada por la Comisión, fue la de que se aclarase que en tales casos bastaría con enviar una carta certificada. La Comisión no aceptó una sugerencia de que se fijasen ciertos criterios para determinar qué se entendía por indagación razonable. Otra sugerencia, aprobada por la Comisión, fue la de que la expresión "último . . . conocido" había de entenderse con relación al conocimiento que tuviese el expedidor.

42. A fin de reducir el riesgo de que la disposición redundase en perjuicio de una parte que no estuviese al corriente de que se habían iniciado actuaciones contra ella, se sugirió que se exigiese alguna forma de anuncio, se fijase un cierto plazo antes de que cobrase efecto la recepción ficticia y se diese alguna posibilidad al demandado de recurrir ante un tribunal. Otra sugerencia fue la de prescindir de esta disposición y remitirse únicamente a los requisitos y salvaguardias establecidos por la ley procesal competente. Puesto que no se trataba de una mera definición o regla de interpretación, se sugirió también que se formulara esta disposición como un artículo aparte de la Ley Modelo.

43. Tras una deliberación, la Comisión se mostró de acuerdo en que no convenía establecer en esta disposición requisitos procesales demasiado detallados que pudieran ser un obstáculo para la incorporación de la Ley Modelo en los ordenamientos jurídicos nacionales. La Comisión encargó al grupo de trabajo *ad hoc*, integrado por los representantes de Checoslovaquia, Iraq y México, que preparase una versión modificada de la disposición a la luz de la deliberación anteriormente reseñada.

44. El grupo de trabajo *ad hoc* sugirió colocar como nuevo artículo 3 una versión modificada de esta disposición que decía:

"1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario o que haya sido entregada en su establecimiento, residencia habitual o domicilio postal; en el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido enviada al último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega.

"2) La comunicación se considerará recibida el día en que se haya realizado tal entrega."

45. La Comisión aprobó la disposición sugerida como nuevo artículo 3. Se señaló que la razón de colocar la disposición en un artículo separado era que contenía una norma de procedimiento pero no una definición ni una norma de interpretación. Se señaló también que la razón de colocar la última frase en un párrafo separado era para aclarar que la sentencia se refería a la totalidad de la disposición. En cuanto a la inteligencia de la Comisión de que el nuevo artículo 3 sobre recepción de comunicaciones no era aplicable a las actuaciones o medidas judiciales sino únicamente a las actuaciones arbitrales propiamente dichas, véase más adelante, el párrafo 106.

Definiciones adicionales sugeridas

46. La Comisión aprobó la propuesta de expresar en el artículo 2, posiblemente antes de la definición de "tribunal arbitral" dada en el apartado *a),* que el término "arbitraje" significaba cualquier arbitraje con independencia de que corriese o no a cargo de una institución arbitral permanente.

47. La Comisión no aceptó una propuesta de trasladar al artículo 2 la definición de "acuerdo de arbitraje" consignada en el párrafo 1) del artículo 7.

48. Se sugirió definir en la Ley Modelo el término "laudo". Esa definición, que sería útil para todas las disposiciones en las que se utiliza ese término, serviría además para aclarar los diversos tipos posibles de laudo, tales como el laudo final, el laudo parcial y el laudo provisional o interlocutorio.

49. La Comisión estuvo de acuerdo en que si bien era deseable una tal definición, debía adoptarse un enfoque más modesto en vista de la considerable dificultad de encontrar una definición aceptable y dado que ese término no se definía en otros textos jurídicos, como

por ejemplo, en la Convención de Nueva York de 1958 y en numerosas leyes nacionales. Se convino en que se especificase en el contexto del artículo 34 o de cualquier otro artículo que lo requiriese (por ejemplo, los artículos 31 y 33) a qué tipos de decisiones se referían esos artículos.

50. En cuanto a una decisión de añadir un nuevo inciso *f)* acerca de las reconvenciones, véase párr. 327 *infra*.

* * *

Artículo 4
Renuncia al derecho a objetar

51. El texto del artículo 4 examinado por la Comisión era el siguiente:

"Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo o debiendo conocer que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar."

52. Se expresaron opiniones divergentes sobre si convenía retener el artículo 4. Conforme a una opinión, esta disposición era demasiado vaga y estaría posiblemente en conflicto con las disposiciones pertinentes del ordenamiento jurídico nacional y era demasiado rígida, en lo que respecta a su efecto, pues puede que obrase injustamente en contra de una de las partes. Por todo ello, convenía que esta cuestión de la renuncia quedase enteramente al arbitrio de la ley nacional aplicable o, si se juzgaba absolutamente necesario que hubiese una norma de renuncia respecto a ciertas disposiciones, debería abordarse esta cuestión únicamente en los artículos de la Ley Modelo relativa a esas disposiciones.

53. La opinión predominante, adoptada por la Comisión, era que debía mantenerse una renuncia general en los términos del artículo 4, pues esa norma ayudaría a que el proceso arbitral se ventilara eficazmente y de buena fe, y a lograr una mayor uniformidad en la materia.

54. En cuanto al contenido del artículo 4, se hicieron varias sugerencias. Se sugirió que, en lo que se refiere al conocimiento presunto de una de las partes, se suprimiese la expresión "o debiendo conocer", o que se le diera mayor precisión y menor rigidez mediante la exigencia de cuidados ordinarios o de diligencia razonable. Al observar que esas palabras no figuraban en la disposición correspondiente del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (artículo 30), la Comisión decidió suprimirlas, puesto que podrían crear más problemas que los que resolverían.

55. Se sugirió suprimir la referencia a las disposiciones no preceptivas de la ley y del acuerdo de arbitraje. La Comisión no aprobó la propuesta porque el resto de la disposición resultaría demasiado vago y, como también abarcaría el incumplimiento de las disposiciones preceptivas de la ley, resultaría demasiado rígida.

56. Se expresó la opinión de que las palabras "sin demora" eran demasiado vagas y rígidas. En consecuencia, se propuso sustituirlas por un plazo o moderar la exigencia mediante un texto tal como "dentro de un plazo razonable". Se hizo notar, en ese contexto, que el elemento temporal era importante, teniendo en cuenta el hecho de que un plazo como el mencionado en el artículo 4 no figuraba en ninguna disposición de la Ley Modelo y raramente figuraba en acuerdos de arbitraje. Después de deliberar, la Comisión decidió utilizar la expresión "sin demora injustificada" en lugar de fijar un plazo, pues ningún plazo podía resultar apropiado para todos los casos.

57. En cuanto a los efectos de la renuncia con arreglo al artículo 4, la Comisión estuvo de acuerdo en que ella no se limitaba a las actuaciones arbitrales, sino que se extendía a los procedimientos judiciales posteriores, en el contexto de los artículos 34 y 36. No obstante, se observó que cuando un tribunal arbitral hubiera resuelto considerar que una de las partes había renunciado a su derecho a objetar, el tribunal judicial podría llegar a una conclusión diferente al revisar el procedimiento arbitral con arreglo al artículo 34, o con arreglo al artículo 36 si los procedimientos se tramitaran de conformidad con la Ley Modelo.

* * *

Artículo 5
Alcance de la intervención del tribunal

58. El texto del artículo 5 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"En los asuntos que se rigen por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga."

59. Se expresaron opiniones divergentes en cuanto a la conveniencia de esta disposición. El debate se centró en dos objeciones. La primera consistía en que la disposición, que se refería a un asunto de importancia práctica fundamental, no daba una respuesta clara a la cuestión de si en una situación dada la intervención de los tribunales quedaba autorizada o prohibida. La segunda objeción consistía en que la disposición, considerada conjuntamente con las escasas disposiciones de la Ley Modelo que preveían la intervención de los tribunales, presentaba un alcance restrictivo del control y la asistencia judicial, que no resultaba aceptable.

60. Al exponerse la primera objeción, se señaló que en muchos casos no era posible saber si una cuestión estaba regida por la Ley. Si una determinada cuestión no estaba mencionada expresamente en la Ley, era posible que los redactores hubieran examinado la cuestión y hubieran decidido que la ley no debía referirse a ella, que la hubieran considerado y hubieran decidido no conceder al tribunal autoridad para intervenir, o bien que los redactores hubiesen omitido considerar la cuestión. Especialmente, como las partes,

los tribunales arbitrales y los tribunales judiciales encargados de aplicar la Ley en el futuro no habrían tenido fácil acceso a la historia de la redacción, a menudo no sabrían en qué categoría figuraba una cuestión determinada.

61. Como respuesta a esa objeción, se señaló que el problema era común a toda *lex specialis* y, de hecho, a todos los textos destinados a la unificación del derecho. Como ningún texto de este tipo era completo en todos los aspectos, lo no regido por él debía ser regido por otras normas del derecho interno. En consecuencia, era necesario, si bien se reconocía que a menudo resultaba difícil, determinar el alcance de dicho texto. No obstante, en la gran mayoría de los casos en que se planteara la cuestión de la intervención de los tribunales, la respuesta se podía encontrar mediante la aplicación de las normas corrientes de interpretación legal, teniendo en cuenta los principios en que se basaba el texto de la Ley Modelo.

62. Al exponerse la segunda objeción, se puso de relieve que el artículo 5 expresaba una opinión excesivamente restrictiva en cuanto a la conveniencia y oportunidad de la intervención de los tribunales en el arbitraje. Era ventajoso para los empresarios que tomaban parte en el arbitraje comercial internacional el tener acceso a los tribunales mientras el arbitraje aún estaba en curso, a fin de detener un eventual abuso del procedimiento arbitral. Además, una limitación a la autoridad de los tribunales para intervenir en actuaciones arbitrales podría constituir una interferencia injustificada en las prerrogativas del poder judicial, e incluso ser contraria a las Constituciones de algunos Estados. Por último, incluso si se debía limitar la autoridad del tribunal para intervenir en la supervisión del arbitraje, el tribunal debía tener facultades más amplias para asistir al arbitraje. Se sugirió, como un posible medio para moderar el carácter demasiado rígido del artículo 5, que se concediese a las partes la facultad de convenir para su arbitraje un grado mayor de supervisión y asistencia judicial que el previsto por la Ley Modelo.

63. En respuesta a esa segunda objeción, se señaló que el recurso a la intervención de los tribunales durante las actuaciones arbitrales a menudo sólo se utilizaba como una táctica dilatoria y constituía con mayor frecuencia un abuso de las actuaciones arbitrales que una protección contra el abuso. La finalidad del artículo 5 era lograr certidumbre en cuanto al alcance máximo de la intervención judicial, incluida la asistencia, en los arbitrajes comerciales internacionales, obligando a los redactores a enumerar en la Ley (Modelo) sobre arbitraje comercial internacional todos los casos de intervención judicial. Por lo tanto, si se estimaba necesario añadir otra situación de este tipo, ello debía expresarse en la Ley Modelo. También se reconoció que, si bien la Comisión podría esperar que los Estados aprobaran la Ley tal como fue redactada, ya que era una Ley Modelo y no una convención, todo Estado que tuviera problemas constitucionales podría ampliar el alcance de la intervención judicial cuando aprobase la Ley, sin violar ninguna obligación internacional.

64. En cuanto a la sugerencia destinada a permitir que las partes convinieran un alcance más amplio en materia de intervención judicial, se cuestionó si era previsible que las partes redactasen un acuerdo sobre este punto que tratase adecuadamente los problemas. Además, se expresó la preocupación de que las normas sobre arbitraje institucional pudieran incluir una disposición por la que se ampliase el derecho de intervención de los tribunales y que algunas partes que habían acordado la aplicación de esas normas pudieran verse sometidas a una intervención de los tribunales que no habían previsto.

65. Después de deliberar, la Comisión aprobó el artículo en su forma actual.

* * *

Artículo 6

Tribunal para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje

66. El texto del artículo 6 examinado por la Comisión era el siguiente:

> "El Tribunal competente para el cumplimiento de las funciones a que se refieren los artículos 11 3) y 4), 13 3), 14 y 34 2) será. . . (cada Estado completará, al promulgar la Ley Modelo, las partes en blanco del presente texto)".

67. La Comisión estuvo de acuerdo en que el artículo 6, al instar a cada Estado a designar un tribunal para que cumpla las funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje que se mencionan en el artículo, era útil y provechoso para el arbitraje comercial internacional. Como resultado de una decisión posterior en el sentido de disponer un control judicial inmediato sobre la decisión del tribunal arbitral de declararse competente (véase párr. 161 *infra*) se incluyó en el artículo 6 una referencia al párrafo 3) del artículo 16.

68. Se entendió que un Estado no estaba obligado a designar simplemente un solo tribunal, sino que podía encomendar a algunos de sus tribunales o a cierta categoría de ellos, el cumplimiento de esas funciones. Ese punto podía aclararse añadiendo a las palabras "El tribunal" las palabras "o los tribunales".

69. Se convino también en que un Estado no debía estar obligado a designar un tribunal en los términos del inciso *b)* del artículo 2 para todas las funciones mencionadas en el artículo 6, sino facultársele para encomendar las funciones previstas en los artículos 11, 13 y 14, a un órgano o una autoridad ajena a su sistema judicial, como una cámara de comercio o una institución arbitral.

70. Se sugirió que se reconociera la autonomía de las partes con respecto a la elección del foro en los casos en que había más de un tribunal competente para cumplir las funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje. Se sugirió también que se solucionara cual-

quier posible conflicto positivo de competencia judicial asignando prioridad al tribunal que primero conociera del asunto. La Comisión no aceptó esas sugerencias pues, en cuanto a la elección del foro en un determinado Estado, la cuestión quedaba comprendida en el ámbito de la soberanía de cada país de reglamentar la organización de sus tribunales y el acceso a éstos y, en lo relativo a la cuestión y al posible conflicto de la competencia de los tribunales en diferentes Estados, no podía resolverlos eficazmente una Ley Modelo.

71. Sin embargo, la Comisión estuvo de acuerdo en que convenía determinar los casos en los que el tribunal o los tribunales de un Estado determinado que había adoptado la Ley Modelo serían competentes para cumplir las funciones mencionadas en el artículo 6. Se señaló que esa cuestión se relacionaba directamente con el tema general del ámbito territorial de aplicación de la Ley Modelo. Por consiguiente, la Comisión se abocó al examen del tema general.

Debate sobre el ámbito territorial de aplicación

72. Se expresaron criterios divergentes con respecto a si la Ley Modelo debía establecer expresamente su ámbito territorial de aplicación y, en caso afirmativo, qué factor de conexión debía ser el criterio determinante. Según una opinión, era inadecuado determinar esa cuestión en la Ley Modelo, pues el ámbito territorial de aplicación de la ley adoptada en un Estado determinado era evidente por el hecho de su promulgación o sería determinado por ese Estado de conformidad con sus principios generales al respecto, incluso con su posición en relación con los conflictos de leyes y la competencia judicial. Sin embargo, prevaleció la opinión de que convenía determinar esa cuestión en la Ley Modelo para lograr una mayor armonía, lo que contribuiría a disminuir los conflictos de leyes así como los de competencia judicial.

73. Con respecto al factor de conexión que debe determinar la aplicabilidad de la Ley (Modelo) en un Estado determinado, recibió amplio apoyo el denominado criterio territorial estricto, según el cual la ley se aplicaría cuando el lugar del arbitraje se encontraba en ese Estado. En apoyo de esa opinión, se señaló que ese criterio se utilizaba en la gran mayoría de las legislaciones nacionales y que, cuando las leyes nacionales permitían que las partes eligieran la ley procesal de un Estado distinto de aquel en el que se celebraba el arbitraje, la experiencia indicaba que las partes, en la práctica, raras veces ejercían esa facultad. La Ley Modelo, por su contenido liberal, reducía aún más la necesidad de esa elección de una ley "extranjera" en lugar de la Ley (Modelo) del lugar del arbitraje; se señaló que la propia Ley Modelo otorgaba a las partes amplia libertad para formular las normas de las actuaciones arbitrales, incluso la facultad de convenir en disposiciones procesales de una ley "extranjera" en tanto no estuvieran en pugna con las disposiciones imperativas de la Ley Modelo.

74. Otra opinión fue que el lugar del arbitraje no debía ser exclusivo, en el sentido de que no debía impedir que las partes eligieran la ley de otro Estado como ley aplicable al procedimiento arbitral. Un Estado que adoptaba la Ley Modelo tal vez desease aplicarla también a los casos en los que las partes habían elegido la ley de ese Estado, aun cuando el lugar del arbitraje se encontrara en otro Estado. Se reconoció que esa elección podría sujetarse a ciertas restricciones, en particular con respecto a los principios fundamentales de justicia, razones de orden público y normas de competencia judicial inherentes al sistema legislativo y judicial de cada Estado.

75. La Comisión convino en que cualquiera que fuera la redacción definitiva que se utilizara para enunciar el criterio básico en cuanto al ámbito de aplicación territorial, dicho criterio no se aplicaría a las funciones judiciales previstas en los artículos 8 1), 9, 35 y 36, que se confieren a los tribunales de cada Estado determinado que adopte la Ley Modelo prescindiendo del lugar en que se realice el arbitraje o de la legislación por la que éste se rija.

76. En lo tocante a las funciones judiciales mencionadas en el artículo 6, es decir, las previstas en los artículos 11 3), 11 4), 13 3), 14 y 34 2), se convino en que debía adoptarse una decisión sobre la cuestión de saber si el criterio básico era adecuado o no, en el marco del examen de cada uno de esos artículos. Al respecto, se sugirió que tal vez convendría ampliar el ámbito de aplicación territorial tratándose de las funciones judiciales previstas en los artículos 11, 13 y 14, de modo que fuera posible obtener la asistencia judicial que se indica en el artículo 6, incluso antes de que se determinase el lugar de arbitraje u otro factor conectivo general que permitiera aplicar la ley (modelo) de un Estado determinado. Se hicieron varias sugerencias acerca de cuál debía ser ese factor conectivo especial a los efectos mencionados: *a)* el lugar del establecimiento del demandado se encuentra en ese Estado; *b)* el lugar del establecimiento del demandante se encuentra en ese Estado; *c)* el lugar del establecimiento del demandante o del demandado se encuentra en ese Estado; *d)* el acuerdo de arbitraje se ha celebrado en ese Estado; *e)* en algunos casos: el domicilio del árbitro se encuentra en ese Estado.

77. Pese a que algunos oradores pusieron en duda que en la práctica una ampliación de esa índole fuera necesaria o viable, otros estimaron que esa necesidad se presentaba en muchos casos. La Comisión convino en que dicha cuestión debía resolverse en el contexto del examen de los artículos pertinentes (es decir, los artículos 11, 13 y 14).

78. La Comisión pidió a la Secretaría que, basándose en el debate precedente, preparase proyectos de disposiciones sobre el ámbito de aplicación territorial de la Ley Modelo en general, con inclusión de sugerencias de posibles excepciones al ámbito general.

79. La secretaría preparó el siguiente proyecto de nuevo párrafo 1 *bis)* del artículo 1 para su examen por la Comisión:

"1 *bis*) Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán si el lugar del arbitraje se encuentra en el

territorio de este Estado. Sin embargo, las disposiciones relativas a las funciones de los tribunales de este Estado enunciadas en los artículo 8, 9, 35 y 36 se aplicarán con independencia de que el lugar del arbitraje se encuentre en el territorio de este Estado; las disposiciones relativas a las funciones de los tribunales de este Estado enunciadas en los artículos 11, 13 y 14 se aplicarán incluso cuando el lugar del arbitraje no se haya determinado todavía, siempre que el demandado [o el demandante] tenga su establecimiento en el territorio de este Estado."

La secretaría añadió la sugerencia de que, si la Comisión decidiera que la asistencia del tribunal prevista en los artículos 11, 13 y 14 no es necesaria en aquellos casos en que el lugar del arbitraje no se hubiera determinado todavía, bastaría tal vez la siguiente versión resumida del párrafo 1 *bis*):

"1 *bis*) Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado."

80. Al examinar la propuesta anterior, la Comisión decidió que, por los motivos aducidos en apoyo del criterio territorial estricto (véase el párrafo 73 *supra*), la aplicabilidad de la Ley Modelo dependería exclusivamente del lugar del arbitraje tal como se define en la Ley Modelo. En cuanto a la cuestión de extender la aplicabilidad de los artículos 11, 13 y 14 al momento anterior a la determinación del lugar del arbitraje, se expresó cierto apoyo a dicha extensión ya que era importante prestar la asistencia del tribunal en los casos de que las partes no pudieran llegar a un acuerdo sobre el lugar del arbitraje. Sin embargo, la opinión más generalizada fue la de que la Ley Modelo no debería ocuparse de la asistencia que pudiera ofrecer el tribunal antes de que se determinase el lugar del arbitraje. En apoyo de esta opinión general se afirmó que ni el lugar donde se encontrase el establecimiento del demandante ni el lugar del establecimiento del demandado ofrecían un factor de conexión plenamente satisfactorio a efecto de determinar si el tribunal debía prestar asistencia. Además, una disposición de ese tipo en la Ley Modelo podría interferir con otras normas de jurisdicción del tribunal. También se señaló que, aun sin una extensión de ese tipo de la aplicabilidad de la Ley Modelo, una parte podría obtener asistencia del tribunal en virtud de otras leyes distintas de la Ley Modelo. El debate previo sobre si debía ampliarse la aplicabilidad de los artículos 11, 13 y 14 al período anterior a la determinación del lugar del arbitraje figura más adelante, párrafos 107-110 (artículo 11), párrafo 133 (artículo 13), párrafo 143 (artículo 14) y párrafo 148 (artículo 15 con referencia al artículo 11).

81. La Comisión convino en que la disposición para aplicar esa decisión, que tenía que ser incluida en el artículo 1, se formulara de la manera siguiente: "Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar de arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado".

* * *

CAPÍTULO II. ACUERDO DE ARBITRAJE

Artículo 7

Definición y forma del acuerdo de arbitraje

82. El texto del artículo 7 examinado por la Comisión era el siguiente:

"1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de administrarlo, 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 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. 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."

Párrafo 1)

83. La Comisión aprobó el párrafo; remitió a su Grupo de Redacción una sugerencia para sustituir las palabras "todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir" por "todas las controversias actuales o futuras".

Párrafo 2)

84. La Comisión señaló que el párrafo 2) no abarcaba los casos, que se daban en la práctica, cuando una de las partes no declaraba por escrito su consentimiento en el arbitraje. Entre los ejemplos prácticos, reconocidos por algunas leyes nacionales como constituyentes de acuerdos de arbitraje válidos, figuraban la cláusula de arbitraje en un conocimiento de embarque, en ciertos contratos de productos básicos y contratos de reaseguros que suelen convertirse en vinculantes para una parte por aceptación verbal, y en otros contratos que se concertaban mediante un ofrecimiento por escrito y una aceptación verbal o mediante un ofrecimiento verbal y una confirmación por escrito.

85. Se hicieron varias sugerencias con miras a ampliar el alcance del párrafo 2) con objeto de que tuvieran cabida todos estos casos o, por lo menos, algunos de ellos. Una sugerencia fue la de adoptar la solución hallada en la versión de 1978 del artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 concerniente a la competencia judicial y a la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial, que se refiere a los acuerdos "hechos por escrito o, en el comercio internacional, en una forma acorde con las prácticas de ese comercio que las partes conocen o deben conocer".

Aunque esa sugerencia recibió un apoyo considerable, que según se dijo reflejaba la tendencia actual en favor de un criterio más liberal respecto a la cuestión de la forma, la Comisión, tras haber deliberado, no la aceptó. Se opinó que era apropiado un criterio más modesto en el contexto diferente de la validez en cuanto a la forma de los acuerdos de arbitraje, porque la referencia a los usos comerciales era demasiado vaga para asegurar una interpretación uniforme y entrañaba el posible riesgo de que un consentimiento al arbitraje se impusiese a una parte no familiarizada con las costumbres corrientes en algunos comercios o regiones.

86. Otra sugerencia fue la de añadir al final del párrafo 2) la siguiente frase: "Si un conocimiento de embarque u otro documento, firmado por una sola de las partes, constituye una prueba satisfactoria de un contrato, la cláusula compromisoria contenida en el documento o la referencia hecha en éste a otro documento que contiene una cláusula compromisoria se considerará como un acuerdo escrito". Aunque esa sugerencia recibió considerable apoyo, la Comisión, tras haber deliberado, no aprobó la frase adicional porque era improbable al parecer que muchos Estados estuviesen dispuestos a aceptar el concepto de un acuerdo de arbitraje que, a pesar de figurar en un documento, no estuviera firmado por ambas partes o tuviera al menos el consentimiento por escrito de ellos. También se señaló que podrían plantearse dificultades respecto al reconocimiento y ejecución, en virtud de la Convención de Nueva York de 1958, de los laudos basados en tales acuerdos.

87. Una sugerencia más limitada fue la de incluir aquellos casos en los que las partes que no hubieran concertado un acuerdo de arbitraje en la forma exigida en el párrafo 2) participasen, no obstante, en actuaciones arbitrales y cuando ese hecho, tanto si se consideraba como una presentación o como la conclusión de un acuerdo verbal, constase en las minutas del tribunal arbitral, aunque faltasen las firmas de las partes. Se señaló en apoyo de la sugerencia de ampliación que, aunque a los laudos dictados de conformidad con los acuerdos de arbitraje atestiguados de ese modo se les negaría posiblemente la ejecución en virtud de la Convención de Nueva York de 1958, la adopción de esa ampliación en la Ley Modelo podría conducir a la larga a una interpretación del párrafo 2) del artículo II de esa Convención según la cual serían aceptables los acuerdos de arbitraje atestiguados en las minutas de los tribunales arbitrales. Se señaló que, de ser adoptada la sugerencia, la condición del reconocimiento y ejecución establecida en el párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo, es decir, la presentación de un original o copia certificada del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7, quizá debiera modificarse para incluir ese ejemplo de presentación (véase A/CN.9/264, nota 91). Tras deliberar, la Comisión decidió ampliar el alcance del párrafo 2) de conformidad con la sugerencia.

88. Para aplicar la decisión la Comisión decidió agregar al final de la segunda oración del párrafo 2) del artículo 7 un texto como "o en un intercambio de escritos de existencia de un acuerdo."

* * *

Artículo 8

Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal

89. El texto del artículo 8 examinado por la Comisión era el siguiente:

"1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

"2) Si, en dicho caso, ya se hubieran iniciado las actuaciones arbitrales, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones mientras la cuestión de su competencia esté pendiente en el tribunal."

90. Se sugirió que cabía leer el párrafo 2) en el sentido de que se aplicaba únicamente cuando las actuaciones arbitrales se hubiesen iniciado antes del comienzo de las judiciales. La Comisión convino en que había que enmendar el texto del párrafo 2) con objeto de aclarar que el hecho de que el asunto hubiera sido llevado previamente ante un tribunal no impedía a las partes entablar actuaciones arbitrales.

91. Hubo una diferencia de opinión en el seno de la Comisión sobre si se debía enmendar el texto a fin de excluir la posibilidad de que las actuaciones pudieran seguir adelante paralelamente en el tribunal arbitral y en el tribunal judicial. Conforme a una opinión, si ya se han iniciado las actuaciones arbitrales, el tribunal judicial debiera normalmente postergar su decisión sobre la competencia del tribunal arbitral hasta que se dicte el laudo. Ello impediría que se alargaran las actuaciones arbitrales y armonizaría con el párrafo 3) del artículo VI de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961). Según otro parecer, una vez planteada ante el tribunal la cuestión de la nulidad del acuerdo de arbitraje, debiera asignarse prioridad a las actuaciones judiciales reconociendo a los tribunales la facultad de suspender las actuaciones arbitrales o, por lo menos, impidiendo al tribunal arbitral que dictase su laudo.

92. La opinión predominante se inclinó por dejar intacto el texto actual del párrafo 2) en lo relativo al punto. El permitir que el tribunal arbitral prosiguiera sus actuaciones, e inclusive dictar un laudo, mientras la cuestión de su competencia se hallaba a consideración del tribunal contribuía a una rápida resolución del arbitraje. Se señaló que se ahorrarían gastos si se esperaba a la decisión del tribunal en los casos en que éste se pronunciase posteriormente contra la competencia del tribunal arbitral. No obstante, no era recomendable, por esa razón, disponer una postergación de la decisión del tribunal sobre la competencia del

tribunal arbitral. Además, cuando el tribunal arbitral abrigase serias dudas sobre su competencia, probablemente llegaría a dictar una resolución definitiva sobre esa cuestión fallando sobre la excepción mencionada en el párrafo 2) del artículo 16, o bien, en ejercicio de la discrecionalidad que se le otorgaba en el párrafo 2) del artículo 8, esperaría a la decisión del tribunal antes de seguir adelante con el arbitraje.

93. Se observó que se hacía referencia a las objeciones a la existencia de un acuerdo de arbitraje válido en los artículos 8 1), 16 2), 34 2) *a)* i) y 36 1) *a)* i), lo que al parecer permitía a la parte que quisiese obstaculizar o retrasar el arbitraje plantear la misma objeción en cuatro etapas diferentes. La Comisión estuvo de acuerdo en que, si bien no era posible resolver en una Ley Modelo los posibles conflictos de competencia entre tribunales de distintos Estados o entre un tribunal judicial y un tribunal arbitral, debía tenerse en cuenta, al examinar estos artículos, la necesidad de conservar una coherencia interna con miras a disminuir los efectos de posibles tácticas dilatorias.

94. Después de deliberar, la Comisión aprobó el artículo 8, sujeto a la modificación de su párrafo 2) en el sentido siguiente: "El hecho de que se entable ante un tribunal la acción mencionada en el párrafo 1) del presente artículo no impedirá que las partes inicien actuaciones arbitrales ni que, si éstas ya han comenzado, el tribunal arbitral prosiga sus actuaciones [hasta dictar un laudo inclusive,] mientras la cuestión de [la] [su] competencia esté pendiente en el tribunal".

* * *

Artículo 9

Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal

95. El texto del artículo 9 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"No será incompatible con el acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas."

96. La Comisión aprobó la política en que se basa el artículo y confirmó la opinión de que la gama de medidas previstas en la disposición era amplia y comprendía en particular las medidas cautelares de embargo previas al laudo. Se indicó que las medidas provisionales compatibles con el acuerdo de arbitraje también podrían referirse, por ejemplo, a la protección de los secretos comerciales y de la información patentada. Se dio por supuesto que el artículo 9 en sí no indicaba cuáles serían las medidas cautelares provisionales de que dispondrían las partes. El artículo se limitaba a enunciar el principio de que la petición al tribunal de una de las medidas previstas en un sistema jurídico determinado, así como la concesión de esa medida por el tribunal de "este Estado" era compatible con el hecho de que las partes hubieran convenido en someter su controversia a arbitraje.

97. Ese criterio resolvía también la cuestión de si el artículo 9 impediría que las partes excluyeran en el acuerdo la posibilidad de recurrir a los tribunales respecto de todas las medidas provisionales o algunas de ellas. Pese a que el artículo no debería interpretarse en el sentido de que prohibía tal acuerdo de exclusión, tampoco debería interpretarse en el sentido de que tenía expresamente por objeto hacer efectivo un acuerdo de ese tipo. Se convino en que la interpretación correcta del artículo 9 se podría facilitar si se utilizaba la expresión "un acuerdo de arbitraje" en lugar de la expresión "el acuerdo de arbitraje". La Comisión aprobó el artículo 9 con esa modificación.

* * *

CAPÍTULO III. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 10

Número de árbitros

98. El texto del artículo 10 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"1) Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros.

"2) A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres."

99. La Comisión aprobó el artículo.

* * *

Artículo 11

Nombramiento de los árbitros

100. El texto del artículo 11 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.

"2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

"3) A falta de tal acuerdo,

"*a)* en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días después de haber sido requerida por la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal indicado en el artículo 6;

"*b)* en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designa-

ción del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal indicado en el artículo 6.

"4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes,

"*a)* una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento; o

"*b)* las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento; o

"*c)* una autoridad nominadora no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento,

cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal indicado en el artículo 6 que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

"5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 3) ó 4) del presente artículo al tribunal indicado en el artículo 6 será definitiva. Al nombrar un árbitro, el tribunal tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes."

Párrafos 1) y 2)

101. La Comisión aprobó esos párrafos. A ese respecto, se señaló que la Ley Modelo no contenía ninguna disposición expresa que estableciera que el tribunal arbitral debía estar integrado por miembros imparciales e independientes. Sin embargo, hubo acuerdo en que ese principio convenido se desprendía con suficiente claridad de otras disposiciones de la Ley Modelo, en particular el artículo 12, en el que se establecían los motivos de recusación.

Párrafo 3)

102. La Comisión aprobó el inciso *a)*, sustituyendo las palabras "dentro de los treinta días después de haber sido requerida por la otra parte para que lo haga" por un texto como "dentro de los treinta días de haber recibido esa petición de la otra parte".

103. Se sugirió que se estableciera un plazo en el inciso *b)*, tal como se había hecho en la disposición del inciso *a)*. La Comisión convino en que en el inciso *b)* no era necesario dicho plazo, ya que las personas que debían ponerse de acuerdo eran las propias partes y que la imposibilidad de alcanzar ese acuerdo se hacía evidente cuando una de ellas se dirigía al tribunal. En consecuencia, el inciso *b)* se aprobó en su forma actual.

Párrafo 4)

104. Se hizo notar que la expresión "autoridad nominadora" empleada en el inciso *c)*, no se definía en la Ley Modelo. La Comisión convino en que la expresión fuera sustituida por un texto apropiado y se revisara el inciso en el sentido siguiente: "*c)* el tercero, inclusive una institución, al que las partes hayan encargado de las funciones en relación con nombrar a los árbitros no cumpla sus funciones". Se señaló que tal modificación hacía innecesario incluir en el artículo 2 una definición de la expresión "autoridad nominadora".

Párrafo 5) y sugerencias relativas a las funciones del tribunal

105. La Comisión aprobó el párrafo 5).

106. Con respecto a las funciones del tribunal previstas en los párrafos 3), 4) y 5) se formuló una observación, basada en la preocupación expresada anteriormente en el contexto del inciso *e)* del artículo 2 (véase párr. 42 *supra*). Se observó que las disposiciones del artículo 11 relativas a las funciones del tribunal, especialmente si se consideran junto con las disposiciones de la Ley Modelo relativas a la recepción de comunicaciones escritas, podían interpretarse en el sentido de que impedían al tribunal la aplicación de las normas procesales nacionales que, por ejemplo, mediante la exigencia de cierta forma de servicio o de anuncio, contribuirían a disminuir el riesgo de que una parte se viera comprometida en actuaciones arbitrales sin su conocimiento. La Comisión decidió aclarar que la disposición sobre recepción de comunicaciones no se aplicaba a las actuaciones o medidas judiciales, sino a las actuaciones arbitrales propiamente dichas, en particular cualquier medida adoptada por una de las partes, un árbitro o una autoridad nominadora en el trámite de nombramiento.

107. Como se convino en el contexto del examen del ámbito territorial de aplicación y de las posibles excepciones al mismo (véanse párrs. 76 y 77 *supra*) la Comisión examinó la cuestión de si la asistencia judicial en el procedimiento de nombramiento, prevista en los párrafos 3), 4) y 5) del artículo 11, debía prestarse incluso antes de que se determinase el lugar del arbitraje, pues era la determinación del lugar del arbitraje lo que ponía en marcha la aplicabilidad general de la ley (modelo) en el Estado que la hubiese promulgado.

108. Según una opinión, no era menester que la Ley Modelo contuviese ninguna disposición de esta clase, porque era difícil encontrar un elemento de enlace aceptable y, sobre todo, porque no había ninguna necesidad apremiante, dado que eran pocos los casos en que las partes no hubiesen convenido ni el lugar del arbitraje ni una autoridad nominadora, y que incluso en estos casos excepcionales la ley o leyes aplicables podrían aportar ayuda mediante un sistema coherente.

109. No obstante, la opinión predominante fue que existía un problema de orden práctico y que la Ley Modelo debía prever dicha asistencia a fin de facilitar el arbitraje comercial internacional permitiendo que la parte diligente lograse la constitución del tribunal arbitral. En cuanto a cuál debía ser el elemento de

enlace, se hicieron las siguientes propuestas: *a)* el establecimiento del demandado, *b)* el establecimiento del actor, *c)* el establecimiento del actor o del demandado.

110. Tras deliberar, la Comisión convino, a título provisional, en que un Estado que aprobase la Ley Modelo debería facilitar los servicios del tribunal mencionado en el artículo 6 para el nombramiento de un árbitro con arreglo al artículo 11 cuando el demandado tuviera su establecimiento en ese Estado y, posiblemente, cuando el actor tuviese su establecimiento en ese Estado, siempre que el tribunal del país del demandado no cumpliese esta función.

111. En el debate posterior sobre el ámbito territorial de aplicación de la Ley Modelo, la Comisión decidió no extender la aplicabilidad de los artículos 11, 13 y 14 al período previo a la determinación del lugar del arbitraje. (Ese debate se halla reseñado en los párrs. 79-81 *supra.*)

* * *

Artículo 12

Motivo de recusación

112. El texto del artículo 12 examinado por la Comisión era el siguiente:

"1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

"2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia. Una parte podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, sólo por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación."

Párrafo 1)

113. La Comisión aprobó el párrafo 1).

Párrafo 2)

114. Se señaló que las partes a veces acordaban que los árbitros tenían que reunir ciertas calificaciones profesionales o comerciales, y se propuso que la Ley Modelo respetara ese aspecto de la autonomía de las partes incluyendo en el párrafo 2) una referencia a cualesquiera otros motivos de recusación que las partes pudieran convenir. Aunque se expresaron dudas acerca de la necesidad de agregar esa disposición al artículo 12, la Comisión decidió adoptar la propuesta y pidió que un grupo de trabajo *ad hoc,* integrado por los representantes de Argelia, los Estados Unidos y la India, preparara un proyecto que reflejara la decisión.

115. Sobre la base de una propuesta del grupo de trabajo *ad hoc* la Comisión aprobó el siguiente texto enmendado de la primera frase del párrafo 2) del artículo 12: "Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificables respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes".

116. Hubo divergencias de opinión respecto de la palabra "sólo" que figura en la primera frase del párrafo 2). Según una opinión, la palabra debería suprimirse, ya que podían existir motivos de recusación que no estuvieran necesariamente comprendidos dentro de las palabras "imparcialidad o independencia". A título de ejemplo, se señaló que, sin poner en duda la integridad o la imparcialidad de un árbitro, su nacionalidad podía ser un motivo justificado de impugnación a la luz de la política seguida por su gobierno.

117. Según otra opinión, la palabra "sólo" era útil, ya que excluía otros motivos de recusación no tratados en la Ley Modelo. Se señaló que en la mayoría de los casos como el del ejemplo citado anteriormente, las circunstancias en cualquier caso suscitarían dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro.

118. Según una tercera opinión, la primera frase del párrafo 2) debería interpretarse en el sentido de que limitaba los motivos de recusación a los previstos en la Ley Modelo, incluso sin la palabra "sólo". Sin embargo, a fin de aclarar la cuestión, algunos de los partidarios de la opinión sugirieron mantener la palabra "sólo".

119. La Comisión decidió mantener la palabra "sólo" en la primera frase del párrafo 2). Al hacerlo la Comisión señaló que la disposición correspondiente del párrafo 1 del artículo 10 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, cuya pauta seguía la disposición debatida de la Ley Modelo, no contenía la palabra "sólo". Con todo, se indicó que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en cuanto norma contractual no podía afectar a la aplicación de ninguno de los restantes motivos de recusación previstos en las normas imperativas del derecho aplicable, pero que tal vez convendría que la Ley Modelo no permitiera que esos otros motivos de recusación se aplicaran en el arbitraje comercial internacional.

* * *

Artículo 13

Procedimiento de recusación

120. El texto del artículo 13 examinado por la Comisión era el siguiente:

"1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.

"2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes al de la constitución del tribunal arbitral o a aquel en que tenga conocimiento de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 12, si esto ocurre después, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro

recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

"3) Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del párrafo 2) del presente artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los quince días siguientes a la recepción de la decisión por la que se rechaza la recusación, al tribunal indicado en el artículo 6, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será definitiva; mientras esa peticion esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales."

Examen general sobre la conveniencia de la supervisión judicial durante las actuaciones judiciales

121. La Comisión, antes de examinar en detalle las disposiciones del artículo 13, procedió a un debate general sobre la conveniencia de la supervisión judicial durante las actuaciones arbitrales. Sobre esa materia se expresaron opiniones divergentes.

122. Según una de ellas, la supervisión judicial prevista en el párrafo 3) del artículo 13 era inapropiada y debía al menos limitarse para reducir el riesgo de prácticas dilatorias. Una sugerencia fue suprimir la disposición, excluyendo así la supervisión judicial durante las actuaciones arbitrales, o limitar considerablemente su aplicación, por ejemplo, a aquellos raros casos de recusación del árbitro único o de la mayoría de los árbitros. Otra sugerencia fue reemplazar en el párrafo 1) las palabras "sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo" por las palabras "y la decisión a que se llegue de conformidad con ese procedimiento será definitiva". El objetivo principal de la sugerencia era permitir la supervisión judicial prevista en el párrafo 3) sólo si las partes no habían convenido en un procedimiento de recusación y, en particular, no habían confiado a una institución o a un tercero el pronunciamiento sobre la recusación. Otra sugerencia más fue dejar que el tribunal arbitral decidiera si la supervisión judicial debía autorizarse inmediatamente o sólo después de dictado el laudo. La sugerencia se hizo como una posible solución al problema de que en virtud del artículo 13 un árbitro recusado parecía tener plena libertad para renunciar y que, como resultado de esa renuncia, la parte que nombró al árbitro podría verse afectada adversamente por los gastos adicionales y el retardo.

123. Según otra opinión, la importancia conferida a la intervención judicial en el párrafo 3) del artículo 13 no era suficiente al facultar la disposición al tribunal arbitral, con inclusión del árbitro recusado, para proseguir las actuaciones arbitrales prescindiendo del hecho de que la recusación estaba pendiente ante el tribunal. Se añadió en apoyo de la opinión que tal prosecución originaría una pérdida innecesaria de tiempo y gastos si el tribunal acogía posteriormente la recusación. Al menos, en el artículo 13 debía expresarse que el tribunal arbitral no podía proseguir las actuaciones si el tribunal decretaba la suspensión de las actuaciones arbitrales.

124. Sin embargo, prevaleció la opinión de mantener el sistema adoptado en el artículo 13, pues enunciaba una ecuación de armonía entre la necesidad de impedir la obstrucción o las prácticas dilatorias y el deseo de evitar una pérdida innecesaria de tiempo y de dinero.

125. Tras deliberar, la Comisión adoptó la opinión prevaleciente.

Párrafo 1)

126. La Comisión aprobó la disposición.

Párrafo 2)

127. La Comisión no aprobó una sugerencia para establecer en el párrafo 2) que el mandato de un árbitro único que era recusado, pero no renunciaba a su cargo, terminaba con motivo de la recusación.

128. La Comisión no aprobó una sugerencia para excluir al árbitro recusado de las deliberaciones y de la decisión del tribunal arbitral sobre la recusación.

129. Se señaló que el procedimiento de recusación del párrafo 2) era aplicable tanto a un árbitro único como a la recusación de uno o más árbitros de un tribunal integrado por varios árbitros. La negativa a renunciar de un árbitro único constituiría un rechazo de la recusación y posibilitaría recurrir al tribunal en virtud del párrafo 3).

130. La Comisión aprobó el párrafo 2), a reserva de ciertas sugerencias de redacción que la Comisión remitió al Grupo de Redacción.

Párrafo 3)

131. Posteriormente, la Comisión decidió armonizar el párrafo 3) del artículo 13 con la versión modificada del párrafo 3) del artículo 16 (véase párr. 161 *infra*) y sustituir el plazo de quince días por treinta días.

132. En cuanto a las palabras "decisión que será definitiva", la Comisión convino en que el texto quería decir que esa decisión era inapelable y que esa intención podría aclararse con una redacción apropiada. A reserva de estas modificaciones, la Comisión aprobó el párrafo 3).

133. La Comisión examinó si la Ley Modelo debía disponer la asistencia del tribunal respecto de las funciones previstas en el párrafo 3) del artículo 13 aun antes de que se determinara el lugar del arbitraje. La Comisión convino en que la Ley Modelo no podía de hecho otorgar competencia internacional al tribunal de un Estado excluyendo la competencia de otro Estado. Lo que la Ley Modelo podía hacer era describir esos casos, utilizando factores vinculantes como el lugar del establecimiento del demandado o del demandante, en los que el Estado de que se tratase prestaría la asistencia judicial prevista en el párrafo 3) del artículo 13. Sin embargo, se señaló que tal vez habría menos necesidad de dicha asistencia que en el proceso de nombramiento, ya que la supervisión judicial de una

recusación está prevista en la ley de arbitraje aplicable o, cuando al caso se aplica la Ley Modelo, podía ejercerse en las actuaciones de nulidad en virtud del artículo 34.

134. En el debate posterior sobre el ámbito territorial de aplicación de la Ley Modelo, la Comisión decidió no extender la aplicabilidad de los artículos 11, 13 y 14 al período anterior a la determinación del lugar del arbitraje. (Ese debate aparece reseñado en los párrs. 79-81 *supra.*)

* * *

Artículo 14

Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones

135. El texto del artículo 14 examinado por la Comisión era el siguiente:

"Cuando un árbitro se vea impedido *de jure* o *de facto* en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal indicado en el artículo 6 una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será definitiva".

136. Se observó que el artículo 14, a diferencia de los artículos 11 y 13, no dejaba expresamente a las partes en libertad para convenir un procedimiento en los casos en que el árbitro no ejerciera sus funciones o se viera impedido de hacerlo. Sin embargo, se consideró que la disposición no tenía la finalidad de impedir que las partes modificaran los motivos que podían dar lugar a la cesación en el cargo, o que encomendaran a un tercero o a una institución que declarase dicha cesación.

137. En cuanto a los motivos de cesación establecidos en el artículo, se hicieron varias sugerencias. Una de ellas consistió en suprimir las palabras *"de jure* o *de facto"* porque eran innecesarias y podían suscitar dificultades de interpretación. La Comisión no adoptó la sugerencia, a fin de conservar la armonía con la disposición correspondiente del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (artículo 13 2)).

138. Otra sugerencia consistió en describir con mayor precisión el significado de las palabras "no las ejerza", por ejemplo, añadiendo expresiones tales como "con la diligencia debida y con eficiencia" o "con prontitud razonable". Como respuesta se afirmó que si bien los criterios de prontitud y eficiencia son directrices importantes para tramitar un arbitraje, no se debía dar la impresión de que constituían criterios absolutos y fundamentales para evaluar un arbitraje. Se señaló que el criterio de eficiencia era particularmente inadecuado en el contexto del artículo 14, pues podía dar margen a revisiones y evaluaciones judiciales de la labor sustantiva del tribunal arbitral. Hubo menos reservas en cuanto a expresar la idea de una prontitud razonable, que se estimó como una puntualización del elemento temporal intrínseco en la expresión "falta de ejercicio de las funciones".

139. Si bien hubo apoyo considerable para no modificar el texto del artículo 14, que correspondía al texto del párrafo 2) del artículo 13 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la Comisión, tras deliberar, convino en que la expresión "no las ejerza" debía modificarse con una expresión tal como "con prontitud razonable". Se estimó que la adición servía simplemente para aclarar el texto y no debía interpretarse que atribuía a las palabras "no las ejerza" un significado diferente del que se daba al texto del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

140. Se propuso redactar nuevamente el artículo 14 a fin de que abarcara también los casos de cesación incluidos en el artículo 15, sin cambiar el fondo de esos dos artículos. La Comisión encomendó a un grupo de trabajo especial, integrado por los representantes de la India y la República Unida de Tanzanía, la tarea de preparar un proyecto de artículo 14.

141. El grupo especial de trabajo sugirió la siguiente versión modificada del artículo 14:

"Un árbitro cesará en su cargo cuando se vea impedido *de jure* o *de facto* en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza [con una prontitud razonable] o si renuncia a su cargo por cualquier motivo o si las partes acuerdan su remoción. No obstante, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal indicado en el artículo 6 una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será definitiva."

142. Se expresó preocupación en el seno de la Comisión acerca de que la nueva redacción sugerida del artículo 14 tal vez hubiese cambiado el fondo de la disposición de un modo no intencional. En concreto, no quedó claro el momento en que el árbitro cesaba en su cargo por falta de ejercicio de las funciones. Después de someterla a debate, la propuesta fue rechazada y se mantuvo el texto original añadiendo las palabras "con una prontitud razonable", como ya se había decidido anteriormente.

143. En el debate posterior sobre el ámbito de aplicación de la Ley Modelo, la Comisión decidió no extender la aplicabilidad de los artículos 11, 13 y 14 al período previo a la determinación del lugar del arbitraje. (Ese debate se halla reseñado en los párrs. 79-81.)

* * *

Artículo 14 bis

144. El texto del artículo 14 bis que examinó la Comisión era el siguiente:

"La renuncia de un árbitro a su cargo o la aceptación por una parte de la terminación del mandato de un árbitro, en los casos contemplados en el párrafo 2) del artículo 13 o en el artículo 14, no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en el párrafo 2) del artículo 12 o en el artículo 14."

145. La Comisión aprobó el artículo en cuanto al fondo. Posteriormente fue incorporado por el Grupo de Redacción al artículo 14 como nuevo párrafo 2).

Artículo 15
Nombramiento de un árbitro sustituto

146. El texto del artículo 15 que examinó la Comisión era el siguiente:

"Cuando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 ó 14, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo o de remoción por acuerdo de las partes o de expiración de su mandato por cualquier otra causa, se procederá al nombramiento de un sustituto conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir, salvo acuerdo en contrario de las partes."

147. La Comisión aprobó la sugerencia de suprimir en el artículo 15 las palabras "salvo acuerdo en contrario de las partes", dado que podrían crear dificultades. Se entendió, no obstante, que la autonomía de las partes reconocida en el artículo 11 respecto del nombramiento original de un árbitro era aplicable con igual vigor al procedimiento de nombrar un árbitro sustituto, pues el artículo 15 se remitía a las normas que eran aplicables al nombramiento del árbitro que se sustituye.

148. Por lo que se refiere a los casos en que todavía no se había determinado el lugar de arbitraje, se observó que cuando el demandante era quien debía nombrar el árbitro sustituto y no lo hacía, la norma prevista para el artículo 11 (v.g.: competencia del tribunal del Estado donde el demandado tiene el establecimiento) tal vez no fuera apropiada para el nombramiento del árbitro sustituto. Se sugirió que una posible solución podría consistir en disponer que la asistencia en el nombramiento del árbitro sustituto sería prestada por el tribunal del Estado en el que la parte que no nombró su árbitro tenía su establecimiento, y únicamente si el tribunal de ese Estado no prestara tal asistencia podría pedirse el nombramiento al tribunal del Estado donde la otra parte tenía su establecimiento. Sin embargo, conforme a una decisión posterior, reflejada en el párr. 111 *supra,* no se extendió la aplicabilidad del artículo 11 al período previo a la determinación del lugar del arbitraje.

* * *

CAPÍTULO IV. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 16
Facultad para decidir acerca de su propia competencia

149. El texto del artículo 16 examinado por la Comisión decía así:

"1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

"2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la declinatoria por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como el tribunal arbitral haya señalado su intención de decidir sobre la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

"3) El tribunal arbitral podrá decidir la excepción a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. En uno y otro caso, la decisión del tribunal arbitral por la que éste se declara competente podrá ser impugnada por las partes únicamente por vía de recurso de nulidad contra el laudo."

Párrafo 1)

150. La Comisión estuvo de acuerdo en que las palabras "incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje" no tenían por objeto limitar la *Kompetenz-Kompetenz* del tribunal arbitral a aquellos casos en que una de las partes hubiera planteado una excepción. Por consiguiente el tribunal arbitral podía tomar una decisión por iniciativa propia si se planteaban dudas o cuestiones sobre su competencia, incluida la cuestión de la arbitrabilidad.

151. En cuanto a la facultad conferida al tribunal arbitral en el párrafo 1), se expresó la inquietud de que la disposición resultaría inaceptable para ciertos Estados que no conferían esa facultad a los árbitros o a las partes que no querían que los árbitros decidieran acerca de su propia competencia. En respuesta, se indicó que el principio contenido en el párrafo era un principio importante para el funcionamiento del arbitraje comercial internacional; sin embargo, correspondería en último término a cada Estado decidir, en el momento de adoptar la Ley Modelo, si aceptar el principio y, en caso afirmativo, tal vez indicar en el texto que las partes podrían excluir o limitar esa facultad.

152. Se indicó que la fuerza aparente de las palabras inglesas *"has the power to rule"* no se reflejaban, por ejemplo, en la versión francesa *"peut statuer"*. Tras deliberar, la Comisión decidió utilizar en todos los idiomas la expresión menos enérgica *"may"* ("podrá"), aunque sin intención de apartarse sustancialmente de la fórmula correspondiente utilizada en el párrafo 1) del artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

153. La Comisión aprobó el párrafo 1) en su forma enmendada.

Párrafo 2)

154. Se señaló que la tercera frase del párrafo 2) era demasiado ambigua toda vez que se refería a la indicación de la intención del tribunal arbitral de decidir una materia que supuestamente excede de su mandato. Se observó que normalmente esa intención sólo se haría evidente cuando se dictara un laudo sobre esa materia. En consecuencia, se sugirió que la frase se sustituyera por una disposición basada en el modelo del párrafo 1) del artículo 5 de la Convención de Ginebra de 1961, en el sentido de que la excepción debía oponerse tan pronto como la materia que supuestamente excediese del mandato del tribunal arbitral se planteara en el curso del procedimiento arbitral.

155. Se reconoció que el texto propuesto era más preciso, pero también menos flexible, que el texto actual. Por ejemplo, abarcaría no sólo aquellos casos en que hubiera una indicación de la intención del propio tribunal arbitral, por ejemplo, cuando éste solicitara o examinara pruebas relativas a la materia que excediera de su mandato, sino también el caso en que una de las partes planteara una materia de esa índole en sus declaraciones orales o escritas. Con arreglo al texto propuesto, en tal caso, la otra parte tendría que oponer su objeción sin demora. Se expresó la inquietud de que las partes que carecen de experiencia en materia de arbitraje comercial internacional podrían no darse cuenta de que se había planteado una materia que excedía del mandato del tribunal arbitral, y que tenían obligación de plantear una objeción sin demora. Por otra parte, se sugirió que en algunos casos la ley aplicable y, por consiguiente, las limitaciones en cuanto a la arbitrabilidad de ciertos litigios, podría no determinarse hasta el momento del laudo, con lo que sería imposible oponer una excepción antes. En consecuencia, el hecho de que la excepción no se hiciese con anterioridad no debía impedir necesariamente que se planteara durante las actuaciones de anulación o las actuaciones de reconocimiento y ejecución.

156. Tras deliberar, la Comisión aprobó el párrafo 2), a reserva de que se modificase la tercera oración en los términos siguientes: "La excepción fundada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como la cuestión respecto de la cual el tribunal arbitral supuestamente no tiene competencia se plantee durante el procedimiento arbitral".

Párrafo 3)

157. La Comisión aprobó el principio que inspira del párrafo 3), a saber que la facultad del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia está sujeta a la supervisión de un tribunal. Sin embargo, hubo divergencia de opiniones en cuanto al momento y las circunstancias en que debía recurrirse al tribunal.

158. De acuerdo a una opinión, la solución adoptada en el párrafo 3) era apropiada por cuanto permitía esa supervisión por tribunal sólo en los procedimientos de anulación y, como debía aclararse en el texto, en el contexto del reconocimiento y la ejecución de laudos. Esa solución se prefirió a la supervisión inmediata de un tribunal, puesto que impedía el abuso por una de las partes con el propósito de dilatar u obstruir las actuaciones.

159. De acuerdo con otra opinión, el párrafo 3) debería modificarse a fin de facultar al tribunal arbitral para franquear la apelación ante el tribunal judicial, o permitir de alguna otra forma, por ejemplo, dando a su decisión en la forma de un laudo, la supervisión inmediata del tribunal judicial. Se dijo en apoyo de esta opinión que esa flexibilidad era conveniente ya que permitiría al tribunal arbitral evaluar en cada caso particular si el riesgo de las tácticas dilatorias era mayor que el peligro opuesto de desperdiciar dinero y tiempo. En cuanto a ese posible peligro, se sugirió que se redujese su efecto previendo algunas o todas las garantías previstas en el contexto de la supervisión de un tribunal con motivo de la recusación de un árbitro, en el párrafo 3) del artículo 13, es decir, un breve plazo, el carácter definitivo de la decisión y la posibilidad de proseguir las actuaciones judiciales y de dictar un laudo.

160. De acuerdo con otra opinión, había que permitir a las partes recurrir inmediatamente al tribunal para que hubiese certidumbre con respecto a la importante cuestión de la competencia del tribunal arbitral. Se hicieron varias sugerencias para alcanzar ese resultado. Una de ellas fue que se adoptara la solución dada en el párrafo 3) del artículo 13 y permitir así la supervisión inmediata del tribunal siempre que el tribunal arbitral decidiera sobre la cuestión de su competencia como cuestión previa. Otra sugerencia fue que se exigiera al tribunal arbitral, si así lo pedía una de las partes, que decidiera sobre su competencia como cuestión previa, decisión que estaría sujeta a la supervisión inmediata de un tribunal judicial. Se sugirió también que se introdujese en el texto el anterior proyecto de artículo 17[8]. Se señaló que si se restablecía el proyecto de artículo 17 en la Ley Modelo, tal vez no fuese necesario adoptar para la supervisión concurrente de un tribunal en el párrafo 3) del artículo 16 una solución estricta que excluyese toda discrecionalidad por parte del tribunal arbitral.

161. La Comisión, tras deliberar, decidió no reintroducir el anterior proyecto de artículo 17, sino establecer en el párrafo 3) del artículo 16 una supervisión inmediata del tribunal ajustándose a la solución adoptada en el párrafo 3) del artículo 13. La Comisión aprobó el párrafo 3) del artículo 16 en la siguiente

[8] El texto del proyecto de artículo 17, que fue suprimido por el Grupo de Trabajo en su último período de sesiones (A/CN.9/246, párrs. 52 a 56), era el siguiente:

"Artículo 17. *Supervisión concurrente de un tribunal*

"1) [No obstante lo dispuesto en el artículo 16,] las partes podrán [en cualquier momento] solicitar del tribunal indicado en el artículo 6 una decisión acerca de si existe un acuerdo de arbitraje válido y [, de haberse iniciado las actuaciones judiciales,] si el tribunal arbitral es competente [para conocer de la controversia que le ha sido sometida].

"2) Mientras esa cuestión esté pendiente en el tribunal, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones [a menos que el primero decrete la suspensión de las actuaciones arbitrales]."

forma modificada, sin perjuicio de las modificaciones de estilo que introdujese el Grupo de Redacción:

"3) El tribunal arbitral podrá decidir la excepción a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si el tribunal arbitral se declara competente en una decisión de carácter previo, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal mencionado en el artículo 6 que resuelva la cuestión, y sobre la resolución de este tribunal no cabrá apelación; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones."

162. La Comisión decidió ajustar el párrafo 3) del artículo 13 a esa versión modificada del párrafo 3) del artículo 16 y reemplazar así en el párrafo 3) del artículo 13 el plazo de quince días por un plazo de treinta días y la expresión "definitiva" por una expresión equivalente a "no cabrá apelación".

163. Se observó que la segunda oración del párrafo 3) del artículo 16 no incluía el caso en que el tribunal arbitral decidiese que no tenía competencia. Por consiguiente, en ese caso, el párrafo 3) del artículo 16, leído juntamente con el artículo 5, no impedía que se recurriese a un tribunal judicial para obtener una decisión sobre la posible existencia de un acuerdo de arbitraje válido. Se reconoció que una decisión del tribunal arbitral declarándose incompetente era definitiva en cuanto a sus actuaciones puesto que no era lógico obligar a los árbitros que habían tomado esa decisión a continuar las actuaciones.

Artículo 18

Medidas provisionales cautelares

164. El texto del artículo 18 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto de litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía para cubrir el costo de esas medidas."

165. Se sugirió que no se mantuviera la disposición, dado que su alcance no estaba claramente definido y que su importancia práctica era limitada puesto que los tribunales disponían de medidas provisionales de ejecución. Además, la facultad concedida al tribunal arbitral podía redundar en detrimento de una parte si ulteriormente resultaba que la medida provisional adoptada no estaba justificada. Por tanto, si se mantuviera la disposición, debería reducirse ese riesgo ampliando el alcance de la garantía mencionada en la segunda frase de forma que cubriera no sólo el costo de la medida provisional sino también cualquier daño posible o previsible para una de las partes.

166. Tras deliberar, la Comisión decidió mantener el artículo, ya que era útil para confirmar que dentro del mandato del tribunal arbitral figuraba la facultad de ordenar de ese tipo medidas, salvo acuerdo en contrario de las partes. En cuanto a la sugerencia de aumentar la importancia de la garantía que el tribunal arbitral podría exigir de una parte o de las partes, la Comisión convino en que, por un lado, no debía mantenerse ninguna limitación implícita de la garantía exigida para cubrir el costo de esas medidas, pero que, por otro lado, no era pertinente hacer una referencia a los daños de una parte, ya que la Ley Modelo no debía tratar de las cuestiones relativas al fundamento o al alcance de la posible responsabilidad por daños. Por tanto, la Comisión decidió utilizar unos términos más generales y decir que el tribunal arbitral podría exigir de cualquiera de las partes "una garantía adecuada". Se señaló que la modificación no debería inducir a entender las palabras "garantía para asegurar el costo de esas medidas" que figuraban en el párrafo 2) del artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en el sentido de excluir la posibilidad de incluir en el monto de esa garantía los daños previsibles sufridos por una parte.

167. En cuanto al alcance de las medidas provisionales mencionadas en la disposición, se señaló que una de las posibles medidas era, cuando procediera, la de dictar una orden para la protección de los secretos comerciales y la información patentada.

168. Se señaló que el alcance de las medidas provisionales mencionadas en el artículo 18 era considerablemente más limitado que el previsto en el artículo 9, y que el artículo 18 no regulaba la cuestión de la ejecución de las medidas adoptadas por el tribunal arbitral. Por otra parte, se señaló que subsistían unos elementos de duplicación y de posible conflicto entre las medidas del tribunal arbitral y las del tribunal judicial. Por tanto, se sugirió que la Ley Modelo previera una solución para tales conflictos, por ejemplo, concediendo prioridad a la decisión de los tribunales judiciales.

169. Tras deliberar, la Comisión convino en que la Ley Modelo no incluyera una solución para tales conflictos. Se declaró que cualquier solución de este tipo debía decidirla cada Estado siguiendo sus leyes y principios sobre la competencia de sus tribunales judiciales y sobre los efectos jurídicos de las decisiones de esos tribunales. En ese contexto se señaló que el propio artículo 9 ni creaba ni aumentaba la posibilidad de tal conflicto, ya que no regulaba si el tribunal judicial disponía de tales medidas dentro de un ordenamiento del valor jurídico determinado, y en qué medida disponía de ellas, sino que sólo expresaba el principio de que la petición de tales medidas provisionales, y la concesión de las mismas, si existían en un ordenamiento jurídico, no era incompatible con el hecho de que las partes hubieran convenido resolver su controversia fuera de los tribunales judiciales por medio de arbitraje.

* * *

CAPÍTULO V. SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

Artículo 19
Determinación del procedimiento

170. El texto del artículo 19 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

"2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

"3) En uno y otro caso deberá tratarse a las partes con igualdad y deberá darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos."

Párrafo 1)

171. Se hicieron dos sugerencias de significado divergente respecto al párrafo 1). Una sugerencia fue la de aclarar en la Ley Modelo que la libertad de las partes para convenir el procedimiento debiera ser continua durante las actuaciones arbitrales. La otra sugerencia fue la de permitir a las partes determinar las normas de procedimiento después de que los árbitros hubieran aceptado sus deberes en la medida que acordasen los árbitros.

172. No se adoptó ninguna de las dos sugerencias. Aunque según el texto en examen, la disposición implicaba que las partes tenían continuo derecho a cambiar el procedimiento, de hecho no se podía obligar a los árbitros a aceptar cambios de procedimiento, porque podían presentar renuncia si no deseaban aplicar nuevas normas de procedimiento acordadas por las partes. Se señaló que el plazo permitido para modificar los procedimientos que hubieran de seguirse podía establecerse de común acuerdo entre las partes y los árbitros.

Párrafo 2)

173. Se hizo una observación en el sentido de que, puesto que en algunos sistemas jurídicos se consideraría que la cuestión de la admisibilidad, la pertinencia y el de las pruebas era asunto de derecho sustantivo, surgía la cuestión referente a la relación entre la segunda frase del párrafo 2) y el artículo 28.

174. Se entendió que el párrafo 2) tenía por objeto reconocer una facultad discrecional del tribunal arbitral que no se viese afectada por la elección de la ley aplicable al fondo de la controversia.

175. La Comisión aprobó el párrafo 2).

Párrafo 3)

176. La Comisión estuvo de acuerdo en que la disposición contenida en el párrafo 3) constituía un principio fundamental que era aplicable a todas las actuaciones arbitrales y que, por consiguiente, la disposición debiera constituir por separado un artículo 18 *bis*, que se colocaría al comienzo del capítulo V de la Ley Modelo. Se adoptó provisionalmente esa decisión en el marco del debate sobre el artículo 22 (véanse los párrs. 189-194 *infra*) y se confirmó posteriormente al debatir el párrafo 3) del artículo 19.

* * *

Artículo 20
Lugar del arbitraje

177. El texto del artículo 20 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"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.

"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."

178. Se formuló una propuesta de añadir al final de la segunda frase del párrafo 1) las palabras: "habida cuenta de las circunstancias del arbitraje, así como de la conveniencia de las partes". Se alegó en apoyo de la propuesta que el lugar del arbitraje tenía una importancia práctica considerable y que la referencia a la conveniencia de las partes como factor orientador satisfaría la preocupación de algunas personas, especialmente de países en desarrollo, de que se les pudiera imponer un lugar desventajoso. Se observó que la preocupación existía igualmente en otros países.

179. Se expresaron opiniones divergentes respecto a la idoneidad de la redacción sugerida. Se expresó la opinión de que las palabras adicionales eran innecesarias puesto que expresaban un principio que estaba ya implícito en el artículo 19 3). Se hicieron objeciones especialmente a las palabras "así como de la conveniencia de las partes". Se dijo que se introducía un desequilibrio al mencionar tan solo algunas de las circunstancias que habrían de considerar los árbitros para determinar el lugar del arbitraje, puesto que otros factores, tales como la idoneidad de la ley procesal aplicable, la disponibilidad de procedimientos para el reconocimiento o la ejecución de laudos dictados en el marco de la Convención de Nueva York de 1958 o de otros tratados multilaterales o bilaterales o, la adopción o no por un Estado de la Ley Modelo, pudieran ser al menos igualmente importantes. Se observó además que el párrafo 1) del artículo 16 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI disponía que al determinar el

lugar del arbitraje los árbitros habrían de tener en cuenta las circunstancias del arbitraje, pero no se mencionaba la conveniencia de las partes. Se sugirió que no sería deseable que hubiese una discrepancia entre estos dos textos sobre el punto.

180. Sin embargo, predominó la opinión de que la Ley Modelo debería hacer referencia a la conveniencia de las partes como circunstancia sumamente importante para la determinación del lugar del arbitraje en el arbitraje comercial internacional. Se dio por entendido al mismo tiempo que debía interpretarse la conveniencia de las partes como un concepto que abarcaba las consideraciones anteriormente mencionadas relativas a la ley procesal aplicable y al reconocimiento y la ejecución de los laudos.

181. La Comisión aprobó el artículo 20 enmendado en esa forma.

Artículo 21

Iniciación de las actuaciones arbitrales

182. El texto del artículo 21 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, el procedimiento de arbitraje respecto de una determinada controversia se iniciará en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje."

183. Se formuló una propuesta en dos partes. Por la primera se daría a la solicitud de someter una controversia a arbitraje el mismo efecto jurídico que si esa solicitud se hubiese presentado ante un tribunal. Por la segunda el demandante que interpusiese una acción al poco tiempo de haberle sido notificada la decisión por la que un tribunal arbitral se declaraba incompetente o de haberle sido notificada la sentencia por la que se anulaba un laudo, no estaría expuesto a que se le opusiese una excepción basada en la prescripción de la acción.

184. Se sugirió que este problema era importante. Esta propuesta reforzaría la eficacia del arbitraje comercial internacional al proporcionar al demandante en un proceso arbitral la misma protección contra la prescripción de su acción que la que se otorgaba al demandante en un proceso judicial. Si bien algunos ordenamientos jurídicos tenían normas como la sugerida, otros muchos no las tenían y sería conveniente que hubiese uniformidad a ese respecto. Se señaló que se había obtenido un resultado similar a través de los artículos 14 1) y 17 de la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, de 1974, que había sido elaborada por la Comisión. Esas disposiciones decían lo siguiente:

Artículo 14

"1) Cuando las partes hayan convenido en someterse a arbitraje, el plazo de prescripción cesará de correr a partir de la fecha en que una de ellas inicie el procedimiento arbitral según la forma prevista por el compromiso de arbitraje o por la ley aplicable a dicho procedimiento."

Artículo 17

"1) Cuando se haya iniciado un procedimiento con arreglo a lo establecido en los artículos 13, 14, 15 ó 16 antes de la expiración del plazo de prescripción, se considerará que éste ha seguido corriendo si el procedimiento termina sin que haya recaído una decisión sobre el fondo del asunto.

"2) Cuando al término de dicho procedimiento, el plazo de prescripción ya hubiera expirado o faltara menos de un año para que expirase, el acreedor tendrá derecho a un plazo de un año contado a partir de la conclusión del procedimiento."

185. Sin embargo, predominó la opinión de que no se incluyese en la Ley Modelo una disposición como la propuesta, pese a que se reconoció que el problema existía y la conveniencia de darle una solución unificada. Una disposición de esta índole incidiría sobre cuestiones consideradas en muchos ordenamientos jurídicos como asuntos de derecho sustantivo que pudieran ser considerados, por lo tanto, como ajenos al ámbito de la Ley Modelo. En algunos países existían plazos de prescripción fijados por diversas leyes que, en algunos casos, se regían por diversas normas jurídicas internas. Resultaría anómalo y sería una fuente de confusión que hubiese una norma especial sobre los efectos de la prescripción que se aplicaría tan pronto se iniciase un arbitraje comercial internacional. Como resultado de esos factores, la elaboración de una norma de la índole sugerida requeriría, para que fuese aceptable en diversos ordenamientos jurídicos, que se efectuase un estudio cuidadoso de las cuestiones involucradas, lo que no sería posible hacer durante el actual período de sesiones, por falta de tiempo.

186. Tras haber deliberado sobre este asunto, la Comisión decidió, principalmente por esta última razón, no adoptar esta propuesta. Se convino, sin embargo, en que ese problema de considerable importancia práctica sería señalado a la atención de los Estados a fin de invitarles a considerar la promulgación de normas que, en armonía con los principios y normas de su propio ordenamiento jurídico, diesen al procedimiento arbitral el mismo trato que se hubiese dado a ese respecto al procedimiento judicial.

187. La Comisión no adoptó una propuesta de incluir en el artículo 21 una norma disponiendo que en el supuesto de un arbitraje encomendado a una institución arbitral, el arbitraje daría comienzo en la fecha en la que esa institución recibiese la solicitud de arbitraje. Si bien esta propuesta obtuvo un cierto apoyo, predominó la opinión de que habida cuenta de la gran diversidad de normas utilizadas por diversas instituciones arbitrales para determinar el inicio de las actuaciones arbitrales, incluida la circunstancia de que en algunas de esas normas no se exigía que la institución hubiese recibido tal solicitud, sería difícil formular un solo enfoque para esta cuestión. Se observó que puesto que el artículo 21 podría ser objeto de acuerdo en contrario

de las partes, la finalidad de la propuesta anteriormente mencionada podría conseguirse mediante una disposición del reglamento de arbitraje que, dispusiese, como era frecuente en los reglamentos de las instituciones arbitrales, que el procedimiento arbitral daría comienzo en la fecha en la que la institución arbitral recibiese una solicitud de arbitraje.

* * *

Artículo 22

Idioma

188. El texto del artículo 22 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"1) Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo que en ellos mismos se haya especificado otra cosa, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias, y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral.

"2) El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral."

189. La Comisión observó que la determinación del idioma o los idiomas de las actuaciones arbitrales entrañaba una cuestión de principio y una cuestión práctica. El principio, establecido en el párrafo 3) del artículo 19, era que debía tratarse a las partes con igualdad y debía darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Al mismo tiempo, se reconoció que la interpretación de todas las actuaciones orales y la traducción de todos los documentos escritos aumentaría los costos del arbitraje y, en el caso de traducciones extensas, prolongaría las actuaciones.

190. Por considerársela innecesaria, no se aceptó una propuesta de que el artículo 22 estipulara especialmente que, a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral determinaría el idioma o los idiomas que se utilizarían en las actuaciones de conformidad con el párrafo 3) del artículo 19. Por la misma razón, la Comisión no aceptó una propuesta de que se estipulara expresamente que las partes tenían derecho a expresarse en su propio idioma siempre que adoptaran medidas para su interpretación en el idioma que hubiera de emplearse en las actuaciones.

191. También se propuso que las actuaciones arbitrales se sustanciaran en los idiomas de las partes, salvo que éstas convinieran en un idioma determinado o el tribunal arbitral, sobre la base de un mandato expreso conferido por las partes, determinara el idioma de las actuaciones. Los autores de esa propuesta sugirieron que, si no era aceptada, la Ley Modelo debía estipular que cualquiera de las partes cuyo idioma no fuera elegido como idioma de las actuaciones estuviese facultada a hacer valer sus derechos en su propio idioma, y que los costos de la traducción e interpretación formarían parte de los costos de las actuaciones. Sin embargo, no se aceptó esa propuesta porque se consideró que era demasiado rígida y que no podía brindar una solución adecuada a la amplia variedad de situaciones que se presentaban en la práctica. Se estimó apropiado dejar la determinación del idioma o los idiomas de las actuaciones al tribunal arbitral que, en todas las circunstancias, debía respetar lo dispuesto en el párrafo 3) del artículo 19.

192. Haciendo notar que la palabra "traducción", que figuraba en el párrafo 2), no estaba definida, se propuso que la traducción debía estar debidamente certificada. Esa propuesta no fue aceptada en vista de que un requisito general de certificación de las traducciones aumentaría innecesariamente los costos de las actuaciones.

193. Se señaló que cuando las actuaciones hubieran de sustanciarse en más de un idioma, tal vez fuera razonable y no perjudicaría los intereses de las partes traducir los documentos a uno de los idiomas de las actuaciones. En consecuencia, se propuso que en el artículo 22 se estipulara expresamente que no sería contrario en sí mismo a la Ley Modelo si en un arbitraje en que empleara más de un idioma, el tribunal arbitral decidiera que determinado documento no tendría que ser traducido a todos los idiomas de las actuaciones. Si bien la Comisión fue de la opinión que esas prácticas de ahorro no eran contrarias al artículo 22, remitió al grupo de Redacción la cuestión de si el texto expresaba el criterio con claridad suficiente.

194. La Comisión aprobó el artículo 22, con sujeción al examen del Grupo de Redacción, según lo indicado en el párrafo anterior. A fin de resaltar el carácter fundamental de los principios incorporados en el párrafo 3) del artículo 19 y dejar en claro que regían todos los aspectos de las actuaciones arbitrales, se convino en que este párrafo se presentara en un artículo separado.

Artículo 23

Demanda y contestación

195. El texto del artículo 23 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"1) Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los extremos alegados en la demanda. Las partes podrán aportar con sus alegaciones todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

"2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o

contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho, el perjuicio que puede causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias."

Párrafo 1)

196. La Comisión estuvo de acuerdo en que el párrafo 1) expresaba un principio básico del procedimiento de arbitraje que las partes no podían desconocer, pero que las normas procesales especiales relativas a la demanda y la contestación debían estar sujetas al acuerdo de las partes. Se señaló que el procedimiento estipulado en el párrafo 1) no era plenamente compatible con el procedimiento previsto en algunas normas del arbitraje institucional. La Comisión decidió expresar la distinción entre el carácter imperativo del principio expresado en el párrafo 1) y el carácter no imperativo de las normas de procedimiento, agregando al final de la primera frase palabras del tipo de "salvo que las partes hayan convenido otra cosa sobre el contenido y la forma de esas alegaciones".

197. También se señaló que el verbo "aportar", que figuraba en la segunda frase del párrafo 1), podía interpretarse en el sentido de que exigía que la demanda o la contestación siempre se hicieran por escrito. La Comisión, habiendo convenido en que esa no era la interpretación deseada, remitió el asunto al Grupo de Redacción.

Párrafo 2)

198. Se expresaron distintas opiniones con respecto a la facultad del tribunal arbitral de autorizar la modificación de la demanda o la contestación. Conforme a una opinión, no debía impedirse que las partes modificaran su demanda o contestación dado que toda limitación en ese sentido sería contraria a su facultad de hacer valer sus derechos. Según esa opinión, debía colocarse un punto final después de las palabras "demanda o contestación". Reconociéndose que una enmienda tardía podría demorar las actuaciones, se sugirió que la forma apropiada de resolver ese problema era prorratear los costos de las actuaciones o decidir sobre las cuestiones presentadas a tiempo en un laudo parcial, postergando la solución de las cuestiones restantes.

199. Sin embargo, prevaleció la opinión de que el tribunal arbitral debía estar facultado a rechazar modificaciones de la demanda o la contestación bajo determinadas circunstancias. Se expresaron varias opiniones con respecto a la forma en que debía delimitarse el alcance de esa facultad. Según una opinión, que recibió apoyo considerable, debía conservarse todo el texto del párrafo 2) porque proporcionaba garantías adecuadas contra la demora de las actuaciones arbitrales y, al mismo tiempo, permitía flexibilidad suficiente en casos justificados. Según otra opinión, las palabras "cualesquiera otras circunstancias" eran demasiado imprecisas y debían sustituirse por las palabras "cualesquiera otras circunstancias pertinentes", o bien, suprimirse. Según una tercera opinión, la precisión deseada sólo podía lograrse suprimiendo también las palabras "el perjuicio que puede causar a la otra parte", pues no era claro a qué tipo de perjuicio se refería.

200. La Comisión adoptó esta última opinión y decidió suprimir las palabras "el perjuicio que puede causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias".

Reconvención

201. Se sugirió que se añadiera una disposición, en el artículo 23 o en otro lugar adecuado, por la que toda disposición de la Ley Modelo que se refiriera a la demanda se aplicaría, *mutatis mutandis*, a la reconvención. Se convino en que la Comisión examinaría el asunto después de haber terminado su examen de todo el proyecto de Ley Modelo. La posterior decisión respecto de la reconvención queda reflejada en el párr. 327 *infra*.

* * *

Artículo 24
Audiencias y actuaciones por escrito

202. El texto del artículo 24 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas.

"2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo, el tribunal arbitral, a petición de una de las partes, podrá celebrar, en la fase apropiada de las actuaciones, audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales.

"3) Deberá notificarse a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para practicar reconocimientos.

"4) De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte. Asimismo deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes u otros documentos en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión."

Párrafos 1) y 2)

203. La Comisión observó que el artículo 24 trataba de la forma de las actuaciones arbitrales como cuestión de principio y no abordaba los aspectos de procedimiento relativos a la decisión de esa cuestión. Por ejemplo, el artículo no se refería al momento en que el tribunal arbitral tendría que decidir sobre la forma de las actuaciones arbitrales. Ello significaba que el tribunal arbitral tendría libertad para decidir la cuestión al comienzo de las actuaciones, o bien podría aplazar la determinación de la forma de las actuaciones y adoptar las decisiones correspondientes conforme al desarrollo del asunto. Antes de tomar una decisión, el tribunal arbitral normalmente pediría a las partes que expresasen su opinión o su posible acuerdo sobre la cuestión. El artículo tampoco trataba de las cuestiones siguientes, y por lo tanto no las limitaba: la facultad del tribunal

arbitral de decidir la duración de las audiencias, la fase en que las audiencias se podrían celebrar o la cuestión de si las actuaciones arbitrales se podrían tramitar en parte mediante audiencias y en parte sobre la base de documentos. Se hizo notar que tales decisiones de procedimiento estaban regidas por el artículo 19, incluido su párrafo 3).

204. La Comisión convino en que un acuerdo de las partes en el sentido de que debían celebrarse audiencias obligaba al tribunal arbitral.

205. En cuanto a la cuestión de si un acuerdo de las partes en el sentido de que no habría audiencias era también vinculante, se expresaron diversas opiniones. Según una de ellas, el derecho a la audiencia tenía una importancia tan fundamental que las partes no quedaban obligadas por su acuerdo y cualquiera de ellas podría siempre solicitar la celebración de audiencia. Según otra opinión, el acuerdo de las partes de que no se celebrarían audiencias era vinculante para las partes, pero no para el tribunal arbitral, de modo que éste, si una parte lo solicitara, tendría libertad para disponer la celebración de audiencias. Sin embargo, la opinión predominante fue que el acuerdo de que no se celebraran audiencias era vinculante para las partes y para el tribunal arbitral. No obstante, se hizo notar que el párrafo 3) del artículo 19, en el que se establecía que debería darse a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos, podía, en circunstancias excepcionales, constituir un fundamento determinante para la celebración de una audiencia. Se dio por entendido que las partes que hubiesen convenido anteriormente en que no se celebrarían audiencias no habían de considerarse privadas del derecho a modificar luego su acuerdo y permitir a una parte que solicitara la celebración de audiencia.

206. La Comisión convino en que cuando no hubiera acuerdo sobre la forma de las actuaciones, cualquiera de las partes tendría derecho a que se celebrase audiencia, si así lo solicitara. A ese respecto, se observó que la versión francesa del párrafo 2) reflejaba esa opinión, pero que según otras versiones de ese párrafo, la celebración de audiencias dependía de las facultades discrecionales del tribunal arbitral, incluso cuando una de las partes lo solicitaba.

207. La Comisión también convino en que si no había acuerdo sobre la forma de las actuaciones, y ninguna de las partes había solicitado la celebración de una audiencia, el tribunal arbitral tendría libertad para decidir que se celebraran audiencias o bien que las actuaciones se sustanciaran sobre la base de documentos y demás pruebas.

208. La Comisión encomendó la aplicación de sus decisiones al Grupo de Redacción.

209. Durante el examen de la segunda frase del párrafo 1) del artículo 24, en la forma presentada por el Grupo de Redacción, que tenía el siguiente texto: "no obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral, a petición de una de las partes en la fase apropiada de las actuaciones, celebrará dichas audiencias", se planteó la cuestión de si "en la fase apropiada" debía referirse a la petición o a las actuaciones. Tras deliberar, la Comisión decidió redactar nuevamente la frase del modo siguiente: "el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes".

Parráfo 3)

210. La Comisión convino en que las palabras "para practicar reconocimientos" abarcaban el reconocimiento de mercancías u otros bienes o documentos, a los que se refería el párrafo 2) del artículo 20, y que esta interpretación debía quedar clara en el texto. Con esa modificación, el párrafo 3) quedó aprobado.

Párrafo 4)

211. La Comisión aceptó la primera frase del párrafo 4), relativa a que de todos los documentos, cualquiera fuera su carácter, que una de las partes suministrara al tribunal arbitral, se daría traslado a la otra parte. Sin embargo, la Comisión convino en que, en la segunda frase del párrafo 4), se debía dejar en claro que de ciertos documentos, como los datos de investigaciones elaborados o reunidos por el tribunal arbitral, no se debía dar traslado a las partes. Se invitó al Grupo de Redacción a que examinara si se obtendría tal resultado mediante la supresión de las palabras "u otros documentos".

* * *

Artículo 25

Rebeldía de una de las partes

212. El texto del artículo 25 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente,

"*a)* el demandante no presente su demanda con arreglo al párrafo 1) del artículo 23, se darán por terminadas las actuaciones arbitrales;

"*b)* el demandado no presente su contestación con arreglo al párrafo 1 del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante;

"*c)* una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga."

213. La Comisión convino en que el texto del artículo 25 debía dejar en claro que, a fin de que la parte en rebeldía escapara a las consecuencias del artículo 25, debía demostrar al tribunal arbitral una causa suficiente para no actuar de acuerdo con lo estipulado. Se estimó que en el texto ya quedaba indicado con suficiente claridad que la causa suficiente para la demora tenía que existir antes del momento en que debía ejercitarse la acción. Sin embargo, en cuanto al momento en que

debía demostrarse al tribunal arbitral la causa suficiente, se estimó que, si bien del artículo se desprendía claramente que la cuestión de si había causa suficiente para la omisión tenía que resolverse antes de que el tribunal arbitral decidiera sobre la inferencia de rebeldía, la definición del momento en el texto sería difícil e interferiría innecesariamente con la facultad discrecional del tribunal arbitral para determinar la causa de la demora y ampliar el plazo en que la parte debía presentar una contestación o someter pruebas.

214. Se sugirió que el inciso *b)* no debía interpretarse en el sentido de que el tribunal arbitral no tendría facultades discrecionales en cuanto a la forma de determinar la causa para que no se presentara la contestación en los términos requeridos y que estaría imposibilitado para sacar deducciones de esa omisión. La Comisión convino en que la interpretación correcta debía dejarse en claro en el inciso *b)* utilizando una expresión como "sin que esa omisión se considere por sí misma . . .".

215. Se propuso que se restringieran las facultades discrecionales del tribunal arbitral en el inciso *c)* obligándolo a continuar las actuaciones arbitrales cuando la parte que no estuviese en rebeldía así lo solicitara. La Comisión no aprobó la propuesta basándose en el argumento de que una obligación de continuar las actuaciones arbitrales podía considerarse como una restricción de las facultades discrecionales del tribunal arbitral para determinar sí existía causa suficiente para que una parte no compareciera a una audiencia o no presentara pruebas documentales.

216. La Comisión aprobó el artículo 25, con sujeción a las enmiendas a las primeras palabras del artículo y al inciso *b)*, que se remitieron al Grupo de Redacción.

* * *

Artículo 26

Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral

217. El texto del artículo 26 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral

"*a)* podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral;

"*b)* podrá solicitar a una de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos.

"2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de interrogarle y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos."

218. Se propuso que se enmendaran las palabras iniciales del párrafo 1) para que dijeran: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, antes de que se nombre un árbitro . . .". Según una opinión, la propuesta era conveniente ya que podría ser de gran importancia para una persona cuando se le pidiera que sirviese como árbitro saber si el tribunal arbitral estaría facultado para ordenar un peritaje. Los árbitros debían tener en claro desde el comienzo las normas a las cuales se esperaba que se sometieran en el ejercicio de sus funciones.

219. Sin embargo, de acuerdo con la opinión predominante, las partes debían tener siempre el derecho a decidir que el tribunal arbitral no tenía libertad para nombrar peritos. Aun cuando cabía esperar que las partes tuvieran confianza en los árbitros que habían nombrado para resolver su controversia, quizá no tuvieran confianza en el perito o peritos que el tribunal arbitral se propusiese nombrar. Además, el nombramiento de peritos podía aumentar los costos del arbitraje más allá del monto que las partes estaban dispuestas a sufragar. Si la negativa común de la partes a permitir que el tribunal arbitral nombrara un perito revestía tal importancia para los árbitros, éstos estaban en libertad para renunciar. Cuando tal renuncia fuese un resultado probable, cabía suponer que las partes examinarían cuidadosamente su decisión y el riesgo de que el dinero ya invertido en el arbitraje se malgastase. Dado que el artículo 26 representaba una solución intermedia entre el sistema de decisión del *common law* en el que no era corriente el nombramiento de peritos por el tribunal o el tribunal arbitral y el sistema de tradición romanística en el cual esos nombramientos eran frecuentes, no debía alterarse el equilibrio de esa fórmula conciliatoria.

220. Una propuesta de suprimir las palabras "Salvo acuerdo en contrario de las partes," no tuvo apoyo.

221. La Comisión aprobó el artículo 26.

* * *

Artículo 27

Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas

222. El texto del artículo 27 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"1) En las actuaciones arbitrales celebradas en este Estado o en virtud de esta Ley, el tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de este Estado para la práctica de pruebas. La petición especificará:

"*a)* el nombre y dirección de las partes y de los árbitros;

"*b)* la naturaleza de la acción y el objeto de la demanda;

"*c)* las pruebas que hayan de practicarse, en particular,

"i) el nombre y dirección de las personas que deban ser oídas como testigos o como peritos y una explicación de las cuestiones sobre las que se pide la declaración;

"ii) la descripción de los documentos que hayan de presentarse o de los bienes que hayan de examinarse.

"2) El tribunal podrá, dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba, atender dicha solicitud practicando por sí mismo las pruebas u ordenando que se presenten directamente ante el tribunal arbitral."

Párrafo 1)

223. La Comisión estuvo de acuerdo en que, de conformidad con una decisión previa de carácter general, este artículo debía tener un ámbito de aplicación territorial limitado. A reserva de los cambios de redacción que cabría introducir en consonancia con la decisión todavía por adoptar sobre el texto concreto relativo al ámbito de aplicación territorial de la Ley Modelo en su conjunto, la Comisión decidió suprimir las palabras "o en virtud de esta Ley".

224. Posteriormente, a la luz de la decisión de aprobar el texto del artículo 1 (1 *bis*) (véase párr. 81 *supra*), la Comisión decidió además suprimir las palabras "celebradas en este Estado" por ser innecesarias dado que, a no ser según lo dispuesto en ese artículo, toda la Ley Modelo se aplica exclusivamente a las actuaciones arbitrales celebradas en "este Estado".

225. La Comisión estuvo de acuerdo asimismo, en que la cuestión de la asistencia internacional para la práctica de pruebas no debía regirse por la Ley Modelo. La Comisión tomó nota de que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado estaba considerando la posibilidad de elaborar un protocolo a la Convención de La Haya de 1970 sobre la práctica de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, a fin de hacerla extensiva a las actuaciones arbitrales y que la Conferencia de La Haya tendría interés en saber si a juicio de los expertos en arbitraje convendría elaborar un protocolo de esa índole.

226. La Comisión no aprobó una propuesta de que el párrafo 1) se limitara a indicar que se podría pedir la asistencia de un tribunal competente para la práctica de pruebas, sin mencionar si correspondería al tribunal arbitral o a las partes formular la petición al tribunal. Se observó que el enunciado existente representaba una fórmula intermedia entre la de aquellos ordenamientos jurídicos que sólo facultaban al tribunal arbitral para pedir la asistencia de un tribunal y la de aquellos sistemas jurídicos en que podían hacerlo las partes. Con arreglo al texto existente tanto el tribunal arbitral como una de las partes podrían pedir esa asistencia, aunque en el último caso sólo con la aprobación del tribunal arbitral.

227. Se observó que el párrafo 1) se limitaba a indicar a qué tribunal se había de presentar la petición de asistencia, pero que el método que se debía utilizar para transmitir la petición al tribunal se determinaría con arreglo a los procedimientos locales. Además, se observó que los Estados que adoptaran la Ley Modelo tal vez desearían encomendar las funciones de asistencia judicial para la práctica de pruebas al tribunal o a una de las autoridades mencionadas en el artículo 6, lo que debería expresarse mediante una fórmula adecuada.

228. La Comisión decidió suprimir la segunda oración del párrafo 1), incluidos los incisos *a), b)* y *c),* debido a que entraba en demasiados pormenores que no era necesario incluir en la Ley Modelo.

229. La Comisión no aprobó una propuesta de añadir una nueva disposición con arreglo a la cual si una parte poseía pruebas y se negaba a acatar una orden de presentarlas, el tribunal arbitral quedaría facultado expresamente para interpretar la negativa en detrimento de esa parte. Se sugirió, sin que la Comisión se opusiera, que esa disposición era innecesaria, toda vez que el tribunal arbitral ya disponía de esa facultad, especialmente en virtud de lo dispuesto en el inciso *c)* del artículo 25.

Párrafo 2)

230. La Comisión decidió poner punto final después de las palabras "atender dicha solicitud" y suprimir el resto de la oración. Se opinó que no era necesario indicar el modo en que el tribunal debería atender la solicitud. Por otra parte, en algunos países difícilmente se podría esperar que el tribunal ordenara que las pruebas se presentaran directamente al tribunal arbitral.

* * *

CAPÍTULO VI. PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES

Artículo 28
Normas aplicables al fondo del litigio

231. El texto del artículo 28 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho o sistema 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."

Párrafos 1) y 2)

232. Al examinar el párrafo 1), la Comisión estuvo dividida sobre si la Ley Modelo debía reconocer el derecho de las partes a someter sus relaciones jurídicas a "normas de derecho". Según una opinión, la Ley Modelo debería reconocer ese derecho a las partes puesto que no era apropiado que, en el arbitraje

comercial internacional, se limitase la libertad de las partes a elegir la ley de un determinado Estado. Si bien se reconoció la índole poco precisa y novedosa del término "normas de derecho", que hasta la fecha sólo se había utilizado en un convenio internacional y en dos leyes nacionales, se dijo en su favor que este término proporcionaría la flexibilidad necesaria para que las partes en una relación comercial internacional pudiesen someter esa relación a las normas de derecho que juzgasen más adecuadas para su caso particular. Permitiría, por ejemplo, seleccionar disposiciones de ordenamientos jurídicos diferentes para regir diversas partes de sus relaciones, así como seleccionar la ley de un Estado determinado haciendo salvedad de algunas de sus disposiciones o seleccionar normas que hubiesen sido incorporadas a algún convenio o algún texto jurídico similar elaborado en el plano internacional, incluso en el supuesto de que no hubiesen entrado aún en vigor o que no estuviesen en vigor en ninguno de los Estados que tuviesen alguna conexión con las partes en esa operación comercial o con la operación en sí. Se hizo ver, respecto a cualquier interés que pudiese tener el Estado donde se celebraba el arbitraje, que reconocer esta facultad no difería básicamente de autorizar a las partes a que seleccionasen la ley de un Estado que no tuviese ninguna conexión con esas partes o con la relación establecida entre ellas. Además, puesto que el artículo 28 3) autorizaba a las partes a facultar al tribunal arbitral para que decidiese *ex aequo et bono* (como amigable componedor), no había razón alguna para denegar a las partes el derecho a que conviniesen en unas normas de derecho que ofrecían mayor certeza jurídica que las normas que se aplicarían en un arbitraje *ex aequo et bono.*

233. Según otra opinión, el artículo 28 1) debía limitarse a disponer que el litigio se decidiese con arreglo a la ley elegida por las partes. Ello sería conforme a la solución adoptada en muchos textos internacionales relativos al arbitraje (por ejemplo, la Convención de Ginebra de 1961, las Normas de la CEPALO para el arbitraje comercial internacional y los principios básicos de la CEPALO para la conciliación, de 1966, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 y el reglamento de la CCI). Ese enfoque tradicional proporcionaba una mayor certidumbre que la noción ambigua y novedosa de "normas de derecho" que pudiera ocasionar considerables dificultades en la práctica. No resultaría apropiado que una Ley Modelo que se deseaba que fuese de aplicación universal, introdujese un concepto desconocido en muchos Estados, que era poco probable que lo aceptasen. Se dijo, además, que el derecho de seleccionar disposiciones de diversas leyes para diversas partes de la relación *(dépeçage)* estaba reconocido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluso conforme a los enfoques más tradicionales; si se necesitaba alguna aclaración sobre ese punto, se debería expresar en el informe que la Comisión entendía que ese derecho estaba incluido en la libertad de las partes para designar la ley aplicable al fondo del litigio.

234. A la luz de ese debate la Comisión decidió modificar la primera frase del párrafo 1) para que dijese lo siguiente: "El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con la ley elegida por las partes como aplicable al fondo del litigio". Se convino en que esta formulación permitiría que las partes designasen porciones del ordenamiento jurídico de diversos Estados para regir diversos aspectos de sus relaciones. Se convino también en indicar en el informe que al promulgar la Ley Modelo los Estados podían dar al término "ley" una interpretación más amplia. Quedó entendido que las partes podrían convenir en sus contratos que se aplicaran normas como las contenidas en convenciones que no hubieran aún entrado en vigor.

235. En lo que respecta a la segunda frase del párrafo 1), se convino en que la norma de interpretación de la designación por las partes de la ley de un determinado Estado era útil por cuanto ponía en claro que, a menos que se expresase otra cosa en ese acuerdo de las partes, el litigio habría de decidirse conforme al derecho sustantivo designado por las normas de conflicto de leyes de ese Estado.

236. En la deliberación subsiguiente sobre el párrafo 2), hubo opiniones divergentes sobre si se debería exigir que el tribunal arbitral aplicase las normas de conflicto de leyes que considerase aplicables para determinar el derecho sustantivo que habría de aplicarse o si cabía facultarle para designar directamente la ley aplicable que considerase apropiada para el caso considerado. Según una opinión, la Ley Modelo debería proporcionar orientación al tribunal arbitral disponiendo que la ley aplicable se había de determinar por una decisión sobre las normas de conflicto de leyes aplicables. Se señaló que, pese a que un tribunal ordinario no podría, a tenor de la Ley Modelo y de la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, revisar una decisión del tribunal arbitral relativa a las normas de conflicto de leyes ni, por consiguiente, relativa al derecho sustantivo aplicable, la norma del párrafo 2) tendría el efecto saludable de que el tribunal arbitral habría de expresar los motivos de su decisión sobre la selección de una norma de conflicto de leyes. Además, ese enfoque daría a las partes una mayor previsibilidad o certeza que el enfoque de facultar al tribunal arbitral para que designase directamente la ley aplicable al fondo del litigio.

237. Según otra opinión, no era apropiado limitar el poder del tribunal arbitral de decidir sobre la ley aplicable al fondo del litigio pidiéndole que decidiese en primer lugar sobre una norma existente de conflicto de leyes. En la práctica los tribunales arbitrales no comenzaban necesariamente por decidir sobre las normas de conflicto de leyes sino que llegaban a menudo a una decisión sobre el derecho sustantivo por medios más directos. Se sugirió que no sería apropiado que una Ley Modelo de arbitraje comercial internacional ignorase tales prácticas que se habían desarrollado sobre la base del amplio margen reconocido a la autonomía de las partes por muchos ordenamientos jurídicos. Además, era dudoso que ese requerimiento de aplicar en primer lugar una norma de conflicto de leyes fuese a proporcionar, de hecho, una mayor certidumbre que una designación directa de la ley aplicable puesto que, por una parte, las normas de conflicto de leyes solían diferir

de un ordenamiento jurídico a otro y, por otra, las razones que llevaban al tribunal arbitral a seleccionar la ley aplicable apropiada eran a menudo similares a los factores de conexión utilizados en las normas de conflicto de leyes. Se señaló además que la libertad otorgada al tribunal arbitral en virtud del párrafo 2) no debía ser inferior a la otorgada a las partes en virtud del párrafo 1).

238. En vista de la división de pareceres sobre los párrafos 1) y 2), se sugirió la posibilidad de suprimir el artículo 28 puesto que no era necesario que una ley sobre procedimiento arbitral se ocupase de determinar la ley que había de aplicarse al fondo del litigio. Además, puesto que no se había previsto en la Ley Modelo la revisión de un laudo por un tribunal ordinario por razón de una aplicación errónea del artículo 28, ese artículo no tendría mucha más utilidad que la de una norma orientadora del tribunal arbitral. Hubo, sin embargo, un amplio apoyo en la Comisión para que se retuviera el artículo 28. Se señaló que la Ley Modelo resultaría incompleta sin una disposición relativa a las normas aplicables al fondo del litigio, especialmente en vista del hecho de que la Ley Modelo se ocupaba del arbitraje comercial internacional, campo en el que la falta de normas sobre esta cuestión daría lugar a incertidumbre.

239. Tras haber deliberado, la Comisión decidió revocar su anterior decisión respecto al párrafo 1) y aprobar los textos originales de los párrafos 1) y 2).

Párrafo 3)

240. La Comisión aprobó el texto del párrafo 3).

Adición de un nuevo párrafo al artículo 28

241. La Comisión decidió incluir en el artículo 28 una disposición modelada conforme al párrafo 3) del artículo 33 del Reglamento de la CNUDMI que dijese lo siguiente: "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."

Libertad para autorizar a un tercero a que decida cuál ha de ser la ley aplicable

242. La Comisión recordó una sugerencia efectuada al tratar del artículo 2 *c)* de que la facultad de las partes para autorizar a un tercero a que adoptase una decisión no se extendía a la determinación de las normas de la ley que había de aplicarse al fondo del litigio (véase el párr. 40 *supra*). Se convino en indicar claramente que el inciso *c)* del artículo 2 no se aplica al artículo 28.

* * *

Artículo 29

Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro

243. El texto del artículo 29 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"En las actuaciones arbitrales en las que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, las partes o el tribunal arbitral podrán autorizar al arbitro presidente a decidir cuestiones de procedimiento."

244. Se sugirió que el artículo 29 debería facultar al árbitro presidente a decidir, en el caso de que no hubiese mayoría, como si fuese un único árbitro. La Comisión no aprobó la sugerencia porque podría prestarse en determinadas circunstancias a privar a los demás miembros del tribunal arbitral de su debida influencia en las decisiones. Se señaló que las partes que prefiriesen esta solución eran libres de convenir en ella, puesto que esta disposición era de índole no imperativa.

245. La Comisión decidió expresar en la segunda frase del artículo 29 que la decisión del tribunal arbitral de autorizar al árbitro presidente a decidir cuestiones de procedimiento había de ser unánime. Con esta modificación, que se remitió al Grupo de Redacción, la Comisión aprobó el artículo 29.

246. Se observó que estaba implícito en la Ley Modelo, salvo acuerdo en contrario, que los árbitros pudieran adoptar decisiones sin necesidad de estar presentes en el mismo lugar.

* * *

Artículo 30

Transacción

247. El texto del artículo 30 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"1) Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes.

"2) El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio."

248. Se propuso suprimir en el párrafo 1) las palabras "y el tribunal arbitral no se opone". Para fundamentar la propuesta se afirmó que si las partes deseaban que su transacción tuviese la forma de laudo, ejecutable como tal en virtud de la Convención de Nueva York de 1958 u otros procedimientos aplicables, el tribunal arbitral no debía tener facultades para denegarlo.

249. Como respuesta, se afirmó que debía hacerse una distinción entre el derecho de las partes a que las actuaciones se dieran por terminadas como consecuencia de su transacción y el derecho a que esa transacción constara en forma de laudo. Se señaló que no se debía constreñir a los árbitros a suscribir cualquier transacción que las partes hubiesen celebrado porque, en casos excepcionales, las condiciones de dicha transacción podían contravenir leyes imperativas o el orden público, e incluso conceptos fundamentales de equidad y justicia. Además, aunque las palabras se suprimieran, los

árbitros que estuvieran convencidos de que no debían dejar constancia de la transacción en forma de laudo, podrían renunciar. Tras deliberar, la propuesta no fue aprobada.

250. También se propuso que la petición de que quedase constancia de la transacción en forma de laudo pudiera ser formulada por una sola de las partes. Tras deliberar, la Comisión convino en que debía existir la voluntad conjunta de las dos partes en el sentido de que se dejara constancia de la transacción en forma de laudo, pero que la petición formal podía ser hecha por sólo una de ellas.

* * *

Artículo 31

Forma y contenido del laudo

251. El texto del artículo 31 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"1) El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

"2) El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30.

"3) Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el párrafo 1) del artículo 20. El laudo se considerará dictado en ese lugar.

"4) Después de dictado el laudo, el tribunal lo comunicará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el párrafo 1) del presente artículo."

Párrafos 1) y 2)

252. Se aprobaron los párrafos 1) y 2).

Párrafo 3)

253. Se expresaron varias opiniones sobre una propuesta de que se modificara la segunda frase del párrafo 3) para que dijera:"el laudo se considerará dictado en ese lugar y en esa fecha". Según una opinión, la enmienda era conveniente porque armonizaría la segunda frase con la primera. Además, la fecha del laudo podría tener importancia en diversas circunstancias. Como era posible distribuir el laudo entre los árbitros por correo para su firma, podría resultar difícil conocer la fecha del mismo. La única fecha segura era la consignada en el laudo, aun cuando fuese una fecha presunta.

254. Según otra opinión, había una diferencia básica entre considerar que el lugar del laudo era el expresado en el mismo y considerar que la fecha del laudo era la expresada en el laudo. La primera es una presunción *juris et de jure* destinada a asegurar la relación territorial entre el laudo y el lugar del arbitraje. La segunda debía ser *juris tantum* porque los árbitros, así como las partes, podían tener motivos para declarar como fecha del laudo una anterior o posterior a la fecha en que fuese realmente dictado.

255. Tras deliberar, la Comisión no aprobó la propuesta.

Fecha a partir de la cual el laudo es obligatorio

256. Se observó que, de conformidad con el apartado v) del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo y el inciso *e)* del párrafo 1) del artículo V de la Convención de Nueva York de 1958, el reconocimiento o la ejecución de un laudo se podía denegar si éste no era aún obligatorio para las partes, y que el párrafo 1) del artículo 35, al tratar del carácter obligatorio del laudo, no determinaba el momento a partir del cual comenzaba esa obligatoriedad. Teniendo en cuenta esa observación, se propuso que la Ley Modelo definiera ese momento. La Comisión examinó las siguientes tres variantes de una posible norma: el laudo arbitral es obligatorio para las partes a partir de: *a)* la fecha en que el laudo es pronunciado; *b)* la fecha en que el laudo se comunica a las partes; o *c)* la fecha en que termina el plazo para pedir la nulidad del laudo.

257. Hubo acuerdo general en el sentido de que sería útil contar con una disposición de ese tipo, si bien se plantearon algunas dudas sobre su necesidad. A ese respecto, se señaló que, en virtud del párrafo 3) del artículo 34, el procedimiento de nulidad ya determinaba que el plazo de tres meses después del cual no se podían formular peticiones de nulidad comenzaba en la fecha en que la parte que hubiese formulado la petición había recibido el laudo. Hubo poco acuerdo en cuanto a la fecha desde la cual el laudo comenzaría a ser obligatorio. El debate previo había demostrado las dificultades de basarse en la fecha expresada en el laudo o en la fecha del laudo. En cuanto a la fecha en que una o ambas partes fueran notificadas del laudo, se indicaron las dificultades prácticas de determinar esa fecha en las diversas situaciones prácticas que se plantean en el arbitraje. Además, era difícil concebir que un laudo comenzara a ser obligatorio para las partes en fechas diferentes sólo porque se les hubiese notificado en distintas fechas.

258. Tras examinar la cuestión, la Comisión no aprobó la propuesta.

Cosa juzgada

259. Se propuso que se incluyera en el artículo 31 una disposición en la que se aclarase que el laudo dictado en la forma establecida en el artículo 31 tenía los efectos de la cosa juzgada. Sin poner en duda el principio general de que los laudos eran obligatorios para las partes, la Comisión no aprobó la propuesta porque se consideró que la expresión "cosa juzgada" era muy compleja ya que podía tener diferentes aplicaciones en distintos ordenamientos jurídicos.

* * *

Artículo 32

Terminación de las actuaciones

260. El texto del artículo 32 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"1) Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo, por acuerdo de las partes o por una orden del tribunal arbitral dictada de conformidad con el párrafo 2) del presente artículo.

"2) El tribunal arbitral

"*a)* ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales cuando el demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio;

"*b)* podrá ordenar la terminación cuando por cualquier otra razón la prosecución de las actuaciones resulte innecesaria o inoportuna.

"3) El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en el artículo 33 y en el párrafo 4) del artículo 34."

261. La Comisión decidió trasladar la referencia al acuerdo de las partes del párrafo 1) al párrafo 2), para dejar en claro que dicho acuerdo servía de base para que el tribunal arbitral ordenara la terminación de las actuaciones arbitrales.

262. Se expresó la preocupación de que el inciso *a)* del párrafo 2) pudiese resultar injusta contra un demandante que fuera constreñido a continuar participando en las actuaciones arbitrales aunque tuviese serios motivos para retirar su demanda. Como respuesta, se afirmó que la disposición era equilibrada por cuanto permitía que el tribunal arbitral resolviese esa cuestión en un caso determinado y que, en circunstancias adecuadas, resolviera la posible inquietud de un demandado, de que el demandante pudiera retirar su demanda en una fase tardía de las actuaciones, obligando al demandado a intervenir en otras actuaciones.

263. La Comisión convino en que el inciso *b)* del párrafo 2) debía expresar más claramente que su significado consistía en que el tribunal arbitral debía juzgar si la prosecución de las actuaciones arbitrales era innecesaria o inoportuna, pero que, cuando el tribunal arbitral determinase que la continuación de las actuaciones era innecesaria o inoportuna, debía ordenar su terminación. La Comisión también convino en que podía considerarse que la palabra "inoportuna" del inciso *b)* del párrafo 2) concedía demasiadas facultades discrecionales al tribunal arbitral y en que se la debía sustituir por una palabra de significado más preciso, tal como "imposible".

264. La Comisión aprobó el artículo 32, con las modificaciones precedentes, que se remitieron al Grupo de Redacción.

* * *

Artículo 33

Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional

265. El texto del artículo 33 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"1) Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral:

"*a)* que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar;

"*b)* que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo.

El tribunal arbitral efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud. La interpretación formará parte del laudo.

"2) El tribunal arbitral podrá corregir cualquier error del tipo mencionado en el inciso *a)* del párrafo 1) del presente artículo por su propia iniciativa dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo.

"3) Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas del laudo. El tribunal arbitral dictará el laudo adicional dentro de sesenta días si estima justificado el requerimiento.

"4) El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo en el cual efectuará una corrección, dará una interpretación o dictará un laudo adicional con arreglo a los párrafos 1) o 3) del presente artículo.

"5) Lo dispuesto en el artículo 31) se aplicará a las correcciones o interpretaciones del laudo o a los laudos adicionales."

266. Se expresaron opiniones divergentes respecto a la propuesta de suprimir el inciso *b)* del párrafo 1). Según una opinión, la disposición que concede a cada parte el derecho a pedir una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo podría permitir a las partes iniciar nuevas actuaciones a guisa de interpretación o utilizarse como medio de que la parte perdedora hostigase al tribunal arbitral. Durante el período en que pudiera presentarse un requerimiento de interpretación y hasta que la interpretación del laudo hubiera sido dada por el tribunal arbitral, quedaría perturbado el carácter definitivo del laudo y se plantearían algunas cuestiones respecto a la relación mutua con la anulación de las actuaciones por la parte perdedora o las actuaciones de ejecución por la parte ganadora.

267. Con arreglo a otra opinión, sería demasiado rígido no prever algún procedimiento de interpretación del laudo por el tribunal arbitral. El laudo podría haber

sido escrito en un idioma distinto a la lengua materna de su redactor, con lo que aumentaría la posibilidad de ambigüedad. Si el laudo fuera demasiado ambiguo, podría ser difícil ejecutarlo.

268. Se hicieron varias sugerencias para que se modificase la disposición. Se sugirió que como la palabra "interpretación" podía implicar una facultad demasiado amplia para reabrir el examen de la controversia, podría sustituirse la palabra "interpretación" por "aclaración". También se sugirió que podría permitirse una interpretación de los motivos del laudo únicamente, pero no de su parte dispositiva. Una tercera sugerencia fue la de que la interpretación del laudo por el tribunal arbitral sólo debía permitirse si ambas partes solicitaban la interpretación.

269. Tras un debate, la Comisión decidió que sólo se pudiera presentar un requerimiento de interpretación si así lo acordaban las partes.

270. La Comisión aprobó la sugerencia de que las palabras "si estima justificado el requerimiento" que figuran en el párrafo 3), se añadiesen al párrafo 1).

271. La Comisión fue de la opinión de que no era necesario indicar detalles para el procedimiento de interpretación como no fuese el de que la otra parte debía ser notificada del requerimiento. Se señaló que el párrafo 3) del artículo 19, especialmente si figuraba como artículo separado, constituiría la base para garantizar a las partes regularidad y justicia en el procedimiento.

* * *

CAPÍTULO VII. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO

Artículo 34

La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral

272. El texto del artículo 34 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"1) Contra un laudo arbitral dictado [en el territorio de este Estado] [con arreglo a esta Ley] sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.

"2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

"*a)* La parte que interpone la petición pruebe:

"i) que las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaban afectadas por alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o

"ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro (o árbitros) o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

"iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

"iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley; o

"*b)* el tribunal compruebe:

"i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

"ii) que el laudo o cualquier decisión que él contenga son contrarios al orden público de este Estado.

"3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.

"4) El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

273. La Comisión estuvo de acuerdo en que la Ley Modelo debía reglamentar la anulación de los laudos arbitrales y decidió mantener una disposición basada en los términos del artículo 34.

Párrafo 1)

274. La Comisión estuvo de acuerdo con el principio en que se inspiraba el párrafo 1) de prever un tipo único de recurso contra un laudo arbitral. Quedó entendido que la petición de nulidad era exclusiva en el sentido de constituir el único medio de impugnar el laudo de manera activa. No se impedía a una parte defenderse solicitando que se denegase el reconocimiento o la ejecución en las actuaciones iniciadas por la otra parte.

275. Se hizo una observación en el sentido de que las palabras "recurrirse ante un tribunal" eran demasiado ambiguas y que podrían precisarse más añadiendo por ejemplo "competente en cuestiones de arbitraje".

276. En cuanto a las palabras entre corchetes "[en el territorio de este Estado] [con arreglo a esta Ley]", se señaló que se referían a la cuestión del ámbito territorial de aplicación, que la Comisión había discutido en una fase anterior (véanse los párrs. 72 a 81 *supra*). De conformidad con la opinión que evidentemente prevalecía, la Comisión estuvo de acuerdo en que el tribunal de un determinado Estado, que promulgase la Ley Modelo, tenía competencia para anular los laudos que se dictasen en su territorio. Se acordó determinar posteriormente, cuando se examinase el texto definitivo de una disposición general sobre el ámbito territorial de aplicación de la Ley Modelo, si la restricción territorial debía expresarse en el artículo 34 o si bastaba la disposición general. Posteriormente, en vista de la aprobación del artículo 1 (1 *bis*) que contenía una disposición general sobre el ámbito territorial de aplicación de la Ley Modelo (véase párr. 81 *supra*), la Comisión decidió que no era necesario expresar la limitación territorial en el artículo 34. Se señaló que la adopción del llamado criterio territorial estricto no impedía a las partes optar por la ley procesal de un Estado diferente al del Estado en que tiene lugar el arbitraje, siempre que las disposiciones elegidas no estuvieran en conflicto con las disposiciones imperativas de la ley (modelo) en vigor en el lugar de arbitraje.

Párrafo 2)

Preocupación por la enumeración restrictiva de motivos

277. Se expresó preocupación en el sentido de que la enumeración de motivos por los que podía anularse un laudo en virtud del párrafo 2) quizá fuera demasiado restrictiva para abarcar todos los casos de injusticia procesal en que se justificaba la anulación. A título de ilustración, se preguntó si los casos siguientes estaban comprendidos en algunos de los motivos expuestos en el párrafo 2) del artículo 34, o más concretamente en los apartados ii) y iv) del inciso *a)*, leídos conjuntamente con el párrafo 3) del artículo 19, o el apartado ii) del inciso *b)*; 1. cuando el laudo se hubiese basado en testimonios, que se demostrase o admitiese que habían sido prestados bajo perjurio; 2. cuando el laudo se hubiese obtenido mediante corrupción del árbitro o del testigo de la parte perdedora; 3. cuando el laudo hubiese sido objeto de un error reconocido por el árbitro, que no estuviese comprendido dentro del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 33; 4. cuando se hubiesen descubierto nuevas pruebas que no hubiese sido posible descubrir procediendo con la debida diligencia durante las actuaciones arbitrales, lo que demostraba que el laudo era fundamentalmente erróneo aunque no por culpa del árbitro. Se sugirió que, a menos que la Comisión estuviera de acuerdo en que el párrafo 2) abarcaba estos casos graves de injusticia procesal y que la interpretación quedase claramente reflejada en el informe del período de sesiones y en cualquier comentario sobre el texto final, el texto de la disposición debería modificarse adecuadamente para tener en cuenta esos casos.

278. Se sugirió también que la enumeración de motivos no fuera exhaustiva, a fin de permitir que en el futuro pudieran incluirse casos pertinentes que quizá no hubiera previsto la Comisión.

279. La Comisión aplazó el examen de las preocupaciones y sugerencias mencionadas hasta que se hubieran examinado los motivos expuestos en el párrafo 2). Como resultó del análisis a fondo en ocasión de ese examen posterior (véanse los párrs. 298 a 302 *infra*) y se sabía por las deliberaciones del Grupo de Trabajo, había disparidad de opiniones sobre si el texto actual satisfacía la preocupación expresada o en qué medida, o si había que atender a ella con un texto adicional. Según una opinión, por ejemplo, sólo algunos pero no todos los motivos presentados a título ilustrativo justificaban la anulación de un laudo.

Apartado i) del inciso a)

280. En cuanto al primer motivo expuesto en el apartado, se sugirió que el texto, que había sido tomado del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo V de la Convención de Nueva York de 1958, era poco satisfactorio por dos razones. En primer lugar, la referencia a "las partes" era inadecuada, ya que bastaba con que una de ellas careciera de la capacidad para celebrar un acuerdo de arbitraje. En segundo lugar, las palabras "en virtud de la ley que les es aplicable" no eran adecuadas porque parecían incluir una norma sobre conflicto de leyes que de hecho resultaba incompleta o engañosa, ya que se podía interpretar que la norma se refería a la ley de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia de las partes. En consecuencia, se propuso modificar el texto del primer motivo en los siguientes términos: "una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 carecía de capacidad para celebrar dicho acuerdo".

281. En respuesta a esa propuesta, se dijo que era innecesario e incluso peligroso apartarse del texto consagrado en la Convención de Nueva York de 1958 y otros textos internacionales sobre arbitraje, como la Convención de Ginebra de 1961. Era innecesario, porque el texto original no parecía haber dado lugar a dificultades o disparidades y ciertamente no había dado lugar en general a una interpretación diferente a la que se pretendía mediante la aclaración propuesta. La desviación era peligrosa porque podía dar lugar a interpretaciones divergentes, basadas en los distintos textos, en un tema que debía ser tratado de modo uniforme.

282. La Comisión, tras deliberar, decidió aprobar la propuesta. Se observó que en el contexto del artículo 34, la necesidad de armonía con la Convención de Nueva York de 1958 era menos importante que en el contexto del artículo 36.

283. En cuanto al segundo motivo establecido en el apartado i) del inciso *a)*, se propuso sustituir las palabras "o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado" por las palabras "o no existe un acuerdo de arbitraje válido". Se señaló que la norma sobre

conflicto de leyes que figuraba en el segundo de los textos, que había sido tomada de la Convención de Nueva York de 1958, no era apropiada porque declaraba aplicable, cuando las partes no optaran por otra ley, la ley del lugar del arbitraje. Sin embargo, el lugar del arbitraje no guardaba necesariamente relación con el objeto de la controversia. Resultaba injustificado que la ley de ese Estado determinase la cuestión con alcance general, lo que tendría el efecto de una declaración de nulidad en virtud del apartado v) del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo o del inciso *e)* del párrafo 1) del artículo V de la Convención de Nueva York de 1958; también se dijo que tal resultado estaría en contradicción con la tendencia moderna de resolver la cuestión de conformidad con la ley del contrato principal.

284. Se afirmó como respuesta que era preferible mantener el texto actual, no sólo por ser el texto de la Convención de Nueva York de 1958, sino también porque en esencia la norma era acertada. Se señaló que esta norma reconocía la autonomía de las partes, lo que era importante debido al hecho de que algunos sistemas jurídicos aplicaban la *lex fori*. Además, la utilización del lugar del arbitraje como criterio auxiliar resultaba beneficioso porque daba a las partes un margen de certidumbre que faltaba en la fórmula propuesta. También se expresaron dudas en cuanto a si realmente podía discernirse una tendencia favorable a resolver la cuestión de la validez del acuerdo de arbitraje con arreglo a la ley del contrato principal.

285. La Comisión, tras deliberar, rechazó esta propuesta. En consecuencia, el apartado i) del inciso *a)* queda aprobado en su forma original, a reserva de que se modificase el primero de los motivos en los siguientes términos: "una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 carecía de la capacidad para celebrar dicho acuerdo".

Apartado ii) del inciso a)

286. La Comisión decidió sustituir en el apartado ii) del inciso *a)* las palabras "designación del árbitro (o árbitros)" por las palabras "designación de un árbitro". Se entendió que en las actuaciones arbitrales con más de un árbrito la falta de la debida notificación de la designación de uno de ellos constituía motivo suficiente para anular el laudo.

287. En cuanto al motivo consistente en que una parte no hubiera podido "por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos", se sugirió que el texto se armonizara con el del párrafo 3) del artículo 19. La Comisión aceptó la sugerencia, pero aplazó su aplicación hasta que se hubiera tomado una decisión sobre el párrafo 3) del artículo 19. A este respecto, se sugirió que la armonización, juntamente con la inclusión del segundo principio consagrado en el párrafo 3) del artículo 19, podía resolver en gran medida la preocupación expresada anteriormente sobre la enumeración restrictiva de motivos que figuraba en el párrafo 2) (véase el párr. 277 *supra.*) (Véase, no obstante, el párr. 302 *infra.*)

Apartado iii) del inciso a)

288. En el marco del debate sobre el apartado, se sugirió que se aclarase, en ese artículo en el artículo 16, que la parte que hubiese dejado de oponer una excepción relativa a la competencia del tribunal arbitral de conformidad con el párrafo 2) del artículo 16, no podría oponer dicha excepción en las actuaciones de nulidad. Se observó que la misma cuestión de exclusión o renuncia se planteaba con respecto a otros motivos expuestos en el inciso *a)* del párrafo 2) del artículo 34, en especial el apartado i) del inciso *a)*. Se reconoció que el hecho de no haber planteado dicha objeción no podía tener los efectos de una renuncia en todos los casos, especialmente si la objeción, en virtud del inciso *b)* del párrafo 2), consistía en que la controversia no era susceptible de arbitraje o en que el laudo estaba en conflicto con el orden público.

289. La Comisión decidió no iniciar un debate a fondo encaminado a formular una disposición exhaustiva que abarcara todas las posibilidades y detalles. Se convino en no modificar el texto y, por lo tanto, dejar que la cuestión fuese interpretada, y eventualmente regulada, por los Estados que adoptaran la Ley Modelo.

Apartado iv) del inciso a)

290. En cuanto a las normas establecidas en el apartado, quedó entendido que se concedía prioridad al acuerdo de las partes. Sin embargo, cuando el acuerdo estuviera en conflicto con una disposición imperativa de "esta ley" o cuando las partes no hubieran llegado a un acuerdo sobre la cuestión de procedimiento controvertida, las disposiciones de "esta ley", ya fueran imperativas o no, eran las normas por las que debía regirse la composición del tribunal arbitral y el procedimiento de arbitraje. La Comisión pidió al Grupo de Redacción que considerase si esa interpretación quedaba expresada claramente en el texto actual del apartado.

Apartado i) del inciso b)

291. Se expresaron opiniones divergentes en cuanto a la conveniencia de esta disposición. Según una opinión, la disposición debería suprimirse por cuanto declaraba aplicable a la cuestión de la arbitrabilidad la ley del Estado en que se pronunciase el laudo. Esa solución no era adecuada ya que puede ocurrir que el lugar del arbitraje no guardase relación alguna con la transacción de las partes o el objeto de su controversia. La solución no era aceptable en el contexto del artículo 34 puesto que una decisión de anular un laudo tenía efecto *erga omnes*.

292. Según otra opinión, la disposición debería conservarse sin esa ni ninguna otra norma sobre conflicto de leyes. En apoyo de esta posición se dijo que si bien la norma sobre conflicto de leyes expuesta en la disposición no era adecuada, había que mantener la incapacidad de solución por vía de arbitraje como motivo de anulación. Se señaló que si se suprimiera todo el apartado i) del inciso *b)*, la cuestión de la arbitrabilidad

se consideraría en algunos sistemas legales como una cuestión relativa a la validez del acuerdo de arbitraje (de conformidad con el apartado i) del inciso *a)*) y en otros como una cuestión de orden público de "este Estado" en virtud del apartado ii) del inciso *b)*.

293. Según otra opinión, debería mantenerse la disposición en su forma actual. En apoyo de esta opinión se dijo que la supresión de toda la disposición o de la norma sobre conflicto de leyes iría en contra de la necesidad de previsibilidad y certidumbre en esa importante cuestión. Se señaló que, de hecho, las partes podían lograr este objetivo optando por un lugar adecuado de arbitraje y, por lo tanto, por la ley aplicable.

294. Después de deliberar, la Comisión adoptó la última opinión y mantuvo la disposición en su forma actual.

Apartado ii) del inciso b)

295. Se propuso que se suprimiera la disposición por considerarse que la expresión "orden público" era demasiado vaga y no constituía un motivo justificado de anulación, aunque tal vez fuera adecuada en el contexto del artículo 36.

296. Al examinar la expresión "orden público", quedó entendido que no equivalía a la posición política o a la política internacional de un Estado sino que abarcaba los conceptos y principios fundamentales de justicia. No obstante, se señaló que en algunos ordenamientos de tradición anglosajona ese término podría ser interpretado en el sentido de no abarcar los conceptos de justicia procesal, mientras que en los sistemas de tradición de derecho civil, inspirados en el concepto de origen francés de "orden público", se consideraban incluidos los principios de justicia procesal. Se observó que la divergencia de interpretaciones podría haber dado lugar a la preocupación antes expuesta de que la enumeración de motivos contenida en el párrafo 2) no abarcaba todos los casos graves de injusticia procesal (véase el párrafo 277 *supra*).

297. Después de deliberar, la Comisión convino en que debería conservarse la disposición a reserva de que se suprimieran las palabras "o cualquier decisión que él contenga", que eran superfluas. Quedó entendido que la expresión "orden público", que había sido utilizada en la Convención de Nueva York de 1958 y en otros muchos tratados, abarcaba principios fundamentales de legislación y justicia tanto en el aspecto sustantivo como en el de procedimiento. Así, ciertos casos como la corrupción, el soborno o el fraude y otros casos graves análogos constituirían un motivo de anulación. En ese sentido, se señaló que la frase "el laudo ... [es contrario] al orden público de este Estado" no debería interpretarse en el sentido de excluir casos o acontecimientos relacionados con la forma en que se llegó al laudo.

Sugerencias para ampliar el alcance del párrafo 2)

298. Tras haber examinado los motivos enunciados en el párrafo 2), la Comisión prosiguió su examen de las preocupaciones y sugerencias anteriormente mencionadas sobre la índole restrictiva de esta enumeración de motivos (párrs. 277 y 278 *supra*). Se convino en que la enumeración de motivos debía conservar su carácter taxativo en aras de una mayor certidumbre.

299. Así, al examinarse si debía añadirse algún otro motivo, se expresaron opiniones divergentes sobre la necesidad de tal adición. Según una opinión, debería añadirse una frase en el apartado ii) del inciso *a)* a fin de abarcar los casos de desvío grave de algún principio fundamental de procedimiento. Según otra opinión, habría que establecer un régimen separado, que fijase un plazo bastante más largo que el previsto en el párrafo 3) del artículo 34, para los casos de fraude o falsedad de las pruebas que hubiesen afectado materialmente el fondo del laudo.

300. Según otra opinión, no era necesario añadir nada en vista de la interpretación convenida en la Comisión respecto al motivo enunciado en el apartado ii) del inciso *b)*. En respuesta a la sugerencia de que se fijase un plazo considerablemente más largo para solicitar la anulación de un laudo por motivo de fraude, o por no haberse descubierto la falsedad de las pruebas sino más tarde, se dijo que ese aplazamiento es contrario a la necesidad de solucionar rápida y definitivamente las controversias en las relaciones comerciales internacionales.

301. La Comisión decidió, después de deliberar, incorporar en el apartado ii) del inciso *a)* el texto del párrafo 3) del artículo 19.

302. En relación con la decisión posterior de trasladar la disposición del párrafo 3) del artículo 19 al comienzo del capítulo V de la Ley Modelo como un artículo 18 *bis* independiente (véase párr. 176 *supra*) la Comisión revocó su decisión de incorporar en el apartado ii) del inciso *a)* el texto del párrafo 3) del artículo 19 y restableció el texto del apartado ii) del inciso *a)* tal como había sido redactado por el Grupo de Trabajo. Los motivos por los que se restableció el texto del apartado ii) del inciso *a)* fueron que se consideró más importante armonizar los artículos 34 y 36 que armonizar los artículos 34 y 18 *bis* y que la Comisión entendía que, pese a la diferencia que resultaba entre el texto del artículo 18 *bis* y el apartado ii) del inciso *a)* del párrafo 2) del artículo 34, toda violación del artículo 18 *bis* constituiría un motivo de anulación del laudo en virtud de lo dispuesto en los apartados ii) y iv) del inciso *a)* o en el inciso *b)* del párrafo 2) del artículo 34.

303. Se convino en que un laudo podría ser anulado por cualquiera de los motivos enunciados en el párrafo 2), con independencia de que ese motivo hubiese afectado o no materialmente el fondo del laudo.

Párrafo 3)

304. La Comisión rechazó una propuesta de supeditar el plazo fijado en el párrafo 3) al acuerdo en contra de las partes. La Comisión aprobó el párrafo 3) en su forma actual.

Párrafo 4)

305. Se expresaron opiniones divergentes en cuanto a la conveniencia de la disposición. Conforme a una opinión, debería suprimirse este párrafo ya que se refería a un procedimiento de escasa importancia práctica que sólo se conocía en algunos ordenamientos jurídicos. Además, se trataba de una disposición oscura, especialmente en lo referente a las relaciones entre el tribunal judicial y el tribunal arbitral y en lo referente al alcance de la función que cabía esperar que desempeñase el tribunal arbitral en un caso de remisión. Se sugirió, a ese respecto que si la disposición se conservaba, debería limitarse a los defectos que pudieran remediarse sin reanudar las actuaciones o que deberían formularse directrices sobre las medidas que cabía esperar del tribunal arbitral.

306. Predominó, sin embargo, la opinión de que debía mantenerse esta disposición. El mero hecho de que no se conociese en todos los ordenamientos jurídicos el procedimiento de remitir un laudo a un tribunal arbitral no era razón suficiente para excluir ese procedimiento del ámbito del arbitraje comercial internacional en el que cabía esperar que resultase útil y beneficioso. Se señaló en apoyo de esta opinión que el procedimiento permitiría, cuando el tribunal judicial lo juzgase procedente, que el tribunal arbitral remediase ciertos defectos que de otro modo hubieran llevado necesariamente a la anulación del laudo. Además, la redacción general del párrafo 4) era conveniente puesto que ofrecía suficiente flexibilidad, tanto al tribunal judicial como al arbitral, para tener en cuenta las necesidades de cualquier caso concreto.

307. La Comisión no aprobó una propuesta en el sentido de que se suprimiese el requisito de que el procedimiento de remisión previsto en el párrafo había de ser solicitado por una de las partes. Tras haber deliberado al respecto, la Comisión aprobó este párrafo en su forma actual.

* * *

CAPÍTULO VIII. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS

308. Se expresaron opiniones divergentes acerca de si la Ley Modelo debía contener disposiciones sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos nacionales y extranjeros. Según una opinión, el proyecto de capítulo sobre reconocimiento y ejecución debía suprimirse. No convenía incluir en la Ley Modelo disposiciones que comprendieran laudos extranjeros, habida cuenta de la existencia de tratados multilaterales respetados por muchos países, tales como la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de 1958. Se declaró que se debía invitar a ratificar esa Convención o a adherirse a ella a los Estados que aún no lo hubiesen hecho, pero que no era probable que los Estados que decidiesen no adherirse a esa Convención adoptasen las normas casi idénticas contenidas en los artículos 35 y 36. Se señaló que las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros no eran necesarias para los Estados que se habían adherido a la Convención de Nueva York de 1958. Además, la inclusión de esas disposiciones en la Ley Modelo podría poner en duda los efectos de la reserva de reciprocidad hecha por muchos Estados miembros y dar lugar a otras dificultades en la aplicación de la Convención. Además, la inclusión en la Ley Modelo de las disposiciones sobre la ejecución de laudos nacionales planteaba problemas de coordinación con las disposiciones sobre anulación que contiene el artículo 34 y, al menos en algunos Estados, era innecesaria, pues la legislación vigente consideraba a los laudos nacionales ejecutorios, equiparándolos a las sentencias de los tribunales locales.

309. Sin embargo, la opinión prevaleciente favoreció que se mantuvieran las disposiciones relativas a los laudos nacionales y extranjeros. Se señaló que la existencia y el funcionamiento, en general satisfactorio, de la Convención de Nueva York de 1958, a la que se habían adherido muchos Estados, no era una razón determinante para suprimir el proyecto de capítulos sobre reconocimiento y ejecución. Un gran número de Estados, en realidad una mayoría de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, no habían ratificado la Convención ni se habían adherido a ella. Tal vez a algunos de esos Estados les resultase, por razones constitucionales o de otra índole, más fácil adoptar las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución como parte de la Ley Modelo que ratificar la Convención o adherirse a ella. Una Ley Modelo sobre arbitraje sería incompleta si carecía de disposiciones sobre una cuestión tan importante como el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales. Con respecto a los Estados que eran parte en esa Convención, el proyecto de capítulo podría proporcionar una asistencia complementaria al establecer un régimen aplicable a los laudos que no entrasen dentro del ámbito de aplicación de la misma, sin perjuicio del funcionamiento de esa Convención. A ese respecto, se señaló que, todo tratado de esa índole tendría primacía sobre la Ley Modelo, como lo expresa el párrafo 1) del artículo 1 de esa ley, que cualquier Estado que adoptara la Ley Modelo podía considerar la posibilidad de imponer ciertas restricciones, por ejemplo, sobre la base de la idea de reciprocidad, y que los artículos 35 y 36 seguían fielmente el modelo de las disposiciones de esa Convención. Además, el concepto de trato uniforme de todos los laudos, independientemente del país de su origen favorecía el funcionamiento del arbitraje comercial internacional.

310. La Comisión, tras un debate, decidió mantener en la Ley Modelo el capítulo sobre reconocimiento y ejecución de los laudos independientemente del lugar en que se hubieran dictado. Se señaló que era compatible con esa decisión, y en realidad deseable, que se invitara

a la Asamblea General de las Naciones Unidas a que recomendara a los Estados que aún no se habían adherido a la Convención de Nueva York de 1958 que consideraran la posibilidad de hacerlo.

* * *

Artículo 35

Reconocimiento y ejecución

311. El texto del artículo 35, examinado por la Comisión estaba redactado en los siguientes términos:

"1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.

"2) 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.*

"3) La inscripción, registro o depósito de un laudo en un tribunal del país en que se haya dictado no es requisito para su reconocimiento o ejecución en este Estado.

Párrafo 1)

312. Se señaló que el ámbito de aplicación de los artículos 35 y 36 no era idéntico al de la Convención de Nueva York de 1958 y que la clasificación de los laudos no era la misma que en esa Convención. Los artículos 35 y 36 sólo se referían a los laudos resultantes de un arbitraje comercial internacional conforme a lo dispuesto en el artículo 1, incluso en relación con los laudos dictados en un Estado extranjero. Se entendió que ello no significaba que el Estado en el que se dictase el laudo tenía que haber aprobado la Ley Modelo para que esas disposiciones se aplicasen a la ejecución del laudo.

313. Se señaló que el párrafo 1) del artículo 35 no determinaba el momento en que un laudo llegaba a ser vinculante. En relación con los laudos arbitrales extranjeros, esta cuestión tendría que ser resuelta, de conformidad con la norma dictada en el apartado v) del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36, por la ley del Estado en que, o conforme a cuyo derecho, hubiese sido dictado el laudo. En cuanto a los laudos dictados en el Estado en el que se solicita el reconocimiento o la ejecución en virtud del artículo 35, el examen de esa cuestión se celebró posteriormente en el contexto del artículo 31 (véanse los párrs. 256 a 258 *supra*).

314. La Comisión aprobó el párrafo.

Párrafo 2)

315. La Comisión aprobó el párrafo.

Párrafo 3)

316. Se sugirió que se dejase a la discreción de cada Estado la cuestión de si un laudo debía inscribirse, registrarse o depositarse. También se sugirió que sería ilógico que un Estado exigiese que se registrasen los laudos, pero que ejecutase esos laudos aunque no estuvieran registrados.

317. La Comisión suprimió el párrafo.

* * *

Artículo 36

Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

318. El texto del artículo 36 examinado por la Comisión fue el siguiente:

"1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:

"*a)* a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:

"i) que las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaban afectadas por alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o

"ii) que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada del nombramiento del árbitro (o árbitros) o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

"iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

"iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o

*"El procedimiento enunciado en este párrafo tiene por fin establecer un máximo de requisitos. Así pues, no se opondría a la armonización pretendida por la Ley Modelo que un Estado mantuviese en vigencia un procedimiento aun menos oneroso."

"v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o

"*b)* cuando el tribunal compruebe:

"i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

"ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado."

"2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el apartado v) del incisio *a)* del párrafo 1) del presente artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

319. La Comisión rechazó la propuesta de que el artículo 36 sólo fuera aplicable a los laudos de arbitraje comercial internacional dictados en un Estado distinto a "este Estado". Se opinó que debía confirmarse la decisión de política general de conservar el capítulo VIII sobre reconocimiento y ejecución aplicables a los laudos independientemente del lugar donde hubieran sido dictados.

Párrafo 1)

320. Se sugirió que el artículo 36 debía interpretarse en el sentido de que no se reconocería un laudo cuando el tribunal hallase que el tribunal arbitral había procedido sin jurisdicción o había infringido la jurisdicción exclusiva del tribunal ante el cual se pedía el reconocimiento o la ejecución. Se señaló que esa cuestión podía haber cobrado mayor importancia a la luz de la decisión de la Comisión respecto al inciso *c)* del párrafo 2) del artículo 1 en el sentido de que un arbitraje era internacional si las partes habían acordado expresamente que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un país.

321. La Comisión adoptó la propuesta de que modificar el apartado i) del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36 para ajustarlo al cambio efectuado anteriormente en el apartado i) del inciso *a)* del párrafo 2) del artículo 34. El cambio consistía en sustituir las palabras "las partes" por las palabras "una parte" y las palabras "estaban afectadas por alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable" por un texto como "carecían de la capacidad de concertar tal acuerdo". La Comisión adoptó la sugerencia a fin de mantener la armonía entre los textos de los artículos 34 y 36. Sin embargo, la Comisión expresó la opinión de que la modificación no entrañaba ninguna discrepancia de fondo entre el apartado i) del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36 y la disposición correspondiente de la Convención de Nueva York de 1958.

322. La Comisión decidió, en armonía con la decisión adoptada respecto del apartado ii) del inciso *a)* del párrafo 2) del artículo 34 (párr. 286 *supra*), sustituir en el apartado ii) del inciso *a)* del párrafo 1 las palabras "nombramiento del árbitro (o árbitros)" por las palabras "designación de un árbitro".

323. Se propuso que se suprimiera el apartado ii) del inciso *b)* puesto que en algunos ordenamientos de tradición anglosajona la expresión "orden público" podría interpretarse en el sentido de que no abarcaba los conceptos de justicia procesal. Sin embargo, la Comisión estuvo de acuerdo en que debía conservarse ese apartado basándose en el mismo entendimiento que expresó la Comisión en relación con el apartado ii) del inciso *b)* del párrafo 2) del artículo 34 (véanse los párrs. 296 y 297 *supra*).

324. Se aprobó el párrafo 1) con las modificaciones arriba indicadas.

Párrafo 2)

325. La Comisión aprobó el párrafo.

* * *

D. *Examen de otros asuntos*

Epígrafes de los artículos

326. La Comisión decidió mantener la nota de pie de página anexa al epígrafe del artículo 1 a fin de informar a los receptores de la Ley Modelo que la Comisión entendía que los epígrafes de los artículos se había incluido a título de referencia únicamente y no debían utilizarse para fines de interpretación.

Reconvención

327. La Comisión recordó que en el contexto del artículo 23 se había sugerido que se añadiera una nueva disposición por la que toda disposición de la Ley Modelo que se refiriera a la demanda se aplicaría, *mutatis mutandis*, a la reconvención (véase párr. 201 *supra*). Sobre la base de una propuesta preparada por los representantes de Checoslovaquia y de los Estados Unidos, la Comisión decidió añadir al artículo 2, como nuevo inciso *f)* la siguiente disposición:

"*f)* cuando una disposición de la presente Ley, con excepción del inciso *a)* del artículo 25 y del inciso *a)* del párrafo 2) del artículo 32 se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvención, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvención."

Carga de la prueba

328. Se propuso que se aclarara en la Ley Modelo que cada una de las partes debería asumir la carga de la prueba de los hechos en que se basase para fundar su demanda o contestación. En apoyo de esa propuesta, se declaró que, de faltar esa aclaración, tal vez algunas partes no procedieran con la debida diligencia o algunos tribunales arbitrales tuvieran una concepción

equivocada de su función interpretándola como una función de investigación. La Comisión decidió no incluir en la Ley Modelo una disposición al respecto. En apoyo de esa decisión se declaró que determinados aspectos de la carga de la prueba podrían considerarse como cuestiones de derecho sustantivo y, en consecuencia, sujetarse a las disposiciones del artículo 28; además, una disposición de esa índole podría interferir innecesariamente con el principio general del artículo 19, conforme al cual corresponde a las partes, y sólo en segundo término al tribunal arbitral, determinar el procedimiento. Sin embargo, se entendió que era un principio generalmente reconocido que si una parte se fundaba en un hecho en apoyo de su demanda o contestación debía probar ese hecho.

Deposiciones de testigos

329. Se propuso que se estipulara en la Ley Modelo que las deposiciones de testigos también podían presentarse en forma de declaraciones escritas firmadas por ellos, dado que sería útil que la Ley Modelo eliminara toda duda acerca de esa práctica de presentación de testigos poco costosa y, algunas veces, la única disponible. La Comisión no aprobó esa propuesta porque se consideró mejor dejar una cuestión de detalle como esa bajo la égida del principio general del artículo 19.

Aplicación a base de reciprocidad de los artículos 35 y 36

330. Se propuso que se incluyera en el artículo 35, o en una nota de pie de página a ese artículo, una indicación de que, siguiendo el ejemplo de la Convención de Nueva York de 1958, los artículos 35 y 36 podrían someterse a la condición de reciprocidad en cuanto al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Sin embargo, como respuesta a dicha propuesta se afirmó que la idea de reciprocidad podía ser adecuada en una convención, pero no era conveniente en una unificación mediante una Ley Modelo. También se expresó que, como la disposición sobre reciprocidad debería ser detallada y determinar a qué clase de reciprocidad se refería, y como sería difícil convenir en un criterio unificado sobre la cuestión, era mejor dejar la formulación de cualquier disposición de reciprocidad al arbitrio de los Estados que adoptaran la Ley Modelo. Tras deliberar, la Comisión adoptó el criterio de que, si bien no se debía fomentar la utilización de relaciones territoriales en el arbitraje comercial internacional, cada uno de los Estados que deseara someter la aplicación de las disposiciones sobre reconocimiento o ejecución de laudos extranjeros al requisito de reciprocidad debía expresar ese requisito en su legislación, determinando la base o el factor relacionante, así como la técnica utilizada.

E. *Examen del proyecto de articulado por el Grupo de Redacción*

331. Después que la Comisión examinó cada uno de los artículos del proyecto de Ley Modelo, éstos fueron presentados al Grupo de Redacción a fin de que aplicara las decisiones tomadas por la Comisión y revisara el texto para velar por la coherencia dentro del texto y entre las versiones en los distintos idiomas. En la versión definitiva, se mantuvo la numeración de todos los artículos, con las siguientes excepciones: el inciso *e)* del artículo 2 se puso en artículo a parte, como artículo 3, el artículo 14 *bis* fue incorporado al artículo 14 como párrafo 2), el artículo 18 se volvió a numerar como artículo 17 y el párrafo 3) del artículo 19 se puso en artículo a parte, numerado como artículo 18.

F. *Aprobación de la Ley Modelo*

332. Tras examinar el texto del proyecto de Ley Modelo en su forma revisada por el Grupo de Redacción, en su 333a. sesión, la Comisión decidió aprobar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional que aparece en el Anexo al presente informe.

333. La Comisión invitó a la Asamblea General a que recomendase a los Estados que tuviesen en cuenta la Ley Modelo al promulgar o revisar sus leyes a fin de satisfacer las necesidades existentes en materia de arbitraje comercial internacional y a pedir al Secretario General que remitiera el texto de la Ley Modelo, juntamente con los *travaux préparatoires* del actual período de sesiones de la Comisión, a los gobiernos y a las instituciones de arbitraje y otros órganos interesados, tales como las cámaras de comercio.

Capítulo III. Pagos internacionales

A. *Proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales*[9]

334. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional examinó, en su 17.° período de sesiones celebrado en 1984, el proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, preparado por el Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales y que figuraba en el documento A/CN.9/211. En cuanto a sus actividades futuras, la Comisión decidió que se continuara la labor con miras a mejorar el proyecto de convención y encomendó la tarea al Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales[10].

335. El mandato del Grupo de Trabajo consistía en revisar el proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, a la luz de las decisiones y deliberaciones del 17.° período de

[9]La Comisión examinó este tema en su 331a. sesión, celebrada el 19 de junio de 1985.

[10]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/39/17), párr. 88.

sesiones de la Comisión[11] y teniendo en cuenta asimismo las observaciones de los gobiernos y las organizaciones internacionales que figuraban en los documentos A/CN.9/248 y A/CN.9/249/Add.1, que no habían sido examinados en ese período de sesiones.

336. En su 18.° período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 13.° período de sesiones, celebrado en Nueva York del 7 al 18 de enero de 1985 (A/CN.9/261). La Comisión acordó que, a la luz de los avances realizados para resolver las cuestiones controvertidas más importantes, a saber: los conceptos de tenedor y tenedor protegido, el efecto de los endosos falsificados y la responsabilidad del transmitente mediante simple entrega o por endoso, era razonable pedir al Grupo de Trabajo que completara el examen de las cuestiones controvertidas más importantes y, en la medida de lo posible, de las cuestiones restantes, con miras a preparar un proyecto a la Comisión en una forma adecuada para examinarlo en su 19.° período de sesiones.

337. Sin embargo, en vista del hecho de que el Grupo de Trabajo posiblemente no dispondría de tiempo suficiente para volver a formular el proyecto en esa forma en el período de sesiones cuya celebración estaba prevista del 9 al 20 de diciembre de 1985, la Comisión acordó también que el Grupo de Trabajo podía celebrar un período de sesiones adicional en febrero o marzo de 1986 o podía completar su mandato por otros medios apropiados.

338. Se sugirió que cuando la Comisión examinase en su 19.° período de sesiones el proyecto de convención que habría sido preparado por el Grupo de Trabajo, al que todos los Estados miembros de la Comisión estaban invitados, así como todos los demás Estados y organizaciones internacionales interesadas, debía desalentarse el nuevo examen de las cuestiones que habían sido debatidas minuciosamente, a menos que hubiera un motivo realmente de fondo que lo justificara.

B. *Transferencias electrónicas de fondos*[12]

339. La Comisión, en su 15.° período de sesiones celebrado en 1982, tuvo ante sí un informe del Secretario General en el que se examinaban varios problemas jurídicos que planteaban las transferencias electrónicas de fondos (A/CN.9/221). A la luz de esos problemas de carácter jurídico, en el informe se sugería que, como primer paso, la Comisión preparase una guía sobre los problemas jurídicos que planteaban las transferencias electrónicas de fondos. Se sugirió que la Guía estuviese enfocada hacia la formulación de orientaciones para los legisladores o juristas encargados de preparar las normas que regirían los distintos sistemas de ese tipo de transferencia de fondos.

340. La Comisión aceptó esa recomendación y pidió a la secretaría que, en cooperación con el Grupo de Estudio de la CNUDMI sobre Pagos Internacionales, iniciase la preparación de una guía jurídica sobre las transferencias electrónicas de fondos[13]. En 1984, se presentaron a la Comisión, en su 17.° período de sesiones, varios capítulos del proyecto de Guía Jurídica para que formulase observaciones generales[14]. En el presente período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí un informe del Secretario General en el que figuraban los capítulos restantes del proyecto de Guía Jurídica (A/CN.9/266 y Add. 1 y 2).

341. La Comisión opinó que el proyecto de Guía Jurídica revestía particular importancia dado que existía un vacío jurídico en esa esfera de actividad que evolucionaba rápidamente. Se hizo notar que existía una estrecha vinculación entre el proyecto de Guía Jurídica y el informe sobre el valor jurídico de los registros computadorizados (A/CN.9/265) y se sugirió que en la versión definitiva de la Guía Jurídica se incluyera un capítulo sobre la cuestión de las pruebas.

342. Tras el debate, la Comisión decidió pedir al Secretario General que enviara el proyecto de Guía Jurídica sobre las transferencias electrónicas de fondos a los gobiernos y a las organizaciones internacionales interesadas para que formulasen observaciones. Se pidió asimismo a la secretaría que, en cooperación con el Grupo de Estudio de la CNUDMI sobre Pagos Internacionales y a la luz de las observaciones recibidas, revisase el proyecto para su presentación al 19.° período de sesiones de la Comisión en 1986 con miras a su examen y posible aprobación.

Capítulo IV. Nuevo Orden Económico Internacional: contratos industriales[15]

343. La Comisión tuvo ante sí los informes de su Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional acerca de la labor realizada en sus períodos de sesiones sexto y séptimo (A/CN.9/259 y A/CN.9/262). En los informes se reseñaban las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre la base de los informes y proyecto de capítulos del proyecto de Guía Jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de obras industriales, preparados por la

[11] El debate y las conclusiones sobre las principales cuestiones controvertidas y sobre otras cuestiones figura en el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/39/17), párrs. 21 a 82.

[12] La Comisión examinó este tema en su 328a. sesión, celebrada el 18 de junio de 1985.

[13] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 15.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/37/17), párr. 73.

[14] Los proyectos de capítulos figuran en A/CN.9/250/Add.1 a 4.

[15] La Comisión examinó este tema en su 331a. sesión, celebrada el 19 de junio de 1985.

Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4 y 5, A/CN.9/WG/V/WP.13 y Add.1 a 6 y A/CN.9/WG.V/WP.15 y Add.1 a 10).

344. La Comisión tuvo también ante sí una nota de la secretaría titulada "Trabajo adicional de la Comisión en la esfera de los contratos internacionales para la construcción de instalaciones industriales" (A/CN.9/268). En la nota de la secretaría se expresaba que, en vista del hecho de que la labor sobre la Guía Jurídica estaba llegando a sus etapas finales, la secretaría había considerado la posibilidad de hacer más útil la Guía Jurídica mediante la preparación de anexos al texto que se referirían a esferas estrechamente relacionados con la construcción de instalaciones industriales. En la nota se informaba que el Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano (AALCC) había recomendado, en su período de sesiones celebrado en Katmandú (Nepal) (6 a 13 de febrero de 1985), que la Comisión considerase la posibilidad de preparar un anexo en que se abordaran los asuntos jurídicos relacionados con las empresas mixtas que se planteaban en el contexto de los contratos industriales. El Comité había recomendado también que la Comisión examinara los acuerdos relativos a concesiones y otros acuerdos en la esfera de los recursos naturales. La Secretaría había hecho, asimismo, un examen preliminar relativo a la preparación de un anexo que se referiría a las licitaciones y las adquisiciones en relación con la construcción de instalaciones industriales. Los trabajos realizados sobre la Guía Jurídica hasta el momento indicaban que era necesario examinar las cuestiones pertinentes a las adquisiciones y las licitaciones en forma más detallada de lo que era posible en la propia Guía Jurídica y que este examen podría ser de gran utilidad. En la nota se señalaba la intención de la secretaría de presentar a la Comisión, en uno de sus futuros períodos de sesiones, un informe con propuestas sobre la manera de dar mayor utilidad a la Guía Jurídica.

345. La Comisión tomó nota de los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada durante sus períodos de sesiones sexto y séptimo, y expresó su reconocimiento al Grupo de Trabajo por la forma eficiente en que se habían realizado los trabajos. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo que continuara diligentemente sus trabajos y que presentara un informe sobre la labor realizada durante su octavo período de sesiones al próximo período de sesiones de la Comisión.

346. La Comisión examinó una nota de la secretaría sobre la labor adicional de la Comisión en la esfera de los contratos internacionales para la construcción de instalaciones industriales. La Comisión tomó nota de la intención de la secretaría de presentar a la Comisión, en uno de sus futuros períodos de sesiones, un informe con propuestas sobre la manera de aumentar la utilidad de la Guía Jurídica mediante la preparación de algunos anexos a la misma. Se observó que, en la preparación de ese informe, la secretaría debía tener en cuenta las recomendaciónes del Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano que se citaban en la nota de la secretaría.

Capítulo V. Responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte[16]

347. La Comisión, en su 16.° período de sesiones, celebrado en 1983, decidió incluir el tema de la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en su programa de trabajo, y asignar la labor relativa a la preparación de normas uniformes sobre el tema a un grupo de trabajo[17]. En su 17.° período de sesiones, celebrado en 1984, la Comisión decidió recomendar esa tarea a su Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales[18]. El Grupo de Trabajo inició la labor relativa al tema en su octavo período de sesiones, celebrado en Viena del 3 al 13 de diciembre de 1984.

348. La Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su octavo período de sesiones (A/CN.9/260). El informe contenía un resumen de las deliberaciones, así como las decisiones del Grupo con respecto al método de trabajo que habría de seguir para llevar a cabo la tarea de preparar normas uniformes relativas a la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte, y con respecto a las cuestiones que se planteaban en relación con el tema.

349. La Comisión expresó su satisfacción por la labor realizada hasta la fecha, expresó su reconocimiento al Grupo de Trabajo por los avances que había realizado, y pidió al Grupo de Trabajo que prosiguiera su labor de manera expedita. Habida cuenta de la especial importancia del estudio que la secretaría debía preparar para el próximo período de sesiones a solicitud del Grupo de Trabajo, se pidió a la Secretaría que preparase la documentación a tiempo para que las delegaciones pudieran examinarla antes de que se iniciase el período de sesiones.

Capítulo VI. Coordinación de la labor

A. *Coordinación general de actividades*[19]

350. El Secretario de la Comisión presentó un informe oral sobre las actividades de coordinación en la esfera del derecho mercantil internacional realizadas durante el año precedente. Observó que la Asamblea General en su resolución 39/82, de 13 de diciembre de 1984, había reafirmado "El mandato conferido a la Comisión para

[16]La Comisión examinó este tema en su 331a. sesión, celebrada el 19 de junio de 1985.

[17]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 16.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/38/17), párr. 115.

[18]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/39/17), párr. 113.

[19]La Comisión examinó este tema en su 328a. sesión, celebrada el 18 de junio de 1985.

que, como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en la esfera de derecho mercantil internacional, coordine las actividades jurídicas en esta esfera con el fin de evitar la repetición de esfuerzos y fomentar la eficacia, la lógica y la coherencia en la unificación y la armonización del derecho mercantil internacional". Informó que otras organizaciones internacionales, dentro y fuera del sistema de las Naciones Unidas, habían llegado a reconocer esa designación de la Comisión como órgano jurídico central en esa esfera, y que esas organizaciones acudían regularmente a la Comisión y a su secretaría en busca de orientación en esa esfera.

351. La Comisión tomó nota de que un gran número de otras organizaciones internacionales participaban en las reuniones de la Comisión y de sus Grupos de Trabajo, como se reflejaba en los informes de esas reuniones. Se reconoció que mediante su participación, esas organizaciones aportaban sus conocimientos especializados al desarrollo del programa de trabajo de la Comisión. También se reconoció que su participación en las reuniones de la Comisión constituía una forma eficaz de coordinar sus actividades con las de la Comisión.

352. La Comisión acogió con beneplácito el hecho de que prosiguieran los contactos entre la secretaría y otras organizaciones interesadas en el derecho mercantil internacional e instó a la secretaría a que, dentro del límite de los recursos disponibles, fortaleciera esas relaciones en la medida de lo posible.

353. Se tomó nota de que la secretaría tenía previsto presentar al 19.° período de sesiones de la Comisión un informe sobre las actividades en curso de otras organizaciones internacionales en la esfera de derecho mercantil internacional en general, análogo a los informes más recientes presentados en 1981 y 1983. Por otra parte, se presentaría un informe sobre las actividades en curso de otras organizaciones en la esfera del arbitraje comercial internacional.

B. *Valor jurídico de los registros computadorizados*[20]

354. La Comisión examinó, en su 15.° período de sesiones celebrado en 1982, un informe del Secretario General que contenía un análisis de ciertos problemas jurídicos que se planteaban en relación con las transferencias de fondos por medios electrónicos[21]. Con respecto a la cuestión del valor jurídico de los registros de computadoras, el informe concluía diciendo: "El problema, al mismo tiempo que tiene especial importancia para las transferencias electrónicas de fondos de carácter internacional, es de interés general para todos los sectores del comercio internacional. Por consiguiente, sería conveniente lograr soluciones de tipo general."[22] Sobre la base de ese informe, la Comisión pidió a la Secretaría que presentase, en un futuro período de sesiones, un informe sobre el valor jurídico de los registros computadorizados en general[23].

355. En su 17.° período de sesiones, celebrado en 1984, la Comisión decidió incluir como tema prioritario en el programa de trabajo la cuestión de los problemas jurídicos que planteaba la utilización del procesamiento automático de datos en el comercio internacional[24]. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí un informe sobre el valor jurídico de los registros computadorizados (A/CN.9/265).

356. Como parte de la preparación de ese informe, la secretaría había elaborado un cuestionario sobre la utilización de datos legibles por la computadora como prueba de los procedimientos judiciales. Al mismo tiempo, y en cooperación con la secretaría de la Comisión, el Consejo de Cooperación Aduanera había redactado un cuestionario sobre la aceptabilidad para las autoridades aduaneras de las declaraciones de mercaderías en forma legible mediante computadora y el uso posterior de esas declaraciones en procedimientos judiciales. La información contenida en las respuestas había sido utilizada en la preparación de ese informe.

357. En el informe se llegó a la conclusión de que, a nivel mundial, había menos problemas de lo que cabría esperar en el empleo de datos registrados en computadoras como prueba en los litigios. Casi todos los países que respondieron al cuestionario tenían, al parecer, normas jurídicas que eran al menos adecuadas para consentir el empleo de registros computadorizados como prueba y permitir que el tribunal hiciera la evaluación necesaria para determinar el valor apropiado que debía asignarse a los datos o documentos.

358. En el informe se señalaba que un obstáculo jurídico más grave para el empleo de computadoras y de las telecomunicaciones de computadora a computadora en el comercio internacional radicaba en la exigencia de que los documentos estuvieran firmados o presentados sobre papel.

Debate de la Comisión

359. La Comisión acogió con beneplácito este primer informe preparado por la secretaría en cumplimiento de la decisión adoptada en el 17.° período de sesiones de incluir en el programa de trabajo, como tema prioritario, los problemas jurídicos que planteaba la utilización del procesamiento automático de datos en el comercio internacional. La información que contenía el informe y el análisis de los problemas ayudaría a los Estados a examinar las normas jurídicas que afectarían la utilización de computadoras y otras formas de procesamiento automático de datos. La Comisión tomó nota de que el informe había sido preparado por la secretaría en cooperación con otras organizaciones

[20]La Comisión examinó este tema en su 328a. sesión, celebrada el 18 de junio de 1985.

[21]A/CN.9/221 (y Corr. 1, sólo en francés).

[22]*Ibid.*, párr. 81.

[23]Véase la nota 13.

[24]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/39/17), párr. 136.

internacionales interesadas en ese tema y alentó a la secretaría a que siguiera colaborando con esas y otras organizaciones activas en esa esfera. A ese respecto, tomó nota de que la secretaría presentaría al 19.° período de sesiones otro informe con respecto a los aspectos jurídicos del procesamiento automático de datos.

Decisión

360. Tras deliberar, la Comisión decidió aprobar la siguiente recomendación:

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

Observando que el empleo del procesamiento automático de datos (PAD) está próximo a quedar firmemente arraigado en todo el mundo en muchas fases del comercio nacional e internacional, así como en los servicios administrativos,

Observando también que las normas jurídicas referidas a los medios anteriores al PAD basados en el empleo del papel para documentar el comercio internacional pueden crear un obstáculo al empleo del PAD en cuanto llevan a la inseguridad jurídica o dificultan la eficiente utilización del PAD cuando su uso está por lo demás justificado,

Observando asimismo con reconocimiento los esfuerzos del Consejo de Europa, del Consejo de Cooperación Aduanera y de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa tendientes a superar los obstáculos que, como consecuencia de estas normas jurídicas, se oponen a la utilización del PAD en el comercio internacional,

Considerando al mismo tiempo que no es necesaria una unificación de las normas sobre la prueba respecto del empleo de registros de computadora en el comercio internacional, vista la experiencia que muestra que diferencias sustanciales en las normas sobre la prueba aplicadas al sistema de documentación sobre papel no han causado hasta el momento ningún daño apreciable al desarrollo del comercio internacional,

Considerando también que, como consecuencia de las novedades en la utilización del PAD, en diversos sistemas jurídicos se viene experimentando la conveniencia de adaptar las normas jurídicas existentes a estas novedades, teniendo debidamente en cuenta, sin embargo, la necesidad de estimular el empleo de los medios del PAD que proporcionarían la misma o mayor fiabilidad que la documentación sobre papel,

1. *Recomienda* a los gobiernos que:

a) examinen las normas jurídicas que afectan la utilización de registros de computadora como prueba en los litigios, a fin de eliminar obstáculos innecesarios a su admisión, asegurarse de que las normas sean coherentes con las novedades de la tecnología y proporcionar medios apropiados para que los tribunales evalúen el crédito que merezcan los datos contenidos en esos registros;

b) examinen las exigencias legales de que determinadas operaciones comerciales o documentos relacionados con el comercio consten por escrito, para determinar si la forma escrita es una condición de la eficacia de la validez de la operación o el documento, con miras a permitir, según corresponda, que la operación o el documento se registren y transmitan en forma legible mediante computadora;

c) examinen los requisitos jurídicos de una firma manuscrita u otro método de autenticación sobre papel en los documentos relacionados con el comercio, con miras a permitir, según corresponda, la utilización de medios electrónicos de autenticación;

d) examinen los requisitos jurídicos de que, para ser presentados a las autoridades, los documentos deban constar por escrito y estar firmados de puño y letra, con miras a permitir que, cuando corresponda, esos documentos se presenten en forma legible mediante computadora a los servicios administrativos que hayan adquirido el equipo necesario y fijado los procedimientos aplicables;

2. *Recomienda* a las organizaciones internacionales que elaboran textos jurídicos relacionados con el comercio que tengan en cuenta la presente Recomendación al adoptar esos textos y, según corresponda, estudien la posibilidad de modificar los textos jurídicos vigentes en armonía con la presente Recomendación.

C. *Actividades en curso de otras organizaciones en la esfera de la transferencia de tecnología*[25]

361. La Comisión, en su 14.° período de sesiones celebrado en 1981, sugirió que la secretaría seleccionara una esfera concreta del derecho mercantil internacional para someterla a un examen detallado en el marco de su informe periódico sobre las actividades en curso de las organizaciones internacionales en relación con la armonización y la unificación del derecho mercantil internacional. En su 18.° período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí un informe del Secretario General sobre las actividades en curso de las organizaciones internacionales del sistema de las Naciones Unidas con respecto a los aspectos jurídicos de la transferencia de tecnología (A/CN.9/269). La Comisión tomó nota del informe con reconocimiento.

Capítulo VII. Capacitación y asistencia[26]

362. En el 17.° período de sesiones, celebrado en 1984, la Comisión convino en que debía continuarse e intensificarse el patrocinio de simposios y seminarios regionales sobre el derecho mercantil internacional en general y sobre las actividades de la Comisión en

[25] La Comisión examinó esta cuestión en su 328a. sesión, celebrada el 18 de junio de 1985.

[26] La Comisión examinó este tema en su 331a. sesión, celebrada el 19 de junio de 1985.

particular[27]. Se recalcó que esos simposios y seminarios eran sumamente beneficiosos para abogados y hombres de negocios de los países en desarrollo. La Comisión aprobó el criterio adoptado por la secretaría en la organización de los simposios y seminarios sobre una base regional en colaboración con otras organizaciones.

363. La Asamblea General, en su resolución 39/82, de 13 de diciembre de 1984, relativa al informe de la Comisión sobre la labor realizada en el 17.° período de sesiones, reafirmó la importancia, en particular para los países en desarrollo, de la labor de la Comisión sobre capacitación y asistencia en materia de derecho mercantil internacional y la conveniencia de que la Comisión patrocinara simposios y seminarios de carácter regional. La Asamblea General también expresó su reconocimiento a los gobiernos, organizaciones e instituciones que habían colaborado con la secretaría de la Comisión en la organización de seminarios y simposios, e invitó a los gobiernos, organizaciones internacionales e instituciones a que prestaran asistencia a la secretaría de la Comisión en la financiación y organización de simposios y seminarios regionales.

364. La Comisión tuvo ante sí un informe del Secretario General sobre capacitación y asistencia (A/CN.9/270), en el cual se describían las medidas adoptadas por la secretaría para aplicar las decisiones de la Comisión y de la Asamblea General. En el informe se hacía notar, en particular, la participación de la secretaría en diversos seminarios regionales. El Departamento del Procurador General de Australia, en colaboración con la secretaría de la CNUDMI y el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, había organizado un Seminario regional de derecho mercantil para Asia y el Pacífico (Canberra (Australia), 22 a 27 de noviembre de 1984). También habían participado el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Conferencia de La Haya sobre derecho privado internacional. Se examinaron algunos de los principales temas emanados de la labor de la Comisión. La secretaría de la CNUDMI participó en un seminario regional (Dubrovnik (Yugoslavia), 11 a 23 de marzo de 1985) sobre la compraventa internacional de mercaderías (con especial referencia a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)), organizado por el Centro Interuniversitario de Estudios de Posgrado de Dubrovnik. La Cámara de Comercio de Bogotá, la Asociación Iberoamericana de Cámaras de Comercio y la secretaría de la CNUDMI, con el apoyo de la secretaría de la Organización de los Estados Americanos, organizó un seminario regional (Bogotá (Colombia), 22 y 23 de abril de 1985) sobre la labor de la CNUDMI y el derecho mercantil internacional.

365. En el informe se señalaba que en diversas ocasiones, aparte de las mencionadas anteriormente, la secretaría había participado en simposios y seminarios relativos a la labor de la Comisión y que tenía intención de mantenerse en contacto con los gobiernos y organizaciones con miras a colaborar con ellos en la organización de simposios y seminarios.

366. Hubo acuerdo general en que debía continuarse e intensificarse el patrocinio de simposios y seminarios sobre derecho mercantil internacional en general, y sobre las actividades de la Comisión en particular. Se señaló que esos simposios y seminarios eran sumamente útiles para jóvenes abogados y funcionarios públicos de los países en desarrollo. En el curso de las deliberaciones se sugirió que las actividades sobre capacitación y asistencia se beneficiarían si pudieran asegurarse fondos para que la secretaría organizara simposios y seminarios, y se sugirió que debía realizarse un esfuerzo en un momento oportuno para obtener una asignación del presupuesto ordinario para esas actividades. También se observó que, en dos ocasiones se habían organizado seminarios sobre las actividades de la Comisión con ocasión de uno de sus períodos anuales de sesiones y habría que esforzarse para organizar seminarios de ese tipo en ocasión de futuros períodos de sesiones.

367. La Comisión expresó su profundo reconocimiento a todos los gobiernos y organizaciones que habían prestado asistencia a la secretaría en la financiación y organización de simposios y seminarios. También expresó su reconocimiento por los esfuerzos realizados en esta esfera por la secretaría, y aprobó el enfoque general que ésta había adoptado con respecto a la organización de simposios y seminarios.

368. Se hicieron varias propuestas para la celebración de simposios y seminarios en la esfera del derecho mercantil internacional. El representante de Cuba anunció que se proyectaba celebrar en La Habana, en 1987, un seminario dedicado al derecho mercantil internacional, en colaboración con la Secretaría de la CNUDMI. Se propuso consultar con la secretaría los temas que se examinarían, y los detalles de la organización del seminario. El representante del Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial confirmó que, en colaboración con la secretaría de la CNUDMI, se celebraría, un seminario regional sobre arbitraje comercial internacional en El Cairo, en enero de 1986. El representante invitó a todos los delegados y observadores presentes a que asistieran a ese seminario. El representante de Kenya declaró que se estaba estudiando la posibilidad, en colaboración con la secretaría de la CNUDMI, celebrar un simposio en Nairobi sobre el derecho mercantil internacional y las actividades de la Comisión. El seminario probablemente se celebraría en 1986. El representante de Australia anunció que en 1988, con ocasión de la celebración del bicentenario de Australia, se celebraría un seminario de derecho mercantil similar al Seminario regional de derecho mercantil para Asia y el Pacífico, celebrado en 1984.

[27] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/39/17), párr. 141.

Capítulo VIII. Situación de las convenciones[28]

369. La Comisión examinó la situación de las convenciones que habían sido resultado de su labor, a saber, la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 1974) (denominada en adelante la Convención sobre la Prescripción); el Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 1980); la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo) (denominada en adelante las Reglas de Hamburgo); y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) (denominada en adelante la Convención de Viena sobre la Compraventa). La Comisión tuvo ante sí una nota de la secretaría sobre la situación de esas Convenciones, en la que se describía la situación de las firmas, ratificaciones y adhesiones a esos instrumentos (A/CN.9/271).

370. Varias delegaciones informaron acerca de los progresos que se estaban realizando en sus países con miras a la ratificación de la Convención de Viena sobre la Compraventa e indicaron que era probable que en un futuro próximo se obtuvieran suficientes ratificaciones para que la Convención entrara en vigor. Tomando nota de esa tendencia prometedora, el Secretario de la Comisión indicó que se le había comunicado que muchos Estados que eran partes en la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la compraventa internacional de mercaderías (La Haya, 1964) (denominada en adelante la "Convención de La Haya de 1964"), estaban esperando que entrara en vigor la Convención de Viena sobre la Compraventa, a fin de que las partes en la Convención de La Haya de 1964 pudieran adoptar medidas concertadas para denunciar esa Convención y hacerse partes en la Convención de Viena sobre la Compraventa.

Capítulo IX. Resoluciones pertinentes de la Asamblea General, labor futura y otros asuntos[29]

A. *Resolución de la Asamblea General sobre la labor de la Comisión*

371. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la resolución 39/82 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1984, relativa al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones.

B. *Lugar y fecha del 19.° período de sesiones de la Comisión*

372. Se decidió que la Comisión celebrase su 19.° período de sesiones en Nueva York durante cuatro semanas, del 16 de junio al 11 de julio de 1986. Se señaló que el principal tema del programa del 19.° período de sesiones sería el examen del proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, y se expresaron opiniones en el sentido de que la Comisión debería hacer todo lo posible por concluir su labor sobre el proyecto de Convención en ese período de sesiones.

C. *Períodos de sesiones de los Grupos de Trabajo*

373. Se decidió que el Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales celebrara su 14.° período de sesiones en Viena del 9 al 20 de diciembre de 1985 y, en caso de que fuera necesario un período de sesiones adicional para dar forma adecuada al proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales con miras a su examen por la Comisión en su 19.° período de sesiones, el 15.° período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebraría en Nueva York en febrero o marzo de 1986.

374. Se decidió que el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales celebrara su noveno período de sesiones en Nueva York del 6 al 17 de enero de 1986.

375. Se decidió que el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional celebrara su octavo período de sesiones en Viena del 17 al 27 de marzo de 1986.

D. *Difusión de las decisiones relativas a los textos jurídicos de la CNUDMI e interpretación uniforme de esos textos*

376. En los períodos de sesiones 16.° y 17.° de la Comisión se hicieron sugerencias para que se explorasen los medios de difundir las decisiones judiciales y arbitrales relativas a los textos jurídicos emanados de la labor de la Comisión[30]. Durante el trigésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, en la Sexta Comisión se solicitó también que la secretaría presentase a la Comisión en su 18.° período de sesiones un documento sobre el tema[31].

377. La Comisión dispuso de una nota de la secretaría (A/CN.9/267) en la que se discutían los posibles mecanismos para reunir y difundir las decisiones relativas a los textos jurídicos emanados de la labor de la Comisión, y diversas medidas para promover la interpretación uniforme de tales textos. En el informe se

[28]La Comisión examinó este tema en su 328a. sesión, celebrada el 18 de junio de 1985.

[29]La Comisión examinó este tema en sus sesiones 328a. y 331a., celebradas los días 18 y 19 de junio de 1985.

[30]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 16.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/38/17), párr. 137; Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/39/17), párr. 155.

[31]Acta resumida de la cuarta sesión (A/C.6/39/SR.4), párr. 28.

señalaba que quizá fuera prematuro en el momento actual que la Comisión formulase mecanismos y medidas concretos, y se sugirió que la Comisión quizá desease examinar la posibilidad de hacerlo después de la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980). La Comisión decidió aplazar el examen del asunto hasta el momento oportuno en un futuro período de sesiones.

378. En relación con este tema, el Secretario de la Comisión señaló que, de conformidad con una autorización dada anteriormente por la Comisión a la secretaría de la CNUDMI[32], la secretaría estaba adelantando la preparación de un libro sobre la labor de la Comisión, en el que se exponían la historia, mandato, métodos de trabajo y programa de trabajo de la Comisión y se examinaban los temas sobre los que había trabajado la Comisión. En esa obra se reproducirían todos los textos jurídicos aprobados por la Comisión y se incluiría una lista completa de los documentos de la CNUDMI.

[32]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 15.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/37/17), párrs. 142 y 143.

ANEXO I

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

[este anexo ha sido reproducido en el presente Anuario, tercera parte, I]

ANEXO II

Lista de documentos del período de sesiones

[Este anexo no ha sido reproducido; véase la lista de documentos de la CNUDMI en el presente Anuario, tercera parte, IV, A.]

B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo (31.° período de sesiones) (TD/B/1077)[a]

"B. *Desarrollo progresivo del derecho mercantil internacional: 18.° informe anual de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (tema 8* b) *del programa)*

"918. En la 677a. sesión, el 25 de septiembre de 1985, el Presidente señaló a la atención de la Junta el 18.° informe anual de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (A/40/17), que se había distribuido con la signatura TD/B/1072.

"919. El representante de la URSS, destacando que la CNUDMI estaba llevando eficazmente a cabo sus tareas, dijo que su delegación apoyaba el proyecto de resolución propuesto por la CNUDMI en su informe anual, para su oportuna aprobación por la Asamblea General, en relación con el proyecto de Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional. Él estimaba que debía prestarse más atención a la disposición de dicho proyecto con arreglo a la cual todo Estado tiene derecho, en caso de promulgar leyes nacionales basadas en la Ley Modelo, a que sus disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras se basen en el principio de reciprocidad.

"Decisión de la Junta

"920. En la misma sesión, la Junta tomó nota del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 18.° período de sesiones (A/40/17) y de las observaciones hechas acerca de ese informe."

[a]*Documentos Oficiales de la Junta de Comercio y Desarrollo, 31.° período de sesiones, Suplemento No. 1A (TD/B/1077).*

C. Asamblea General: Informe de la Sexta Comisión (A/40/935)*

1. Por recomendación de la Mesa, la Asamblea General, en su tercera sesión plenaria celebrada el 20 de septiembre de 1985, decidió incluir en el programa de su cuadragésimo período de sesiones el tema titulado "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 18.° período de sesiones" y asignarlo a la Sexta Comisión.

2. En relación con ese tema, la Sexta Comisión tuvo a la vista el informe correspondiente, que presentó el Presidente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en la tercera sesión

*27 noviembre 1985, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, anexos, tema 135 del programa.

de la Comisión, celebrada el 20 de septiembre[1]. Además de ese informe la Comisión dispuso de una nota del Secretario General (A/C.6/40/L.5) relativa al examen del informe por la Junta de Comercio y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

3. La Sexta Comisión examinó el tema en sus sesiones tercera a quinta, del 2 al 7 de octubre, y en sus sesiones 37a. y 38a., el 13 y el 14 de noviembre de 1985. En las actas resumidas de esas sesiones (A/C.6/40/SR.3 a 5, 37 y 38) figuran las opiniones de los representantes que intervinieron durante el examen del tema.

4. En la 37a. sesión, celebrada el 13 de noviembre, el representante de Austria presentó un proyecto de resolución (A/C.6/40/L.6) patrocinado por Alemania, República Federal de, la Argentina, Australia, Austria, Bélgica, el Brasil, el Canadá, Chipre, Egipto, España, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, la Jamahiriya Arabe Libia, Jamaica, el Japón, Kenya, Nigeria, los Países Bajos, Rumania, el Senegal, Singapur, Suecia, Turquía y Yugoslavia, a quienes más tarde se sumaron Checoslovaquia, Guyana y Marruecos, así como un proyecto de resolución (A/C.6/40/L.7) patrocinado por Alemania, República Federal de, la Argentina, Australia, Austria, el Brasil, el Canadá, Chipre, Egipto, España, los Estados Unidos de América, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Jamaica, el Japón, Kenya, Nigeria, los Países Bajos, el Senegal, Singapur y Suecia, a quienes más tarde se sumaron Checoslovaquia y Ghana.

5. En su 38a. sesión, la Comisión aprobó por consenso el proyecto de resolución A/C.6/40/L.6 (véase párr. 6, proyecto de resolución I) y el proyecto de resolución A/C.6/40/L.7 (véase párr. 6 proyecto de resolucón II).

RECOMENDACIONES DE LA SEXTA COMISIÓN

6. La Sexta Comisión recomienda a la Asamblea General que apruebe los proyectos de resolución siguientes:

[Su texto no se reproduce en la presente sección. Los proyectos de resolución I y II se aprobaron, con algunos cambios de redacción, como resoluciones 40/71 y 40/72 de la Asamblea General. Véase a continuación la sección D.]

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/40/17). Se presentó el informe en cumplimiento de una decisión adoptada por la Sexta Comisión en su 1096a. sesión, celebrada el 13 de diciembre de 1968 (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo tercer período de sesiones, anexos,* tema 88 del programa, documento A/7048, párr. 3). *Anuario . . .* 1968-1970, segunda parte, I, B, 2).

D. Resoluciones 40/71 y 40/72 de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1985

40/71. INFORME DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

La Asamblea General,

Habiendo examinado el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 18.° período de sesiones[1].

Recordando que el objeto de la Comisión es el fomento de la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional,

Recordando, a este respecto, su resolución 2205 (XXI) de 17 de diciembre de 1966, así como todas sus demás resoluciones relativas a la labor de la Comisión,

Recordando asimismo sus resoluciones 3201 (S-VI) y 3202 (S-VI) de 1 de mayo de 1974, 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974 y 3362 (S-VII) de 16 de septiembre de 1975,

Reafirmando su convicción de que la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional, al reducir o eliminar los obstáculos de carácter jurídico que se oponen a la corriente del comercio internacional, en especial los que afectan a los países en desarrollo, contribuirían notablemente a la cooperación económica universal entre todos los Estados sobre una base de igualdad, equidad e interés común y a la eliminación de la discriminación en el comercio internacional y, por lo tanto, al bienestar de todos los pueblos,

Teniendo en cuenta la necesidad de tomar en consideración los diferentes sistemas sociales y jurídicos al armonizar y unificar el derecho mercantil internacional,

Destacando el valor de la participación de los Estados de todos los niveles de desarrollo económico, incluidos los países en desarrollo, en el proceso de armonización y unificación del derecho mercantil internacional,

1. *Toma nota con reconocimiento* del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 18.° período de sesiones;

2. *Encomia* a la Comisión por los progresos realizados en su labor, y por haber adoptado sus decisiones por consenso;

3. *Exhorta* a la Comisión a que continúe teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de las resoluciones relativas al nuevo orden económico internacional, aprobadas por la Asamblea General en sus períodos

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/40/17).

extraordinarios de sesiones sexto y séptimo, y reafirma la importancia, en particular para los países en desarrollo, de la labor realizada por el Grupo de Trabajo sobre el nuevo orden económico internacional en relación con la guía jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de obras industriales;

4. *Toma nota con particular satisfacción* de la conclusión y aprobación por la Comisión de la Ley Modelo sobre arbitraje internacional[2],

5. *Acoge con beneplácito* la labor de la Comisión sobre las consecuencias jurídicas del procesamiento automático de datos en la corriente del comercio internacional, considerándola una actividad de importancia vital para los Estados en todos los niveles de desarrollo económico, inclusive los países en desarrollo, y en este sentido:

a) Elogia a la Comisión por su recomendación sobre el valor jurídico de los registros computadorizados[3] que, junto con el informe preparatorio que el Secretario General ha presentado a la Comisión[4], ayuda a clarificar las cuestiones jurídicas;

b) Pide a los gobiernos y a las organizaciones internacionales que, cuando así convenga, adopten medidas de conformidad con la recomendación de la Comisión a fin de garantizar la seguridad jurídica en el contexto de la utilización más amplia posible del procesamiento automático de datos en el comercio internacional;

6. *Reafirma* el mandato conferido a la Comisión para que, como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en la esfera del derecho mercantil internacional, coordine las actividades jurídicas en esta esfera con el fin de evitar la repetición de esfuerzos y fomentar la eficacia, la lógica y la coherencia en la unificación y la armonización del derecho mercantil internacional y, a este respecto, recomienda que la Comisión siga manteniendo por medio de su secretaría una estrecha colaboración con los demás órganos y organizaciones internacionales, incluidas las organizaciones regionales, que realizan actividades en la esfera del derecho mercantil internacional;

7. *Reafirma también* la importancia, en particular para los países en desarrollo, de la labor de la Comisión relativa a la capacitación y la asistencia en materia de derecho mercantil internacional, así como la conveniencia de que la Comisión patrocine simposios y seminarios, en especial de carácter regional, para fomentar esa capacitación y esa asistencia y, a este respecto:

a) Expresa su reconocimiento a los gobiernos, organizaciones regionales e instituciones que han colaborado con la secretaría de la Comisión en la organización de seminarios y simposios regionales en la esfera del derecho mercantil internacional;

b) Acoge con beneplácito las iniciativas de la Comisión y su secretaría para colaborar con otras organizaciones e instituciones en la organización de seminarios regionales;

c) Invita a los gobiernos, organizaciones internacionales e instituciones a que presten asistencia a la secretaría de la Comisión en la financiación y organización de simposios y seminarios regionales, en particular en países en desarrollo;

d) Invita a los gobiernos, a los órganos competentes de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares a que aporten contribuciones voluntarias que hagan posible reanudar el programa de otorgamiento de becas de la Comisión en forma regular a candidatos de países en desarrollo a fin de permitirles participar en dichos simposios y seminarios;

8. *Subraya* la importancia de que se pongan en vigor las convenciones preparadas como resultado de la labor de la Comisión, para la unificación y la armonización mundiales del derecho mercantil internacional;

9. *Recomienda* que la Comisión continúe su labor sobre los temas incluidos en su programa de trabajo;

10. *Expresa su reconocimiento* por la importante función que desempeña la Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría, en su carácter de secretaría técnica de la Comisión, en la prestación de asistencia en la ejecución del programa de trabajo de la Comisión.

112a. sesión plenaria
11 de diciembre de 1985

40/72. LEY MODELO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

La Asamblea General,

Reconociendo el valor del arbitraje como método de solucionar controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales,

Convencida de que el establecimiento de una ley modelo sobre arbitraje que sea aceptable para Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos contribuye al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas,

Tomando nota de que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobó en su 18.° período de sesiones la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional[1], tras las debidas deliberaciones y la celebración de amplias consultas con

[2] *Ibid.*, anexo I.

[3] *Ibid.*, Suplemento No. 17 (A/40/17), cap. VI, secc. B.

[4] A/CN.9/265.

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/40/17), anexo I.

instituciones de arbitrajes y con especialistas en arbitraje comercial internacional,

Convencida de que la Ley Modelo, junto con la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras[2] y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional[3] recomendado por la Asamblea General en su resolución 31/98 de 15 de diciembre de 1976, contribuye de manera importante al establecimiento de un marco jurídico unificado para la solución justa y eficaz de controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales.

1. *Pide* al Secretario General que transmita a los gobiernos, a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados, como las cámaras de comercio, el texto de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, junto con los *travaux préparatoires* del 18.° período de sesiones de la Comisión;

2. *Recomienda* que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional.

112a. sesión plenaria
11 de diciembre de 1985

[2]Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 330, No. 4739, p. 60.

[3]Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.77.V.6.

I. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

A. Compilación analítica de las observaciones formuladas por gobiernos y organizaciones internacionales acerca del proyecto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional: informe del Secretario General (A/CN.9/263 y Add.1-3)[a]

[A/CN.9/263]

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN 56

COMPILACIÓN ANALÍTICA DE LAS OBSERVACIONES 57

A. Observaciones generales sobre el proyecto de texto 57

B. Observaciones concretas sobre cada artículo en particular 59

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES 59

Artículo 1. Ámbito de aplicación 59

Artículo 2. Definiciones y reglas de interpretación 62

Artículo 4. Renuncia al derecho de objetar 63

Artículo 5. Alcance de la intervención del tribunal 63

Artículo 6. Tribunal para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje 64

CAPÍTULO II. ACUERDO DE ARBITRAJE 65

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje 65

Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal 66

Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal 67

CAPÍTULO III. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL 67

Artículo 10. Número de árbitros 67

Artículo 11. Nombramiento de los árbitros 67

Artículo 12. Motivos de recusación 68

Artículo 13. Procedimiento de recusación 68

Artículo 14. Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones 69

Artículo 14 *bis* 70

Artículo 15. Nombramiento de un árbitro sustituto 70

CAPÍTULO IV. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL 70

Artículo 16. Facultad para decidir acerca de su propia competencia 70

Artículo 18. Medidas provisionales cautelares 72

[a]Para su examen por la Comisión, véase el *Informe*, capítulo II, A (primera parte, A, *supra*).

CAPÍTULO V. SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES 72
Artículo 19. Determinación del procedimiento 72
Artículo 20. Lugar del arbitraje 73
Artículo 21. Iniciación de las actuaciones arbitrales 73
Artículo 22. Idioma 74
Artículo 23. Demanda y contestación 74
Artículo 24. Audiencias y actuaciones por escrito 74
Artículo 25. Rebeldía de una de las partes 76
Artículo 26. Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral 76
Artículo 27. Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas 76

CAPÍTULO VI. PRONUNCIAMIENTO DE LAUDO Y TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES 77
Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio 77
Artículo 29. Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro 79
Artículo 30. Transacción 79
Artículo 31. Forma y contenido del laudo 79
Artículo 32. Terminación de las actuaciones 79
Artículo 33. Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional 80

CAPÍTULO VII. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO 80
Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral 80

CAPÍTULO VIII. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS 82
Artículo 35. Reconocimiento y ejecución 84
Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución 84

C. Observaciones sobre otros puntos 85

INTRODUCCIÓN

1. En su 14.° período de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional decidió encargar a su Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales la labor de preparar un proyecto de ley modelo sobre arbitraje comercial internacional[1]. El Grupo de Trabajo inició su labor en su tercer período de sesiones con el examen de una serie de cuestiones preparadas con objeto de determinar las características básicas de un proyecto de ley modelo[2]. En su cuarto período de sesiones[3], examinó proyectos de artículos preparados por la secretaría, y en sus períodos de sesiones quinto y sexto estudió artículos revisados y nuevos textos de artículos de una ley modelo[4]. En su séptimo período de sesiones el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de texto compuesto y, una vez que un grupo de redacción hubo establecido versiones correspondientes en los seis idiomas de la Comisión, aprobó el proyecto de texto de una ley modelo que hizo figurar como anexo a su informe[5].

2. En su 17.° período de sesiones, la Comisión pidió al Secretario General que transmitiera el referido proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional a todos los gobiernos y las organizaciones internacionales interesadas para que presentaran sus

[1]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General: trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/36/17), párr. 70.

[2]Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales sobre la labor realizada en su tercer período de sesiones (A/CN.9/216).

[3]Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales sobre la labor realizada en su cuarto período de sesiones (A/CN.9/232).

[4]Véanse los informes del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones quinto y sexto (A/CN.9/233 y A/CN.9/245).

[5]Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales sobre la labor realizada en su séptimo período de sesiones (A/CN.9/246).

observaciones, y pidió a la secretaría que preparara una compilación analítica de las observaciones recibidas para presentarla a la Comisión en su 18.° período de sesiones[6]. El presente informe se presenta en cumplimiento de esa petición.

3. Al 31 de enero de 1985[7] la secretaría había recibido respuestas de los siguientes Estados y organizaciones internacionales:

Estados: Alemania, República Federal de, Argentina, Austria, Burkina Faso[8], Checoslovaquia, Chile[8], Chipre, Estados Unidos de América, Finlandia, India, Italia, Japón, México, Noruega, Polonia, Qatar, República de Corea, República Democrática Alemana, Suecia, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas[9] y Venezuela;

Organizaciones internacionales:[10] Asociación de Derecho Internacional (ADI)[12], Asociación Internacional de Abogados (AIA)[11], Comisión de las Comunidades Europeas (CCE), Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)[8] y Secretaría de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (En adelante, se emplean en el texto las siglas correspondientes.)

4. La compilación analítica está estructurada de la siguiente manera: la primera parte contiene observaciones generales; la segunda, observaciones concretas sobre cada artículo en particular y la tercera, observaciones sobre otros puntos que deberá examinar la Comisión. Todas las observaciones relativas a la totalidad de un capítulo o de un artículo figuran bajo los títulos de "capítulo en su conjunto" y "artículo en su conjunto", respectivamente. En los casos en que en una observación se hace referencia a una reunión del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales (en adelante denominado Grupo de Trabajo), se indica en la compilación la signatura del informe respectivo[13].

5. En el presente informe no se incluyen las observaciones relativas a la redacción o al estilo de las versiones de la Ley Modelo en los distintos idiomas. Las observaciones de esa índole se presentarán al grupo de redacción que se reunirá paralelamente al período de sesiones de la Comisión.

6. En muchas de las observaciones se mencionan las dos convenciones internacionales siguientes, a las que en esta compilación se hace referencia de la manera indicada:

Convención de Nueva York de 1958

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958 (Naciones Unidas, *Treaty Series,* vol. 330, p. 60, No. 4739 (1959); UNCITRAL, *Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al derecho mercantil internacional,* vol. II, cap. I)

Convención de Ginebra de 1961

Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, Ginebra, 21 de abril de 1961 (Naciones Unidas, *Treaty Series,* vol. 484, p. 364, No. 7041 (1963-1964); UNCITRAL, *Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al derecho mercantil internacional,* vol. II, cap. I)

Compilación analítica de las observaciones

A. *Observaciones generales sobre el proyecto de texto*

1. Los Estados Unidos, Italia, Polonia, la República Federal de Alemania y Venezuela manifiestan expresamente sus reconocimientos por la labor que llevó a cabo el Grupo de Trabajo. Todos los informantes que formulan observaciones generales sobre el valor de la Ley Modelo expresan su apoyo a ella (Alemania, República Federal de, Argentina, Estados Unidos, Finlandia, Italia, Japón, Noruega, Polonia, Qatar, República Democrática Alemana, República de Corea, Suecia, Unión Soviética, Venezuela). Las observaciones de estos Estados y las razones con que fundamentan su aprobación general del proyecto de texto se pueden resumir de la siguiente manera:

Forma de la Ley Modelo

a) La Ley Modelo es un notable avance en la técnica de unificación de reglas relativas al arbitraje comercial internacional (Argentina). La Ley Modelo constituye una base sólida para lograr una mejor armonización de los procedimientos arbitrales internacionales (Suecia).

b) Se presta apoyo a la idea de conseguir una unificación mediante la adopción de una Ley Modelo (Estados Unidos, Finlandia, Japón, Noruega, Polonia),

[6] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General: trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/39/17), párr. 101.

[7] Las observaciones que se reciban después de esa fecha se presentarán, en forma resumida, en un documento separado (A/CN.9/263/Add.1).

[8] Burkina Faso, Chile y la ONUDI indicaron que no tenían observaciones concretas que formular.

[9] El Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas transmitió observaciones formuladas por peritos soviéticos. En adelante, para mayor comodidad, se hace referencia a ellas como si fueran observaciones de la Unión Soviética.

[10] Cabe señalar que el CIAC dedicó una reunión especial (Lausana, 9 a 12 de mayo de 1984) exclusivamente al examen del proyecto de texto de la Ley Modelo; los informes presentados en esa reunión y el informe sobre las deliberaciones figuran en Pieter Sanders, ed., *UNCITRAL's Project for a Model Law on Internacional Commercial Arbitration,* Consejo Internacional de Arbitraje Comercial, Congress series No. 2, (Deventer, Kluwer, 1984).

[11] El Comité D, encargado de procedimientos para la solución de controversias, de la sección de derecho comercial de la AIA señala que, como sus afiliados proceden de un gran número de países diferentes, la AIA no puede formular una opinión consensual, pero también que es evidente que la abrumadora mayoría de sus afiliados celebran los objetivos del proyecto, y desean que éste tenga el mayor de los éxitos.

[12] La ADI consideró que, en vista de que un representante suyo había participado en las reuniones del Grupo de Trabajo dedicadas a la elaboración del texto, no era necesario presentar ninguna observación adicional.

[13] Las signaturas de los informes sobre las reuniones pertinentes del Grupo de Trabajo figuran en las notas a pie de página 2 a 5 *supra.*

pues, como demuestra la experiencia, es probable que una convención no fuera fácilmente aceptada por un gran número de países a menos que en ella se previera la posibilidad de expresar reservas importantes, lo cual le restaría valor como instrumento uniforme (Finlandia). Se considera que la Ley Modelo constituye un medio apropiado para promover el arbitraje comercial internacional como instrumento preferido para resolver las controversias que se presentan en las relaciones económicas internacionales (República Democrática Alemana) al tiempo, que se sugiere que la Ley Modelo se oriente más directamente hacia la posibilidad de que se convenga en someter las controversias a los tribunales arbitrales permanentes existentes y en aplicar las normas procesales de esos tribunales.

c) La Ley Modelo pone de manifiesto un modo realista de enfocar las actuales divergencias entre las legislaciones nacionales y diversas convenciones vigentes relativas al arbitraje (Polonia).

d) El objetivo de armonización se vería particularmente favorecido por la Ley Modelo en la medida en que su carácter de *lex specialis* le daría primacía sobre cualquier ley interna relativa al arbitraje (Estados Unidos).

Utilidad de la Ley Modelo

a) La Ley Modelo será útil a muchos países (Suecia); resultará valiosa no sólo en países que se beneficiarían de la modernización, sino también en aquéllos que adopten leyes de arbitraje por primera vez (Estados Unidos).

b) La Ley Modelo es un medio apropiado para prestar asistencia en la codificación del arbitraje comercial internacional, particularmente a los Estados que aún carecen de normas jurídicas al respecto (Alemania, República Federal de, República Democrática Alemana); la Ley Modelo será de indudable utilidad para un número considerable de países industrializados cuya legislación en la materia es anticuada y ha perdido vigencia frente a las prácticas del moderno arbitraje comercial internacional (República Federal de Alemania).

c) La Ley Modelo corresponde a las aspiraciones de la comunidad internacional y puede servir para el propósito que había guiado su redacción, a saber, el de elaborar un texto que los Estados, particularmente los países en desarrollo, podrían incorporar en su ordenamiento jurídico (Venezuela).

Aceptabilidad del contenido

a) La Ley Modelo parece contener una regulación aceptable del arbitraje comercial internacional (Noruega). El texto actual es en principio aceptable (República de Corea). Se considera que, en los aspectos técnicos, sistemáticos y de contenido, la ley modelo es un valioso resultado de las deliberaciones del Grupo de Trabajo (Italia).

b) Teniendo en cuenta que concuerda con la Convención de Nueva York de 1958 y con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la Ley Modelo es básicamente aceptable (Japón).

c) La Ley Modelo se basa en el principio del adecuado equilibrio de los intereses de las partes en lo relativo a todos los aspectos procesales del arbitraje (Argentina).

d) La Ley Modelo se ajusta a las modernas tendencias del arbitraje comercial internacional; la política de que la mayoría de las disposiciones no sean obligatorias y el principio de que es preciso evitar en la medida de lo posible la intervención de los tribunales merecen pleno apoyo (Finlandia).

e) Si bien todo esfuerzo multinacional exige que las partes se avengan en cierta medida a hacer concesiones, se considera que el proyecto de texto aprobado por el Grupo de Trabajo refleja en general la moderna práctica arbitral y que seguramente servirá para racionalizar y hacer más cierta la solución mediante arbitraje de las controversias comerciales internacionales (Estados Unidos).

Aceptabilidad de los principios subyacentes

a) Los principios fundamentales subyacentes en la Ley Modelo (por ejemplo, autonomía de las partes, igualdad, integridad, compatibilidad de la ley modelo con la Convención de Nueva York de 1958, carácter de *lex specialis*) constituyen una base adecuada para la reglamentación internacional (Polonia).

b) Uno de los elementos positivos de la Ley Modelo es el uso de conceptos y fórmulas procedentes de instrumentos legislativos internacionales que ya han sido aprobados y cuentan con una aceptación general, como son el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Qatar).

c) Todos los elementos esenciales de los principios que rigen el procedimiento de arbitraje internacional incluidos en la Ley Modelo son aceptables. Es especialmente importante que la Ley Modelo prevea, como es el caso, una gran autonomía de las partes en las actuaciones arbitrales y limite la intervención de los tribunales al nivel apropiado para satisfacer los requisitos de prontitud y seguridad en dichas actuaciones (Suecia);

d) Aunque todavía le quedan por resolver a la Comisión algunas cuestiones normativas fundamentales, la Ley Modelo es generalmente aceptable porque proporciona un marco procesal amplio para resolver mediante arbitraje controversias resultantes de una amplia gama de transacciones comerciales internacionales. La Ley garantiza la autonomía de las partes para convenir el procedimiento de arbitraje, refleja los principios de justicia y equidad en el trato de las partes, incluye disposiciones básicas para dirigir las actuaciones arbitrales en el caso en que las partes no hayan adoptado las disposiciones necesarias, se mantiene fiel a los preceptos de la Convención de Nueva York de 1958 y está en armonía general con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En el caso del arbitraje internacional entre partes de nacionalidad diferente o de países diferentes con distintos sistemas jurídicos, es especialmente importante que las partes tengan la libertad de convenir el tipo de procedimiento arbitral que más se adecúe a sus necesidades concretas. La Ley Modelo

garantiza dicha libertad mediante la aplicación consecuente del principio de la autonomía de las partes para decidir el procedimiento de arbitraje que se utilizará en casos particulares. La Ley Modelo también logra un equilibrio adecuado en las relaciones entre el fuero arbitral y los tribunales. En términos generales, corresponde a los tribunales prestar cooperación para apoyar el proceso de arbitraje sin interferir con él. La Ley Modelo protege generalmente en forma adecuada los aspectos fundamentales del debido proceso, indispensable para cualquier sistema judicial. También se protege el derecho de cada parte a ser informada de todas las pretensiones, pruebas y argumentos que se presentan contra ella y a tener una oportunidad adecuada de defender sus intereses (Estados Unidos).

2. La Unión Soviética expresa la opinión de que el texto del proyecto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional constituye una buena base para el próximo debate sobre la cuestión que se celebrará durante el 18.° período de sesiones de la Comisión. Teniendo en cuenta que en realidad la Comisión examinará por primera vez el contenido del proyecto de texto, sería conveniente ante todo examinar y determinar durante el período de sesiones el criterio fundamental para abordar problemas que también son importantes para la formulación de normas concretas, entre ellos, los referentes a la interferencia de un tribunal con las actuaciones arbitrales, los criterios de aplicación territorial del texto que se adopte, y su forma jurídica (ley modelo o convención).

B. *Observaciones concretas sobre cada artículo en particular*

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1
Ámbito de aplicación

1. Ámbito de aplicación territorial[14]

1. Finlandia y Noruega apoyaron la opinión predominante en el Grupo de Trabajo de que el lugar de arbitraje debería ser el único factor determinante para la aplicabilidad de la Ley Modelo[15]. Finlandia estima que este enfoque se ajusta mejor a la práctica de la mayoría de los países. Noruega observa que este parecer se refleja en el apartado iv) del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36, donde se hace referencia a la "ley del país donde se efectuó el arbitraje". Este ámbito de aplicación, que debería expresarse en un párrafo o artículo separado de la Ley Modelo, regiría para el conjunto de sus disposiciones, en particular, las correspondientes a los capítulos III a VII, en tanto que algunas disposiciones de la Ley Modelo tendrían un ámbito de aplicación mayor, de hecho mundial (por ejemplo los artículos 8, 9, 35 y 36, y consecuentemente también los artículos 1, 2, 4 y 7). Sin embargo, Noruega señala que la cuestión del ámbito de aplicación territorial de la Ley Modelo requiere un examen nuevo y detenido que tome en cuenta todos los distintos aspectos y las cuestiones conexas.

2. La República Democrática Alemana observa que la Ley modelo no da una respuesta concluyente en lo que respecta a la posibilidad de elección de la ley procesal. Se considera que la Ley Modelo, de conformidad con el principio territorial, no debe tener una cláusula derogatoria con arreglo a la cual las partes puedan excluir la ley sobre arbitraje existente en el territorio del país correspondiente en favor de la ley de otro Estado.

2. *La Ley Modelo como* "lex specialis"

3. Los Estados Unidos sugieren que se incorpore en el texto el principio de *lex specialis*. Esto ayudaría también a dejar en claro que hay aspectos especiales del arbitraje que no están reglamentados por la Ley Modelo. Entre dichos aspectos se encuentran las definiciones de arbitrabilidad, la capacidad de las partes para concertar un acuerdo de arbitraje, los conceptos de inmunidad derivada de la soberanía, la acumulación de autos en el arbitraje, la aplicación de medidas provisionales cautelares dispuestas por los árbitros y la manera de ejecutar los laudos. La redacción adecuada del texto del párrafo 1) del artículo 1, que refleje que la Ley Modelo no es un sistema cerrado y autosuficiente, debe servir asimismo para aclarar los parámetros del artículo 5 referente al alcance de la intervención del tribunal.

Prevalencia del derecho convencional sobre la Ley Modelo

4. La Unión Soviética sugiere que el párrafo 1) se redacte en forma más precisa, reemplazando la frase "sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado" (es decir, en el Estado que ha adoptado la Ley Modelo), por la siguiente: "sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral en que este Estado sea parte".

5. A juicio de la CCE sería conveniente proporcionar un comentario del párrafo 1) de este artículo, en particular, de la frase "sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado". Es muy importante que se señale que la adopción de la Ley Modelo por un Estado que sea parte en la futura Convención de Lomé no modifique las disposiciones sobre arbitraje que contenga dicha Convención.

Ámbito de aplicación en cuanto al fondo: "arbitraje comercial internacional"

6. Noruega plantea la cuestión de que cuando un Estado adopta la Ley Modelo nada le impide ampliar su ámbito de aplicación para abarcar, además del arbitraje comercial internacional, el arbitraje nacional y el no comercial. A fin de evitar esta eventualidad, Noruega acepta que se circunscriba el ámbito de aplicación de la Ley Modelo al arbitraje comercial internacional.

[14] Otras observaciones relativas al ámbito de aplicación territorial de la Ley Modelo o de determinadas disposiciones se reflejan, en particular, en los párrs. 2 a 4 de la compilación de observaciones sobre el artículo 34, y también en los párrs. 2, 5 y 6 de la compilación sobre el artículo 6, en el párr. 11 de la compilación sobre el artículo 13, en los párrs. 1 y 3 de la compilación sobre el artículo 27, y en los párrafos 2 a 8 de la compilación sobre el capítulo VIII de la Ley Modelo ("Reconocimiento y ejecución de los laudos").

[15] A/CN.9/246, párr. 167.

7. Suecia cuestiona la opinión de que la Ley Modelo debe limitarse al arbitraje comercial internacional. Observa que algunos Estados, como la propia Suecia, que ya tienen una legislación sobre arbitraje que funciona satisfactoriamente, podrían tener reservas para introducir una legislación adicional basada en la Ley Modelo. Ante la eventual observación de que esos Estados tendrían la posibilidad de adoptar una legislación basada en la Ley Modelo que fuera también aplicable a los arbitrajes puramente nacionales y no comerciales, Suecia señala el riesgo de que los Estados decidan no tomar la Ley Modelo como base para efectuar enmiendas en su legislación nacional o de que lo hagan sólo parcialmente. En tal caso, los esfuerzos de armonización se verían perjudicados.

8. Argentina observa que la frase "la presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional" debe entenderse con un criterio suficientemente flexible, adecuado a la naturaleza comercial del arbitraje internacional.

9. La Unión Soviética, tomando nota de que con arreglo al párrafo 2) la Ley Modelo puede aplicarse a arbitrajes entre partes que tengan sus establecimientos en el mismo Estado, observa que dicho párrafo podría interpretarse en el sentido de que permite que las partes sometan su conflicto a arbitraje aún cuando en virtud de la ley del Estado en que las partes tienen su establecimiento el conflicto entre en el ámbito de competencia exclusiva de una autoridad judicial, administrativa o de otra índole. Esa interpretación significaría que las partes podrían en efecto hacer caso omiso de la reglamentación nacional sobre la arbitrabilidad de litigios. En consecuencia, se propone que el artículo 1 disponga que la Ley Modelo no afecta la legislación del Estado, que puede declarar que cierta categoría de conflictos entra en el ámbito de la competencia exclusiva de una autoridad judicial o de otra índole. En este contexto, se observa que el párrafo 1) del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958 resuelve la cuestión de la arbitrabilidad en forma general y que, aunque podrían derivarse indirectamente consecuencias similares del apartado i) del inciso *b)* del párrafo 2) del artículo 34 de la Ley Modelo, sería conveniente proporcionar una respuesta clara a esta cuestión en el texto del artículo 1.

10. Haciendo un comentario general, los Estados Unidos señalan que es especialmente importante proporcionar una definición adecuada de "comercial" e "internacional", dado que la utilidad de la Ley Modelo dependerá de que su texto asegure, sin provocar indebidas controversias, la aplicación de la ley a las transacciones comerciales que, aun cuando se realizan en un país determinado, comprometen los intereses del comercio internacional.

a) *"Arbitraje"*

11. Polonia comparte el criterio de que la Ley Modelo no proporcione una definición del término "arbitraje" lo cual, a su juicio, permitiría entender que la Ley Modelo abarca arbitraje *ad hoc* así como arbitrajes efectuados por una institución arbitral permanente, independientemente del grado de "institucionalización".

b) *"Comercial"*

12. México y la UNCTAD sugieren que se limite el alcance del término "comercial". La UNCTAD observa que dicho término podría interpretarse en el sentido de que cabe someter a arbitraje cuestiones que entran en el ámbito de competencia de los gobiernos y en que intervienen asuntos de derecho público, y que por lo tanto no deben someterse a arbitraje. Se observa que la afirmación que se hace en la nota a pie de página, de que debe darse una interpretación amplia al término "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial podría llevar a una de las partes a creer, por ejemplo, que podrían someterse a arbitraje prácticas prohibidas en virtud del derecho de una de las partes. México hace propuestas concretas sobre las formas de limitar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo. En primer lugar, propone que se excluyan los casos de inversiones extranjeras directas, que en México se rigen por una legislación específica. En segundo lugar, observa que las transacciones financieras realizadas por el Gobierno de México, ya sea directamente o por medio de garantías, se consideran como parte de la deuda pública, que no debe quedar sujeta al arbitraje internacional. En tercer lugar, observa que en lo que respecta al movimiento internacional de capital, el derecho mexicano distingue las transacciones de naturaleza financiera, tampoco sujetas a arbitraje internacional, de las de naturaleza mercantil. En este contexto, México señala que hizo comentarios análogos durante el decimotercer período de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, celebrada en noviembre de 1983, en el que se examinó un proyecto de convención cuyo contenido es similar al de la Ley Modelo y que tiene una nota idéntica a la que se está comentando.

13. Aunque el Japón no se opone a que se proporcione un criterio para interpretar el término "comercial" en una nota al artículo 1, ni a la sugerencia de que se dé a dicho término una interpretación amplia, opina que no sería necesario utilizar la palabra "comercial" cuando un Estado incorpora la Ley Modelo en su derecho interno. En tal caso, bastaría hacer una aclaración de que la ley se ocupa de conflictos de índole privada.

14. La República Federal de Alemania y los Estados Unidos observan que es necesario aclarar en la Ley Modelo que ésta se aplica independientemente de que las partes sean comerciantes. La República Federal de Alemania, indicando que esa clarificación figuraba en un proyecto anterior y que había sido suprimida por el Grupo de Trabajo[16], propone que se restablezca la aclaración y sugiere el siguiente texto con una lista algo más breve de ejemplos de operaciones comerciales de los que figuran en el texto actual:

> "Un arbitraje es comercial si el objeto del arbitraje es, en el sentido más amplio, de índole comercial, independientemente de que las partes sean "comerciantes" con arreglo a una determinada legislación

[16] A/CN.9/245, párr. 163.

nacional, por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes, la transferencia de créditos para su cobro *("factoring")*, el arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra *("leasing")*, la construcción de obras, la financiación, la banca, los seguros, el transporte de mercancías o de pasajeros . . ., etc."

La propuesta de los Estados Unidos consiste en añadir las palabras "cualquiera que sea la naturaleza o carácter de las partes" al final de la primera oración del texto actual.

15. Algunas de las respuestas recibidas proponen adiciones a la norma de interpretación del término "comercial" a fin de ampliarlo o aclararlo. Checoslovaquia propone que se añadan los "contratos de inspección para verificar la calidad o cantidad de bienes". La República Democrática Alemana propone que se agregue una referencia a los casos típicos conexos al derecho del mar además del transporte marítimo de mercancías y, con respecto a la claridad de la definición, plantea la cuestión de determinar si el texto actual indica con suficiente claridad que una relación comercial puede ser de un carácter contractual o no contractual. Los Estados Unidos proponen que se añadan las palabras "o servicios" después de la palabra "bienes" en la segunda oración de la nota al pie de página.

16. Suecia dice que la interpretación del término "comercial" puede plantear problemas y que este término, si llega a conservarse, debe interpretarse en la forma más amplia posible.

17. Los Estados Unidos, Polonia, la República Federal de Alemania y Suecia observan que la norma de interpretación del término "comercial" tal vez no se entienda en una forma determinada y uniforme, sobre todo porque figura en una nota a pie de página a la que probablemente se concederá una importancia y efecto distintos en los diversos sistemas jurídicos. Por este motivo, los Estados Unidos, la República Federal de Alemania y Suecia sugieren que se incorpore el texto de la nota a pie de página en el cuerpo del texto de la Ley Modelo. En apoyo de esta sugerencia, los Estados Unidos señalan las dificultades anteriores que han dimanado del sentido bastante restringido que en algunos países se ha dado al término "comercial" y, por consiguiente, la importancia de dar orientación con respecto a su interpretación.

c) *"Internacional"*

Amplitud y seguridad del criterio de internacionalidad

18. Los Estados Unidos, la India, Noruega, Polonia y la AIA opinan que el objetivo debe consistir en lograr mayor claridad y seguridad al delimitar el concepto de "internacional". Los Estados Unidos y la AIA indican que es importante que desde un principio las partes sepan si un arbitraje se regirá por la Ley Modelo o por algún otro reglamento si el Estado posee otras reglamentaciones en materia de arbitraje interno. Los Estados Unidos y la AIA sugieren que se vuelva a examinar la propuesta analizada en el quinto, sexto y séptimo períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, según la cual el concepto vigente debe empalmar con el acuerdo de las partes para definir el arbitraje como internacional[17]. Los Estados Unidos señalan las múltiples formas en que se desarrolla el comercio internacional. Una forma consiste, por ejemplo, en que una empresa que comercia en otro país abre una oficina en el país extranjero. Se sugiere que, como cuestión comercial, la operación es internacional independientemente de que la oficina adopte la forma de una sucursal o de una entidad organizada en virtud de la ley interna de dicho país. Se estima que en esa situación los contratos celebrados por una oficina formada como una empresa quedarán comprendidos en la definición del inciso *c)* porque esos contratos están relacionados con más de un Estado. Sin embargo, para eliminar cualquier duda o discusión posterior relativa a este punto, los Estados Unidos proponen que se añada al inciso *c)* una nueva oración que dispondría que, si las partes en un acuerdo de arbitraje han declarado por escrito en su contrato que éste afecta intereses relacionados con más de un Estado, se impedirá a las partes que en lo sucesivo desconozcan ese hecho. Las partes no estarán obligadas a agregar esa declaración en su contrato para que éste quede comprendido en el inciso *c)*, pero, si incluyen esa declaración, una de las partes no podrá sostener posteriormente que el contrato no era "internacional", en el sentido con que se usa esta expresión en la Ley Modelo.

19. Japón declara que la definición del término "internacional" es aceptable.

20. Partiendo del supuesto de que pueda existir un reglamento nacional, distinto de la Ley Modelo, para el arbitraje nacional o no comercial, Noruega sugiere que la Ley Modelo no debería impedir que las partes convinieran en que el arbitraje se ajustase a ese reglamento, incluso si la relación entre ellas es internacional y comercial. Además, como son vagos los criterios para definir un arbitraje como internacional y comercial, quizá las partes deseen prever en el acuerdo de arbitraje la elección de la ley en materia de arbitraje. Por consiguiente, Noruega propone que se incluya en el artículo 1 una nueva disposición que faculte a las partes, sin perjuicio del ámbito de aplicación territorial de la Ley Modelo, para estipular si se aplica la Ley Modelo u otra legislación.

Establecimientos de las partes en diferentes Estados (inciso a) *del párrafo 2) del artículo 1)*

21. Suecia declara que la interpretación del término "internacional" puede plantear problemas y que este término, si llega a conservarse, debe interpretarse en la forma más amplia posible. Así, un litigio se ha de considerar internacional, aun cuando haya surgido en una operación celebrada entre las partes que tengan sus establecimientos en un Estado, si una de las partes es filial de una empresa extranjera, pese a que según la actual redacción de los incisos *a)* y *b)* del párrafo 2) ese litigio no debería considerarse internacional. Se

[17] A/CN.9/233, párr. 60; A/CN.9/245, párr. 166; A/CN.9/246, párr. 162.

propone la eliminación del párrafo 3) y la modificación del inciso *a)* del párrafo 2) a fin de que se considere internacional un arbitraje por el solo hecho de que las partes tengan sus establecimientos principales en diferentes Estados.

Lugares, que no sean establecimientos, determinantes del carácter internacional del arbitraje (inciso b*) del párrafo 2) del artículo 1)*

22. Checoslovaquia propone que se elimine el texto del inciso *b)* del párrafo 2) para evitar que se presenten a un arbitraje internacional los litigios entre partes de un Estado.

23. La República Federal de Alemania, recordando que el Grupo de Trabajo en su último período de sesiones decidió incluir en el apartado i) del inciso *b)* del párrafo 2) las palabras "o con arreglo a éste"[18], plantea la cuestión de determinar si estas palabras se relacionan directamente con la posibilidad prevista en el párrafo 1) del artículo 20 de que el lugar del arbitraje, en caso de no haber acuerdo entre las partes, será determinado por el tribunal arbitral. En caso afirmativo, el tribunal arbitral tendría la opción de transformar en actuaciones arbitrales internacionales actuaciones que de lo contrario no tendrían vinculaciones internacionales, únicamente mediante la determinación del lugar del arbitraje. A juicio de la República Federal de Alemania no existe tal propósito en este caso; así, probablemente corresponda interpretar la expresión "o con arreglo a éste" en el sentido de que, aun cuando en el acuerdo de arbitraje no se haya definido expresamente el lugar del arbitraje, todavía se pueda deducir del contenido del acuerdo el lugar del arbitraje deseado por las partes.

24. La República Federal de Alemania observa que "una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial", tal como se menciona en el apartado ii) del inciso *b)* del párrafo 2), no necesita relacionarse con el objeto del litigio o incluso ser objeto del acuerdo de arbitraje; el carácter internacional de un arbitraje debe depender exclusivamente del criterio de la segunda parte del apartado ii) del inciso *b)* del párrafo 2), es decir, de la relación entre el objeto del litigio y un lugar situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos. Por ello, se propone eliminar la primera parte de la oración del apartado ii) del inciso *b)* del párrafo 2) dado que otras disposiciones del párrafo 2) del artículo 1 parecen garantizar que la Ley Modelo abarcará implícitamente cualquier litigio que tenga algún tipo de relación internacional.

Otro vínculo internacional más (inciso c*) del párrafo 2) del artículo 1)*

25. Los Estados Unidos estiman que la disposición contenida en el inciso *c)* del párrafo 2) contribuye a conseguir una definición amplia y completa. Cabe observar que esta disposición se refiere al "objeto . . . relacionado con más de un Estado" y que podría argumentarse que ello significa algo vinculado al propio Estado, es decir, a su gobierno. Los Estados Unidos, al sugerir que procede aclarar que la disposición también se refiere a los intereses privados en un Estado, recomienda que se modifique la disposición a fin de que estipule que el "objeto . . . está relacionado con intereses comerciales en más de un Estado".

26. Polonia opina que la redacción del inciso *c)* del párrafo 2) es demasiado general y que puede dar lugar a interpretaciones contradictorias. En consecuencia, propone que se reemplace la disposición por otra más precisa.

Determinación del establecimiento (párrafo 3) del artículo 1)

27. Chipre sugiere que se elimine la palabra "considerado" en el párrafo 3). Observa que el inciso *a)* del párrafo 2) define un arbitraje como "internacional" si las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, "sus establecimientos" en Estados diferentes; por consiguiente, si algunas de las partes tiene más de un establecimiento, el "establecimiento" —y no el establecimiento considerado— a los efectos del párrafo 2), será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.

28. La República Federal de Alemania propone que se elimine la palabra "habitual" en la segunda oración del párrafo 3). En relación con su sugerencia (indicada en el párrafo 14, *supra*) de que la Ley Modelo debe aplicarse tanto a los comerciantes como a los no comerciantes, la República Federal de Alemania propone además que, en principio, el lugar de residencia ha de tener la misma importancia que el establecimiento. Para más precisión, sería necesario que se incluyese una referencia al lugar de residencia cada vez que en el párrafo 2) se mencione el establecimiento. Sin embargo, para evitar referencias redundantes debería haber una disposición general que igualara ambos términos; se advierte que la actual formulación de la segunda oración del párrafo 3), que expresa esa igualdad entre el establecimiento y el lugar de residencia, tal vez no sea adecuada, ya que podría interpretarse como que se refiere únicamente al caso comprendido por la primera oración del párrafo 3), es decir, cuando algunas de las partes tiene más de un establecimiento o lugar de residencia. Se propone la siguiente formulación del párrafo 3):

> "A los efectos del párrafo 2 de este artículo, si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia. Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento o residencia, el establecimiento o residencia considerado será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje."

29. Como se indica en el párrafo 21, *supra*, Suecia propone la eliminación del párrafo 3) en relación con su sugerencia de que se modifique el inciso *a)* del párrafo 2).

Artículo 2

Definiciones y reglas de interpretación

Inciso a) *del artículo 2*

1. Checoslovaquia sugiere que el texto de este inciso debe mencionar que las partes pueden remitir el litigio a

[18] A/CN.9/246, párr. 157.

una institución arbitral permanente o a un tribunal arbitral especial.

Inciso b) *del artículo 2*

2. Chipre opina que la definición de "tribunal" es más amplia de lo que debería ser, ya que se hace extensiva a órganos que no son tribunales ni tribunales de justicia. Sugiere una definición en virtud de la cual "tribunal" signifique un órgano que sea un tribunal de conformidad con la ley de un país.

Inciso c) *del artículo 2*

3. Chipre señala que es limitado el sentido de la palabra "institución" en el inciso *c)* y que tal vez la intención de los autores fue que se incluyese cualquier asociación de personas.

Inciso e) *del artículo 2*

4. Checoslovaquia propone que se añada el siguiente texto al final de la primera oración del inciso *e)*: "en ese caso bastará que se remita por correo certificado".

5. La República Democrática Alemana propone que se aclare que el último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido es el último conocido por el remitente.

6. Noruega observa que, con arreglo al inciso *e)*, en algunos casos se considerará recibida una comunicación escrita si ha sido entregada en el último establecimiento, residencia o domicilio postal conocido del destinatario aun cuando éste no haya recibido nunca la comunicación. Si bien Noruega reconoce que esa disposición es necesaria, también se observa que el inciso *a)* del párrafo 3) del artículo 11, el inciso *a)* del párrafo 4) del artículo 11 y el artículo 25 dan la posibilidad de que se dicte un laudo arbitral contra un demandado que no haya tenido conocimiento de las actuaciones. En virtud de estas observaciones, se sugiere que se conceda al demandado un derecho a impugnar o apelar que podría ejercer en esos casos, o que se faculte al demandado para objetar el laudo en cuanto al fondo del asunto como una defensa frente a una acción de reconocimiento o ejecución. A juicio de Noruega, estas cuestiones requieren un examen más detenido.

Adiciones propuestas al artículo 2

7. Los comentarios que comprenden propuestas de definiciones adicionales que se han de insertar en el artículo 2 o en otra parte de la Ley Modelo, figuran en la parte C (Observaciones sobre otros puntos), párrafos 1 a 7.

Artículo 4

Renuncia al derecho a objetar

1. Chipre declara que, tal como está redactado este artículo, la renuncia al derecho a objetar se limita al incumplimiento de un requisito del acuerdo de arbitraje, aunque es evidente que la intención era hacer extensiva esa renuncia al hecho de no apartarse de alguna disposición de la ley de la que alguna de las partes tenga conocimiento o deba tenerlo de que puede apartarse.

2. La India y Suecia opinan que la regla de renuncia contenida en este artículo no debe limitarse al incumplimiento de las disposiciones de la Ley Modelo que no sean imperativas. A título de ejemplo, Suecia destaca que no parece adecuado que se faculte a una de las partes que ha intervenido en las actuaciones arbitrales, sin objetar un defecto de forma del acuerdo de arbitraje, para que plantee posteriormente esa objeción cuando se dicte el laudo en su contra.

3. Suecia, aunque comparte la opinión del Grupo de Trabajo de que convendría expresar el carácter no imperativo de todas las disposiciones del texto definitivo que se propone sean no imperativas[19], sugiere que apenas es posible atribuir dicho carácter en la Ley Modelo a cada norma. A juicio de Suecia hay normas de arbitraje procesales de las que las partes no deberían poder apartarse antes de la iniciación de las actuaciones arbitrales o antes de cierta etapa de éstas, o que sólo debería permitirse que lo hagan en circunstancias extraordinarias, mientras que debería permitirse que se aparten de ellas en una etapa posterior. En consecuencia, Suecia propone que se deje, en cierta medida, al tribunal arbitral o a un tribunal determinar el carácter imperativo o no imperativo de las disposiciones de la Ley Modelo.

4. Polonia comparte la opinión de que la norma sobre la renuncia sólo ha de aplicarse a la falta de cumplimiento de las normas de carácter no imperativo; sin embargo, considera que convendría hacer una distinción más clara entre las disposiciones imperativas y no imperativas de la Ley Modelo para facilitar la aplicación de esta norma.

5. Finlandia opina que cabría dejar en claro que la norma rige no sólo durante las actuaciones arbitrales sino también durante la etapa posterior al laudo, es decir, las actuaciones de nulidad y el reconocimiento o ejecución. Del mismo modo, el Japón opina que los efectos de la renuncia al derecho a objetar (con arreglo al artículo 4) deberían extenderse a las actuaciones judiciales ulteriores.

6. La UNCTAD opina que la expresión "sin demora" puede suscitar confusión o interpretaciones diferentes con respecto al plazo para formular objeciones.

Artículo 5

Alcance de la intervención del tribunal

1. Noruega apoya firmemente el principio de que la propia Ley Modelo enumera de manera expresa y exhaustiva los casos en que pueden intervenir los tribunales. Es más, opina que es importante reducir al mínimo las posibilidades de intervención por parte de los tribunales.

2. La República de Corea destaca que la redacción de este artículo es demasiado restrictiva, ya que no abarca

[19] *Ibid.*, párrs. 176 y 177.

los asuntos relativos al arbitraje comercial internacional que no se rigen por la Ley Modelo. Se propone ampliar el alcance del artículo mediante los siguientes cambios de redacción:

"*Artículo 5*

Cooperación del tribunal

"1) El tribunal cooperará en las actuaciones arbitrales con arreglo a las disposiciones de la presente Ley.

"2) En los casos en que el tribunal arbitral no pueda efectuar una actuación que considere indispensable para el arbitraje, el tribunal podrá extender su cooperación a petición del tribunal arbitral, en consonancia, *mutatis mutandis* con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil."

Artículo 6

Tribunal para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje

Comentarios relativos a la jurisdicción del Tribunal

1. Italia plantea la cuestión de saber cómo determinar el país cuyos tribunales serán competentes, cuando las partes no han convenido el lugar en que se realizará el arbitraje, al menos en lo que respecta a los casos previstos en los párrafos 3) y 4) del artículo 11 y 3) del artículo 13. Propone que se considere la posibilidad de adoptar una solución similar a la prevista en el párrafo 2) del artículo 810 del Código de Procedimiento Civil de Italia, en virtud del cual es competente el tribunal del lugar en que se ha celebrado el acuerdo de arbitraje o el contrato en que figura la cláusula arbitral.

2. Polonia apoya la idea de que en el artículo 6 se especifique que un tribunal del Estado será competente para cumplir determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje. Sin embargo, observa que el artículo 6 no resuelve la cuestión de la competencia de los tribunales del Estado en lo tocante a los asuntos que no se rigen por la Ley Modelo; al respecto, Polonia enumera los asuntos siguientes a título ilustrativo: la arbitrabilidad, la capacidad de las partes para celebrar un acuerdo de arbitraje, la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, la competencia de un tribunal arbitral para adaptar contratos a circunstancias que han cambiado, la determinación de los honorarios de los árbitros o los depósitos para las costas. Se considera que al limitar el alcance del artículo 6 únicamente a los asuntos que se rigen por la Ley Modelo se reduce sustancialmente su utilidad.

3. Qatar opina que el artículo 6 puede interpretarse en el sentido de que confiere una competencia original en primera instancia al tribunal que se indica en dicho artículo y que podría inducir a las partes a elegir el derecho de un Estado que a su juicio las favorece, conviniendo para ello en que será competente el tribunal de ese Estado aunque no exista vinculación alguna entre dicho Estado y el asunto que es objeto del arbitraje. Para evitar esa indeseable actitud utilitaria en la elección del foro, Qatar propone que las palabras introductorias se redacten de la siguiente manera:

"Cuando se determine que, con arreglo al derecho, la competencia internacional recae en tribunales de un Estado determinado, el tribunal competente para el cumplimiento de las funciones a que se refieren . . ."

4. Suecia opina que tal vez convendría aclarar si la intención del artículo 6 consiste en disponer que en cada Estado solo habrá un tribunal competente o que cada Estado podrá decidir, por ejemplo, que el tribunal competente será el del lugar en que una de las partes tenga su domicilio. Otro asunto que cabría aclarar es la cuestión de si la decisión del tribunal con respecto a una petición de nulidad del laudo con arreglo al artículo 34 será apelable.

5. En lo tocante a las diferentes funciones judiciales a que se refiere el artículo 6 (República Democrática Alemana) y a las funciones mencionadas en los artículos 11, 13, y 14 (Unión Soviética), se propone especificar si el lugar del arbitraje determina la competencia del tribunal mencionado en el artículo 6, o si se trata, por ejemplo, del tribunal del país del demandante o del país del demandado. La Unión Soviética observa que, a diferencia de lo que ocurre en los casos del párrafo 1) del artículo 27 y del párrafo 1) del artículo 34, al margen de la disposición muy general del artículo 1 sobre el ámbito de aplicación de la Ley Modelo, no se especifica ningún criterio concreto de carácter territorial o de otra índole en lo tocante al órgano mencionado en el artículo 6; en consecuencia, opina que es probable que surjan situaciones en que las partes recurrirán, a efectos del nombramiento de un árbitro, por ejemplo a los tribunales de dos Estados que han adoptado la Ley Modelo, y en que los tribunales de uno y otro se considerarían competentes para efectuar el nombramiento. Habida cuenta de que esa posibilidad de jurisdicción concurrente dificultaría la marcha del arbitraje comercial internacional, la Unión Soviética propone que al enunciar criterios concretos en lo tocante a la competencia del órgano designado para el cumplimiento de las funciones previstas en los artículos 11, 13 y 14, se tenga en cuenta, por ejemplo, el caso en que las partes convengan en que el arbitraje se celebrará con arreglo a la Ley Modelo o el caso en que el arbitraje vaya a celebrarse en el territorio de un Estado que ha adoptado la Ley Modelo y las partes no hayan convenido en que el arbitraje deberá regirse por el derecho de otro Estado.

6. A juicio de Checoslovaquia, el artículo 20 debería disponer que el lugar del arbitraje será decisivo para determinar el tribunal competente para el cumplimiento de las funciones de asistencia y supervisión y para anular el laudo.

Observaciones relativas a la designación de los órganos encargados de cumplir las funciones de asistencia y supervisión

7. México observa que el tribunal mencionado en el artículo 6 es uno de los tribunales a que se refiere la definición que figura en el párrafo *b)* del artículo 2 y que

la Ley Modelo, (por ejemplo, en su artículo 9) alude a otros tribunales, los cuales pueden ser distintos del tribunal a que se refiere el artículo 6. Se sugiere que esa diferencia se ponga claramente de manifiesto en el artículo 6.

8. El Japón sugiere que la determinación del Tribunal encargado del cumplimiento de las funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje se deje a la discreción de cada Estado. Por ejemplo, la legislación nacional podría disponer que el tribunal encargado de cumplir esas funciones será el Tribunal del lugar del arbitraje. Es más, no es necesario que un mismo tribunal desempeñe todas las funciones enumeradas en el artículo 6.

9. La Unión Soviética plantea la cuestión de si es imperativo que las funciones de asistencia y supervisión se asignen invariablemente a los órganos judiciales con exclusión de otros órganos que no formen parte del sistema judicial del país. Se observa que hay países en que dichas funciones son de la competencia exclusiva de los órganos judiciales y que, desde el punto de vista práctico, al parecer un tribunal no es necesariamente el órgano más adecuado para nombrar al árbitro con el máximo de eficiencia, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con una cámara de comercio que estará en mejores condiciones para cumplir dicha función por tratarse de un asunto referente a una relación mercantil internacional. Por lo que se refiere a la recusación de un árbitro o de la expiración de su mandato, habrá que tomar en consideración factores algo diferentes, pero se opina que no hay motivos para afirmar que el procedimiento judicial es el más adecuado para estos fines, particularmente si se tiene en cuenta que las actuaciones arbitrales descansan en la voluntad de las partes. Cuando un Estado mediante una ley, asigne las funciones a que se refieren los artículos 11, 13 y 14 a una institución distinta de un tribunal del Estado, el Estado podría garantizar que dichas funciones se cumplirán en debida forma. Por consiguiente, se propone dar a los Estados que adopten la Ley Modelo la posibilidad de elegir entre una gama más amplia de alternativas en lo tocante a la asignación de las funciones mencionadas en el artículo 6, aludiendo para ello no sólo al tribunal sino a: "el tribunal u órgano competente".

CAPÍTULO II. ACUERDO DE ARBITRAJE

Artículo 7

Definición y forma del acuerdo de arbitraje

El artículo en su conjunto

1. Con respecto a los casos en que las partes recurren a una institución arbitral permanente que administra arbitrajes con arreglo a sus propias normas procesales, la República Federal de Alemania propone dejar claramente establecido que dichas normas procesales prevalecerán sobre las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo a menos que una norma esté en contradicción con lo dispuesto en una disposición imperativa de la Ley Modelo, en cuyo caso prevalecería la disposición imperativa.

2. Refiriéndose a la cuestión de si un acuerdo de arbitraje es vinculante por lo que respecta al patrimonio en caso de quiebra o de una situación análoga por causa de insolvencia, Noruega presume que la Ley Modelo no pretende reglamentar este asunto y que la respuesta dependerá del sistema jurídico del lugar en que se sustancien el juicio de quiebra u otras actuaciones análogas.

3. Aunque aprueba las disposiciones del artículo 7, Polonia observa que la Ley Modelo no reglamenta los casos en que un contrato se celebra mediante el intercambio de formularios impresos que contienen cláusulas compromisorias diferentes (la así llamada "guerra de formularios"). Para evitar toda incertidumbre en tales casos, Polonia propone que se incluya en la Ley Modelo una disposición con arreglo a la cual las cláusulas compromisorias propuestas por las partes deberán hacerse efectivas en la medida en que sean coincidentes. Por lo general, se desprenderá de ambas cláusulas que un tribunal arbitral deberá dirimir cualquier litigio con exclusión de los tribunales del Estado. Se sugiere que en esos casos los asuntos respecto de los cuales las partes no hayan llegado a un acuerdo deberían regirse por la Ley Modelo.

Artículo 7, párrafo 2)

4. Los Estados Unidos apoyan las disposiciones del artículo 7, en particular la definición con arreglo a la cual "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", ya que es lo suficientemente flexible como para abarcar la amplia gama de formas en que se conducen las transacciones en las diferentes actividades comerciales y los modernos medios de comunicación, tanto en la actualidad como en el futuro. Los Estados Unidos interpretan la frase "otros medios de telecomunicación" en el sentido de que abarca todas las técnicas electrónicas y computadorizadas que dejan constancia por escrito. Aunque los Estados Unidos observan que la redacción del proyecto de texto no es idéntica a la de la definición que figura en la Convención de Nueva York de 1958, opinan que refleja el propósito de esa Convención y que está en consonancia con ella.

5. Aunque observa que el párrafo 2) del presente artículo sugiere que la cláusula compromisoria contenida en un contrato que consta en un documento firmado por una sola de las partes no se considerará vinculante, Noruega destaca que los conocimientos de embarque, que el fletador no suele firmar, a menudo contienen cláusulas compromisorias. Con todo, por lo general, se considera que esas cláusulas tienen efecto vinculatorio por lo que respecta al fletador y a los tenedores subsiguientes del conocimiento de embarque, aunque se plantea una situación algo más compleja si en el conocimiento de embarque se hace referencia de manera general a las estipulaciones contenidas en un contrato de fletamento (es decir, en el párrafo 2) del

artículo 22 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978 (Reglas de Hamburgo)[20]). Se estima que la disposición general del párrafo 1) del artículo 1 de la Ley Modelo, en virtud de la cual la Ley Modelo se aplicará sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral, permitirá hacer frente a algunos, aunque no a todos, los casos en que debiera bastar con la firma de una sola de las partes. Noruega propone añadir la siguiente oración al final del párrafo 2):

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

6. La Argentina opina que la última oración del párrafo 2), con arreglo a la cual la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula de arbitraje ha de implicar que esa cláusula forma parte del contrato, debería establecer un requisito, o al menos interpretarse en el sentido de que establece un requisito, a saber, que la parte contra la cual se invoca la cláusula compromisoria sepa o deba saber que la cláusula se ha incorporado al contrato. Este requisito o interpretación tendría por objeto proteger a una de las partes de la aplicación de una cláusula compromisoria inhabitual en una actividad comercial determinada, si cabe esperar que esa parte no conoce el contenido del documento a que se hace referencia.

7. La UNCTAD expresa la inquietud de que el párrafo 2) del artículo que se comenta, al posibilitar la incorporación de una cláusula compromisoria en un contrato mediante una referencia a un documento en que figure dicha cláusula, podría ocasionar problemas en la práctica.

8. Austria considera que en el párrafo 2) podría figurar una disposición por la que también se consideraría válida una cláusula compromisoria con arreglo a la cual todo litigio deberá someterse a un tribunal arbitral de una bolsa de comercio, a condición de que se haya formulado objeción al contrato (o a la carta) en que figure la cláusula compromisoria.

9. La República de Corea propone modificar la redacción de la tercera oración del párrafo 2) de modo que diga:

"La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria que forma parte del contrato constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito."

Artículo 8

Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal

1. La Argentina aprueba el principio contenido en el párrafo 2) del artículo 8 de que el tribunal deberá abstenerse de intervenir en cuanto al procedimiento o al fondo del arbitraje.

2. Chipre opina que la cuestión que está pendiente en el tribunal, en la forma en que el asunto se aborda en el párrafo 1), no es "la cuestión de su competencia" y que cabría introducir la modificación consiguiente en la redacción del párrafo 2).

3. Checoslovaquia sugiere que se añada al final del párrafo 2) una frase que estipule que el tribunal arbitral sólo podrá adoptar una decisión relativa al fondo del litigio después de que la decisión del tribunal que conoce de la cuestión de su competencia sea definitiva.

4. Italia observa que este artículo supone la presencia del demandado ante el tribunal y que ninguna disposición prevé el caso en el que el demandado no haya respondido a la demanda ante el tribunal. A fin de evitar que una de las partes se vea obligada a incurrir en los gastos necesarios para su comparecencia (cuando debe comparecer en un país extranjero), aun en presencia de tácticas simplemente dilatorias del demandante, parece conveniente que, en caso de incomparecencia, el tribunal pueda declararse de oficio incompetente.

5. Suecia observa que, con arreglo a su legislación, el tribunal al que se somete un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje no remite las partes al arbitraje, sino que simplemente desestima el caso. Considera deseable complementar el párrafo 1) del artículo 8 a fin de que contemple también esa posibilidad.

6. La Unión Soviética señala la contradicción siguiente entre el artículo 8 y el párrafo 3) del artículo 16 del proyecto de texto. Por una parte, el tribunal mencionado en el párrafo 1) del artículo 8 tiene la facultad de determinar la validez de un acuerdo de arbitraje aún si se le somete el litigio después de que se hubieran iniciado las actuaciones arbitrales e incluso si durante ellas el tribunal arbitral ya hubiera decidido con respecto a su competencia, dado que en virtud del párrafo 2) del artículo 8 el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones ya iniciadas "mientras la cuestión de su competencia esté pendiente en el tribunal". Por otra parte, de conformidad con el párrafo 3) del artículo 16, la decisión del tribunal arbitral por la que éste se declara competente podrá ser impugnada por las partes únicamente por vía de recurso de nulidad contra el laudo. La contradicción surge si el tribunal arbitral ha decidido sobre su competencia pero todavía no hubiere dictado el laudo, y a pesar de ello una de las partes somete un litigio a un tribunal; en ese caso el problema es si debe darse prioridad al artículo 8, por el que se faculta al tribunal a decidir sobre la competencia del tribunal arbitral, o al párrafo 3) del artículo 16, de conformidad con el cual la decisión del tribunal arbitral sobre su competencia podrá ser impugnada únicamente por vía de recurso de nulidad contra el laudo. Además, si una de las partes, a pesar de la existencia de un acuerdo de arbitraje, somete un litigio a un tribunal antes, y no después, del inicio de las actuaciones arbitrales, sería

[20] A/CONF.89/13, anexo I.

posible interpretar, *a contrario* que esa parte no puede dirigirse al tribunal arbitral mientras esté pendiente en el tribunal la cuestión de la validez del acuerdo de arbitraje, pues el párrafo 2) del artículo 8 se refiere sólo a la continuación de las actuaciones arbitrales que "ya se hubieran iniciado" antes de que se someta el litigio ante el tribunal. Teniendo presente estas observaciones y la necesidad de asegurar la eficacia del arbitraje comercial internacional, la Unión Soviética propone reemplazar el actual párrafo 2) de este artículo con dos nuevas disposiciones. Una de ellas establecería que el hecho de que una de las partes someta el litigio a un tribunal no impide a la otra parte iniciar las actuaciones arbitrales mientras la cuestión de la competencia del tribunal arbitral esté pendiente en el tribunal. La otra establecería que si ya se hubieran iniciado las actuaciones arbitrales, el tribunal debe aplazar la decisión sobre la cuestión de la competencia del tribunal arbitral hasta que se dicte el laudo (se hace referencia al párrafo 3) del artículo VI de la Convención de Ginebra de 1961). La Unión Soviética opina que si se adoptan las dos disposiciones que se acaban de mencionar, podría suprimirse por innecesaria la última oración del párrafo 3) del artículo 16.

7. La República de Corea sugiere que el texto del artículo 8, habida cuenta de que en realidad contempla la iniciación o continuación de las actuaciones arbitrales, así como el del artículo 9, se coloquen a continuación del artículo 21, es decir, como artículos 21 *bis* y 21 *ter*.

Artículo 9
Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal

1. Los Estados Unidos apoyan la orientación de ese artículo y la opinión que se expresó en el Grupo de Trabajo de que la gama de medidas abarcadas en el artículo 9 era amplia e incluía, en particular, los embargos previos al laudo[21]. Los Estados Unidos estiman que la amplia gama de medidas provisionales autorizadas en virtud de este artículo comprenden no sólo la conservación de los bienes sino también, bajo circunstancias apropiadas, la protección de secretos comerciales e información confidencial, dado que constituyen un objeto adecuado de la asistencia provisional que puede solicitarse a un tribunal. Esto es especialmente deseable dado el carácter cada vez más complejo de las operaciones comerciales internacionales que dan lugar a controversias susceptibles de solución por vía de arbitraje que, en la actualidad van de los simples contratos comerciales a los más complicados acuerdos a largo plazo. También autoriza medidas de conservación de documentos o de otras pruebas que puedan ser de utilidad al tribunal arbitral para adoptar una decisión justa.

2. La República Federal de Alemania señala que en el Grupo de Trabajo su delegación postuló que mencionaran la conservación de las pruebas como un ejemplo fundamental de una medida cautelar provisional adoptada por un tribunal del Estado. Dado que en el Grupo de Trabajo la mayoría no lo consideró necesario, pide que se incluya en el informe oficial una referencia al respecto.

3. Chipre, con respecto a este artículo y al artículo 18, está a favor del empleo de las palabras "mandatos o mandamientos provisionales" en lugar de "medidas cautelares provisionales".

CAPÍTULO III. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El capítulo en su conjunto

1. Polonia apoya el principio fundamental de la autonomía de las partes en que se basa este capítulo.

2. La República Democrática Alemana opina que los plazos establecidos en los artículos 11 y 13 son demasiado breves y deben ampliarse.

3. La República Federal de Alemania propone que se examine la conveniencia de insertar en el capítulo III una disposición sobre la elección del árbitro único o, en el caso de que haya más de un árbitro, sobre la composición del tribunal arbitral, con miras a garantizar una decisión imparcial.

Artículo 10
Número de árbitros

La India sugiere que, a falta de acuerdo entre las partes, por motivos de economía y conveniencia, el arbitraje se lleve a cabo con un árbitro único.

Artículo 11
Nombramiento de los árbitros

El artículo en su conjunto

1. Finlandia sugiere que se añada a las disposiciones sobre el nombramiento de los árbitros la siguiente disposición:

> "Si una de las partes incumple su obligación de nombrar un árbitro, y la otra parte prefiere someter el litigio a un tribunal en lugar de insistir en el arbitraje, el acuerdo de arbitraje no excluirá la competencia del tribunal con respecto a ese litigio."

Finlandia propone que además se considere si cualquier otro tipo de incumplimiento del acuerdo por una de las partes, por ejemplo, la falta de pago de la parte que le corresponde del anticipo a los árbitros, debe tener el mismo efecto.

Artículo 11, párrafo 3)

2. El Japón, observando que las partes podrán determinar libremente el número de árbitros (párrafo 1) del artículo 10) y que el párrafo 3) del artículo que se comenta sólo prevé los casos en que han de designarse

[21] A/CN.9/246, párr. 26.

tres árbitros o un árbitro único, propone que se contemple en una forma más general el nombramiento de los árbitros cuando las partes no lo hicieren.

3. Qatar señala que en la Ley Modelo no se hace ninguna referencia a la presidencia del tribunal arbitral cuando está integrado por tres árbitros y que, si bien el artículo 29 estipula que se podrá autorizar al árbitro presidente a decidir cuestiones de procedimiento, esta disposición no va precedida por ninguna definición del presidente del tribunal arbitral o por ninguna identificación del árbitro al que se le encargue esa función. Qatar propone que en el párrafo 3) del artículo 11 de la Ley Modelo, a la luz del párrafo 1) del artículo 7 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que se disponga que el tribunal arbitral será presidido por el tercer árbitro designado por los otros dos, que a su vez son nombrados por cada una de las partes en el litigio.

4. La Unión Soviética sugiere, por motivos de certidumbre, sustituir en el inciso *a)* del párrafo 3) del artículo que se comenta la frase "dentro de los 30 días después de haber sido requerida por la otra parte para que lo haga" por "dentro de los 30 días de haber recibido ese pedido de la otra parte".

Artículo 11, párrafo 5)

5. Con respecto al párrafo 5), que dispone que la decisión del tribunal será definitiva, Noruega no opone ninguna objeción a ello en cuanto se refiera al aspecto exclusivamente discrecional de la decisión. Sin embargo, la Ley Modelo no debería ser obstáculo para que una de las partes recuse la decisión sobre el procedimiento de un tribunal inferior que conozca del asunto o sobre la interpretación y aplicación de esa ley por parte de un tribunal inferior; dado que una solución diversa sería inaceptable, al menos para el derecho noruego, se plantea la cuestión de si la palabra "definitiva" significa excluir incluso ese tipo de recusación.

Artículo 12

Motivos de recusación

1. La India opina que en ese artículo los motivos de recusación se enuncian en una forma demasiado vaga como para permitir una interpretación y aplicación fácil y uniforme.

2. La UNCTAD sugiere que tal vez la última oración del párrafo 1), que estipula la obligación constante de revelar determinadas circunstancias, está en contradicción con la primera oración de ese mismo párrafo, que establece directamente que el árbitro deberá revelar todas esas circunstancias al recibir la comunicación. La obligación de revelar no debe persistir durante todas las actuaciones. Además, la UNCTAD sugiere que, al parecer, sería apropiado que en el párrafo 2) se estipulara que sólo podrá recusarse un árbitro "si hubiera motivos para creer que existen esas circunstancias . . ." pues es necesario probarlas.

3. Los Estados Unidos están de acuerdo con los motivos de recusación establecidos en el artículo 12. El párrafo 2) establece correctamente los motivos fundamentales por los que se puede recusar un árbitro "si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia". Además, las partes pueden convenir en el contrato que los árbitros deberán reunir determinadas calificaciones profesionales o comerciales y que en caso contrario podrán ser objeto de recusación. A fin de asegurar que la Ley Modelo respete este aspecto de la autonomía de las partes, los Estados Unidos sugieren que se añadan las palabras "o por otros motivos que las partes establezcan de común acuerdo" a la primera oración del párrafo 2) del artículo 12.

Artículo 13

Procedimiento de recusación

Artículo 13, párrafo 1)

1. Con respecto a la propuesta de los Estados Unidos relativa a las palabras que contiene el párrafo 1) "sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo", véase el párrafo 8, *infra*.

Artículo 13, párrafo 2)

2. Mientras la República Federal de Alemania expresa la opinión de que el árbitro recusado no debe participar en una decisión sobre la recusación, el Japón sostiene la opinión de que sería conveniente establecer en el párrafo 2) que el árbitro recusado integra el tribunal arbitral, que tiene la facultad de decidir sobre la recusación. La UNCTAD señala que esta norma sólo se podría aplicar si hubiera tres o más árbitros.

3. La República Democrática Alemana propone añadir al párrafo 2) de este artículo la siguiente disposición sobre la recusación del árbitro único: "Si se recusa el árbitro único, éste podrá renunciar a su cargo. En caso contrario, terminará su mandato como resultado de la recusación".

4. Noruega opina que si una de las partes no opone una objeción dentro del plazo establecido en el párrafo 2), se debería estipular que no podrá oponerla no sólo durante las actuaciones arbitrales sino también en virtud de las disposiciones contenidas en el apartado iv) del inciso *a)* del párrafo 2) del artículo 34 y el apartado iv) del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36 que esa estipulación debe expresarse claramente en el artículo 13 o en los artículos 34 y 36.

5. Suecia observa que, al parecer, en virtud de este artículo el árbitro recusado tiene plena libertad para renunciar y que como resultado de esa renuncia, tal vez en una etapa adelantada de las actuaciones, la parte que lo nombró puede resultar perjudicada por los costos adicionales y la demora. Para resolver ese problema se podría permitir que el tribunal arbitral determine si decidirá inmediatamente la cuestión de la recusación o si se encargará de ello el tribunal ante el que la parte pueda impugnar el laudo.

6. Noruega expresa la opinión de que el plazo de 15 días que establece el párrafo 2) (y también el párrafo 3))

es demasiado breve para que las partes tengan oportunidad suficiente de recusar un árbitro. La razón es que, en el arbitraje internacional, a menudo se envía una comunicación al abogado del destinatario en el lugar del arbitraje y este abogado se comunica con el abogado del destinatario en el lugar del establecimiento del destinatario quien a su vez se comunica directamente con el destinatario. En general, la respuesta del destinatario se transmitirá en la misma forma, y en cada eslabón se requiere un tiempo para la tramitación de la comunicación. Teniendo en cuenta la duración habitual del arbitraje y la disposición conforme a la cual la recusación no impide que el tribunal arbitral prosiga las actuaciones, Noruega considera que no es necesario fijar un plazo tan breve.

Artículo 13, párrafo 3)

7. La República Federal de Alemania expresa la opinión de que el recurso que tienen las partes ante un tribunal del Estado en los casos previstos en el artículo 6, sólo se justifica si las partes no hubieran convenido en otro procedimiento que lleve a una decisión final y vinculante, con la salvedad del recurso previsto en el artículo 34. Observando que con arreglo a los párrafos 3) y 4) del artículo 11 sobre el nombramiento de los árbitros, las partes podrán recurrir al tribunal sólo si no hubieran acordado otro procedimiento que permita llegar a una decisión definitiva o vinculante, la República Federal de Alemania sugiere que se haga la misma reserva con respecto a la intervención del tribunal prevista en el párrafo 3) del artículo 13. También se sugiere lo mismo con respecto al artículo 14 (véase el párr. 2 de la compilación de observaciones sobre el artículo 14).

8. Si bien el párrafo 3) del artículo 13 contiene determinadas salvaguardias frente a las tácticas dilatorias de una parte recalcitrante, los Estados Unidos expresan la inquietud de que la recusación ante un tribunal interlocutorio durante las actuaciones arbitrales pueda tener un efecto perturbador, añadiendo innecesariamente otros costos al proceso arbitral. Al mismo tiempo, comparte la opinión de los profesionales en materia de arbitraje de que las partes deben tener alguna posibilidad de recusar a un árbitro y obtener una resolución antes de que se dicte el laudo. Estima que la mejor solución es que las partes se pongan de acuerdo sobre el procedimiento para recusar un árbitro y que sólo deberá autorizarse la recusación judicial durante las actuaciones si las partes no hubieran acordado un procedimiento para las recusaciones. Los Estados Unidos sugieren que se sustituyan en el párrafo 1) las palabras "sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo" por el texto "y la decisión que se adopte siguiendo ese procedimiento será definitiva".

9. En vista de la necesidad de asegurar un tribunal arbitral imparcial e independiente y de la facultad de proseguir las actuaciones arbitrales mientras esté pendiente la decisión del tribunal sobre la recusación, Noruega considera que no debe eliminarse la posibilidad de presentar un recurso contra la decisión judicial, al menos en el caso en que el tribunal deniegue la recusación. Con respecto al carácter definitivo de la decisión del tribunal, Noruega hace la misma observación que con respecto al párrafo 5) del artículo 11, (véase el párr. 5) de la compilación de observaciones con respecto al artículo 11).

10. La Unión Soviética expresa la opinión de que el párrafo 3) del artículo 13 admite una supervisión judicial excepcionalmente amplia sobre las actuaciones arbitrales y que al parecer esa supervisión no se justifica y probablemente cause una demora considerable. El riesgo de la demora no disminuye por el hecho de que el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, tenga la posibilidad de proseguir las actuaciones, pues se trata sólo de una posibilidad, mientras que en la práctica lo más probable es que el tribunal arbitral se abstenga de proseguir las actuaciones hasta que el tribunal adopte una decisión. La Unión Soviética propone que se examine la conveniencia de suprimir el párrafo 3) o, al menos, limitar considerablemente su alcance de modo que se aplique, por ejemplo, a las raras ocasiones en que se recusan el árbitro único o la mayoría de los árbitros, en cuyo caso la decisión del tribunal arbitral sobre la recusación, con arreglo al párrafo 2), podría dar lugar a dudas. En otras situaciones, la supervisión judicial con respecto a la imparcialidad e independencia de los árbitros se podría, sin perjuicio de los derechos de las partes, aplicar en forma adecuada tras la terminación de las actuaciones arbitrales.

11. La República Democrática Alemana propone que se especifique cuál es el tribunal competente en virtud del párrafo 3) del artículo 13, añadiendo las palabras "en el país donde tiene lugar el arbitraje" entre las palabras "al tribunal" y las palabras "indicado en el artículo 6". Hace la misma propuesta en el contexto del artículo 14.

Artículo 14

Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones

1. Austria propone que se incluyan en el artículo 14 las palabras "Salvo acuerdo en contrario de las partes" a fin de indicar que éstas pueden convenir libremente la aplicación de un conjunto de normas de arbitraje que estipulen una solución diferente con respecto a la situación prevista en este artículo.

2. Por los motivos expresados en el párr. 7 de la compilación de observaciones sobre el artículo 13, la República Federal de Alemania sugiere que se incluya en el artículo 14 una reserva al efecto de que una de las partes pueda recurrir al tribunal cuando las partes no hubieran acordado otro procedimiento que permita llegar a una decisión definitiva y vinculante.

3. Italia propone insertar, después de las palabras "no las ejerza", las palabras "con apropiada rapidez y eficacia".

4. En lo concerniente a la propuesta de la República Democrática Alemana de indicar el tribunal competente en virtud del artículo 14, véase el párr. 11 de la compilación de observaciones sobre el artículo 13.

5. Con respecto al carácter definitivo de la decisión del tribunal, Noruega formula la misma observación que con respecto al párrafo 5) del artículo 11 (véase el párr. 5 de la compilación de observaciones sobre el artículo 11).

6. A fin de expresar con más claridad los casos de imposibilidad de ejercicio de las funciones, la República de Corea propone que en la primera oración se sustituyan las palabras "si renuncia", por las palabras "si muere o renuncia".

Artículo 14 bis

No se formulan observaciones sobre este artículo.

Artículo 15.
Nombramiento de un árbitro sustituto

1. Chipre interpreta que las palabras "conforme al mismo procedimiento" se refieren al procedimiento establecido en los párrafos 2) y 3) del artículo 11, y no considera que ello sea satisfactorio, pues dicho procedimiento se aplicaría al nombramiento inicial de todos los árbitros y no al de un árbitro sustituto. Chipre sustenta la opinión de que el árbitro sustituto se debe nombrar con arreglo al mismo procedimiento que se haya seguido para nombrar al árbitro que ha de reemplazarse, y de que tal vez esa haya sido la intención de los redactores. Chipre señala que, en el caso del nombramiento de un árbitro sustituto, una de las partes puede no querer ejecutar un acuerdo alcanzado conforme al párrafo 2) del artículo 11 respecto del nombramiento inicial. Chipre sugiere que se incluyan disposiciones expresas para esos casos.

2. Noruega observa que la intención del Grupo de Trabajo fue que el artículo 15 se aplicara a todos los casos en que surgiera la necesidad de nombrar un árbitro sustituto[22], y que esa intención permite simplificar el texto de este artículo mediante la supresión de las palabras "en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 ó 14, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo o de remoción por acuerdo de las partes o de expiración de su mandato por cualquier otra causa".

3. Basándose en la interpretación de que según el artículo 14 un árbitro puede renunciar de *motu proprio* sin que medien causas especiales, Suecia señala que según el artículo 15 un árbitro sustituto se nombrará de la misma manera en que se haya nombrado el árbitro al cual se reemplaza. Se observa que, en consecuencia, una parte puede, en consulta con el árbitro nombrado por dicha parte, reemplazarlo por otro árbitro; ello puede permitir a una parte prolongar las actuaciones y sustituir al árbitro por otro de quien se espere que sustente opiniones más favorables a ella. Por consiguiente, Suecia sugiere que el árbitro sustituto sea nombrado por un órgano imparcial, como un tribunal; asimismo, prevé la posibilidad de que se incluya en el artículo 14 una cláusula que disponga que un árbitro que renuncie sin causa se haga cargo de los gastos adicionales que ello ocasione.

[22] *Ibid.*, párr. 48.

CAPÍULO IV. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 16
Facultad para decidir acerca de su propia competencia

Artículo 16, párrafo 1)

1. Teniendo en cuenta que conforme a la legislación de Chipre una cláusula de arbitraje que forme parte de un contrato que sea nulo es también nula, ese país apoya lo dispuesto en el artículo 16 en el sentido de que la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria. Se sugiere, no obstante, que se disponga que esa cuestión sea decidida por el tribunal.

2. La India sugiere que al final de la primera oración del párrafo 1) del artículo que se comenta se añadan las palabras "o a la identidad de cualquier parte en el acuerdo de arbitraje". Esta enmienda se sugiere con objeto de incluir en el ámbito de aplicación de ese párrafo el problema de la responsabilidad de los navieros en el contexto del transporte marítimo de registro abierto.

Artículo 16, párrafo 2)

3. La Unión Soviética sustenta la opinión de que normalmente la intención del tribunal arbitral de exceder su mandato sólo se haría evidente una vez que existiera un laudo relativo a esa materia, y de que es necesario determinar con mayor precisión en qué momento se debe oponer la excepción basada en que el tribunal arbitral está excediendo su mandato. La disposición sería más precisa si una parte debiera oponer la excepción tan pronto como la materia que excediese el mandato del tribunal arbitral se plantease en el curso del procedimiento arbitral (como lo dispone, por ejemplo, el párrafo 1) del artículo V de la Convención de Ginebra de 1961).

4. A juicio de Suecia, no es del todo claro el significado de la disposición relativa al momento en que debe oponerse la excepción basada en que los árbitros están excediendo su mandato. Puede ocurrir que la cuestión del mandato del tribunal arbitral se haya examinado durante las situaciones arbitrales y que en esa ocasión el tribunal arbitral haya señalado su intención de decidir sobre el asunto que es objeto de controversia. Sin embargo, difícilmente puede considerarse que el tribunal arbitral esté obligado a ceñirse a tal indicación. Normalmente, una parte sólo sabe con certeza que el mandato del tribunal arbitral ha sido excedido una vez que se dicta el laudo. Por consiguiente, la parte de que se trate debe poder oponer la excepción durante el plazo fijado para solicitar la anulación del laudo.

5. Noruega expresa la opinión de que una parte que no oponga la excepción de incompetencia conforme a lo establecido en el párrafo 2) del artículo 16 no debería poder oponer dicha excepción en procedimientos de anulación o ejecución. Basándose en que esta opinión fue también expresada en el Grupo de Trabajo[23],

[23] *Ibid.*, párr. 51.

Noruega sugiere que ello se estipule explícitamente en el artículo 16 o en los artículos 34 y 36.

6. Chipre propone la siguiente modificación de la primera oración del párrafo 2): "Una excepción de incompetencia del tribunal se debe oponer a más tardar en el momento de presentar el escrito de contestación; dicha excepción se puede oponer en el escrito de contestación."

Artículo 16, párrafo 3)

7. Austria, la India, Noruega, Polonia y la AIA se oponen a la norma contenida en la última oración del párrafo 3) y opinan que la decisión del tribunal arbitral por la que éste se declara competente debe estar sujeta a revisión inmediata por un tribunal.

a) Austria señala que según el texto actual las partes están en realidad obligadas a proseguir las actuaciones, lo cual a veces ocasiona gastos y pérdidas de tiempo considerables antes de que las partes puedan solicitar la anulación del laudo basándose en la incompetencia del tribunal arbitral. En consecuencia, Austria opina que el tribunal arbitral debe tener, como cuestión preliminar, la posibilidad de adoptar una decisión sobre su competencia que revista la forma de laudo. Dicha decisión del tribunal arbitral podría luego ser impugnada por cualquiera de las partes en una demanda de anulación que se presentase con arreglo al artículo 34. Austria observa que, conforme al párrafo 3) del artículo 13, la parte que haya recusado sin éxito a un árbitro puede pedir inmediatamente al tribunal que decida sobre la procedencia de la recusación, y que sería más apropiado adoptar un enfoque similar en el caso, más importante, de impugnación de la competencia del tribunal arbitral.

b) Noruega comparte la opinión predominante en el Grupo de Trabajo de que no debe darse carta blanca a la supervisión concurrente por un tribunal[24], pero sugiere que en algunos casos puede existir en una primera etapa una verdadera necesidad de que un tribunal decida respecto de la competencia del tribunal arbitral y que la Ley Modelo debería prever cierto grado de flexibilidad al respecto. Noruega propone que se reemplace el párrafo 3) del artículo 16 por las siguientes disposiciones:

"3) El tribunal arbitral podrá decidir acerca de la excepción a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo, ya sea como cuestión preliminar o en un laudo sobre el caso. Si el tribunal arbitral decide acerca de la excepción como cuestión preliminar, el tribunal arbitral podrá consignar su decisión en un laudo preliminar.

"4) Salvo acuerdo en contrario de las partes, una parte podrá solicitar a un tribunal la anulación del laudo preliminar a que se hace referencia en el párrafo 3) del presente artículo. Dicha solicitud se presentará dentro del plazo a que se hace referencia en el párrafo 3) del artículo 34.

"5) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si las actuaciones arbitrales proseguirán mientras la cuestión de su competencia esté pendiente en el tribunal.

"6) Una decisión del tribunal arbitral en el sentido de que es competente sólo podrá ser impugnada en la demanda de anulación a que se hace referencia en el párrafo 4) del presente artículo, en una demanda de anulación de un laudo sobre el caso o en una excepción que se oponga contra una demanda de reconocimiento o ejecución del laudo."

c) Polonia opina que el párrafo 3) del artículo 16 está en contradicción con la norma fundamental de que el procedimiento de arbitraje comercial debe desarrollarse en forma expeditiva y poco costosa. Polonia sugiere que la excepción de incompetencia del tribunal arbitral debe ser decidida por el tribunal del Estado lo antes posible. Por ejemplo, cabe imaginar un laudo preliminar obligatorio del tribunal arbitral que estaría sujeto a apelación inmediata ante el tribunal del Estado.

d) La AIA acepta que la autoridad principal para determinar cuestiones de competencia, incluidas las cuestiones de arbitrabilidad, la validez del acuerdo de arbitraje, etc., deba ser el propio tribunal arbitral. Sin embargo, dado que las decisiones del tribunal arbitral sobre estas materias están sujetas en última instancia a la supervisión de un tribunal sería razonable que la intervención de los tribunales en estos asuntos se permitiera también en la primera etapa de las actuaciones y no únicamente al final del arbitraje. De esa manera se evitarían demoras y gastos innecesarios. En consecuencia, se sugiere que se vuelva a examinar el párrafo 3) del artículo 16, y que se estudie nuevamente el artículo 17, en la forma en que fue examinado y suprimido por el Grupo de Trabajo[25], con miras a reponerlo. Se observa que muchos abogados en ejercicio opinan que, a fin de evitar que los tribunales arbitrales excedan su mandato o no se atengan a los procedimientos normales, debería ser posible valerse de la supervisión concurrente por un tribunal no sólo como recurso para asuntos de competencia del tribunal, sino también en un sentido más general. Según el texto actual del párrafo 3) del artículo 16 (tal como se explica en el informe sobre el séptimo período de sesiones del Grupo de Trabajo[26]), al parecer no es posible recurrir contra ningún laudo o decisión provisionales del tribunal. Naturalmente, la política de limitar al máximo la supervisión por un tribunal se comprende perfectamente (y, según se afirma, probablemente cuente con la aceptación de la mayoría de los afiliados a la AIA), pero se sugiere que una política no debe aplicarse en forma tan rígida que conduzca a situaciones extremas, las cuales pueden redundar en perturbaciones, demoras y gastos innecesarios para las partes.

[24] *Ibid.*, párr. 55.

[25] *Ibid.*, párrs. 53 a 56. El texto del artículo 17 examinado por el Grupo de Trabajo fue el siguiente:

"Artículo 17. Supervisión concurrente de un tribunal

"1) [No obstante lo dispuesto en el artículo 16,] las partes podrán [en cualquier momento] solicitar del tribunal indicado en el artículo 6 una decisión acerca de si existe un acuerdo de arbitraje válido y [, de haberse iniciado las actuaciones arbitrales,] si el tribunal arbitral es competente [para conocer la controversia que le ha sido sometida].

"2) Mientras esa cuestión esté pendiente en el tribunal, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones [a menos que el primero decrete la suspensión de las actuaciones arbitrales]."

[26] *Ibid.*, párr. 56.

8. Noruega y la AIA sugieren que en el párrafo 3) del artículo 16 se mencione que la decisión del tribunal arbitral por la que éste se declara competente pueda también ser impugnada a manera de excepción contra el reconocimiento o ejecución del laudo. La AIA señala que, según parece desprenderse del párrafo 3) del artículo 16, las cuestiones de competencia sólo se pueden plantear en una demanda de anulación, y no a manera de excepción contra una demanda de reconocimiento o ejecución del laudo. Ello podría conducir a un resultado absurdo si la parte perdedora no pudiese incoar una demanda de anulación simplemente porque el ganador se hubiera anticipado mediante una demanda de ejecución.

9. México sugiere que se consigne más claramente que lo dispuesto en el párrafo 3) se aplica no solamente a la excepción de incompetencia del tribunal arbitral, sino también a la excepción basada en que el tribunal arbitral está excediendo su mandato.

10. La Unión Soviética, en el contexto de la propuesta que formuló respecto del párrafo 2) del artículo 8 (véase el párr. 6 de la compilación de observaciones sobre el artículo 8), sustenta la opinión de que la última oración del párrafo 3) del artículo 16 podría suprimirse por ser innecesaria.

Artículo 18
Medidas provisionales cautelares

1. Austria propone que se suprima esta disposición. La mayoría de las legislaciones nacionales relativas a artículos perecederos contienen disposiciones que permiten la venta urgente de esos artículos y, por consiguiente, no hay necesidad de establecer otras normas en la materia. La orden por el tribunal arbitral de que se adopte una medida provisional (por ejemplo, la de suspender la construcción de un edificio) podría poner a los árbitros en una situación difícil y, si la medida resultase injustificada, exponerlos a una demanda por daños y perjuicios. En consecuencia, la facultad de decretar medidas provisionales cautelares sólo debe concederse a los tribunales ordinarios.

2. La India sustenta la opinión de que puede facultarse a un tribunal arbitral para ejecutar medidas provisionales cautelares.

3. México sugiere que se disponga que la fianza que el tribunal arbitral puede exigir a una parte cubra, además de los gastos ocasionados por la medida provisional cautelar decretada por el tribunal arbitral, los daños y perjuicios que pueda sufrir la otra parte si esa parte gana el caso.

4. Noruega entiende que no ha habido intención de que la Ley Modelo se refiera a la cuestión de la limitación del tipo de medidas provisionales que el tribunal arbitral puede decretar o a la cuestión de la ejecución de las medidas o a la cuestión de las consecuencias de la falta de cumplimiento de las medidas.

5. Suecia observa que, conforme a la legislación sueca, un tribunal puede decidir decretar una medida a solicitud de una parte que considere que tiene derecho de acción contra otra persona, y que ello se aplica también a las controversias que se resuelven mediante arbitraje, independientemente de si se ha iniciado o no el procedimiento de arbitraje. Suecia señala que el artículo 18, interpretado a la luz del artículo 5, parece dar al tribunal arbitral un mandato exclusivo para decretar medidas provisionales cautelares. Es preciso aclarar esa disposición para que quede explícita la verdadera intención que la inspira. Asimismo, debe quedar claro si una medida provisional decretada por un tribunal arbitral es imperativa y cuáles serían las consecuencias que acarrearía la falta de cumplimiento de la orden por una parte.

6. Noruega propone que se emplee una expresión diferente para referirse a las medidas de que trata este artículo, a fin de evitar confusiones con las medidas que decrete un tribunal con arreglo al artículo 9.

CAPÍTULO V. SUSTANCIACION DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

Artículo 19
Determinación del procedimiento

El artículo en su conjunto

1. A juicio de Suecia, sería apreciable que la Ley Modelo, en este artículo o donde corresponda, inste al tribunal arbitral a la rápida sustanciación del arbitraje.

Artículo 19, párrafo 1)

2. Según Italia, sería conveniente permitir a las partes que determinen el procedimiento una vez que los árbitros hayan aceptado sus cargos, en la medida en que los árbitros lo admitan.

3. Los Estados Unidos, observando que en el párrafo 1 del artículo 19 se dispone que "las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones", plantean la cuestión conexa de si las partes están sujetas a alguna limitación en cuanto al plazo en que pueden convenir este procedimiento. Mientras que el Grupo de Trabajo indicó que "la libertad de las partes para convenir el procedimiento debía ser permanente durante todo el procedimiento arbitral"[27], los Estados Unidos opinan que la Ley Modelo deberá resolver claramente esta cuestión potencialmente importante y proponen que se incluya en el párrafo primero una estipulación en el sentido de que las partes puedan convenir el procedimiento tanto antes como durante las actuaciones arbitrales.

Artículo 19, párrafo 2)

4. Italia manifiesta que muchos sistemas jurídicos, entre ellos el sistema italiano, consideran que las

[27] *Ibid.*, párr. 63.

cuestiones relativas a la admisibilidad y pertinencia de las pruebas son de derecho sustantivo y que, en consecuencia, se rigen por las normas aplicables al fondo del litigio, determinadas con arreglo al artículo 28.

5. México, haciendo alusión al párrafo 2), indica que las facultades del tribunal arbitral para dirigir las actuaciones y establecer la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas deberán ejercitarse de manera prudente y razonable y que el tribunal arbitral deberá, en todo caso, modificar sus decisiones.

6. Con respecto a la disposición del párrafo 2) del artículo 19 sobre la sustanciación de las actuaciones arbitrales, Polonia insiste en que el tribunal arbitral deberá mantener un equilibrio apropiado entre los intereses de las partes y tener presentes los factores que facilitan las actuaciones y permiten el entendimiento mutuo (por ejemplo, la cuestión del idioma de las actuaciones).

Artículo 19, párrafo 3)

7. Noruega, observando que con arreglo al párrafo 3) deberá darse a cada una de las partes "plena" oportunidad para hacer valer sus derechos, hace notar que la falta de observancia de esta disposición por parte del tribunal arbitral constituye una causa válida de nulidad del laudo (apartado iv), inciso *a)*, párrafo 2) del artículo 34) y un motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución (apartado iv), inciso *a)*, párrafo 1) del artículo 36), y señala que la disposición puede también prestarse a prácticas dilatorias. Se propone por ende sustituir en el párrafo 3) el término "plena" por otra palabra, como por ejemplo "suficiente".

8. La AIA propone que en el texto inglés se inserte a continuación de la palabra "full" (plena) del párrafo 3), la expresión "and proper" (y debida) pues en inglés la palabra "full" raramente se utiliza aislada en este sentido, y la expresión "full and proper" (plena y debida) es una expresión idiomática de fácil comprensión en este contexto y que permitiría una definición bastante precisa. En cambio, utilizada separadamente, la palabra "full" es relativamente imprecisa y puede ser interpretada indebidamente con un sentido restrictivo. Se sabe que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI emplea la versión abreviada, pero se considera que esto reviste menos importancia en las normas de arbitraje que en las legislaciones nacionales.

Artículo 20

Lugar del arbitraje

1. La India opina que conceder la libertad a las partes para convenir el lugar del arbitraje puede obrar en detrimento de la parte más débil. Uno de los posibles criterios propuestos es el de celebrar el arbitraje en el país del demandado. Sin embargo, la India no se opone a que se incluya la prueba de objetividad como se desprende de la oración "el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje" que figura en el párrafo 1) del artículo 20.

2. Noruega entiende que no es necesario que exista un vínculo real entre el lugar del arbitraje determinado con arreglo al párrafo 1) y cualquier otro lugar en que, de conformidad con el párrafo 2), tengan lugar otras etapas de las actuaciones arbitrales, incluido el pronunciamiento del laudo. Recordando la opinión predominante que se afirmó en el Grupo de Trabajo, a saber, que el lugar de arbitraje debería ser el factor determinante único para la aplicabilidad de la Ley Modelo[28], y recordando las disposiciones del párrafo 3) del artículo 31, según las que el laudo se considerará dictado en el lugar determinado de conformidad con el párrafo 1) del artículo 20, Noruega observa que el lugar del arbitraje es, o debería ser, un factor decisivo con arreglo a los artículos 6, 27, el párrafo 2) del artículo 28, el artículo 34 y los apartados i), iv) y v) del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36. Propone que se aclare si este "deducido" lugar del arbitraje, determinado con arreglo al artículo 20, será aplicable con respecto a toda disposición de la Ley Modelo en donde haya una referencia en lugar de arbitraje o éste presente importancia a otros efectos. Encomiando la intención del párrafo 2) de ese artículo, Noruega propone que en la Ley Modelo se inserte una disposición que tenga por efecto establecer que el lugar "deducido" del arbitraje no se aplicará con respecto a todas o algunas de las disposiciones en que el lugar del arbitraje sea el factor determinante, si no existe una verdadera vinculación de hecho entre el lugar y las actuaciones arbitrales concretas.

3. En lo que respecta a la propuesta de Checoslovaquia de que en el artículo 20 se trate la cuestión de la competencia, véase el párr. 6 de la compilación de observaciones sobre el artículo 6.

Artículo 21

Iniciación de las actuaciones arbitrales

1. Checoslovaquia sugiere que al final de este artículo se añada el siguiente texto: "en caso de envío de la petición por correos, la fecha de iniciación de las actuaciones arbitrales será la que conste en el sello postal de la oficina de correos expedidora".

2. Observando que la fecha de iniciación de las actuaciones arbitrales reviste gran importancia para la prescripción o extinción de una acción, Checoslovaquia sugiere que se añada la siguiente disposición, a continuación del artículo 21:

"1) Una petición de que se someta el litigio a arbitraje, entablada ante árbitros o una institución arbitral de carácter permanente, produce los mismos efectos jurídicos que si la petición sobre este asunto se hubiese presentado ante un tribunal.

"2) Si el tribunal arbitral se declara incompetente o se anula el laudo, y cualquiera de las partes entabla con posterioridad una nueva petición ante un tribunal dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la declaración de incompetencia o de la recepción del

[28] *Ibid.*, párr. 167.

auto de anulación del laudo, el lapso transcurrido no podrá invocarse en su contra a los fines de la prescripción o la extinción de su acción."

3. Japón observa que, con arreglo a su legislación y presumiblemente también a la de otros países, en el caso de arbitraje a cargo de una institución arbitral de carácter permanente, el plazo de prescripción deja de transcurrir en el momento en que se presenta a dicha institución la petición de arbitraje. En consecuencia, Japón propone que se añada a este artículo lo siguiente:

"En caso de que el arbitraje esté a cargo de una institución arbitral, las actuaciones arbitrales comienzan en el momento en que esta institución recibe la petición de arbitraje."

Artículo 22

Idioma

1. A juicio de Austria, la disposición detallada de la última oración del párrafo 1) es innecesaria y debe suprimirse.

2. La República Federal de Alemania opina que cuando las partes no hayan convenido el idioma que ha de utilizarse en las actuaciones arbitrales, es necesario evitar que la determinación del idioma se haga de manera arbitraria. Esto se conseguiría disponiendo que, a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral deberá determinar el idioma o los idiomas que han de emplearse en las actuaciones, de conformidad con el principio del párrafo 3) del artículo 19, es decir, que deberá darse a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Artículo 23

Demanda y contestación

Artículo 23, párrafo 1)

1. Italia expresa la opinión de que sería más conveniente establecer en la misma Ley Modelo un plazo para presentar y contestar la demanda, en lugar de dejar que sean las partes o el tribunal arbitral quienes lo determinen.

2. Los Estados Unidos, consecuentes con el concepto de la autonomía de las partes, proponen que se aclare mediante una redacción adecuada que la disposición del párrafo 1) no es imperativa. La incertidumbre sobre este punto en la Ley Modelo puede crear dificultades para las partes que emplean constantemente normas de arbitraje o disposiciones contractuales que no son totalmente compatibles con esta disposición del proyecto de texto.

Artículo 23, párrafo 2)

3. Chipre opina que la frase "cualesquiera otras circunstancias" es demasiado amplia e imprecisa. La práctica con respecto a la modificación de los escritos de demanda y contestación ha sido siempre de hacer lugar a dicha modificación, a menos que el tribunal estimase con fundamentos que la parte solicitante actuaba de mala fe o que, por su torpeza, había producido a su contraparte un perjuicio que no era resarcible con las costas o de otra manera. Debería permitirse la modificación, sin atender a la imprudencia o torpeza de la primera omisión y la demora en proponer la modificación, siempre que pueda hacerse sin lesionar los intereses de la otra parte. La injusticia queda descartada si la otra parte puede resarcirse con las costas. Debería permitirse la modificación si de ese modo puede plantearse entre las partes la verdadera cuestión de fondo.

4. La Unión Soviética considera que el párrafo 2), donde se estipula que el tribunal arbitral puede no admitir la reforma o ampliación de la demanda o la contestación, en razón "de la demora con que se ha hecho, el perjuicio que puede causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias", atribuye al tribunal arbitral una libertad discrecional excesivamente amplia en un asunto que es primordial para la consideración global y la solución equitativa de la controversia. Esta libertad deriva, en particular, de la frase "cualesquiera otras circunstancias", por lo que conviene suprimirla. Además, la mención al "perjuicio que se puede causar a la otra parte" se considera ambigua. Es lógico suponer que en la práctica cualquier modificación o ampliación introducida por una de las partes obra en su provecho y, por consecuencia, en "perjuicio" de la otra. Al parecer, sería mucho más justo conceder a una parte el derecho de introducir modificaciones y ampliaciones en cualquier momento antes que el tribunal arbitral anuncie la finalización del examen del caso o, por lo menos, restringir las facultades discrecionales del tribunal arbitral, por ejemplo, haciéndose referencia únicamente al carácter y los motivos de la demora.

Artículo 24

Audiencias y actuaciones por escrito

Artículo 24, párrafos 1) y 2)

1. Polonia y los Estados Unidos proponen que se sustituyan los párrafos 1) y 2) del artículo 24 por un párrafo único, basado en gran medida en el párrafo 2) del artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que diga lo siguiente:

"Salvo que las partes hayan convenido que no se celebren audiencias, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes en una fase apropiada de las actuaciones, celebrará audiencias para la presentación de pruebas por testigos o para los alegatos orales. A falta de tal petición, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas."

En relación con esta propuesta, Polonia observa que las partes no suelen estipular en el acuerdo de arbitraje si debe celebrarse una audiencia, y que cuando en las negociaciones sobre ese punto no se ha llegado a un acuerdo, la Ley Modelo confiere plenas atribuciones al tribunal arbitral; esta solución no es conveniente y se opone a los intereses de las partes, para quienes las

audiencias son un elemento fundamental de las actuaciones, en el que pueden exponer plenamente sus argumentos. Los Estados Unidos, preocupados de que, según el texto actual del artículo 24, si una parte desea una audiencia no tiene la seguridad de obtenerla, invocan los siguientes argumentos en favor del texto propuesto. A menos que haya renunciado a él, el derecho de las partes a ser oídas es una manera importante de garantizar un resultado equitativo. Salvo cuando se haya renunciado expresamente a ese derecho, cualquiera de las partes debe estar facultada a presentar prueba oral por testigos y a que el tribunal determine si algún testimonio es digno de crédito. Las partes deben también tener el derecho de exponer sus argumentos de hecho y de derecho de la manera más efectiva posible, lo que con frecuencia se consigue mejor con los alegatos orales. La disposición correspondiente contenida en el párrafo 2) del artículo 15 del reglamento de arbitraje de la CNUDMI prevé que "A petición de cualquiera de las partes y en cualquier etapa del procedimiento, el tribunal arbitral celebrará audiencias . . .". No existen al parecer motivos para apartarse de ese principio ya aprobado por la Comisión. Su incorporación en la Ley Modelo suprimiría igualmente una posible causa de nulidad del laudo basada en que la parte no habría podido "por cualquier otra razón hacer valer sus derechos" en el sentido de los artículos 34 y 36. Los Estados Unidos consideran que debería evitarse el peligro del posible abuso del derecho a ser oído, empleado como práctica dilatoria, recurriendo a la expresión "en la fase apropiada de las actuaciones", que ya figura en el proyecto actual del párrafo 2). La experiencia ha demostrado que el párrafo 2) del artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que ha servido de base para el texto propuesto, es eficaz e inequívoco. Además, la compatibilidad entre la Ley Modelo y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI sobre el tema de las audiencias promoverá la uniformidad del procedimiento de arbitraje internacional.

2. La República Democrática Alemana propone que el principio asentado en el párrafo 2) del artículo 24 se redacte en términos más claros e imperativos, como por ejemplo, que se celebrarán audiencias orales siempre que así lo pida una de las partes (párrafo 2) del artículo 24) o siempre que existan dudas sobre la voluntad de las partes con respecto a la celebración de una audiencia oral.

3. Suecia propone que en el párrafo 2) se sustituya la palabra "podrá" por "deberá".

4. La AIA propone que se considere nuevamente la redacción del párrafo 2) del artículo 24. El texto actual indica que la cuestión de decidir si deberá celebrarse o no una audiencia depende completamente de las facultades discrecionales del tribunal, aun cuando una de las partes la hubiese pedido. Esta conclusión parece, *prima facie*, discrepar con la opinión predominante en el Grupo de Trabajo, a saber, que "el derecho de las partes a pedir que se celebraran audiencias era tan importante que no debería permitirse que las partes las excluyeran mediante un acuerdo"[29]. El informe del Grupo de Trabajo destaca la discrepancia de las opiniones, pero al parecer no resuelve la cuestión[30].

5. La Unión Soviética sugiere que, para ganar en precisión, se disponga en el párrafo 2) que, en todos los casos o por lo menos en el caso en que, una vez planteada la controversia, las partes no hayan acordado que las actuaciones se sustancien solamente en base a documentos, el tribunal arbitral deberá, a petición de cualquiera de las partes, celebrar audiencias orales, previa notificación a las partes sobre su celebración.

6. A juicio de Noruega, el párrafo 1) parecería indicar que el tribunal arbitral no puede disponer que las actuaciones se sustancien en parte sobre la base de audiencias orales, y en parte sobre la base de documentos. Se considera que el tribunal arbitral debe contar con esta posibilidad y, en consecuencia, se propone modificar el párrafo 1) de la manera siguiente:

> "1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias orales, o en qué medida, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas, o en qué medida."

7. Austria propicia que (en la versión inglesa del texto) se sustituya la frase introductiva del párrafo 1) "subject to any contrary agreement by the parties" por la expresión "unless otherwise agreed by the parties", por ser esta última más usual en la Ley Modelo.

Artículo 24, párrafo 3)

8. Chipre opina que es preciso que la Ley Modelo determine el plazo entre la notificación y la audiencia o reunión, pues la palabra "suficiente" suscitará problemas.

9. La Unión Soviética propone que, a efectos de clarificar, se sustituya la expresión "para practicar reconocimientos", que figura en el párrafo 3), por "para practicar reconocimientos, según se indica en el párrafo 2) del artículo 20" o por "para practicar reconocimientos de mercaderías, otros bienes o documentos".

Artículo 24, párrafo 4)

10. La Unión Soviética considera que la exigencia contenida en la segunda oración del párrafo 4), de que deben comunicarse a las partes "otros documentos" en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión, es demasiado general, pues puede interpretarse que se aplica, por ejemplo, a documentos tales como las publicaciones de leyes, precedentes jurisprudenciales y estudios jurídicos. La exigencia debe referirse solamente a documentos de carácter probatorio, es decir, "prueba documental" en el sentido del párrafo 2) del artículo 22, y esto debe consignarse claramente en el párrafo 4) del artículo 24.

[29] *Ibid.*, párr. 77.

[30] *Ibid.*, párr. 78.

Artículo 25
Rebeldía de una de las partes

Artículo 25, inciso b)

1. La República Federal de Alemania expresa su opinión de que el inciso *b)* podría interpretarse como que el silencio del demandado no le perjudica, y no es esto lo que quiere significar. La disposición es significativa sólo en la medida en que la reclamación del demandante no se admita como tal. A su vez, el tribunal arbitral debería estar facultado para llegar a esta conclusión o alguna similar en casos concretos. En otras palabras, debe dejarse al tribunal arbitral extraer del silencio del demandado las conclusiones que considere más probables.

Artículo 25, inciso c)

2. Italia opina que podría ser adecuado estipular una sanción para el caso de rebeldía de una de las partes, a que se refiere el inciso *c)*; una sanción mínima sería que la incomparecencia a una audiencia o la falta de presentación de prueba documental sea un elemento que el tribunal arbitral puede tomar en cuenta al pronunciarse sobre el caso.

3. A juicio de la Unión Soviética, el inciso *c)*, según el cual el tribunal arbitral "podrá" continuar las actuaciones, también lo faculta a no proseguirlas; sería más apropiado estipular que el tribunal arbitral "podrá, y a petición de la otra parte, deberá, continuar las actuaciones".

Artículo 26
Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral

Artículo 26, párrafo 1)

1. México observa que el inciso *b)* del párrafo 1) del artículo 26 faculta al tribunal arbitral a solicitar "a una de las partes" que suministre información al perito. México propone que se aclare que esto puede solicitarse a cualquiera de las partes y no sólo a una de ellas. *(Nota de la secretaría:* en el inciso *b)* del párrafo 1) del artículo 26, la frase en inglés *"may require a party"* se tradujo en español como "podrá solicitar a una de las partes").

2. La Unión Soviética piensa que la libertad de las partes de restringir en facultad del tribunal arbitral de nombrar un perito puede sólo utilizarse antes de la designación de los árbitros, para que éstos tengan conocimiento de la restricción cuando acepten su nombramiento.

Artículo 26, párrafo 2)

3. Chipre sugiere que en el párrafo 2) se prevea el derecho del tribunal arbitral de interrogar al perito a pesar de cualquier acuerdo en contrario entre las partes.

Artículo 27
Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas

Observaciones relativas al ámbito de aplicación territorial del artículo 27

1. Austria, Japón y la Unión Soviética son de la opinión de que el ámbito del artículo 27 debe limitarse a las actuaciones arbitrales "celebradas en este Estado" y que, por ende, debe suprimirse la expresión "en virtud de esta Ley". Austria insiste en que esta limitación sería conforme con el criterio de que el lugar de arbitraje debe ser el factor determinante único para la aplicación de la Ley Modelo.

2. El Japón expresa su apoyo a la decisión del Grupo de Trabajo de que este artículo debe referirse solamente a la asistencia de los tribunales en los juicios arbitrales que se celebren en el mismo Estado del tribunal que presta la asistencia[31], pero insiste en que esto no debe interpretarse en el sentido de negar asistencia para la obtención de pruebas, en cumplimiento de las normas de asistencia o cooperación internacional en materia judicial.

3. Los Estados Unidos observan que el párrafo 1 del artículo 27 refleja la decisión del Grupo de Trabajo de limitar el artículo 27 a la obtención de pruebas dentro del Estado en que se sustancian las actuaciones arbitrales y no darle alcance internacional, y que el Grupo de Trabajo entendió que esta decisión estaba sujeta a una revisión ulterior en el contexto de las deliberaciones generales sobre el ámbito de aplicación territorial de la Ley Modelo[32]. Se piensa que se contribuirá a la eficacia del arbitraje comercial internacional si se añaden al artículo 27 de la Ley Modelo disposiciones que faculten a los tribunales del Estado en que se celebran las actuaciones arbitrales: *a)* a transmitir a un tribunal de un Estado extranjero una solicitud de asistencia para obtener pruebas que han de utilizarse en las actuaciones arbitrales (Estados Unidos y también Noruega) y *b)* a cumplimentar cualquier solicitud similar transmitida por un Estado extranjero del mismo modo que si el propio tribunal extranjero hubiese hecho la solicitud de asistencia para obtener pruebas que han de utilizarse en actuaciones ante tribunales ordinarios (Estados Unidos).

Artículo 27, párrafo 1)

4. Austria indica que la Ley Modelo debe disponer que la decisión del tribunal arbitral por la que hace lugar al pedido de asistencia de un tribunal formulado por la parte debe consignarse por escrito. Austria señala además que las disposiciones de los incisos *a), b)* y *c)* del párrafo 1) sobre el contenido de la solicitud de asistencia de un tribunal son innecesarias y deben suprimirse.

5. La Unión Soviética considera que es poco apropiado fijar normas sobre la asistencia de los tribunales para la recepción de pruebas, no sólo testimoniales sino también periciales, pues la intervención de peritos en las

[31] *Ibid.*, párr. 96.
[32] *Ibid.*, párr. 97.

actuaciones arbitrales es a cargo de la parte interesada (párrafo 2) del artículo 26).

Disposición que se añadiría al artículo 27

6. Suecia indica que las diferencias entre los distintos sistemas jurídicos en cuanto a los procedimientos para la asistencia de los tribunales en la obtención de pruebas, y las dificultades que ello plantea, pueden justificar la inclusión de una disposición para los casos en que la prueba se encuentra en posesión de una de las partes; en virtud de esta disposición, el tribunal arbitral, además de las posibilidades establecidas en el artículo 27, estará facultado para ordenar a la parte en cuya posesión se encuentran las pruebas a que las presente y, en caso de negarse a cumplir esta orden, el tribunal arbitral estará expresamente autorizado a interpretar la negativa en perjuicio de dicha parte.

CAPÍTULO VI. PRONUNCIAMIENTO DE LAUDO Y TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES

El capítulo en su conjunto

Polonia apoya las disposiciones de este capítulo por considerar que están redactadas en forma progresiva y flexible y que reflejan las actuales tendencias del arbitraje comercial internacional. Al respecto, Polonia señala como ejemplo especial el párrafo 1) del artículo 28 sobre la elección del derecho sustantivo.

Artículo 28.
Normas aplicables al fondo del litigio

El artículo en su conjunto

1. La República de Corea estima notable que la Ley Modelo se refiera a una cuestión tan decisiva como las normas de conflicto de leyes aplicables al fondo de los litigios comerciales internacionales.

2. Suecia sugiere que las normas sobre la elección de la ley aplicable reflejan un criterio bastante tradicional sobre la cuestión. Si se adoptan las normas en su forma actual, hay el riesgo de que se afecte desfavorablemente la tendencia encaminada a un fallo libre de la cuestión de la elección de la ley aplicable que se ha destacado en la práctica del arbitraje internacional. Dicha consecuencia sería lamentable.

Artículo 28, párrafo 1)

3. Los Estados Unidos y la República Federal de Alemania apoyan el párrafo 1) del artículo 28 en el entendimiento, también señalado por el Grupo de Trabajo[33], de que ofrece a las partes una serie de opciones más amplias y, por ejemplo, les permitiría indicar como aplicables a su caso normas de más de un ordenamiento jurídico, incluidas normas jurídicas de rango internacional. La República Federal de Alemania observa que las partes dispondrán así de mayor capacidad de maniobra para expresar el grado en que deseen una decisión basada en normas jurídicas o una decisión *ex aequo et bono.* Si bien, en general, las decisiones basadas en normas de derecho también son convenientes en las actuaciones arbitrales, los hombres de negocios suelen querer una decisión que no se atenga al tenor de la ley, sino que se base en factores económicos prácticos. La expresión "normas de derecho" debe interpretarse en un sentido amplio que permita apartarse de las disposiciones de la ley de conformidad con la voluntad expresa o presunta de las partes.

4. La Argentina tiene entendido que las normas de derecho elegidas por las partes no han de ser necesariamente las normas de un derecho nacional, pero pueden ser, en un orden jerárquico, las normas incorporadas al contrato, los usos mercantiles y las normas de una convención internacional como, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980. Se observa que en el caso de dicha elección de las normas de derecho no se impide a las partes que puedan elegir un derecho nacional competente para regir, subsidiariamente, los aspectos no contemplados en las normas de derecho elegidas por las partes. La Argentina señala que al efectuar cualquiera de éstas elecciones se han de tener particularmente en cuenta las normas de aplicación exclusiva de la ley del Estado en el lugar del arbitraje o de otros Estados en los cuales, probablemente, tendrá que reconocerse o ejecutarse el laudo, o los principios de orden público que las normas de las partes no pueden desplazar.

5. La Unión Soviética propone que en el párrafo 1) se sustituyan las palabras "normas de derecho" por la palabra "derecho", ya que la expresión "normas de derecho" introduce un concepto nuevo y ambiguo que, en la práctica, puede causar grandes dificultades. El concepto tradicional de "derecho" debe conservarse en las actuales normas destinadas a aplicarse en forma universal, no obstante las opiniones, principalmente doctrinarias, de que los árbitros podrán utilizar no sólo el derecho de un Estado, sino también principios y normas extranacionales o no nacionales. A este respecto se mencionan las siguientes normas que reflejan el enfoque tradicional: el artículo VII de la Convención de Ginebra de 1961, el artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y el artículo VII de las Normas de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente (CEPALO) para el arbitraje comercial internacional y principios básicos de la CEPALO para la conciliación, 1966.

6. Chipre declara que, tal vez, la palabra "derecho" (no "normas de derecho") sea la palabra adecuada.

Artículo 28, párrafo 2)

7. Italia propone que se redacte nuevamente el actual párrafo 2) en la forma siguiente:

"Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que estime

[33] A/CN.9/245, párr. 94.

adecuadas, teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en las convenciones o leyes uniformes internacionales existentes, tanto si han entrado en vigor como si no, y, a falta de esas convenciones o leyes uniformes, las leyes del Estado en que las partes tengan su establecimiento".

8. Noruega y la República Federal de Alemania opinan que el párrafo 2) otorga facultades discrecionales excesivas al tribunal arbitral para determinar las normas de conflicto de leyes aplicables. La República Federal de Alemania señala que una regla tan amplia puede, por una parte, colocar a un tribunal arbitral en una posición difícil cuando haya de determinar la norma de conflicto de leyes adecuada y, por otra, dar lugar a una controversia adicional que prolongue las actuaciones.

9. En consecuencia, la República Federal de Alemania propone que, si las partes no convienen en las normas de derecho aplicables, el derecho aplicable deberá determinarse de conformidad con las normas de conflicto de leyes del lugar del arbitraje, siempre que las partes hayan convenido en ese lugar; se estima que, si el lugar del arbitraje ha sido determinado por el tribunal arbitral, las normas de conflicto de leyes de ese lugar no serían adecuadas porque el tribunal arbitral puede orientarse por consideraciones no relacionadas con el asunto litigioso al decidir sobre dicho lugar. Si las partes no han determinado el lugar del arbitraje, se propone que se invoquen las normas de conflicto de leyes más estrechamente vinculadas con el objeto del litigio.

10. Noruega presenta para su examen dos variantes del párrafo 2). La primera dice lo siguiente:

"2) Si las partes no indican la ley aplicable, y siempre que hayan convenido en el lugar del arbitraje, el tribunal arbitral aplicará la ley que determine las normas de conflicto de leyes establecidas en la jurisdicción en que ese lugar esté situado. Si las partes no han convenido en el lugar del arbitraje, pero tienen sus establecimientos pertinentes en el territorio del mismo sistema jurídico, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes de ese sistema. En caso contrario, el tribunal aplicará la ley de la jurisdicción [con la que el litigio tenga una relación más estrecha] [con la que el litigio tenga una relación más adecuada]".

Con respecto a la primera variante, se dice que el actual párrafo 2) parece dar al tribunal arbitral facultades discrecionales demasiado amplias al aplicar las normas de conflicto de leyes y, de este modo, por deducción, decidir sobre la ley aplicable. Si las partes han convenido en el lugar del arbitraje, con frecuencia supondrán que se han de aplicar las normas de conflicto de leyes de ese lugar; no obstante, si las partes no han convenido en dicho lugar, pero resulta que tienen sus establecimientos pertinentes en el mismo Estado, muchas veces contarán con que se apliquen las normas de conflicto de leyes de ese Estado aun cuando el tribunal decida sustanciar las actuaciones en otro Estado. Sin embargo, como Noruega no está convencida de que el método indirecto estipulado en el propuesto párrafo 2) para elegir la ley aplicable sea el más conveniente, y como probablemente la Ley Modelo debería abordar en forma directa el problema y establecer también algunos criterios para la elección, se propone el siguiente texto como segunda variante:

"2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley de la jurisdicción con la que el litigio tenga más [estrecha relación] [adecuada relación]. Si el litigio no tiene más [estrecha relación con] [adecuada relación con] ninguna jurisdicción particular, el tribunal aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes en la jurisdicción del lugar del arbitraje de conformidad con el párrafo 1) del artículo 20".

Artículo 28, párrafo 3)

11. Italia propone que se añada al texto del párrafo 3) la siguiente disposición:

"No obstante dicha autorización, el tribunal arbitral, al adoptar su decisión, garantizará, en la medida más amplia posible, la ejecución del laudo en los Estados con los cuales el litigio tenga una relación importante".

Adición propuesta al artículo 28

12. Los Estados Unidos, recordando la decisión del Grupo de Trabajo de suprimir del artículo 28 el requisito de que el tribunal arbitral decida de conformidad con las estipulaciones del contrato y de que tenga en cuenta los usos mercantiles aplicables a la operación comercial[34], apoyan el restablecimiento de ese requisito. La referencia del tribunal arbitral a las estipulaciones del contrato y a los usos mercantiles es exigida por el párrafo 3) del artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que fue unánimemente recomendado por la Asamblea General en su resolución 31/98, de 15 de diciembre de 1976, como aceptable para países con distintos sistemas jurídicos, sociales y económicos; al recomendar dicho Reglamento, los Estados Miembros de las Naciones Unidas aprobaron la importante política de reconocer la aplicabilidad de las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles para decidir litigios particulares. Cabe observar que una disposición semejante a la propuesta también figura en el artículo VII de la Convención de Ginebra de 1961 y en el artículo 38 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, 1966. Además, se ha reconocido que "la ley aplicable al contrato es, en las relaciones comerciales internacionales, un tema delicado sobre el cual, al final de prolongadas negociaciones, puede ser difícil lograr un acuerdo. Cada parte preferirá que su propia ley sea declarada aplicable, temerosa de las sorpresas que pueda depararle la ley de la otra parte. Por consiguiente, el problema suele quedar pendiente. Ello puede incluso constituir un estímulo para la inserción de una cláusula compromisoria en el contrato, ya que las partes, no sin buenas razones, confían en que los árbitros basarán fundamentalmente sus decisiones en el texto y la historia del contrato y los usos mercantiles[35]. De conformidad con los argumentos señalados, los Estados Unidos proponen que se incluya en el artículo que se

[34] *Ibid.*, párrs. 98 y 99.

[35] Pieter Sanders, "Model rules for international commercial arbitration": UNCITRAL Arbitration Rules, *Proceedings of the Fifth International Arbitration Congress, Nueva Delhi*, 1975, Part C., p. C Ia 13.

comenta un nuevo párrafo, basado en gran medida en el párrafo 3) del artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, redactado en los siguientes términos:

"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."

Artículo 29

Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro

1. Finlandia, Suecia y (con respecto a los laudos) la AIA opinan que, en el caso en que no se pueda obtener una mayoría de votos de los miembros del tribunal arbitral, el árbitro presidente deberá decidir como si fuese un solo árbitro. En apoyo de esta opinión, Suecia indica que, según la experiencia adquirida con la "norma mayoritaria", hay un peligro de que, en el caso en que existan tres opiniones distintas, el árbitro presidente pueda verse tentado a convenir en una solución jurídicamente dudosa a fin de lograr la mayoría necesaria. La AIA reconoce que cualquier modificación del texto en lo que respecta al método de adopción de decisiones entrañaría un cambio de la política que ya se ha establecido, y que también daría lugar a una diferencia con las disposiciones del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; con todo, se sugiere que ello podría originar un problema real, y que las partes pueden sufrir una pérdida total de tiempo y gastos si el arbitraje termina sin que se dicte ningún laudo. Se piensa que la mayoría de los abogados en ejercicio preferirían la solución propuesta.

2. Para los casos en que no pueda obtenerse una mayoría, la República de Corea propone que se vuelva a redactar la segunda oración del artículo 29 en la forma siguiente:

"Salvo estipulación en contrario en un acuerdo de arbitraje, éste caducará en el caso en que haya varios árbitros y los votos afirmativos igualen a los negativos."

3. Italia sugiere que se autorice la adopción de decisiones por correspondencia; sería necesario prever al menos que cuando un árbitro, sin motivo justificado, no concurriese al lugar convenido los demás árbitros podrían continuar las deliberaciones.

4. Noruega, aunque valora la intención de la disposición contenida en la última oración del artículo que se comenta, sugiere que la palabra "presidente" no es precisa. Se propone que se explique esta palabra en la Ley Modelo o, tal vez mejor, que se elimine.

5. Por lo que respecta a la propuesta de Qatar de que en el artículo 11 de la Ley Modelo se prevea una definición del árbitro presidente, véase el párrafo 3 de la recopilación de comentarios sobre el artículo 11.

Artículo 30

Transacción

Austria y México proponen que se supriman las palabras "y el tribunal arbitral no se opone" en el párrafo 1) del artículo 30. Austria estima que esas palabras limitan la autonomía de las partes en una forma injustificada, ya que, si el objeto de la controversia es susceptible de someterse a arbitraje, las partes son libres para llegar a una transacción que resuelva el litigio sin ninguna restricción por parte del tribunal arbitral. A juicio de México, no debe concederse al tribunal arbitral la facultad de oponerse a hacer constar la transacción a que hubieran llegado las partes en el laudo arbitral.

Artículo 31

Forma y contenido del laudo

1. Checoslovaquia sugiere que se declare expresamente que el laudo debe ser definitivo a fin de excluir cualquier inseguridad en cuanto a la decisión sobre el derecho controvertido. Propone además que se añada un párrafo al artículo 31 en los siguientes términos: "un laudo que cumpla todos los requisitos previstos en el presente artículo tendrá fuerza de *res iudicata* y será objeto de ejecución judicial."

2. Noruega opina que en el laudo debería constar si algún árbitro ha discrepado. El árbitro que discrepa ha de estar facultado para declarar en el propio laudo las razones de su discrepancia. Noruega propone que se incluya en el artículo 31 el nuevo párrafo siguiente:

"3 *bis*) En el laudo constará si ha sido dictado por unanimidad. Si ha habido desacuerdo al dictar el laudo, éste dejará constancia del asunto controvertido y del árbitro que ha discrepado. Todo árbitro que discrepe tiene derecho a señalar en el laudo las razones en que se basa su discrepancia".

Artículo 32

Terminación de las actuaciones

Artículo 32, párrafos 1) y 2)

1. La Unión Soviética dice que desde un punto de vista jurídico y técnico las actuaciones arbitrales pueden terminar por un laudo o por una orden del tribunal arbitral, pero no directamente por acuerdo de las partes. El acuerdo de las partes sirve más bien de fundamento para una orden de terminación de las actuaciones. Por este motivo se propone trasladar la referencia al acuerdo de las partes del párrafo 1) al inciso *a)* del párrafo 2) del artículo 32.

Artículo 32, párrafo 2)

2. Austria sugiere que en el inciso *a)* del párrafo 2) del artículo 32 se determinen los criterios para retirar la demanda, a fin de evitar la inseguridad acerca de la terminación de las actuaciones arbitrales. Se propone que el inciso *a)* del párrafo 2) se vuelva a redactar en los siguientes términos:

"a) ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales cuando el demandante retire su demanda, ya sea antes de que se le notifique la contestación del

demandado o con el consentimiento de éste si el demandado ya ha notificado su contestación o mediante la renuncia de los derechos del demandante al objeto del litigio;".

3. A juicio de la Unión Soviética, no es precisa la referencia que figura en el inciso *b)* del párrafo 2) al caso en que la prosecución de las actuaciones resulte innecesaria o inoportuna. Se propone sustituir la palabra "inoportuna", que concede excesivas facultades discrecionales a un tribunal arbitral, por la palabra "imposible" (siguiendo el ejemplo del párrafo 2) del artículo 34 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI) o por la palabra "inútil" u otra análoga.

Artículo 33

Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional

1. Checoslovaquia propone que se limiten las disposiciones sobre la interpretación del laudo a la interpretación de las razones que sirven de fundamento al laudo.

2. La República Democrática Alemana propone que la Ley Modelo no se ocupe de la posibilidad de interpretar un laudo.

3. Los Estados Unidos y Suecia proponen que se vuelva a examinar este artículo con miras a establecer que el tribunal arbitral, que haya recibido una solicitud de una de las partes en virtud de este artículo, estará obligado a conceder a la otra parte una oportunidad para responder a la solicitud. Aunque la propuesta de Suecia no menciona expresamente que se dicte un laudo adicional, la propuesta de los Estados Unidos se refiere a los tres tipos de medidas que se pueden pedir al tribunal arbitral en virtud del artículo que se comenta, es decir, corrección e interpretación del laudo y el dictado de laudos adicionales. En cuanto al plazo que se ha de conceder para responder a una solicitud hecha de conformidad con el artículo que se comenta y para la medida resultante del tribunal arbitral, Suecia considera que un plazo de 30 días es demasiado breve; los Estados Unidos proponen que se estipule que, salvo que las partes hayan acordado lo contrario, el plazo del tribunal arbitral para decidir la solicitud deberá comenzar a correr o bien al presentarse ante el tribunal arbitral la objeción a la corrección, a la interpretación o al laudo adicional o bien al vencer el plazo para presentar dicha objeción.

CAPÍTULO VII. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO

Artículo 34

La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral

El artículo en su conjunto

1. Los Estados Unidos apoyan el principio del artículo 34 que prevé un recurso único, que ha de ejercerse dentro de los tres meses siguientes a la recepción del laudo, para solicitar la nulidad de un laudo por los mismos motivos que prevé el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 en los incisos *a), b), c)* y *d)* de su párrafo 1) y en su párrafo 2). Se considera adecuado incluir entre los motivos de la nulidad la no aplicabilidad de la solución de la controversia por vía de arbitraje, como lo ha hecho el Grupo de Trabajo. El texto actual tiene el efecto útil de prever un recurso único para solicitar la nulidad del laudo en el país en que se dictó y, si la Comisión ha de adoptar el principio combinado de la autonomía territorial, en el país cuya ley de arbitraje han adoptado las partes. El texto también sirve para ajustar los fundamentos de la nulidad con los motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución.

Artículo 34, párrafo 1)

2. Alemania, República Federal de, Austria, Finlandia, el Japón, Noruega y Venezuela sugieren que se eliminen las palabras "con arreglo a esta Ley" colocadas entre el segundo par de corchetes. Al formular esta sugerencia, Finlandia y Noruega se remiten a sus opiniones sobre el ámbito de aplicación territorial de la Ley Modelo (párrafo 1 de la recopilación de observaciones sobre el artículo 1), y Austria se refiere a su criterio sobre el ámbito de aplicación del artículo 27 (párrafo 1) de la recopilación de observaciones sobre el artículo 27). En el contexto de esta sugerencia, se declara lo siguiente: el lugar del arbitraje debe ser el factor exclusivo que determine la aplicabilidad de la Ley Modelo (Austria, Finlandia); el criterio territorial corresponde mejor a la práctica de la mayoría de los países (Finlandia); el criterio relativo al lugar es más fácil de aplicar debido a su carácter específico (República Federal de Alemania); pueden plantearse dudas con respecto a la relación con la ley aplicada cuando las normas de conflicto de leyes de un Estado y el derecho sustantivo de otro Estado o el derecho sustantivo de varios Estados se ha aplicado (República Federal de Alemania); como los Estados tienen probablemente interés en que las normas de la Ley Modelo sean acatadas y respetadas por todos y como las palabras "con arreglo a esta ley" abren la posibilidad de que las partes procedan a la realización de un arbitraje de manera diferente a la prevista en la Ley Modelo, Venezuela se inclina por las palabras "en el territorio de ese Estado"; estas últimas palabras tendrían como resultado que la Ley Modelo tuviese mayor eficacia, porque se regirían por ésta los arbitrajes que se susciten en el Estado que promulgue la Ley Modelo (Venezuela); el principal motivo de la sugerencia es lograr que resulte más claro para el tribunal el criterio de aplicación del artículo 34 (Japón). No obstante, el Japón interpreta que la aprobación de la disposición propuesta no restringiría la libertad de las partes para disponer que las actuaciones arbitrales se rijan por la ley de arbitraje de un Estado distinto del Estado en que tenga lugar el arbitraje y que la ley que aplique el tribunal al anular un laudo dictado en virtud de la ley de arbitraje extranjera elegida por las partes puede ser esa ley de arbitraje extranjera.

3. De las dos opciones presentadas en los corchetes, México sugiere que se conserven las palabras "con

arreglo a esta Ley", ya que el significado de las palabras "en el territorio de este Estado" ya está implícito en el artículo 1 y, por tanto, resulta superfluo incluir esas palabras en el artículo 34.

4. Se propone mantener los dos textos que figuran entre corchetes (Checoslovaquia, Italia) y ligarlos mediante la conjunción "y" (Italia).

5. México expresa dudas sobre la formulación del párrafo 1), ya que estipula que sólo puede recurrirse contra un laudo arbitral mediante una petición de nulidad, cuando en realidad el párrafo 1) del artículo 36 prevé otro recurso contra "el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral", y el párrafo 2) del artículo 16 estipula dos recursos más: la excepción de incompetencia del tribunal arbitral y la excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato. Sugiere, por lo tanto, que se aclare el significado del párrafo 1) del artículo 34.

6. La República Federal de Alemania propone que se armonicen los textos del párrafo 1) del artículo 34 y del apartado v) del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36 sobre la base del texto del párrafo 1) del artículo 34.

7. Japón opina que el "laudo" susceptible de anulación en virtud del artículo 34 debe ser solamente un laudo definitivo sobre el fondo del asunto.

Artículo 34, párrafo 2) a)

8. Las propuestas de Checoslovaquia, Italia y Suecia se refieren a la inclusión de otras causas para pedir la nulidad de un laudo arbitral. Checoslovaquia propone que se añada la siguiente causa en la lista que figura en el inciso *a)* del párrafo 2): "Que el laudo contiene decisiones sobre asuntos impracticables o prohibidos en virtud del derecho del Estado". Italia propone que se considere la posibilidad de incluir entre las causas para impugnar un laudo los motivos de revisión de un laudo arbitral previstos, por ejemplo, en el artículo 831 del Código de Procedimiento Civil Italiano, que incluye, entre otros, los casos en que, después de haberse pronunciado la sentencia se descubren pruebas decisivas ocultadas por la otra parte o se demuestra la falsedad de las pruebas en que se fundó la sentencia. Suecia, observando que las disposiciones que rigen la nulidad de un laudo parecen exhaustivas, opina que los motivos de recusación de un árbitro o la falsedad de las pruebas, por ejemplo, podrían constituir también causas de nulidad de un laudo. Suecia propone que se examine la cuestión de si todos los errores que constituyen motivos de nulidad de un laudo deben tratarse de la misma manera. En lo que respecta a ciertas causas de nulidad, Suecia sugiere que se imponga el requisito de que el vicio haya afectado el resultado del juicio o sea de naturaleza grave.

9. A juicio de la India, el artículo 34 favorece indebidamente a la parte perdedora porque prevé demasiados motivos de impugnación del laudo y un largo plazo para presentar la petición de nulidad.

10. Chipre opina que la palabra "debidamente" en el apartado ii) del inciso *a)* párrafo 2) puede plantear problemas de interpretación y que debería aclararse expresamente en qué casos la designación no ha sido debidamente notificada. El mismo comentario se aplica al apartado ii) del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36.

11. La AIA sugiere que se examine el apartado ii) del inciso *a)* del párrafo 2) a fin de sustituir la frase "no ha podido . . . hacer valer sus derechos" por la frase "no se le ha dado . . . una oportunidad plena y adecuada de hacer valer sus derechos". El texto propuesto estaría en mayor armonía con la disposición de igualdad que figura en el párrafo 3) del artículo 19 (véase también el párr. 8 de la compilación de observaciones sobre el artículo 19, donde se reproduce el comentario de la AIA sobre el párrafo 3) del artículo 19).

12. Venezuela, observando que en la versión española del apartado ii) del inciso *a)* del párrafo 2) las palabras "o árbitros" se han colocado entre paréntesis, sugiere que se eliminen los paréntesis para mayor claridad y porque los paréntesis pueden interpretarse en el sentido de que existen dudas acerca de la conveniencia de conservar esa expresión. Esta observación se aplica también al apartado ii) del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36.

Artículo 34, párrafo 2) b)

13. Polonia expresa dudas con respecto a la adecuación del apartado i) del inciso *b)* del párrafo 2), según el cual se decidirá si la controversia no es susceptible de solución por vía de arbitraje con arreglo a la ley del foro competente para anular el laudo. Aunque conviene aplicar esa norma al reconocimiento y la ejecución de un laudo, no cabe aplicarla a las actuaciones de nulidad del laudo porque las consecuencias de la nulidad no se limitan al Estado del foro sino que lo exceden ampliamente. Se propone que se estudie la posibilidad de reemplazar la frase "según la ley de este Estado" por la frase "en virtud de las normas de derecho aplicables al fondo de la controversia".

14. A juicio de la India, la expresión "orden público" que figura en el apartado ii) del inciso *b)* del párrafo 2) es un tanto vaga.

Artículo 34, párrafo 4)

15. Austria sugiere que se suprima el párrafo 4) porque toda medida que adopte el tribunal arbitral para eliminar las causas de petición de nulidad presupone la anulación del laudo viciado del tribunal.

16. Los Estados Unidos apoyan las disposiciones del párrafo 4) con arreglo a las cuales un tribunal arbitral está facultado, en las circunstancias apropiadas, para subsanar los vicios que pudiera entrañar la anulación del laudo.

17. La República Democrática Alemana sugiere que la facultad de suspender las actuaciones de nulidad de

un laudo se reglamenten en forma más imperativa a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de continuar las actuaciones arbitrales o eliminar los motivos de petición de nulidad.

18. La AIA sugiere que se vuelva a examinar el párrafo 4) y se redacte de forma que se asemeje más a la versión previa de ese párrafo examinada en el último período de sesiones del Grupo de Trabajo[36]. Esto establecería una base más claramente definida y viable para impedir la anulación del laudo en los casos en que el vicio que ha entrañado la petición de nulidad sea relativamente menor o subsanable.

19. A juicio de Japón, el párrafo 4) no estipula claramente las situaciones a las que se aplica y por lo tanto debe seguir examinándose.

CAPÍTULO VIII. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS

Conveniencia de conservar este capítulo

1. Polonia expresa algunas reservas con respecto a las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de los laudos (véanse párrs. 7 y 11, *infra*), pero las aprueba por ser sumamente progresistas y favorables a los laudos arbitrales dictados en virtud de la Ley Modelo; observa que los laudos de que se trata en la Ley Modelo se asemejan más a los laudos arbitrales "internacionales" que a los laudos "extranjeros", tal como se definen en la Convención de Nueva York de 1958.

2. La República de Corea opina que, debido a los complejos problemas de jurisdicción y al ámbito de aplicación, sería mejor reemplazar el párrafo 1) del artículo 37 por las siguientes disposiciones referentes a los laudos dictados en el territorio de "este Estado", los laudos dictados fuera del territorio de "este Estado" en virtud del derecho extranjero, y los laudos dictados fuera del territorio de "este Estado" en virtud de "la presente Ley":

"1) Un laudo arbitral dictado en el territorio de este Estado y en virtud de la presente Ley tendrá el mismo efecto para las partes que una sentencia definitiva dictada por un tribunal ordinario.

"1 *bis*) Un laudo arbitral dictado fuera del territorio de este Estado en virtud de una ley extranjera se reconocerá de conformidad con los principios de reciprocidad y de cortesía internacional determinados por el tribunal (o con arreglo a lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras).

"1 *ter*) Un laudo dictado fuera del territorio de este Estado en virtud de la presente Ley, o dictado en el territorio de este Estado en virtud de una ley extranjera, se reconocerá para su ejecución en este Estado por decisión del tribunal, teniendo en cuenta el derecho internacional tal como se prevé en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y todas las circunstancias pertinentes."

3. Austria sugiere que se supriman las disposiciones del capítulo VIII sobre reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales porque la Convención de Nueva York de 1958 trata adecuadamente la cuestión del reconocimiento y la ejecución de los laudos dictados fuera del territorio del Estado interesado. No es necesario que haya disposiciones sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos dictados en el territorio del Estado interesado porque dichos laudos tienen el mismo efecto jurídico que las decisiones de los tribunales ordinarios; el derecho austriaco no prevé procedimientos especiales para el reconocimiento y la ejecución de laudos, de modo que el laudo es la base suficiente para que se apliquen inmediatamente medidas de ejecución.

4. Suecia pone en tela de juicio la conveniencia de reglamentar la cuestión del reconocimiento y la ejecución de los laudos en una ley modelo, dado que las disposiciones de la Ley Modelo sobre reconocimiento y ejecución difieren en algunos aspectos de las incluidas en la Convención de Nueva York de 1958. Teniendo en cuenta que estas diferencias pueden plantear problemas para los Estados que han adoptado la Convención, Suecia sugiere que se reemplace la reglamentación de estas cuestiones en la Ley Modelo por la recomendación a los Estados que adopten la Ley Modelo de que también se adhieran a la Convención.

5. Finlandia opina que la Ley Modelo no debe contener disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, a menos que sean más favorables al reconocimiento y la ejecución de dichos laudos que las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958. La razón es que el Estado que no quiere ser parte en la Convención no aceptará la Ley Modelo. En lo que respecta a los laudos dictados en el Estado en que se pide el reconocimiento o la ejecución, es decir, a los laudos distintos de los laudos extranjeros, sólo debe permitirse la denegación del reconocimiento o la ejecución por las causas previstas en el apartado v) del inciso *a)* y en el inciso *b)* del párrafo 1) del artículo 36.

6. La AIA estima que para lograr un nivel aceptable de armonización debe establecerse una base relativamente simple y bien definida para la adopción tanto de medidas de impugnación como de ejecución. Además, para que haya compatibilidad con el actual régimen internacional, es importante que no se perturbe la aplicación de la Convención de Nueva York de 1958; o, en caso de que se hagan modificaciones, éstas deben ser comprensibles para los tribunales de los países que adopten la Ley Modelo y los abogados que ejerzan en esas jurisdicciones. En realidad, es preferible que la Ley Modelo no se ocupe de la cuestión del reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Esta cuestión debería regirse por la Convención de Nueva York de 1958 y toda mejora debería introducirse mediante enmiendas a la Convención por protocolo, o,

[36] 36/ A/CN.9/246, párr. 126.

como se ha sugerido[37], mediante el logro de un criterio más unificado para interpretar la Convención. En cuanto a la ejecución de laudos en arbitrajes internacionales celebrados dentro del territorio del Estado pertinente, se considera satisfactorio el artículo 35 en lo concerniente a los mecanismos. Sin embargo, se señala el hecho de que las causas para denegar el reconocimiento o la ejecución previstas en el artículo 36 han sido tomadas directamente de las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958. Esta Convención fue especialmente concebida para reglamentar la ejecución de laudos extranjeros y supone que dichos laudos habrán sido sometidos a la supervisión de los tribunales en el Estado en el que fueron dictados. Se sugiere que se examine el artículo 36 a la luz del hecho de que los laudos "nacionales" no habrán sido sometidos a la supervisión de ningún tribunal de otro Estado. En otras palabras, si la cuestión de la ejecución de los laudos extranjeros se trata en un artículo separado, que simplemente aplica los criterios de la Convención de Nueva York de 1958 (como ocurre por ejemplo en la ley inglesa de arbitraje de 1975), entonces, otro artículo podría ocuparse de la denegación de la ejecución de un laudo nacional. Dicho artículo no partiría del supuesto de que el laudo ha sido sometido a la supervisión de un tribunal en el Estado en que ha sido dictado.

7. Polonia opina que no está claro de qué modo debe aplicarse la Convención de Nueva York de 1958 a los laudos a que hace referencia el actual capítulo VIII de la Ley Modelo, y que la Ley Modelo debería eliminar esta incertidumbre.

8. Italia observa que, según la definición de arbitraje comercial internacional suministrada en el artículo 1 para la Ley Modelo en general, los artículos 35 y 36 se refieren a los laudos dictados en relación con dicho tipo de arbitraje. Se sugiere que este punto se exprese en el texto de los artículos.

Requisito de reciprocidad como condición para el reconocimiento o la ejecución

9. Checoslovaquia sugiere que se añada una nueva disposición que estipule que los laudos dictados en un país distinto del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución, se reconozcan o ejecuten previa garantía de reciprocidad.

10. Noruega, refiriéndose a sus observaciones sobre los artículos 1 y 34 (véanse el párr. 1 de la compilación de observaciones sobre el artículo 1 y el párr. 2 de la compilación de observaciones sobre el artículo 34), en las cuales apoya la idea de que el criterio para definir el ámbito de aplicación territorial de la Ley Modelo debe ser el territorio del Estado en que se realizó el arbitraje, afirma que una consecuencia natural, incluso necesaria, de esta opinión sería la sujeción del reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros a la reciprocidad. Sugiere que se estudie la posibilidad de incluir esa condición en el texto, al menos para el caso de los laudos extranjeros que no se basen en la Ley Modelo, es decir, los laudos relativos al arbitraje comercial internacional, tal como se definen en el artículo 1, basados en reglamentaciones diferentes de las de la Ley Modelo. Sin embargo, observa que la propia naturaleza del concepto de Ley Modelo dificulta la distinción entre los laudos comerciales internacionales que están basados en dicha Ley y aquéllos que no lo están; si las normas uniformes se adoptaran en forma de convención, quizá podrían distinguirse fácilmente los laudos extranjeros que están basados en las normas uniformes (laudos dictados en los Estados Contratantes) de los que no lo están.

11. Polonia, observando que la Ley Modelo no exige la reciprocidad para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, opina que la cuestión es controvertible y propone que se incluya en la Ley Modelo el derecho de los signatarios a expresar reservas al respecto.

12. A fin de evitar las dificultades que pudieran surgir en la aplicación de la Ley Modelo, al menos para algunos Estados, la Unión Soviética cree que convendría estudiar la posibilidad de incluir en este artículo, siguiendo el ejemplo de la Convención de Nueva York de 1958, una disposición con arreglo a la cual la aceptación de la Ley Modelo estuviera sujeta a la condición de reciprocidad en lo que respecta a la aplicación del artículo 36 a los laudos arbitrales internacionales.

13. Los Estados Unidos, refiriéndose a una opinión expresada por el Grupo de Trabajo en su séptimo período de sesiones[38], afirman que a su juicio la libertad de todo Estado a aplicar el artículo 35 con sujeción exclusivamente al principio de reciprocidad tal como éste se expresa en su legislación nacional está plenamente garantizada.

"Doble control" de los laudos

14. Con respecto al derecho de una parte a oponerse al reconocimiento y la ejecución de un laudo, los Estados Unidos apoyan la opinión que prevaleció en el séptimo período de sesiones del Grupo de Trabajo, en el sentido de que "convenía que las partes tuviesen libertad para recurrir al sistema alternativo de excepciones que se reconocía en la Convención de Nueva York de 1958 y que convenía mantener en la Ley Modelo"[39]. Esto significa que las excepciones pueden oponerse mediante un procedimiento de nulidad o una solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo. En el debate sobre los artículos 34 y 36 celebrado por el Grupo de Trabajo en su séptimo período de sesiones, se expresó preocupación ante las decisiones contradictorias que, durante los tres primeros meses posteriores a la emisión de un laudo, pudieran derivarse del derecho de una parte a oponerse a un laudo mediante cualquiera de los dos procedimientos: la petición de nulidad al tribunal indicado en el artículo 6, o la presentación

[37] A.J. van den Berg, *The New York Convention of 1958*, (Deventer, Kluwer 1981).

[38] A/CN.9/246, párr. 144.

[39] *Ibid.*, párr. 154.

de objeciones al reconocimiento o la ejecución[40]. Una de las soluciones que se sugirió posteriormente fue la de prever una suspensión obligatoria de las decisiones sobre el reconocimiento o la ejecución para el caso de que ya se hubieran iniciado las actuaciones de nulidad. A juicio de los Estados Unidos, el párrafo 2) del artículo 36 ya se ocupa en forma práctica del problema del "doble control" puesto que faculta al tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución para aplazar su decisión sobre la cuestión y, cuando proceda, ordenar a la otra parte que dé garantías.

Artículo 35

Reconocimiento y ejecución

1. Aunque la India aprueba el tratamiento uniforme de los laudos internacionales independientemente del país en que se hayan emitido, sugiere que se incluyan algunas disposiciones sobre procedimientos técnicos para la ejecución del laudo, teniendo en cuenta las dificultades que se plantean en la aplicación de la Convención de Nueva York de 1958.

2. La Unión Soviética observa que la Ley Modelo no incluye ninguna disposición que determine expresamente el momento en que un laudo arbitral dictado en "este Estado" adquiere el carácter de vinculante para las partes, y que el párrafo 1) del artículo 35, en el que se dispone que "un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante", no especifica a partir de qué momento. Observa también que según el apartado v) del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36, el reconocimiento o la ejecución de un laudo pueden denegarse si "no es aún obligatorio para las partes". Se sugiere que, cuando un laudo se dicte en un Estado extranjero, la cuestión del momento a partir del cual es "vinculante" se decida con arreglo al derecho de dicho Estado extranjero, y que cuando un laudo se dicte en "este Estado", la cuestión se decida sobre la base de "la presente Ley". Por lo tanto, se propone aclarar este punto estipulando, por ejemplo, que el laudo es vinculante para las partes a partir de la fecha en que haya sido dictado o de la fecha en que haya sido comunicado a cada parte (párrafos 3) y 4) del artículo 31) o que, de no haberse dispuesto otra medida, el laudo esté "sujeto a ejecución inmediata" o algo por el estilo.

3. Los Estados Unidos apoyan la política del artículo 35 que, en un solo artículo, estipula condiciones uniformes para el reconocimiento y la ejecución de laudos en el arbitraje comercial internacional independientemente del lugar en que hayan sido dictados. Señala que, como observó el Grupo de Trabajo en su quinto período de sesiones, la inclusión de disposiciones relativas al reconocimiento y la ejecución, no solamente de laudos nacionales, sino también extranjeros, en el país que adopta la Ley Modelo, puede considerarse como "un paso importante hacia la creación, como complemento de la red multilateral y bilateral, de un sistema unilateral de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y extranjeros[41]." Los Estados Unidos expresan su satisfacción ante el hecho de que las contradicciones que pudiera haber entre el régimen jurídico de la Ley Modelo y la Convención de Nueva York de 1958 se resolverían con arreglo al párrafo 1) del artículo 1, que dispone concretamente que la Ley Modelo se aplicará "sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado." La posibilidad de conflicto entre ambos regímenes se ve reducida aún más por la disposición referente al "derecho más favorable" del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York de 1958.

Artículo 36

Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

Artículo 36, párrafo 1)

1. La Argentina expresa la opinión de que el artículo 36 deberá interpretarse en el sentido de que el laudo no podrá reconocer cuando según el tribunal los árbitros hayan actuado sin jurisdicción arbitral o hayan invadido la jurisdicción exclusiva del tribunal ante el que se pide el reconocimiento o la ejecución.

2. Los Estados Unidos, observando que el párrafo 1) del artículo 36 extiende el ámbito de aplicación de sus disposiciones a los laudos de arbitraje internacional sin tener en cuenta el lugar en que hayan sido dictados, afirma que un examen de dichas disposiciones demuestra que no todos los motivos de denegación del reconocimiento o la ejecución pueden aplicarse igualmente a los laudos "nacionales" y a los laudos "extranjeros". Los Estados Unidos estiman que en el próximo período de sesiones de la Comisión todas las disposiciones deben volver a examinarse a la luz de una decisión, que aún ha de adoptarse, sobre el ámbito de aplicación territorial de la Ley Modelo.

3. En cuanto a la opinión de Finlandia de limitar los motivos de reconocimiento o ejecución de los laudos dictados en el territorio del Estado en que se pide el reconocimiento o la ejecución, a los motivos mencionados en el apartado v) del inciso *a)* y en el inciso *b)* del párrafo 1) del artículo 36, véase el párr. 5 de los comentarios, la compilación de observaciones sobre el capítulo VIII de la Ley Modelo.

Artículo 36, párrafo 1) a) *i)*

4. A juicio de Chipre, debe mejorarse la frase "o si nada se hubiera indicado a este respecto" que figura en el apartado i) del inciso *a)* del párrafo 1) para lo cual sugiere que se reemplace por la frase "o si las partes no hubieran elegido la ley aplicable".

Artículo 36, párrafo 1) a) *ii)*

5. Chipre formula dos comentarios sobre el apartado ii) del inciso *a)* del párrafo 1). El primero se refiere a la palabra "debidamente" y se recoge en el párr. 10 de la compilación de observaciones sobre el artículo 34. El otro se refiere a las palabras "o no ha podido, por

[40] *Ibid.*, párr. 152.

[41] A/CN.9/233, párr. 129.

cualquier otra razón, hacer valer sus derechos", que considera una fórmula muy amplia; estima que deben precisarse exactamente cuáles son las causas que impiden hacer valer los propios derechos y que debe darse al tribunal la facultad discrecional de denegar el reconocimiento y la ejecución cuando considere que las causas alegadas en esas circunstancias particulares son razonables.

6. Por lo que respecta a la observación de Venezuela sobre el texto español de la Ley Modelo, que se aplica tanto al apartado ii) del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36 como al apartado ii) del inciso *a)* del párrafo 2) del artículo 34, véase el párr. 12 de la compilación de observaciones sobre el artículo 34.

Artículo 36, párrafo 1) a) *iv)*

7. A juicio de Chipre, la frase "el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo", que figura en el apartado iv) del inciso *a)* del párrafo 1), es tan amplia que proporciona a una de las partes un fundamento para objetar las mínimas desviaciones del procedimiento.

8. En opinión de México, la frase "que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje", que figura en el apartado iv) del inciso *a)* del párrafo 1), es incongruente con lo dispuesto en el párrafo 3) del artículo 11, en el que esta Ley Modelo señala el procedimiento de arbitraje que debe seguirse en el caso de que las partes no acuerden libremente dicho procedimiento. No es, pues, "la ley del país donde se efectuó el arbitraje", la que debe seguirse, sino la presente Ley, es decir, la Ley Modelo. Además, esta solución y el uso de dicha nueva terminología coincidiría con lo dispuesto en el apartado iv) del inciso *a)* del párrafo 2) del artículo 34.

Artículo 36, párrafo 1) b) *ii)*

9. La India sostiene la opinión de que la expresión "orden público", que figura en el apartado ii) del inciso *b)* del párrafo 1), es demasiado vaga y da lugar a interpretaciones contradictorias.

10. Qatar señala que el artículo 36 rige la cuestión de la denegación del reconocimiento o la ejecución de un laudo en cualquier Estado que adopte la Ley Modelo y que, con arreglo al apartado ii) del inciso *b)* del párrafo 1), se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo cuando el reconocimiento o la ejecución serían contrarios al orden público del Estado de que se trate. Se considera que cuando un laudo es válido y vinculante en un país de modo que la cuestión se limita sólo al reconocimiento o ejecución de ese laudo en otro país, el orden público del país del reconocimiento o la ejecución debe respetarse en el sentido más estricto, es decir, sólo con respecto a las actuaciones necesarias para el reconocimiento o la ejecución. Normalmente las actuaciones prevén una medida coactiva para asegurar el pago de una suma de dinero u otras medidas ejecutorias que, en sí mismas, con independencia del objeto del litigio y de las normas jurídicas aplicadas por el tribunal arbitral, no constituyen un abuso del orden público de un país. Estas normas jurídicas, dado que se aplican al objeto del litigio, podrían considerarse incompatibles con el orden público del país de la ejecución o el reconocimiento, aunque no sean incompatibles con el orden público del país donde, o conforme a cuyo derecho, se dictó el laudo arbitral. Cuando los derechos de las partes se determinen en forma pecuniaria, mediante el reconocimiento de un título o en otro modo que por sí mismo no afecte el orden público del país del reconocimiento o la ejecución, la causa del orden público no debe aplicarse para denegar el reconocimiento o la ejecución. De otra manera, ello significaría reabrir el examen del litigio respecto al cual ya se ha adoptado una decisión y, como consecuencia de esa medida, perderían utilidad las actuaciones arbitrales y se menoscabaría la confianza necesaria en las operaciones en general y en las operaciones internacionales en particular. En apoyo de esa opinión, Qatar señala que muchos Estados, entre ellos los Estados Unidos de América, tienen leyes y determinada jurisprudencia que prevé esa interpretación estricta del orden público. En consecuencia, sugiere que se incorpore al final del apartado ii) del inciso *b)* del párrafo 1) el texto siguiente:

> "Al decidirse si el laudo sería contrario al orden público del Estado, no se volverá a examinar el objeto del litigio con respecto al que se hubiese adoptado una decisión mediante ese laudo, y la decisión se relacionará sólo con las actuaciones o medidas necesarias para el reconocimiento o la ejecución".

Adición propuesta al artículo 36

11. Noruega propone insertar el siguiente nuevo párrafo en el artículo 36:

> "2 *bis*) Si no se ha presentado una petición de nulidad del laudo dentro del plazo establecido en el párrafo 3) del artículo 34, la parte contra la que luego se pida el reconocimiento o la ejecución sólo podrá oponer las objeciones que se mencionan en los apartados i) o v) del inciso *a)* o en el inciso *b)* del párrafo 1) del presente artículo".

C. *Observaciones sobre otros puntos*

Sugerencias para añadir determinadas definiciones

Reconvención

1. Los Estados Unidos y Noruega señalan que en la Ley Modelo no se hace ninguna referencia a las reconvenciones y que en la inteligencia del Grupo de Trabajo las disposiciones de la Ley Modelo que se refiriesen a la demanda se aplicarían *mutatis mutandis*, a las reconvenciones[42]. No obstante, Noruega propone, en pro de la claridad y la información, que se incluya en el artículo 2 una disposición al efecto de que, salvo declaración en contrario, toda disposición que se refiera a la demanda se aplicará, *mutatis mutandis*, a las reconvenciones; pero cabe señalar que sería necesario hacer una examen cuidadoso con respecto a las excepciones a ese principio que equipara la reconven-

[42] A/CN.9/246, párrs. 73 y 196.

ción a la demanda. Los Estados Unidos consideran que es conveniente que se incluya en la Ley Modelo una declaración expresa que autorice y reglamente las reconvenciones, y proponen que esta inclusión se haga añadiendo una referencia a las reconvenciones en los párrafos 1) y 2) del artículo 23 (también en el párrafo 2) del artículo 16) o incorporando una disposición general en el artículo 2 al efecto de que todas las referencias a la demanda y a las excepciones se apliquen, *mutatis mutandis*, a las reconvenciones.

2. México propone que se añada después de la primera frase del párrafo 1) del artículo 23 que contempla la respuesta a los extremos alegados en la demanda, las palabras "y en su caso, presentar reconvención".

3. Checoslovaquia sugiere que se añada, en el lugar pertinente, la siguiente disposición:

> "El tribunal arbitral tendrá la facultad de sustanciar las actuaciones hasta el término de la audiencia también con respecto a las reconvenciones contempladas en el acuerdo de arbitraje y a las acciones opuestas por vía de compensación en forma de contestación".

"Este Estado"

4. México propone que se añada al artículo 2 una definición de la expresión "este Estado", que se usa en varios artículos de la Ley Modelo que indique que se trata del país que adopte la Ley Modelo.

"Parte"

5. La India propone que se añada al artículo 2 un apartado en el que se defina como "parte" toda "persona física o jurídica que haya celebrado un acuerdo de arbitraje, aunque no se nombre o identifique en el acuerdo".

"Autoridad nominadora"

6. La República Democrática Alemana señala que la expresión "autoridad nominadora" se emplea en el artículo 11 pero no se define en la Ley Modelo. Sugiere que se incluya una definición de esa expresión en el artículo 2.

"Laudo"

7. México propone que se precise en el artículo 2 qué tipos de resoluciones del tribunal de arbitraje quedan comprendidos en la palabra "laudo", a que se refieren el párrafo 1) del artículo 34 y otros artículos que distinguen varias clases de laudos (p. ej. art. 16.3)). (Con respecto a los tipos de laudo que pueden ser objeto de una declaración de nulidad en virtud del artículo 34, véanse las observaciones de Austria, Noruega y Polonia con respecto al artículo 16 (párr. 7 de la compilación de observaciones sobre el artículo 16) y las observaciones del Japón sobre el artículo 34 (párr. 7 de la compilación de observaciones sobre el artículo 34)).

Sugerencias para incluir nuevas disposiciones sobre otras cuestiones

Cómputo de los plazos

8. Noruega propone que se incluya una disposición general sobre el cómputo de los plazos, en particular para establecer si debe computarse el primero y/o el último día del plazo y la prórroga de éste cuando su último día fuera inhábil para actuaciones judiciales (se hace referencia a los artículos 28 y 29 de la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 1974)[43])).

Carga de la prueba

9. La Unión Soviética considera que, desde un punto de vista práctico, vale la pena seguir el ejemplo del artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, otras normas internacionales y nacionales conocidas, así como las leyes de arbitraje, e incluir en la Ley Modelo (por ejemplo, como artículo 24 *bis)* una indicación al efecto de que cada una de las partes asuma la carga de la prueba de los hechos en que se base, y que los árbitros tengan la facultad de exigir que las partes presenten otras pruebas. Si bien estas cuestiones pueden resolverse, al menos indirectamente, mediante la norma general contenida en el párrafo 2) del artículo 19, su importancia requiere que la Ley Modelo las contemple en una forma más clara y directa.

10. A fin de esclarecer las responsabilidades de las partes y del tribunal arbitral, los Estados Unidos estiman que sería útil añadir en el artículo 24 una declaración relativa a la carga de la prueba, a saber que "cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus demandas o contestaciones". La misma terminología se encuentra en el párrafo 1) del artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. A falta de esa terminología, puede que en algunas ocasiones las partes no actúen con diligencia o los tribunales arbitrales crean erróneamente que desempeñan una función de investigación.

Deposición de testigos

11. Los Estados Unidos proponen que se contemplen mediante disposiciones determinadas de la Ley Modelo dos aspectos del procedimiento arbitral pertinentes a la deposición de testigos. En primer lugar, sería prudente añadir una disposición por la que "el tribunal arbitral es libre de decidir la forma en que ha de interrogarse a los testigos, salvo acuerdo en contrario de las partes". Esta terminología sigue el modelo del párrafo 4) del artículo 25 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Esta facultad está implícita en el párrafo 2) del artículo 19 de la Ley Modelo, que confiere al tribunal arbitral facultad de dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, con sujeción a lo acordado por las partes y a otras disposiciones de la Ley Modelo. Pero la forma de interrogar a los testigos se plantea en casi todas las actuaciones arbitrales internacionales, y sería conveniente que existiera una disposición concreta en la que pueda basarse la opinión de que este asunto queda

[43] A/CONF.63/15.

sujeto a la decisión del tribunal arbitral. En segundo lugar, los Estados Unidos sugieren que se incluya una disposición por la que "los testigos podrán también presentar sus deposiciones por escrito y firmadas". Al incluir una disposición de esta índole en la Ley Modelo, como se hace en el párrafo 5) del artículo 25 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, se aclararía que las partes en las actuaciones del arbitraje comercial internacional tienen a su disposición este método útil, y en ocasiones necesario, de presentar deposiciones.

Cuestiones de conflicto de leyes

12. La República Democrática Alemana observa que la Ley Modelo no contiene normas sobre determinados conflictos de leyes; por ejemplo, normas sobre el derecho aplicable a los acuerdos de arbitraje y sobre el derecho aplicable a los laudos sobre el fondo de una cuestión, y que los proyectos preliminares contenían propuestas de esas normas que, al parecer, respondían al carácter y la finalidad de la Ley Modelo. Se sugiere la conveniencia de volver a examinar esas normas.

Costas de las actuaciones arbitrales

13. Qatar, la República Democrática Alemana y Suecia sugieren que la Ley Modelo contemple la cuestión de las costas de las actuaciones arbitrales. En la opinión de la República Democrática Alemana, la Ley Modelo debe reglamentar los principios en materia de costas, incluso la distribución de las mismas y la obligación de efectuar pagos anticipados, y que podrían servir como modelo para esa reglamentación el artículo 38, el párrafo 1) del artículo 40 y el párrafo 1) del artículo 41 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Qatar propone que se incluyan disposiciones relativas a las costas del arbitraje, depósitos en concepto de anticipo de las costas y el prorrateo de las costas definitivas entre las partes; subrayando la importancia de esas disposiciones para la sustanciación ordenada del arbitraje internacional, Qatar sugiere que las disposiciones que se incluyan sigan el modelo de los artículos 38 a 40 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Suecia, considerando que las costas de arbitraje constituyen una cuestión importante, señala que la Ley Modelo es bastante detallada en otros aspectos y que, por consiguiente, se percibe la falta de disposiciones sobre costas como un defecto.

14. Con respecto a la propuesta de Finlandia de que se prevea el efecto del incumplimiento de una de las partes de pagar lo que le corresponde del anticipo a los árbitros, véase el párr. 1 de la compilación de observaciones sobre el artículo 11.

Otras observaciones

Modificación y enmienda de los contratos

15. La República Federal de Alemania observa que la cuestión de si un tribunal arbitral debe tener la facultad de modificar un contrato a fin de poder adaptarlo a una situación diversa o enmendarlo se está examinando en una escala internacional amplia. La República Federal de Alemania entiende que la falta de una disposición sobre ese punto significa que no existe la intención de conceder al tribunal arbitral este tipo de facultad. La delegación de la República Federal de Alemania propugnó que no se incluyera ese tipo de disposición en la Ley Modelo y sigue sosteniendo esa posición. Se estima que el argumento que se opone a la inclusión de una disposición al respecto no es tanto que la adaptación de los contratos entraña cuestiones de derecho de fondo, mientras que la Ley Modelo es una ley sobre el procedimiento, sino que la actividad del tribunal arbitral se concentra en la interpretación y aplicación de acuerdos contractuales y disposiciones jurídicas. La facultad de modificar y enmendar contratos, tal como la que se confiere a los tribunales de la República Federal de Alemania, sería a menudo la mejor forma de llegar a un arreglo del litigio en función de la justa reconciliación de intereses. Sin embargo, no parece apropiado que se incluya una disposición de este tipo en la Ley Modelo. Si las partes en el acuerdo de arbitraje han previsto la posibilidad de introducir modificaciones o enmiendas en el contrato, el tribunal arbitral podrá adoptar las medidas adecuadas. No es preciso que un acuerdo de este tipo se formule *expresis verbis;* puede deducirse del significado y de la finalidad del acuerdo. Pero si las partes no desean un arbitraje de esta índole, no se les debe imponer.

Comentario sobre la Ley Modelo

16. En la opinión de la CCE sería conveniente que la Comisión aprobara un informe conjuntamente con la Ley Modelo. Ese informe debería, en su primera parte, explicar el carácter de la Ley Modelo en el sistema del derecho internacional, indicar el procedimiento que podría aplicarse para incorporarla a los sistemas jurídicos nacionales y examinar la relación de esa ley, ya incorporada en el sistema jurídico de un Estado, con los acuerdos internacionales celebrados por ese Estado y sus vinculaciones con otras normas jurídicas sobre arbitraje vigentes en ese Estado. Pero se observa que en vista de la diversidad de los sistemas jurídicos que podría adoptar la Ley Modelo, ese informe sólo podría proporcionar directrices generales orientadas principalmente a los Estados que estén menos familiarizados con el procedimiento arbitral. En su segunda parte, el informe debería contener un comentario analítico, artículo por artículo, de la Ley Modelo, que explicara brevemente las razones por las que se adoptan determinadas soluciones.

Redacción

17. La Unión Soviética dice que parte del supuesto de que, durante el período de sesiones de la Comisión, se prestará atención a la necesidad de establecer versiones congruentes de la Ley Modelo en otros idiomas, al empleo uniforme de terminología (p. ej. las expresiones "país" y "Estado", especialmente en los artículos 35 y 36), a los títulos de cada uno de los capítulos y artículos y a otros asuntos análogos.

18. La AIA sugiere que se examine el texto para determinar si las palabras "territorio", "país" y "Estado" se emplean correctamente en sus respectivos contextos.

[A/CN.9/263/Add.1]

ADICIÓN

Introducción

1. La presente adición al documento A/CN.9/263 contiene una compilación de las observaciones recibidas entre el 31 de enero y el 29 de marzo de 1985 de los siguientes Estados y organizaciones internacionales: Canadá, Sudán, Yugoslavia; Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano (AALCC)[1], Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (Conferencia de La Haya)[2], y Cámara de Comercio Internacional (CCI)[3].

2. La estructura y la forma de presentación utilizadas en esta edición son las mismas que las utilizadas en el documento A/CN.9/263[4].

Compilación analítica de las observaciones

A. *Observaciones generales sobre el proyecto de texto*

1. El Canadá opina que la Ley Modelo constituye un importante progreso hacia el logro de un conjunto de normas simples y prácticas que valoricen y fomenten los arbitrajes internacionales. En general, la Ley Modelo está adecuadamente concebida para alcanzar los objetivos fundamentales del arbitraje comercial internacional, a saber, que las actuaciones sean rápidas, de un costo razonable e imparciales y el apoyo judicial, limitado pero eficaz. El proyecto plantea varios problemas de redacción y procesales, pero ninguno parece reflejar un concepto que sea inaceptable para el Canadá o contradiga los principios subyacentes en los dos sistemas jurídicos del país, a saber, el *common low* y el derecho civil.

2. La CCI opina que las discrepancias entre distintas leyes de arbitraje nacionales y las dificultades que tiene un empresario internacional para prever cómo obtendrá la solución de una controversia se resolverá dentro de determinado sistema jurídico y la ejecución del laudo resultante por la judicatura de otro sistema jurídico, exige una armonización de la leyes que rigen la solución de controversias resultantes de transacciones internacionales. Ya se han adoptado medidas importantes a través de los múltiples acuerdos y convenios bilaterales y multilaterales vigentes. La armonización debe lograrse preferiblemente mediante la elaboración de una Ley Modelo, no de un convenio, ya que, como demuestra la experiencia, ese tipo de instrumento tiene menos aceptación entre un gran número de naciones, a menos que lleve incorporadas importantes reservas, con lo cual se reduce su valor de instrumento uniforme. La necesidad de una Ley Modelo será ponderada en forma distinta por los países industrializados con una larga tradición comercial y una gran experiencia en la solución de controversias y por los países que se están integrando en la comunindad mercantil internacional. Por lo tanto, la CCI estima que la Ley Modelo no debe restringir la libertad de las partes de decidir la forma de arbitraje que les conviene ni suprimir conceptos y prácticas vigentes en distintas partes del mundo. Una Ley Modelo debe constituir un marco normalizado para los requisitos que se consideran universalmente indispensables para garantizar el debido proceso, la imparcialidad y la igualdad, es decir, los principios fundamentales de la justicia. Por lo tanto, en el caso de algunas cuestiones particualres que plantea la Ley Modelo con respecto a las cuales existen importantes diferencias de opinión, concepto y tradición entre las naciones que tienen relaciones comerciales, la CCI prefiere que éstas se desarrollen libremente y sin trabas antes de modificar los conceptos y las prácticas actualmente en vigor en varios países. De este modo, en vez de que la Ley Modelo proporcione una reglamentación detallada que trate con un alto grado de precisión y certeza un problema particular para el cual varios países proponen distintas soluciones, la CCI apoya la idea de que se adopte un denominador común. Es poco probable que una Ley Modelo que imponga soluciones que las naciones receptoras consideren foráneas reciba aceptación general y, por lo tanto, sería contraproducente.

B. *Observaciones concretas sobre cada artículo en particular*

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1

Ámbito de aplicación

Ámbito de aplicación territorial

1. El AALCC, observando que la Ley Modelo no contiene ninguna disposición sobre el ámbito de aplicación territorial, opina que la Ley Modelo no debe estipular límites territoriales.

Prevalencia del derecho convencional sobre la Ley Modelo

2. El AALCC recomienda que en el párrafo 1) de la versión inglesa se reemplace la frase *"which has effect in this State"* por la frase *"which is in force in this State"*.

Ámbito de aplicación en cuanto al fondo: "Arbitraje comercial internacional"

"Comercial"

3. Refiriéndose a la definición de "comercial", el Canadá afirma que no es una práctica habitual en la

[1] Las observaciones del AALCC reflejan las opiniones unánimes o predominantes expresadas en ocasión del examen del proyecto de Ley Modelo realizado durante el 24.° período de sesiones de su Subcomité de Asuntos de Derecho Mercantil Internacional (Katmandú, Nepal, 7-12 febrero 1985).

[2] Las observaciones fueron presentadas por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya. Cuando sea la propia Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado quien haga las observaciones, como en el caso del artículo 27, el nombre de la organización internacional no se abreviará.

[3] Los comentarios de la CCI fueron aprobados por su Comisión sobre Arbitraje Internacional el 29 de noviembre de 1984.

[4] A/CN.9/263, párrs. 4-6 y la introducción.

redacción de leyes proporcionar definiciones en notas a pie de página, pero que de todos modos cualquier tribunal competente que decida que en su legislación de arbitraje se necesita una definición de "comercial" aplicará sus propias técnicas de redacción e interpretación al respecto. A juicio del Canadá, la definición de "comercial" comprende todas las actividades mercantiles del gobierno y sus organismos, incluidos los préstamos a otros Estados expuestos al riesgo inherente en la soberanía. Si no se tiene intención de que tales actividades o préstamos gubernamentales queden incluidos en la definición habrá que decirlo explícitamente. Sería preferible incluir esas actividades en la Ley Modelo y dejar al gobierno que desee excluirlas la opción de señalar el hecho en su legislación.

4. El AALCC recomienda que, en vez de una lista ilustrativa se proporcione una definición de la palabra "comercial" y se incluya en el texto del artículo 1.

5. A juicio de la CCI, no es aconsejable incluir la definición del término "comercial" en una nota a pie de página. Dicho término es fundamental para el ámbito de aplicación de la Ley Modelo y su definición debe incluirse en el cuerpo de la ley. La CCI no estima que la ley deba lograr una armonización del concepto "comercial". Por el contrario, deben respetarse las diversas interpretaciones y significados propuestos por distintos países, pero la ley debe desarrollar las definiciones de manera que los ejemplos que finalmente se incluyan en la Ley Modelo sean precisos y sirvan de guía a las personas que participen en el arbitraje. La CCI añade que sería indispensable para la utilidad de la Ley Modelo aclarar si se aplica también a las transacciones comerciales efectuadas por Estados soberanos y empresas estatales.

"Internacional"

6. En lo que respecta al término "internacional", la CCI opina que la actual solución de transacción en el párrafo 2) del artículo 1 es aceptable. La CCI lo interpreta en el sentido de que se refiere al caso común en que dos partes que tienen sus establecimientos en el mismo país firman un contrato que ha de ejecutarse en otro país.

Lugares, que no sean establecimientos, determinantes del carácter internacional del arbitraje (artículo 1, inciso b) *del párrafo 2))*

7. El Canadá observa que aquellos a quienes consultó, incluidos sus gobiernos provinciales, expresaron preocupación ante el hecho de que en virtud del inciso *b)* del párrafo 2) un arbitraje es internacional por el mero hecho de que el lugar del arbitraje se encuentre fuera de la jurisdicción. Esto podría dar lugar a un "estudio del mercado de foros" que sería inaceptable para algunos sistemas jurídicos.

Otro vínculo internacional más (artículo 1, párrafo 2), inciso c)*)*

8. A juicio del Canadá, el inciso *c)* del párrafo 2) es demasiado vago. El Canadá no ve claramente cuál es el propósito de este inciso y estima poco probable que haya muchos sistemas jurídicos, especialmente los que se rigen por el *common low,* que acepten la disposición.

9. Yugoslavia opina que la definición de "internacional" que figura en el artículo 1 es demasiado amplia dado que, de conformidad con el inciso *c)* del párrafo 2), un laudo arbitral se considera internacional cuando ambas partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado y "la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada de algún otro modo con más de un Estado". Además, la definición de arbitraje comercial internacional supone que el tribunal arbitral puede examinar cuestiones de fondo para determinar su competencia, lo cual es contrario a la práctica internacional existente. Dado que semejante solución podría dar origen a situaciones complejas, se propone simplificar el artículo 1 a fin de asegurar una determinación efectiva de la competencia del tribunal arbitral. Las soluciones que se proporcionan en el artículo 1 están en conflicto con las leyes y reglamentaciones yugoslavas y es posible que ésta sea una de las razones de la actitud negativa que suscita la Ley Modelo en su conjunto. La definición que figura en el artículo 1 se refleja particularmente en los artículos 35 y 36 con arreglo a los cuales un laudo nacional puede someterse al procedimiento de *exequatur,* que es contrario a la práctica yugoslava y de muchos otros países. Se sugiere que la definición que figura en el artículo 1 vuelva a examinarse y formularse teniendo en cuenta la práctica internacional corriente y las soluciones previstas en los convenios vigentes en relación con el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

Artículo 2

Definiciones y reglas de interpretación

El artículo en su conjunto

1. El AALCC, observando que el artículo 2 propone definiciones de algunos términos y reglas de interpretación, recomienda que se separen las disposiciones que incluyen definiciones de las disposiciones que incluyen reglas de interpretación en dos artículos independientes titulados "Definiciones" y "Reglas de interpretación". Sería conveniente ubicar el artículo con las reglas de interpretación hacia el final de la Ley Modelo.

Artículo 2, inciso c)

2. A juicio de la Conferencia de La Haya, el inciso *c)* resulta difícilmente compatible con el artículo 28 de la Ley Modelo. La libertad de las partes para elegir la ley aplicable al fondo de la controversia constituye un principio fundamental del derecho internacional privado. No sería conveniente permitir que las partes, en virtud de una disposición de la Ley Modelo, deleguen esta elección en un tercero o, lo cual sería aún menos conveniente, en una institución como la Cámara Internacional de Comercio (que, además, tendrá que declararse no competente en la cuestión). Las posibilidades deben limitarse a dos: o bien las partes eligen la ley aplicable y su elección es respetada por el tribunal arbitral, o, a falta de toda designación de las partes, el

tribunal arbitral, y sólo él, determina la ley aplicable con arreglo al párrafo 2) del artículo 28. (Se señala, que en este contexto no es necesario determinar si autorizar a un tribunal arbitral para que elija libremente la ley aplicable al fondo del litigio, sin ninguna referencia a una norma de conflicto de leyes, es equivalente a autorizarlo para que decida como amigable componedor de conformidad con el párrafo 3) del artículo 28.) Por lo tanto, la disposición del inciso *c)* del artículo 2 debe modificarse mediante la inclusión de una reserva relativa al artículo 28.

Artículo 2, inciso e)

3. El Canadá opina que la forma de entrega de comunicaciones previstas en el inciso *e)* deberán ser examinadas por cada Estado, dado que ésta dependerá de las normas al respecto vigentes en ese Estado y de las circunstancias locales. Por ejemplo, las normas del foro pueden considerar que la entrega tendrá lugar dentro de un determinado número de días a partir de la fecha en que se envió la comunicación.

Artículo 4

Renuncia al derecho a objetar

1. A juicio de Yugoslavia, adoptar como norma general que se dará por sentado que la parte renuncia al derecho de objetar puede constituir una sanción injusta y onerosa que, al mismo tiempo, otorga considerable poder al tribunal arbitral. El requisito "sin demora" es demasiado estricto, especialmente cuando la parte procede de un país en desarrollo, dado que pone en una posición extremadamente desfavorable a la parte que no haya presentado la objeción. Se sugiere que, en vez de adoptar una norma general relativa a la renuncia de una parte al derecho a objetar, se examine cada caso particular teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes.

2. El AALCC opina que el término "sin demora" es vago y que sería conveniente indicar algún plazo.

3. El Canadá observa que la versión inglesa de este artículo no es lo suficientemente clara para el lector. La cuestión consiste en saber si se refiere a un incumplimiento de la ley o de la disposición de la que las partes convinieron en apartarse. Si se refiere al primer caso, la cláusula debería decir *"from which the parties may not derogate"* en vez de *"from which the parties may derogate"*. Sin embargo, la versión francesa parecería indicar que se refiere al segundo caso. De ser así, la ambigüedad de la versión inglesa se eliminaría añadiendo, después de la palabra *"non-compliance"*, la frase *"with the agreed upon derogation or requirement under the arbitration agreement"*.

Artículo 5

Alcance de la intervención del tribunal

El AALCC propone que se sustituya el título del Artículo 5 por "Limitación de la intervención del tribunal".

Artículo 6

Tribunal para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje

1. Yugoslavia, observando que ese artículo trata sobre la competencia del Tribunal dentro de un sistema jurídico y no la cuestión de su jurisdicción internacional, propone que se formule una solución según la que, en primer lugar, se establezca, en principio, la competencia del Tribunal del Estado a cuya legislación procesal las partes han convenido someter su arbitraje y, a falta de tal acuerdo, la del tribunal del lugar del arbitraje. Se observa que se plantearía un problema cuando las partes no hayan llegado a dicho acuerdo y no se haya determinado el lugar del arbitraje, si fuera necesario la intervención del Tribunal antes del comienzo de las actuaciones arbitrales.

2. El AALCC expresó la opinión de que sería necesario aclarar que los tribunales designados por la autoridad nacional deberían ser competentes para entender en asuntos relacionados con la Ley Modelo. Se sugiere modificar este artículo de la manera siguiente:

"Artículo 6
Tribunales competentes para cumplir las funciones previstas en la Ley Modelo

Los tribunales competentes para cumplir las funciones previstas en la Ley Modelo serán . . . ."

CAPÍTULO II. ACUERDO DE ARBITRAJE

Artículo 7

Definición y forma del acuerdo de arbitraje

El artículo en su conjunto

1. El AALCC recomienda que ese artículo se descomponga en dos, uno de los cuales trate sobre la definición del acuerdo de arbitraje y el otro prescriba la forma de dicho acuerdo.

Artículo 7, párrafo 1)

2. A juicio del Canadá, la palabra "determinada" que acompaña la expresión "relación jurídica" pareciera plantear un problema. La expresión "relación jurídica determinada" no entraña ningún concepto particular en el *common law*, y plantea la cuestión de dónde estaba determinada la relación jurídica, en una ley, un contrato o en otra parte. Se pregunta, en consecuencia, si esta palabra es necesaria.

3. El AALCC recomienda que en el párrafo 1 se sustituya la expresión "determinada relación jurídica" por "determinadas cuestiones jurídicas" o "determinadas diferencias jurídicas".

Artículo 7, párrafo 2)

4. A juicio del Canadá, el párrafo 2) debería prever las operaciones no consignadas por escrito, como por

ejemplo la elaboración automatizada de datos en el comercio internacional.

5. El Canadá observa que cuando un contrato incorpora los términos de otro, y éste contiene una cláusula compromisoria, en la práctica se ha planteado la duda de si esta cláusula compromisoria ha quedado incorporada en el primer contrato. Se supone que la formulación contenida en los párrafos 1) y 2) ya abarca esta incorporación por referencia, pero si quedara alguna duda, correspondería hacer constar explícitamente que está comprendida en el artículo. Una forma de hacerlo sería añadir al párrafo 2) un texto que disponga que cuando un contrato incorpora los términos de otro, y éste contiene una cláusula compromisoria, se considerará que la cláusula compromisoria queda incorporada en el primer contrato.

6. El AALCC, en lo que respecta a determinar si la firma de un documento debe ser escrita de puño y letra o si podría efectuarse por medios mecánicos, recomienda que la forma de la firma debe dejarse al criterio de las legislaciones nacionales.

7. Yugoslavia propone que complete este artículo de manera que las partes, aunque no hayan cumplido con la exigencia de la forma escrita, puedan convalidar el acuerdo de arbitraje (por ejemplo, asistiendo a una audiencia sobre el fondo del litigio sin presentar objeciones, o mediante una declaración del demandado, asentada en las constancias del arbitraje, de que se somete a la competencia del tribunal arbitral). Convendría dejar claro que la disposición sobre la forma escrita contenida en este artículo no debe interpretarse como destinada a proteger el interés público sino dirigida a salvaguardar los intereses privados. Se observa que las normas que prescriben la prueba del acuerdo de arbitraje en las actuaciones de *exequatur* (artículo 35) pueden atenuarse disponiéndose que la parte que pide el reconocimiento o la ejecución debe aportar pruebas de la sumisión válida de la otra parte al arbitraje, lo que no significa forzosamente que deba presentar como prueba un acuerdo escrito de arbitraje.

Adición propuesta al artículo 7

8. La CCI, observando que la intención es que la Ley Modelo se promulgue en países con sistemas judiciales y normas de interpretación diferentes, opina que la competencia de las instituciones arbitrales debería preservarse en los términos más claros posibles, y que debería haber una disposición sobre el posible conflicito entre las normas de la Ley Modelo y las normas de la institución. Se propone que se añada al artículo 7 el siguiente párrafo:

"(1 *bis*) Cuando las partes hayan convenido remitir todas o algunas de las controversias aludidas en el párrafo 1 del artículo 7 al arbitraje de una institución arbitral de carácter permanente, la sustanciación del arbitraje deberá ajustarse a las normas de dicha institución arbitral y regirse por las mismas, en la medida en que esas normas no se opongan a las disposiciones imperativas de la presente Ley, ni sean incompatibles con dichas disposiciones, que han de prevalecer en caso de conflicto."

Artículo 8

Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal

Artículo 8, párrafo 1)

1. El Canadá expresa la opinión de que el párrafo 1 no es claro. La cuestión es determinar si dicho párrafo pretende disponer solamente la suspensión de la acción, o el apartamiento absoluto del tribunal de entender en la misma o, quizás, si se procura dejar esta cuestión a la decisión de la legislatura que adopta la Ley Modelo.

2. Yugoslavia observa que cuando un tribunal del Estado se declara incompetente para dirimir el litigio, no es usual que este tribunal aconseje a las partes que se dirijan a alguna institución a los fines de resolver su controversia. Eso debe dejarse a las partes. Puede suceder que el recurso al arbitraje no sea la única (ni la mejor) solución para las partes.

3. El AALCC propone que se suprima la expresión "de ejecución imposible" por considerarla innecesaria.

Artículo 8, párrafo 2)

4. El AALCC recomienda que se redacte nuevamente el párrafo 2) de la manera siguiente:

"Si, en dicho caso, ya se hubieran iniciado las actuaciones arbitrales, el tribunal arbitral proseguirá sus actuaciones, salvo si dispusiera provisionalmente suspenderlas."

CAPÍTULO III. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 10

Número de árbitros

1. El Sudán propone que, en interés de la comprensión y la claridad, se añada el siguiente nuevo párrafo al artículo 10:

"3) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo, si el tribunal arbitral está constituido por más de un árbitro, el número de árbitros será impar."

La propuesta persigue salir al paso a la posibilidad de que las partes nombren un número par de árbitros en su acuerdo.

2. La CCI expresa la opinión de que, puesto que las partes pueden convenir cualquier número de árbitros, procedería prever una disposición sobre el problema de cómo debe efectuarse la desginación, a falta de acuerdo entre las partes. Las actuales disposiciones del párrafo 3) del artículo 1 rigen solamente para los casos más comunes de uno o tres árbitros. Parecería necesario fijar una norma general para la designación de un número par de árbitros o de un número impar superior a tres.

Artículo 11
Nombramiento de los árbitros

Artículo 11, párrafo 1)

1. El Sudán propone que en el párrafo 1) se sustituya la frase "salvo acuerdo en contrario de las partes" por la frase "Salvo cuando haya de nombrarse un árbitro único, en cuyo caso deberá ser de una nacionalidad distinta a la de las partes". Esta frase es más clara y satisfactoria.

Artículo 11, párrafo 3)

2. A juicio del Canadá, el párrafo 3) debería disponer específicamente que puede nombrarse un árbitro, aun después de expirado el plazo, hasta el momento en que se presenta una petición al tribunal. Tal como está redactado actualmente, el párrafo 3) implica que, después de expirado el plazo especificado, una parte no puede designar un árbitro, o los dos árbitros designados no pueden nombrar un tercero. Se plantea también la pregunta de si en la práctica 30 días es un plazo suficientemente largo que permite a los dos árbitros designados nombrar el tercero.

3. La CCI observa que la Ley Modelo no pide expresamente que los árbitros sean independientes de las partes e imparciales. Si bien es cierto que el párrafo 5) del artículo 11 dispone que cuando se pida su intervención, el tribunal garantizará el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial, en la Ley Modelo no se descarta la posibilidad de que las propias partes designen alguien que no es independiente o imparcial, como por ejemplo sus asesores. Aunque, conforme con el artículo 12, un árbitro debe revelar las circunstancias que podrían poner en duda su imparcialidad e independencia, es preferible una disposición expresa de que todos los árbitros deben ser imparciales e independientes.

Artículo 12
Motivos de recusación

El artículo en su conjunto

1. El Canadá, tras señalar que en la versión inglesa de ese artículo se utiliza la expresión *"justifiable doubts"*, ("dudas justificadas"), en los párrafos 1) y 2), como equivalente de la expresión francesa *"doutes légitimes"*, observa que la expresión *"justifiable doubts"* crea dificultades de aplicación para un jurista de *common low* de habla inglesa. A juicio del Canadá, *"reasonable doubt"* ("duda razonable") sería una expresión que traduciría más adecuadamente el significado que se procura denotar en este artículo. Además, se indica que la exigencia de revelar circunstancias debería ser más rigurosa en el párrafo 1) que en el párrafo 2), por lo que en el párrafo 1) debería interpretarse en favor de dicha exigencia, y propone que se revise el artículo 12 de conformidad.

2. El Sudán alega que el artículo 12 sería más comprensible si se añadiera al final la siguiente redacción:

"Estas circunstancias abarcan, entre otras, todo interés financiero o personal en las concluiones del arbitraje o todo vínculo comercial con una de las partes o con el asesor o representante de una parte, si lo hubiera".

Artículo 12, párrafo 2)

3. Yugoslavia opina que debería ampliarse la lista de motivos de recusación. El párrafo 2) del artículo 12 alude solamente a dudas respecto de la imparcialidad o independencia, lo que es correcto pero insuficiente. Debería disponerse que puede recusarse un árbitro si no desempeña sus funciones evitando demoras indebidas o, en el caso de los tribunales arbitrales de carácter permanente, de conformidad con las normas.

Artículo 13
Procedimiento de recusación

Artículo 13, párrafo 1)

1. La CCI observa que, si bien el párrafo 1) permite a las partes acordar libremente el procedimiento de recusación, lamentablemente el párrafo 3) limita en gran medida el alcance de esta libertad, al conceder a una parte el derecho de pedir al tribunal que decida sobre la procedencia de la recusación si no prosperase la recusación incoada con rreglo al procedimiento acordado. A juicio de la CCI, esta limitación al derecho de las partes para acordar el procedimiento de recusación no es inconveniente por las siguientes razones: las partes prefieren las actuaciones arbitrales a los juicios ante tribunales, entre otros motivos, por su carácter confidencial. Si un tribunal del Estado debe juzgar un caso de conformidad con el párrafo 3), se teme que el litigio se vuelva de conocimiento público (la identidad de las partes, el monto en litigio, etc.), con consecuencias a veces perjudiciales para la reputación y la situación financiera de las partes. Deben limitarse las prácticas dilatorias. El arbitraje presentaría menos interés para las partes, cuando no resultara totalmente indeseable, si pudieran demorarse las actuaciones arbitrales y enviarse el asunto al tribunal del Estado mediante la simple recusación, de buena o mala fe, de un árbitro; el arbitraje despertaría también renuencia en los árbitros, al estar conscientes del riesgo de que su competencia y moralidad sean objeto de debate público en un tribunal, cada vez que aceptan dirigir un arbitraje. La Ley Modelo debería por ende tratar diferentemente los distintos casos. El recurso a los tribunales es admisible en los arbitrajes *ad hoc*, pero las partes deberían tener la libertad de prescindir de tal intervención si las normas institucionales que han adoptado contienen disposiciones al respecto.

Artículo 13, párrafo 2)

2. Yugoslavia y la CCI objetan el párrafo 2), según el cual el tribunal arbitral, del que forma parte el árbitro recusado, decide sobre la procedencia de la recusación. La CCI opina que no corresponde que los árbitros sean sus propios jueces en asuntos de recusación. Yugoslavia observa que difícilmente puede esperarse que un tribunal arbitral sea objetivo si el árbitro cuya recusación se

pide participa en la adopción de la decisión; esto vale especialmente cuando se recusa un árbitro único. A juicio de Yugoslavia, parece más procedente, por lo menos en el caso de una institución arbitral de carácter permanente, que un consejo rector o un órgano *ad hoc* adopte la decisión en estos asuntos.

Artículo 13, párrafo 3)

3. En lo que respecta a la disposición del párrafo 3) de que la decisión del tribunal será definitiva, Canadá pregunta si esto quiere decir una "decisión definitiva" del tribunal y, por ende, sujeta a recurso ante un tribunal superior, o si significa que la decisión en sí misma es definitiva y no puede ser objeto de recurso. La disposición no es clara, por lo menos en el contexto del *common low*, y debería precisarse. Si se pretende denotar lo segundo, el párrafo podría traducirlo mejor agregándose después de la palabra "final" la expresión "y obligatoria".

4. El Sudán opina que sería más prudente y equitativo añadir al final del párrafo 3 el siguiente texto: "sólo cuando esta prosecución no perjudique la acción o la defensa de la parte recusante".

Artículo 14

Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones

1. El Canadá opina que deberían armonizarse los procedimientos de los artículos 13 y 14. En la actualidad, la relación del artículo 14 con el 13 no es completamente clara. Por ejemplo, cabe preguntarse si la aparente parcialidad de un árbitro puede considerarse como una imposibilidad *de jure* para actuar.

2. A juicio de la CCI, el artículo 14 en su forma actual, que trata sobre la imposibilidad *de jure* o *de facto* de un árbitro para actuar y establece la competencia exclusiva del tribunal del Estado si subsiste un desacuerdo respecto a la cesación del mandato del árbitro, no es compatible con las normas de las instituciones arbitrales que disponen que, en tales casos, la decisión definitiva pertenece a esa institución. La CCI propone que se modifique el artículo 14 de manera que se conceda libertad a las partes para convenir el procedimiento que ha de seguirse y establecer la competencia del tribunal del Estado sólo como último recurso en caso de que por alguna razón el procedimiento convenido no prosperase (como se hace en el párrafo 4) del artículo 11 de la Ley Modelo). Se hace notar, sin embargo, que como las partes pueden ponerse de acuerdo sobre la cesación del mandato de un árbitro (artículo 14, primera oración), podría interpretarse que, según el artículo 14, el simple hecho de que las partes sometan un litigio a las normas de una institución arbitral implica que han otorgado a esta institución las atribuciones para resolver la cuestión (en virtud del apartado *c)* del artículo 2, que concede a las partes la facultad de autorizar a una institución a que adopte una decisión para las partes). Si se considerara imposible reformar la Ley Modelo con objeto de establecer la competencia del tribunal del Estado sólo como último recurso, y si la interpretación antes mencionada fuera correcta, sería conveniente, de ser posible, hacer constar esa interpretación.

3. El Canadá opina que, en un arbitraje con tres árbitros, debería concederse a cualquiera de las partes la facultad de pedir a los demás miembros del tribunal arbitral que hagan cesar el mandato del tercer árbitro antes de verse obligado a perdirlo al tribunal, a fin de reducir la necesidad de peticionar al tribunal.

4. El Sudán propone que se añada al artículo 14 el siguiente nuevo párrafo:

> "2) Si el árbitro único o que ejerce la presidencia es sustituido por alguna de las razones contenidas en el párrafo precedente, se volverá a tomar cualquier audiencia celebrada anteriormente. Del mismo modo, si se reemplazara cualquiera de los demás árbitros, se celebrarán nuevamente estas audiencias si así lo decide el tribunal arbitral".

5. El AALCC, teniendo presente su propuesta de formular nuevamente el artículo 6 (véase el párrafo 2 de la Compilación analítica de observaciones sobre el artículo 6), observa que sería necesario incorporar en este artículo algunas reformas consecuentes, a saber, que correspondería sustituir "el tribunal indicado en el artículo 6" por "los tribunales indicados en el artículo 6".

Artículo 14 bis

El AALCC recomienda que en la versión inglesa de este artículo se supriman por superfluas las primeras palabras *"The fact that*

Artículo 15

Nombramiento de un árbitro sustituto

El Sudán, observando que el artículo 15 no prevé un plazo para el nombramiento de un árbitro sustituto, propone que se añadan, después de las palabras "se procederá al nombramiento de un sustituto", las siguientes palabras:

> "siempre que ese nombramiento se haga dentro de un mes contado desde la fecha de la expiración del mandato del árbitro que se ha de sustituir".

Por motivos lingüísticos, las palabras "al árbitro que se ha de sustituir", que figuran en el texto que sigue a la adición propuesta, deberán reemplazarse por las palabras "a dicho árbitro".

CAPÍTULO IV. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 16

Facultad para decidir acerca de su propia competencia

1. El AALCC recomienda que este artículo se titule "Competencia".

2. El Canadá expresa la opinión de que el párrafo 3) parece excesivamente restrictivo al limitar el derecho de las partes a impugnar una decisión de competencia por vía de recurso de nulidad contra el laudo. Es improbable que alguna jurisdicción canadiense acepte ese principio porque se estima que la resolución de las cuestiones de competencia no debe quedar pendiente hasta el laudo definitivo. Se debe facultar a las partes para que traten la cuestión de competencia como un asunto previo. El problema de dejar este asunto entregado al criterio del Estado en que se ejecute el laudo es que habrá una diferencia entre los Estados que son partes en la Convención de Nueva York de 1958 y los que no lo son. Además, la reciente decisión del tribunal de apelaciones de París en el asunto *República Árabe de Egipto contra Southern Pacific Properties, Ltd.* y otros (International Legal Materials, vol. 23, No. 5, septiembre de 1984, págs. 1048-1061) señala a título de ejemplo la importancia de resolver esas cuestiones en una fase preliminar. Corresponde revisar el párrafo 3) a fin de abordar este problema, tal vez disponiendo que un tribunal arbitral puede remitir la cuestión de su competencia al tribunal.

Artículo 18
Medidas provisionales cautelares

1. El Sudán propone el siguiente texto, que es una fusión de diferentes normas sobre arbitraje internacional, para sustituir al texto del presente artículo:

"Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, por su propia iniciativa o a petición de cualquiera de las partes, adoptar cualquiera de las medidas provisionales cautelares que estime adecuadas respecto del objeto del litigio, como ordenar el depósito de mercancías, en caso de haberlas, en poder de un tercero o la apertura de un crédito bancario o la venta de mercancías perecederas."

2. El AALCC recomienda que este artículo se titule "Medidas provisionales" y propone que se vuelva a redactar el texto del artículo en la forma siguiente:

"Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía para cubrir el costo de esas medidas."

3. El Canadá sugiere, en aras de la claridad, que el artículo que se comenta se fusione con el artículo 9.

CAPÍTULO V. SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

Artículo 19
Determinación del procedimiento

Artículo 19, párrafo 2)

1. A juicio de Yugoslavia, parece insuficiente que se limite la facultad del tribunal arbitral de dirigir las actuaciones del modo que considere apropiado únicamente disponiendo que deberá tratarse a las partes con igualdad y que deberá dárseles plena oportunidad de hacer valer sus derechos. El tribunal arbitral debe estar obligado a respetar un ámbito más amplio de normas procesales comunes mínimas del sistema jurídico al que las partes convinieron en someter el arbitraje o, a falta de tal acuerdo, del sistema jurídico en cuyo territorio se efectúe el arbitraje. Las normas procesales del sistema jurídico aplicable que prevé los fundamentos para obtener la nulidad del laudo pueden sugerir la determinación de esas normas comunes mínimas.

Artículo 19, párrafo 3)

2. A juicio del Sudán, sería importante añadir al final del párrafo 3) las siguientes palabras: "por sí mismas o por intermedio de un abogado o mandatario".

Artículo 20
Lugar del arbitraje

El AALCC opina que la mejor solución práctica ante la preocupación planteada por los Estados miembros del Comité, a saber, que el artículo 20 puede resultar en detrimento de las partes de los países en desarrollo, consistiría en agregar al párrafo 1) del artículo 20 una nota a pie de página, en los siguientes términos:

"Se recomienda a los países asiáticos y africanos que incluyan en sus convenios la utilización del Centro de Arbitraje de El Cairo y Kuala Lumpur y de cualquier otro Centro establecido por el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, como lugar del arbitraje."

Artículo 21
Iniciación de las actuaciones arbitrales

El Canadá observa que el presente artículo constituye un ejemplo de la razón por la cual es muy importante que cada jurisdicción resuelva el asunto que figura en el inciso *e)* del artículo 2 referente a que "se considerará recibida" (en cuanto a las observaciones del Canadá sobre el inciso *e)* del artículo 2, véase el párr. 3 de la compilación de observaciones sobre el artículo 2). Se sugiere que se inserten en el artículo 21 las palabras "o se considerará recibido", entre las palabras "haya recibido" y las palabras "el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje".

Artículo 22
Idioma

Artículo 22, párrafo 1)

1. El AALCC recomienda una ampliación del párrafo 1) de este artículo a fin de prever la situación en que, a falta de acuerdo entre las partes, el idioma de una de las partes no sea el idioma, o uno de los idiomas, elegido por el tribunal arbitral para que haya de emplearse en las actuaciones arbitrales. En tal situación, esa parte deberá tener derecho a obtener traducciones de las actuaciones a su propio idioma y a su propia costa.

2. La CCI opina que debería modificarse el párrafo 1) a fin de precisar que las partes podrán expresarse en cualquier idioma que elijan, siempre que adopten medidas para su interpretación en el idioma que haya de emplearse en las actuaciones, según lo decidido por los árbitros. En un arbitraje internacional es de fundamental importancia que, a falta de un acuerdo entre las partes, deba darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos en el idioma que elijan.

Artículo 23

Demanda y contestación

Artículo 23, párrafo 2)

1. El AALCC recomienda que en el párrafo 2) se añadan las palabras "o ampliación" entre las palabras "esa alteración" y las palabras "en razón de la demora".

Adición propuesta al artículo 23

2. El AALCC recomienda que se añada al artículo 23 el siguiente nuevo párrafo:

"3) En todo caso el tribunal podrá fijar una fecha antes de la cual las partes presentarán sus documentos y sus alegaciones finales."

Artículo 24

Audiencias y actuaciones por escrito

Artículo 24, párrafos 1) y 2)

1. El Canadá observa que el texto de los párrafos 1) y 2) puede confundir al lector. Salvo acuerdo en contrario, las partes tendrán derecho a la celebración de audiencias. Ello no debe quedar a la discreción del tribunal arbitral. Aun cuando las partes hayan acordado con anterioridad que no se celebrarán audiencias, las partes deben seguir estando facultadas para pedir posteriormente que se celebre una audiencia (de acuerdo a las modalidades y condiciones —como las costas— que podría establecer el tribunal arbitral) con el propósito de darles una plena y justa oportunidad de hacer valer sus derechos. En todo caso, el tribunal arbitral debe tener siempre la facultad de poder ordenar de oficio que se celebre una audiencia si estima que ésta es necesaria para obtener toda la prueba destinada a lograr una adecuada decisión del litigio. Aunque el principio *pacta sunt servanda* es sumamente importante, y sólo excepcionalmente se hará caso omiso de él, el logro de una resolución justa de un litigio también es un objetivo que no debería descuidarse. Así es sobre todo cuando las partes puedan haber acordado con anterioridad en su relación contractual de arbitraje que no se celebrarán audiencias, sin poder prever el carácter de las dificultades que posteriormente surjan a ese respecto. En todos los casos, es muy importante que haya de notificarse con suficiente antelación la celebración de las audiencias.

Artículo 24, párrafo 4)

2. A juicio del Canadá, es demasiado vaga la expresión "peritajes u otros documentos", que se emplea en la segunda oración del párrafo 4). Se sugiere que debe haber mayor claridad en cuanto a las demás clases de documentos que se han de prever.

3. Como el párrafo 4) no es preciso acerca de si los documentos suministrados al tribunal arbitral deben presentarse a la otra parte en su original o en copias, y si la otra parte tiene derecho a examinarlos, el AALC recomienda que se elimine del párrafo 4) la referencia a "documentos" y que se añadan las siguientes disposiciones en calidad de párrafo 5):

"5) Cada una de las partes tendrá derecho a examinar cualquier documento presentado por la otra parte al tribunal arbitral. Salvo decisión en contrario del tribunal arbitral, se dará traslado a la otra parte de las copias de los documentos que una de las partes suministre."

Adición propuesta al artículo 24

4. El Sudán sugiere que se añada a este artículo el siguiente nuevo párrafo:

"5) A reserva de cualquier acuerdo en contrario de las partes, las audiencias se celebrarán *in camera*."

Artículo 27

Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas

1. La Conferencia de La Haya acoge con agrado la decisión del Grupo de Trabajo de no incluir en la Ley Modelo una disposición sobre la cooperación judicial internacional en la práctica de pruebas[5]. Los delegados reconocieron en el Grupo de Trabajo, con buenas razones según la Conferencia de La Haya, que el problema de la cooperación judicial internacional en la práctica de pruebas pertenecía a la esfera de la cooperación internacional y que, por consiguiente, no parecía posible que se ocupara de dicha cooperación y la organizara una Ley Modelo que, por su carácter, estaba destinada a convertirse en una ley nacional. En realidad, la cooperación internacional sólo podría basarse en una convención que previera obligaciones internacionales claramente definidas. Se señaló que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado decidió, en su 15.° período de sesiones celebrado en octubre de 1984, incluir en el programa de uno de sus futuros períodos de sesiones el examen de la posibilidad de utilizar para actuaciones arbitrales la Convención sobre la práctica de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial (Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters (La Haya, 1970)). La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado comprende que una posible ampliación del ámbito de la Convención de 1970 a las actuaciones arbitrales, por ejemplo, mediante un protocolo de la Convención, depende en definitiva de si los círculos interesados en el arbitraje internacional estiman útil contar con ese instrumento internacional. Con respecto a este asunto, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se propone consultar

[5] A/CN.9/246, párr. 96; A/CN.9/245, párr. 43.

a las organizaciones internacionales que se ocupan del arbitraje y a los Estados miembros de esas organizaciones. A dichos efectos, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado pidió a una comisión especial que realizara un intercambio de opiniones sobre la posibilidad de emplear la Convención de 1970 a fin de facilitar el arbitraje mediante la práctica de pruebas en el extranjero. Dicha comisión especial se reunirá en La Haya del 28 de mayo al 1 de junio de 1985 y sólo incluirá, en esta fase, a la Autoridad Central prevista en la Convención de 1970; sería adecuado que se determinara, ante todo, si es técnicamente viable una ampliación del ámbito de la Convención de 1970 a fin de que abarque las actuaciones arbitrales. La Conferencia de La Haya prevé convocar a un segundo período de sesiones de esta comisión especial que entonces incluiría a expertos en materia de arbitraje y que opinaría sobre el fondo del problema. Desde luego, la Conferencia de La Haya agradecería a los Estados miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y a los observadores participantes en el 18.° período de sesiones de la Comisión que, al examinar el artículo 27 de la Ley Modelo, expresaran su opinión sobre el problema.

2. El Canadá observa, con respecto al párrafo 2), que en mayo de 1985 la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado examinará el tema de la práctica de pruebas en el extranjero en el caso de una actuación arbitral.

3. El AALCC recomienda que en el párrafo 1) se modifique la frase inicial de la segunda oración "La petición especificará", de modo que quede redactada en los siguientes términos: "La petición se hará de conformidad con las normas aceptadas por el tribunal y especificará".

CAPÍTULO VI. PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES

Artículo 28
Normas aplicables al fondo del litigio

Artículo 28, párrafo 2)

1. A juicio de la CCI, el párrafo 2) de ese artículo no concuerda con la práctica moderna en materia de arbitraje comercial internacional. La Ley Modelo exige que el tribunal arbitral aplique una ley, es decir, la ley de un Estado, y el tribunal arbitral debe elegir una norma de conflicto de leyes para determinar la ley aplicable. Al determinar la ley aplicable al fondo del asunto, los árbitros no deciden forzosamente ante todo sobre una norma de conflicto de leyes vigente, sino que determinan la ley adecuada aplicable al fondo por medios más directos. Se ha podido lograr esta evolución mediante la gran libertad concedida por las leyes nacionales y los reglamentos internacionales. La CCI sostiene que adoptar limitaciones rigurosas en la Ley Modelo sería perjudicial para el ulterior desarrollo en esa esfera y que muchos árbitros y profesionales internacionales lo considerarían un paso atrás. La CCI propone que, si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral deberá aplicar las normas de derecho que considere aplicables al asunto particular.

Adición propuesta al artículo 28

2. A juicio de Yugoslavia, procede complementar el artículo 28 siguiendo los criterios del párrafo 3) del artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, a fin de que se obligue al tribunal arbitral a que tenga también en cuenta "los usos mercantiles aplicables al caso".

Artículo 29
Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro

1. El Canadá observa que este artículo se refiere por primera vez a un "árbitro presidente", lo que plantea el problema de determinar cómo fue nombrado el árbitro presidente. Este vacío procesal podría rectificarse en el artículo 11.

2. Yugoslavia observa que la formulación de la segunda oración del artículo 29 tal vez implique que el árbitro presidente está facultado para adoptar decisiones sobre el fondo del asunto, lo que sin duda no se pretende. Corresponde volver a redactar ese artículo a fin de precisar que se refiere a la función del árbitro presidente en lo que respecta al procedimiento.

3. La CCI observa que la Ley Modelo prevé que las decisiones se adoptarán por mayoría de votos de los árbitros, mientras que en virtud de algunos reglamentos de arbitraje vigentes el presidente de un tribunal arbitral puede decidir solo cuando no se logre obtener ninguna mayoría de votos. Como la disposición contenida en el artículo 29 no es imperativa, deberá modificarse, en debida forma, el párrafo 1) del artículo 31, que exige las firmas de la mayoría de los árbitros en las actuaciones arbitrales con más de un árbitro.

4. El AALCC recomienda que este artículo se titule "Adopción de decisiones".

Artículo 30
Transacción

Artículo 30, párrafo 1)

1. El Canadá plantea la cuestión de determinar si la petición de las partes mencionada en el párrafo 1) debe ser una petición conjunta o si puede hacerla cualquiera de las partes. Si la petición ha de ser conjunta, una parte podría fácilmente impedir que el tribunal arbitral hiciera constar una transacción en forma de laudo arbitral. Al parecer, sería preferible que el artículo 30 previese que cada una de las partes tiene derecho a formular esa petición.

2. A juicio de Yugoslavia, sería necesario determinar, al menos mediante el empleo de términos generales, los criterios en virtud de los cuales el tribunal arbitral estaría facultado para rechazar la propuesta de las partes de hacer constar su transacción en forma de laudo arbitral. Las objeciones del tribunal arbitral han de limitarse a establecer que la transaccion estipulada es incompatible con el orden público del sistema jurídico aplicable al arbitraje.

3. El AALCC considera que si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio deben estar obligadas a notificar al tribunal arbitral, que dará por terminadas las actuaciones sólo una vez que reciba dicha notificación. En consecuencia, es necesario modificar el párrafo 1) del artículo 30.

Artículo 31

Forma y contenido del laudo

Artículo 31, párrafo 1)

1. El Sudán propone que se añada al final del párrafo 1) la siguiente oración: "Sin embargo, el laudo no incluirá ningún fallo disidente".

Artículo 31, párrafo 4)

2. El AALCC recomienda que, como el párrafo 1) emplea la fórmula "el árbitro o los árbitros", se utilice el mismo texto en el párrafo 4).

Adición propuesta al artículo 31

3. El Sudán sugiere que se añada al artículo 31 el siguiente nuevo párrafo:

"5) El laudo no se publicará, salvo con el consentimiento escrito de ambas partes."

Artículo 32

Terminación de las actuaciones

Artículo 32, párrafo 2) b)

1. El Canadá dice que, al parecer, el inciso *b)* del párrafo 2) otorga al tribunal arbitral facultades discrecionales completas para terminar las actuaciones tan pronto como decida que la prosecución de las actuaciones resulta "innecesaria o inoportuna". Tal vez sea conveniente prever que el tribunal puede revisar dicha decisión.

2. A juicio de Yugoslavia, los motivos de la terminación de las actuaciones arbitrales determinados en el inciso *b)* del párrafo 2) son demasiado generales y vagos y pueden causar la terminación de las actuaciones aun cuando ello no sea en beneficio de las partes. Se sugiere que se haga un esfuerzo a fin de determinar con mayor precisión algunos motivos.

Artículo 33

Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional

Artículo 33, párrafo 2)

1. El AALCC opina que cuando un tribunal arbitral se proponga corregir un laudo por su propia iniciativa debe estar obligado a notificar en consecuencia a las partes interesadas. Por consiguiente, se recomienda que se modifique como corresponde el párrafo 2).

Artículo 33, párrafo 3)

2. El AALCC opina que, cuando una parte pida al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional, el tribunal arbitral debería decidir en primer lugar sobre la admisibilidad de la petición dentro de un plazo determinado, y debería reabrir las actuaciones para dictar un laudo adicional únicamente después de que se haya convencido sobre la admisibilidad de la petición. En consecuencia, el AALCC propone que se incorpore la siguiente frase al párrafo 3):

"El tribunal arbitral decidirá sobre la admisión o el rechazo del requerimiento dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud. Si el tribunal arbitral estima justificada la solicitud, podrá iniciar las actuaciones necesarias para dictar un laudo adicional dentro de sesenta días".

Artículo 33, párrafo 5)

3. El AALCC recomienda que se supriman en el párrafo 5) las primeras palabras "Lo dispuesto en".

Adición propuesta al artículo 33

4. El Sudán sugiere que se añada al artículo 33 el nuevo párrafo siguiente:

"6) Salvo que sea declarado nulo de conformidad con el artículo 34, el laudo tiene la autoridad de *res iudicata*."

CAPÍTULO VII. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO

Artículo 34

La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral

Artículo 34, párrafo 1)

1. El Canadá y la CCI sugieren que se supriman las palabras "con arreglo a esta ley" situadas entre el segundo par de corchetes. El Canadá afirma que no parece ser recomendable permitir que un tribunal declare nulo un laudo extranjero. Los laudos extranjeros deberían estar sujetos a impugnación únicamente en virtud del procedimiento que figura en el artículo 36. La CCI estima que correspondería mejor a la práctica de la mayoría de los países aplicar el criterio territorial y de ese modo limitar el alcance de la Ley Modelo a los laudos dictados en el territorio del Estado que ha adoptado la Ley Modelo.

2. Yugoslavia opina que, al definir el ámbito de aplicación del artículo 34, debería tenerse en cuenta la libertad de las partes de escoger la ley aplicable al procedimiento arbitral.

Artículo 34, párrafo 2) a) *i)*

3. El Canadá declara que la frase "si nada se hubiera indicado a este respecto" que figura en el apartado i) del inciso *a)* del párrafo 2) parece vaga y confusa y no parece prestar mucha asistencia a un tribunal que debe decidir a qué ley se han sometido las partes. Se sugiere que la frase y las palabras que la siguen hasta el final de la oración sean suprimidas o se las sutituya por una formulación más clara sobre el momento en que se considerará que las partes se han sometido a una ley determinada, v.g.: ". . . lo han sometido en la forma determinada por el tribunal".

Artículo 34, párrafo 2) a) *iv)*

4. A juicio del Canadá, el apartado iv) del inciso *a)* del párrafo 2) se ocupa de la situación en que el incumplimiento de un acuerdo está en pugna con normas de derecho imperativo, pero no se ocupa al parecer de la situación en la que se está observando un acuerdo que está en conflicto con una ley de índole imperativa. Cabría redactar de nuevo la disposición para que dijese ". . . no se han ajustado al acuerdo entre las partes o a una disposición de esta ley de la que las partes no pueden apartarse".

5. Yugoslavia sugiere que en el apartado iv) del inciso *a)* del párrafo 2) se establezca un distingo entre normas cuya violación siempre dé lugar a nulidad y las normas cuya violación pueda ser causa de nulidad; en otras palabras, no debe aceptarse la opinión de que la violación de cualquier norma de procedimiento de la ley aplicable debería dar pie a la nulidad del laudo. En este contexto, se plantea también la cuestión de la elección de la ley, es decir, con arreglo a qué normas se juzgará la corrección de las actuaciones arbitrales a efectos de decidir sobre una solicitud de declaración de nulidad del laudo. Si se da prioridad a la ley del Estado al que las partes sometieron el arbitraje, la decisión sobre la declaración de nulidad debería ser dictada por el tribunal de dicho Estado de conformidad con sus normas de procedimiento obligatorias.

Artículo 34, párrafo 2) b)

6. La Conferencia de La Haya hace suyos los argumentos expresados en el Grupo de Trabajo contra la disposición del apartado i) del inciso *b)* del párrafo 2[6]. A juicio de la Conferencia de La Haya, los redactores de la Ley Modelo no evaluaron plenamente las repercusiones de esta disposición. El resultado de conservar esta disposición sería permitir que una parte obtuviese caprichosamente la nulidad del laudo, con efecto en todos los Estados, incluso donde el objeto del litigio es susceptible de solución por vía de arbitraje de conformidad con la ley aplicable al fondo del litigio y de conformidad con la ley del lugar de arbitraje. Una consecuencia de ese tipo parece ser totalmente inaceptable y estaría en pugna con los principios generales pertinentes en virtud de los cuales la cuestión de la solución por vía de arbitraje se decidiría, de no haber acuerdo entre las partes, de conformidad con la ley aplicable al fondo del litigio. En consecuencia, se sugiere que se suprima esta disposición.

7. En opinión de Yugoslavia, la diferencia que se establece en el apartado ii) del inciso *b)* del párrafo 2) entre "el laudo" y "cualquier decisión que él contenga" parece confusa y cabe preguntarse si es útil. Tal fórmula puede dar pie a la interpretación, incompatible con las tendencias contemporáneas hacia una interpretación restrictiva del orden público, de que podría declararse nulo un laudo por un motivo que no hubiese influido en la decisión sobre los méritos del caso.

8. El Sudán sugiere que se añada al inciso *b)* del párrafo 2) el nuevo apartado siguiente:

"iii) que el laudo se obtuvo mediante fraude o está basado en falso testimonio"

Artículo 34, párrafo 3)

9. EL AALCC estima que el plazo de tres meses es un tanto largo. No obstante, opina que podría conservarse ese plazo sujeto a la puntualización siguiente: "salvo acuerdo en contrario de las partes".

Adición propuesta al artículo 34

10. El Sudán sugiere que se añada el nuevo párrafo siguiente al artículo 34:

"5) La decisión del tribunal de declarar nulo el laudo será inapelable pero estará sujeta a revisión por el mismo tribunal previa solicitud de la parte interesada."

CAPÍTULO VIII. RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE LOS LAUDOS

La CCI recomienda que el capítulo VIII sobre reconocimiento y ejecución de los laudos se limite a los laudos pronunciados en un país que haya adoptado la Ley Modelo, es decir, a laudos nacionales, puesto que, en principio, el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros se abordan en la Convención de Nueva York de 1958.

Artículo 36

Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

El artículo en su conjunto

1. Aunque se han recibido sugerencias sobre algunas modificaciones de la redacción del artículo 36, el Canadá observa que este artículo se ajusta estrechamente a los artículos V y VI de la Convención de Nueva York de 1958. En la inteligencia de que la Convención funciona bastante bien, el Canadá juzga que es impor-

[6] A/CN.9/246, párrs. 136 y 137.

tante que se siga la Convención incluso aunque su redacción haya sido objeto de crítica (véase, por ejemplo, *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration,* Consejo Internacional de Arbitraje Comercial, Congress series no. 2, Reunión provisional de Lausanne, 9 a 12 de mayo de 1984, Editor general: Pieter Sanders, Deventer, Kluwer 1984, pág. 212, párr. 24, y pág. 221, párr. 47, sobre la incapacidad de las partes y la invalidez del acuerdo de arbitraje).

2. La CCI, tomando nota de sus recomendaciones sobre la limitación de las disposiciones relativas al reconocimiento y la ejecución solamente a laudos nacionales (véase el comentario sobre el capítulo VIII de la Ley Modelo), propone que se supriman los diversos motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución que se enumeran en el inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36 y que se incluya en el inciso *b)* la inexistencia de un acuerdo de arbitraje. Así pues, se eliminaría la posibilidad de doble supervisión que brinda el texto actual del artículo 34 y del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36, ya que la parte que impugna un laudo por cualquiera de los motivos a que se alude en el inciso *a)* actual podría invocarlos solamente en un procedimiento de nulidad en virtud del artículo 34.

Artículo 36, párrafo 1) a) *i)*

3. La Conferencia de La Haya observa que el apartado i) del inciso *a)* del párrafo 1) ha sido extraído directamente del artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 y que quedó claro en los debates en el seno del Grupo de Trabajo que el único motivo para incluirlo en la Ley Modelo era la existencia de tal disposición en la Convención de Nueva York de 1958. La Conferencia de La Haya señala que es sabido que esta disposición ha sido criticada y que no ha dado satisfacción. Someter la cuestión de la validez del acuerdo de arbitraje, a falta de acuerdo entre las partes, a la ley del país donde se pronunció el laudo no corresponde ya a la tendencia de la mayoría de los regímenes nacionales de derecho internacional privado a someter la validez del acuerdo de arbitraje a la ley que rige el contrato principal. Sería de lamentar que la Ley Modelo mantuviese el sistema de la Convención de Nueva York de 1958 que se ha considerado insatisfactorio. La Conferencia de La Haya sugiere, para evitar la adopción de una redacción que iría en contra de la figura en la Convención de Nueva York de 1958, la adopción de una disposición neutral basada en líneas generales en la nueva ley francesa sobre arbitraje (decreto de 12 de mayo de 1981). La redacción podría ser la siguiente: ". . . o que dicho acuerdo no es válido".

C. *Observaciones sobre otros puntos*

Reconvención

1. En opinión del Canadá, el artículo 23 u otro artículo de la Ley Modelo debería contener disposiciones relativas a reconvenciones y contestaciones a éstas.

Secreto de las deliberaciones del tribunal arbitral

2. A juicio del Canadá, debería estudiarse la posibilidad de disponer en la Ley Modelo que desde el momento en que las pesquisas del tribunal arbitral queden terminadas hasta el momento en que el arbitraje quede terminado por un laudo definitivo u otro procedimiento, el tribunal arbitral mantenga sus deliberaciones en secreto y no hable del arbitraje *ex parte* con ninguna de las partes.

Responsabilidad de los árbitros

3. A juicio del Canadá, debería estudiarse la posibilidad de disponer en la Ley Modelo que un miembro de un tribunal arbitral no debe estar sujeto a responsabilidad civil por motivo de cualquier acción que realice de buena fe en ejercicio de sus funciones.

Costas de las actuaciones arbitrales

4. A juicio del Canadá, debería estudiarse la posibilidad de incluir en la Ley Modelo una disposición sobre costas, incluso las costas de actuaciones provisionales en el arbitraje.

5. El Sudán propone que se añada al artículo 32 el nuevo párrafo siguiente:

> "4) Las costas de arbitraje correrán a cargo, en general, de la parte que no ha prosperado. No obstante, los árbitros podrán distribuir las costas entre las partes y tales costas formarán parte del laudo."

6. El AALCC señala a la atención de la Comisión la gran importancia de las costas en materia de arbitraje comercial internacional y propone que se facilite en el comentario oficial, cuya preparación sugiere el AALCC (véase el párrafo 7, *infra),* una explicación de la falta de una disposición sobre costas en la Ley Modelo

Comentario sobre la Ley Modelo

7. El AALCC opina que debe pedirse a la secretaría de la Comisión que prepare un comentario oficial sobre la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional con miras a asistir a los países en desarrollo en la aplicación e interpretación uniformes de las distintas disposiciones de la Ley Modelo.

[A/CN.9/263/Add.2]

ADICIÓN

Introducción

1. La presente adición al documento A/CN.9/263 contiene las observaciones del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte acerca del proyecto de una Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional. Dado que estas observaciones tienen un carácter básico y a menudo se relacionan con más de un tema o artículo, en el presente documento se reproducen en el orden en que se presentaron.

Algunas observaciones del Reino Unido

Observaciones generales sobre el proyecto de texto

2. El Reino Unido ha apoyado sistemáticamente el proyecto de establecer una ley modelo y, tras amplias consultas sobre el proyecto preparado por el Grupo de Trabajo, no ha modificado esa actitud. A los Estados que ya han desarrollado un derecho y una práctica del arbitraje, la Ley Modelo proporcionará un estímulo valioso para efectuar una nueva evaluación del sistema vigente, con el conocimiento de que otros Estados se dedicarán a una actividad análoga, siempre en el contexto de una propuesta única, cuidadosamente formulada, de una ley armonizada de arbitraje comercial internacional. Para los Estados que aún no han tenido la ocasión de elaborar un sistema global propio, la Ley Modelo, con los comentarios a ella referidos, constituirá una base sumamente valiosa para la legislación.

3. El Reino Unido también sigue haciendo hincapié en los dos principios que ha procurado presentar durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo. En primer lugar, que el arbitraje es un procedimiento consensual. Las necesidades prácticas de las partes en el acuerdo de arbitraje son fundamentales. El único objetivo adecuado de toda ley de arbitraje es el de asegurar que los comerciantes encuentren una solución justa a sus controversias, en la forma en que lo hayan convenido expresa o tácitamente, y en un modo adecuado al carácter de la controversia de que se trate. Se reconoce la utilidad de una ley uniforme. No obstante, es preciso tener siempre presente que las controversias no son uniformes, y que no existe un procedimiento único adecuado a todas ellas. Una ley de arbitraje no debe proporcionar más que un marco de apoyo para que el arbitraje se sustancie en una forma que responda a las exigencias de cada caso particular. La Ley Modelo no cumplirá su objetivo si entorpece la flexibilidad y libertad de elección que es la ventaja fundamental del arbitraje.

4. El segundo principio es un corolario del primero. Ningún sistema es perfecto. Siempre habrá una minoría de casos en los que el procedimiento seguido sea injusto a las partes o no responda al acuerdo que han celebrado. La justicia exige que la parte damnificada tenga un recurso, y el tribunal es el único medio para interponer ese recurso. Por muy atractivo que sea en teoría separar el proceso de arbitraje de la supervisión judicial, la realidad es que en la práctica es un objetivo imposible. Tras amplias consultas con los usuarios del proceso arbitral, cuyos deseos y exigencias son fundamentales, el Reino Unido se ha convencido de que el comerciante reconoce la necesidad de contar con un procedimiento de recurso rápido y eficaz. A ello se debe, y no a ninguna preferencia doctrinal por la supervisión judicial frente a la independencia del proceso de arbitraje, el que el Reino Unido haya adoptado la posición que ha expuesto ya claramente durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Por el contrario, el Reino Unido apoya fervientemente toda medida que permita prosperar ese proceso de tal manera que garantice a las partes un cumplimiento eficaz de su acuerdo de arbitraje.

5. Este proceso de consulta ha sacado a luz, como era de prever, varias cuestiones de detalle, que podrán plantearse sin dificultad durante las reuniones de la Comisión. Pero hay algunas cuestiones de gran importancia sobre las que tal vez convenga que el Reino Unido exprese sus opiniones por escrito.

Ámbito territorial de la ley y competencia de los tribunales

6. Es necesario que la Ley Modelo adopte una posición sobre estas cuestiones separadas pero estrechamente relacionadas entre sí.

7. La cuestión de la competencia se plantea de esta forma: supongamos que dos partes con establecimientos en dos Estados diferentes, A y B, eligen como lugar de arbitraje el Estado B. (La Ley Modelo, no impide actualmente que se presente una solicitud a los tribunales del Estado A en virtud de los artículos 11-14 (aunque lo hará si se considera que limita su ámbito de aplicación en una forma estrictamente territorial) o si la "cuestión" no se rige por la Ley Modelo.) Si los tribunales de A y B adoptan posiciones divergentes, surge un conflicto de competencia.

8. La cuestión del ámbito territorial se plantea concretamente cuando dos partes en dos Estados diferentes, C y D, que han adoptado la Ley Modelo, eligen celebrar el arbitraje en el Estado D aplicando la ley de arbitraje del Estado C. ¿Debe facultarse en la Ley Modelo su "exportación" de esta forma?

9. Por supuesto hay dos criterios posibles para solucionar esta última cuestión:

a) Permitir que las partes elijan la ley de arbitraje de otro Estado que la haya adoptado. Si se aplica el artículo 6 de la Ley Modelo en el ejemplo anterior, se privaría a los tribunales del Estado D de toda competencia con respecto al arbitraje que tiene lugar en el territorio de ese Estado. Ello se debe a que la ley procesal elegida conferirá competencia exclusiva a los tribunales del Estado C. Este puede denominarse "criterio extra-territorial".

b) Establecer que la Ley Modelo se aplica sólo a los arbitrajes que se sustancien en el territorio del Estado que la adopte, sin tener en cuenta la ley procesal extranjera que elijan las partes. Ello priva a las partes de su libertad de elección, pero asegura que el tribunal del lugar del arbitraje tendrá competencia en todos los casos y como la Ley Modelo no será "exportable", en el ejemplo dado anteriormente, los tribunales del Estado D tendrán competencia exclusiva sólo con respecto a los arbitrajes que tengan lugar en su territorio.

10. Un tercer criterio, que consiente la elección de una ley procesal extranjera pero que da a los tribunales del foro del arbitraje una competencia concurrente, resulta excluido por la estructura del proyecto de ley, y en particular por el artículo 6. Otra posibilidad, que se plantea también como en el tercer criterio, separando la cuestión del ámbito territorial de la ley de la competencia judicial, sería autorizar a las partes a que

elijan la ley procesal extranjera pero hacer caso omiso de la elección consiguiente de un tribunal extranjero —solución que *a fortiori*, resulta excluida por la redacción actual del proyecto de ley.

11. El Reino Unido prefiere un criterio territorial: la Ley Modelo debe aplicarse sólo a los arbitrajes que se sustancien en el territorio del Estado que la adopte, cuyos tribunales deben tener competencia exclusiva en las actuaciones arbitrales y los recursos previstos en el artículo 34. Sería inaceptable que se excluyera completamente la competencia de los tribunales locales con respecto a los arbitrajes que tengan lugar en su territorio. También se plantearán dificultades en virtud del artículo 36.1) *a)* iv) (y también en virtud de la Convención de Nueva York) si la ley procesal extranjera es diferente de la del foro del arbitraje. Los tribunales de este último constituyen la elección más lógica para presentar recursos —se encuentran mejor ubicados para hacer cumplir las órdenes dictadas, resultan convenientes a las partes y pueden considerarse como elegidos por éstas (especialmente en el contexto de una Ley Modelo "territorial").

12. Pero se plantean dificultades si, en el ejemplo dado anteriormente, el Estado C ha adoptado la ley pero el Estado D no. Según el criterio territorial, la Ley Modelo no es exportable y los tribunales de C sólo pueden supervisar los arbitrajes que se sustancien en el territorio de C (como consecuencia del artículo 6). Tal vez los tribunales del Estado D no sean competentes en virtud de su propia ley porque las partes han elegido otra. Quizá este problema sea más teórico que práctico. Sólo podrá resolverse satisfactoriamente si la cuestión de la competencia se separa de la del ámbito territorial.

Artículos 34 y 36

13. Si bien en la "Compilación analítica de las observaciones de los gobiernos y las organizaciones internacionales" (A/CN.9/263 y Add.1) no hay nada que indique oposición a que se siga incluyendo el artículo 34 en la Ley Modelo, el tema fue objeto de cierto debate durante las reuniones del Grupo de Trabajo. El Reino Unido estima conveniente exponer otra vez brevemente su posición al respecto. Se hacen dos observaciones.

14. En primer lugar, el Reino Unido considera fundamental que el derecho de intervención en el caso de injusticia procesal no se limite a la fase de ejecución. En caso contrario se ignoraría el efecto importante que tiene un laudo antes de que se intente ejecutarlo. Se puede postular una situación en la que las actuaciones adolecieran de un defecto que sin duda alguna autorizaría al demandado a oponerse a la ejecución a tenor del artículo 36 o de la Convención de Nueva York. Si se excluye el artículo 34, el demandado no podría presentar su reclamación hasta el momento y en el lugar que decida el demandante iniciar el procedimiento de ejecución: elección determinada, no por cualquier relación entre el arbitraje, o el objeto del arbitraje y el lugar elegido, sino porque en éste el demandado tiene haberes susceptibles de ejecución. Mientras tanto, el laudo tendría toda la apariencia de un laudo válido, dando el carácter de *res judicata* a las cuestiones entre las partes. Es cierto que el demandado podría negarse a pagar la suma establecida, pero el incumplimiento de un laudo es una medida que un comerciante respetable sería de lo más reacio a adoptar y que podría dañar gravemente su reputación comercial. La empresa del demandado tendría que asignar fondos en su balance para el laudo no cumplido, y si se trata de una suma considerable, es probable que tenga un efecto negativo sobre su acceso al crédito. Todo ello ocasionaría una grave injusticia, y no sería ninguna compensación para el demandado el poder vindicar su incumplimiento del laudo, en algún momento y lugar desconocidos, al oponerse con éxito a su ejecución. Lo que se requiere es que el demandado tenga la oportunidad de intervenir rápidamente, a fin de liberarse de la carga de un laudo que no debería haberse dictado.

15. En segundo lugar, el Reino Unido considera que el artículo 36, o la Convención de Nueva York a la que este artículo sigue muy de cerca, no protege, por sí solo, suficientemente al demandado de las consecuencias de una injusticia procesal. Los motivos enunciados en la Convención se formularon sin duda alguna para el supuesto de que, antes de que el laudo se presentase para la ejecución, el demandado ya habría tenido una oportunidad de recurrir contra ese laudo ante un tribunal local. (Ello puede verse en el artículo 36.1) *a)* iv)). Si esta hipótesis se altera suprimiendo el artículo 34, con la consiguiente exclusión de todo derecho activo de recurso contra el laudo, la lista de motivos que figura en la Convención y en el artículo 36 brindaría al demandado sólo parte de la protección que se previó al redactarla.

La forma del acuerdo de arbitraje

16. El párrafo 2) del artículo 7, al exigir un documento firmado por las partes o un intercambio de cartas o misivas telegráficas que deje constancia tangible, es insuficiente para reflejar la práctica comercial. Diversos acuerdos de arbitraje válidos se consignan en documentos no firmados por las partes. Tal vez el más importante sea el conocimiento de embarque. El Reino Unido prefiere el criterio adoptado en el artículo 17 de la Convención de Bruselas de 1968 sobre competencia y ejecución de sentencias, en su forma modificada, que se refiere a los acuerdos hechos por escrito o, en el comercio internacional, en una forma acorde con las prácticas de ese comercio que las partes conocen o deben conocer.

La competencia del árbitro

17. El Reino Unido considera muy importante que se vuelva a introducir en el texto el anterior artículo 17. A falta de éste, la decisión incorrecta de un árbitro por la que se declare competente sólo podrá impugnarse en una acción de nulidad en virtud del artículo 34. Para cuando el laudo se haya dictado las partes ya habrán incurrido

en gastos considerables y proseguir el litigio al respecto causará grandes retrasos. En lugar de evitar tácticas dilatorias por parte del demandado, la supresión del artículo 17 las facilita. El párrafo 2) de este mismo artículo contiene una salvaguardia suficiente contra su aplicación indebida, pues permite que prosigan las actuaciones arbitrales durante la recusación ante el tribunal (a menos que éste último decida lo contrario —lo que sin duda sólo hará si el caso es inequívoco). La facultad discrecional del tribunal de dictar un laudo provisional no brinda a las partes protección suficiente.

Derecho a ser oído

18. Con respecto al artículo 24 el Reino Unido desea hacer suya la opinión expresada por la secretaría en su comentario (A/CN.9/264, comentario al artículo 24, párr. 4). A falta de acuerdo entre las partes, una de ellas tendrá derecho a solicitar que se celebren audiencias. El texto actual parece estar en conflicto con los artículos 19.3) y 34.2) *a)* ii).

Intervención judicial: artículo 5

19. Si bien el artículo 5 se introdujo en una fase comparativamente tardía de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, se ha considerado con razón como un intento valioso de reflejar la filosofía en que se basa la ley modelo. El Reino Unido reconoce la conveniencia de una declaración inequívoca que permita saber, a los redactores de cualquier legislación resultante y a las partes en un acuerdo de arbitraje que se sustancie en virtud de esa legislación, si en determinada situación se puede recurrir ante un tribunal. Por ello, no hay nada que oponer a la introducción de una disposición como la del artículo 5. Pero sí se sugiere que quedan aún por explorar a fondo importantes aspectos de este artículo, antes de que se le pueda dar su forma definitiva. Son cuatro las cuestiones que se han de examinar:

a) ¿Qué asuntos "se rigen por la Ley Modelo"?

b) ¿Cuáles son las fases del proceso arbitral en las que la Ley Modelo autoriza la intervención de los tribunales?

c) ¿En qué circunstancias puede intervenir efectivamente un tribunal, por haberse comprobado que el laudo es el resultado de una injusticia procesal?

d) ¿Debe permitirse que las partes modifiquen de común acuerdo la procedencia de una intervención judicial?

Asuntos que se rigen por la Ley Modelo

20. Los encargados de presentar el artículo 5 han expresado su propósito general de la siguiente manera: la Ley Modelo no incorpora un código completo de intervención judicial. La Ley Modelo contempla sólo determinados tipos de situaciones en los que cabe plantear la cuestión de la intervención judicial. Si una de las partes solicita la intervención judicial en una de esas situaciones, el tribunal está facultado para intervenir sólo en la forma prescrita expresamente por la Ley Modelo, y a falta de una disposición expresa, el tribunal no debe intervenir en absoluto. Por el contrario, si la situación no corresponde a alguno de los tipos contemplados por la Ley Modelo, el tribunal podrá intervenir o declinar su intervención a tenor de lo dispuesto en la ley de arbitraje del país que corresponda.

21. Aunque el objetivo general es fácil de entender, el Reino Unido se considera obligado a señalar ciertas objeciones a la redacción actual del artículo 5 que podrían hacerlo inaplicable. El problema puede ilustrarse de la siguiente manera. Supongamos que en el curso de un arbitraje se produzca una situación fáctica "X" y que esa situación hace que una de las partes solicite la intervención del tribunal. Es evidente que el tribunal se habrá de plantear la cuestión de si tiene o no competencia para intervenir. El primer paso consistirá en averiguar si las palabras de la Ley Modelo contemplan expresamente esa situación. (Estrictamente hablando, las palabras en cuestión serán las de la legislación nacional por la que se promulgare la ley modelo, pero para mayor brevedad seguiremos refiriéndonos a la ley modelo.) Si el tribunal decide que los términos de la ley han previsto esa situación, el problema estará resuelto. Procederá aplicar los recursos previstos para esa situación y no otros. Pero, ¿qué sucede si el tribunal decide que la situación no ha sido contemplada expresamente en el texto de la ley?. El tribunal podrá atribuir esa omisión a una de las tres razones siguientes:

a) Los que redactaron la Ley Modelo tuvieron presente la situación X pero decidieron no regularla en la ley.

b) Los que redactaron la Ley Modelo tuvieron presente la situación X pero decidieron que no daba lugar a una intervención judicial.

c) Los que redactaron la Ley Modelo no tuvieron en cuenta en absoluto la situación X.

22. El tribunal se verá entonces confrontado por tres problemas. El primero es el de saber cúal de estas posibilidades explica realmente la omisión de la situación X. Los trabajos preparatorios no darán la respuesta necesariamente. Unos comentarios no bastan para reflejar todos los aspectos del debate del Grupo de Trabajo y de la Comisión. Además la lista de cuestiones que se ha decidido no incluir en la ley, que figura en los documentos A/CN.9/246 (párr. 188) y A/CN.9/264 (comentario al artículo 1, párr. 8, y al artículo 5, párr. 5), es de índole claramente ilustrativa.

23. El segundo problema se planteará cuando el tribunal decida que puede considerarse que la situación X es del mismo tipo general que otras situaciones expresamente contempladas en la Ley Modelo. El Reino Unido estima que los redactores del artículo 5 podrían responder a esto que todas las situaciones de ese tipo se "rigen por" la Ley Modelo, y que la falta de toda referencia a la situación X indica la intención de los redactores de la Ley Modelo de que el tribunal no esté facultado para intervenir en esa situación. Si bien cabe reconocer, en principio, la fuerza de este argumento es de temer que se planteen serias dificultades procesales

para decidir si determinada situación pertenece o no al tipo contemplado por la Ley Modelo. ¿Cómo decidir que la situación X, de haber sido prevista expresamente en la Ley Modelo, estaría incluida en un determinado capítulo? Tal decisión daría una enorme importancia a la simple colocación de una cuestión que nunca se ha debatido a fondo. Los epígrafes de los artículos no pueden servir de base para establecer el "tipo": véase al respecto la nota de pie de página al artículo 1. No se ve, de momento, claro cómo el tribunal puede saber si la situación X se parece lo bastante a otras situaciones expresamente contempladas por la Ley Modelo como para deducir que esa situación habrá de regirse por la Ley Modelo.

24. (A este respecto tal vez sea útil señalar a la atención la descripción del principio del artículo 5 que figura en el párr. 4 del comentario a ese artículo del documento A/CN.9/264, donde se afirma que el artículo "se limita a las cuestiones que la Ley Modelo realmente regula, expresa o tácitamente". Las palabras a retener son "o tácitamente". El Reino Unido propone que sería conveniente que la Comisión examinara el significado de esas palabras, y considerara la posibilidad de incluir el sentido de esas palabras en el texto de la propia ley).

25. El tercer problema se planteará cuando la situación de que se trate nunca haya sido considerada por los que redactaron la ley. En el párr. 188 del documento A/CN.9/246 se dice que el artículo 5 no excluía la supervisión o asistencia de los tribunales respecto de las cuestiones "que el Grupo de Trabajo había decidido no incluir en la ley". Al parecer esto sugeriría que en las situaciones no previstas por el Grupo de Trabajo, y sobre las que, por lo tanto, el Grupo de Trabajo no había decidido nada, se habría de entender que el artículo 5 *excluye* la supervisión judicial. ¿Es esta realmente la intención de la Ley Modelo?

26. El Reino Unido desea hacer hincapié en que estas no son objeciones teóricas fundadas en la hostilidad al principio del artículo 5, sino que reflejan dudas auténticas expresadas por los usuarios del proceso arbitral que fueron consultados por el Gobierno del Reino Unido con anterioridad a la reunión de la Comisión. Es sumamente importante resolver estas dudas ya que, independientemente del problema que se le puede plantear a un tribunal cuya intervención se solicite en un caso no previsto expresamente en la Ley Modelo, todo órgano legislativo que desee promulgar esa ley tendrá que tener una idea clara de la medida en que esa ley afectará a las normas vigentes, legales o no, relativas a la intervención judicial.

Fase en la que se autoriza la supervisión judicial

27. Este problema puede examinarse más brevemente. Durante las actuaciones, pueden plantearse circunstancias en las que el arbitraje se sustancie con menoscabo de los derechos del demandado y que los árbitros no puedan corregir o no corregirán. En esos casos, parecería correcto otorgar al tribunal, al ser el único órgano que se encuentra en condiciones de proteger al demandado, una facultad residual para intervenir. ¿Se desea eliminar completamente esta facultad?

28. Esta cuestión ilustra los problemas examinados anteriormente. La Ley Modelo contiene, en los artículos 9 y 27, disposiciones por las que se autoriza al tribunal a prestar asistencia durante el arbitraje; los artículos 11, 14 y 15 asignan al tribunal una función limitada en relación con la constitución y reconstitución del tribunal arbitral. Pero estas son facultades que tienen un carácter bastante diverso del de las que se examinan ahora. Por otra parte, si bien el artículo 34 confiere determinadas facultades de intervención cuando el arbitraje se ha sustanciado en contravención de los derechos del demandado, esas facultades sólo pueden ejercerse en forma de recurso contra el laudo. Por consiguiente, la Ley Modelo no contempla la posibilidad de interponer un recurso durante el arbitraje. ¿Quiere ello decir que dicho recurso no se "rige por" la Ley Modelo y que, por consiguiente, no entra en el ámbito del artículo 5?

Intervención fundada en una injusticia procesal

29. El Reino Unido asigna gran importancia a la correcta comprensión de los derechos de recurrir contra el laudo previstos en el párrafo 2) del artículo 34 en los casos en los que se compruebe que el laudo se funda en una grave injusticia procesal. Es posible que durante el debate de este tema en las reuniones del Grupo de Trabajo haya surgido algún malentendido.

30. En el curso de esas deliberaciones el Reino Unido sugirió que sería conveniente que el tribunal tuviera una facultad discrecional general para intervenir en esos casos, haciendo referencia a algunos términos como "irregularidad de procedimiento" debido a la dificultad de definir la competencia en términos concretos sin correr el riesgo de excluir involuntariamente el derecho a intervenir en casos donde sería obviamente necesario. Esta sugerencia suscitó oposición por su falta de precisión, y la opinión contraria fue tan mayoritaria que el Reino Unido no entiende seguir sosteniendo esta posición. Sin embargo, sigue siendo importante saber claramente si: *a)* (como se sugirió en varias ocasiones durante las reuniones del Grupo de Trabajo) la Ley Modelo confiere ya el derecho de recurso con respecto a *todas* las injusticias procesales graves, o *b)* la Ley Modelo niega deliberadamente el derecho de recurso en algunos de estos casos.

31. Si la Comisión llegara a la conclusión de que la interpretación *"a)"* es correcta, el Reino Unido no procuraría introducir ninguna enmienda en la disposición correspondiente del proyecto, por entender que (interpretada de este modo) la ley conferiría toda la protección deseada. Pero el Reino Unido señala a la atención la forma en que la Ley Modelo define las circunstancias en las que se autoriza la intervención:

Artículo 34. 2) a) *ii)*

". . . la parte que interpone la petición . . . no ha sido debidamente notificada . . . de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos";

Artículo 34. 2) a) *iv) leído en conjunción con el artículo 19. 3)*

" . . . el procedimiento arbitral . . . no se ha ajustado a esta ley . . ."

" . . . deberá tratarse a las partes con igualdad y deberá darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos . . ."

Artículo 34 2) b) ii)

" . . . el laudo o cualquier decisión que él contenga son contrarios al orden público de este Estado."

32. A fin de ayudar al examen de esta cuestión, el Reino Unido sugiere los siguientes ejemplos. En todos los casos cabe suponer que las partes han sido debidamente notificadas de las actuaciones; que éstas siguieron el curso estipulado en las disposiciones expresas del acuerdo de arbitraje, así como los procedimientos establecidos por el tribunal arbitral, y que el tribunal no obstaculizó a las partes la presentación de sus documentos, testigos y argumentos.

a) El laudo se funda en una prueba comprobada o admitida como falsa.

b) El laudo se obtuvo mediante corrupción del árbitro o de un testigo de la parte perdedora.

c) El laudo contiene un error, admitido por el árbitro, de un tipo que no está contemplado en el artículo 33.1) *a)*.

d) Se han descubierto nuevas pruebas, que no podían haberse descubierto, pese a la debida diligencia durante el arbitraje. Esas pruebas demuestran que, sin culpa alguna del árbitro, el laudo es fundamentalmente injusto.

33. El Reino Unido se atreve a dudar de que estas situaciones (que son sólo ejemplos de las diversas formas, imposibles de prever, por las que un arbitraje puede resultar injusto) estén contempladas en alguna de las disposiciones citadas anteriormente, *salvo* que se las considere como violaciones del orden público. La estructura de la ley de arbitraje inglesa es tal que no ha sido necesario crear ninguna doctrina del orden público en relación a casos tales como los enunciados anteriormente: basta la facultad expresamente legislada de intervenir. El Reino Unido no se encuentra en condiciones de decir qué es lo que los tribunales de los demás Estados entenderán por "orden público", pero las decisiones a que se hace referencia en *Van den Berg* "The New York Arbitration Convention of 1958", págs. 359 y sgtes. parecerían sugerir que, en general, esas palabras no se han interpretado en sentido amplio. Si se sigue adoptando este criterio, existe el riesgo de que la parte perjudicada no tenga recursos para protegerse, incluso en el caso de una grave injusticia procesal.

34. Las observaciones que se acaban de hacer respecto al artículo 34, son igualmente aplicables al artículo 36, con la consideración adicional de que el párrafo 3) del artículo 19 no será motivo de intervención salvo que la ley del país donde tenga lugar el arbitraje haya incorporado la ley modelo: compárese el artículo 36. 1) *a)* iv) con el artículo 34. 2) *a)* iv).

35. En relación a las cuestiones planteadas bajo este epígrafe, el Reino Unido señala a la atención el artículo 52 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones (Washington 1965), que ofrece un ejemplo de un criterio más explícito con respecto al recurso en caso de grave injusticia procesal.

El consentimiento de las partes en relación a la supervisión judicial

36. Se ha subrayado en repetidas ocasiones que el principio fundamental de la Ley Modelo es el de la "autonomía de las partes". El arbitraje es un proceso consensual, y se garantiza mejor un debido proceso permitiendo que se sustancie en la forma que los comerciantes hayan elegido como adecuada, estableciendo sólo determinadas excepciones destinadas a asegurar que los tribunales de un Estado no se vean obligados a dar por buenos procedimientos y laudos en circunstancias que los hagan objetables. El Reino Unido apoya decididamente este criterio.

37. Por consiguiente, se plantea si debe aplicarse el principio de la autonomía de las partes en la esfera de la supervisión judicial y hasta qué punto. Se estima universalmente aceptado que en alguna fase debe existir algún tipo de supervisión judicial, aunque puede haber divergencias respecto a cuál debe ser el momento y el alcance apropiados de esa supervisión. En consecuencia, la Ley Modelo debe fijar un *mínimo* de supervisión judicial. Pero ello no significa que deba establecer un *máximo,* eliminando incluso aquellos medios de supervisión judicial que las propias partes deseen mantener. ¿O es que el principio de autonomía de las partes no exige que, cuando las partes convengan en valerse de los recursos ofrecidos por la legislación local, el tribunal esté facultado para dar efecto a ese acuerdo?

38. El Reino Unido ha planteado esta cuestión porque las recientes consultas sobre el proyecto de Ley Modelo han revelado que un sector importante de la opinión (que dista, por supuesto, de ser unánime) entre los hombres de negocios que acuden al arbitraje en el Reino Unido, se muestra favorable a que se retenga la posibilidad de recurrir a los tribunales por cuestiones de fondo. Si bien el Reino Unido comprende muy bien el punto de vista, que sostiene evidentemente la mayoría de los participantes en el Grupo de Trabajo, de que las partes no deben estar *obligadas* a aceptar la interposición de recursos por cuestiones de fondo, sugiere que la consecuencia lógica de la autonomía de las partes es que éstas deben estar *facultadas* para presentar recurso si así lo hubieran convenido. La misma conclusión se aplica a otras medidas de asistencia judicial al proceso de arbitraje, también excluidas por el proyecto de Ley Modelo. El Reino Unido invita a que se considere de nuevo la conveniencia de que el artículo 5 sea de índole imperativa.

[A/CN.9/263/Add.3]

ADICIÓN

La presente adición al documento A/CN.9/263 contiene las observaciones de Egipto acerca del proyecto de una Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional.* Dado que estas observaciones tienen un carácter básico y a menudo se relacionan con más de un tema o artículo, en el presente documento se reproducen en el orden en que se presentaron.

Observaciones de Egipto acerca del proyecto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional

Introducción

1. Egipto saluda muy atentamente y felicita al Presidente del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales, a los miembros de dicho Grupo y a la secretaría de la Comisión por la labor seria y útil que han realizado al preparar el proyecto de Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional. Egipto quiere también expresar su satisfacción con respecto al conjunto del proyecto y espera que la Comisión lo aprobará en el presente período de sesiones.

2. Habiendo establecido en su capital un centro de arbitraje bajo los auspicios del Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano, Egipto considera que este es el momento oporturno para renovar su legislación sobre el arbitraje comercial, la que ha resultado, sobre todo en el plano internacional, defectuosa e incompleta. Por esta razón, Egipto se interesa muy especialmente en este proyecto de ley, y estima que comparten este interés varios otros países que, como Egipto, piensan sancionar en materia de arbitraje leyes que se adapten mejor a las necesidades de las prácticas internacionales. Sin esperar la aprobación definitiva del proyecto, el Centro de Arbitraje de El Cairo ya ha establecido un Grupo de Trabajo encargado de estudiar el proyecto y examinar su introducción en la nueva ley que se proyecta en Egipto. Cuando esta ley vea la luz, el Centro de El Cairo, que ya ha adoptado el Reglamento de Arbitrabje de la CNUDMI, será un órgano de arbitraje eficaz en la región, apoyándose en un conjunto de normas jurídicas completas y universalmente reconocidas.

3. Si bien aprueba el proyecto de Ley Modelo en su conjunto, Egipto desea presentar a la Comisión algunas observaciones con respecto al mismo, unas de carácter general, otros relacionadas especialmente con el articulado.

*La secretaría ha recibido estas observaciones el 29 de mayo de 1985. Se han distribuido a los participantes en el 18.° período de sesiones en su versión original en francés, pues no fue posible traducirlas a los otros cinco idiomas oficiales de las Naciones Unidas a tiempo para ese período de sesiones. Se publican en un documento posterior al período de sesiones a fin de que la documentación presentada a la Comisión durante el examen del proyecto de Ley Modelo sea completa.

Observaciones generales

La Ley Modelo y el arbitraje nacional

4. Fiel al objetivo del órgano del que emana, el proyecto sólo tiene en cuenta el interés del comercio internacional al proponer una Ley Modelo sobre arbitraje que pueda recibir el apoyo de una gran mayoría de países, logrando así también una cierta unificación del derecho sobre la materia. En consecuencia se limita al arbitraje comercial internacional prescindiendo de que el Estado que lo adopte tendrá en su legislación dos leyes (ambas nacionales), una que rija el arbitraje denominado nacional, que no responde a la definición del carácter internacional contenida en el párrafo 2) del artículo 1, la otra relativa al arbitraje internacional en el sentido que estipula dicho párrafo. Ahora bien, no sería extraño que un Estado deseoso de evitar este dualismo prefiriera ampliar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo contemplando en sus disposiciones las dos categorías de arbitraje. Ese Estado tropezaría entonces con dificultades que sólo superaría introduciendo en la Ley Modelo modificaciones que podrían dar lugar a la disparidad en las legislaciones y a un conflicto de leyes. Egipto piensa especialmente en las disposiciones de la Ley Modelo que en determinados Estados se relacionan con el orden público, como, por ejemplo, la falta de motivación del laudo arbitral, el derecho ilimitado de las partes de autorizar al árbitro a decidir *ex aequo et bono*, la falta de exigencia de que el número de árbitros sea impar, la restricción de la intervención de los tribunales en el procedimiento arbitral. Estos casos de derogación de normas de orden público tal vez, en un espíritu de internacionalismo, sean tolerados por el Estado cuando se trata de relaciones exteriores, pero en el plano nacional, el Estado es más exigente en cuanto al respeto de este tipo de normas. Es aquí donde se plantea el problema para el Estado que desee reunir las dos categorías de arbitraje bajo la égida de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo no ha estudiado este problema. En esta etapa tardía, Egipto se contenta con señalarlo, sin proponer a la Comisión que se ocupe de él, pues podría aducirse que se trata de un problema particular que cada uno de los Estados interesados resolverá a su manera. Si, pero también hay una laguna en la que la disparidad de las legislaciones nacionales podría poner en peligro la obra de unificación.

La Ley Modelo y la Convención de Nueva York de 1958

5. El último capítulo de la Ley Modelo, que contiene los artículos 35 y 36, se refiere al reconocimiento y la ejecución del laudo. El párrafo 1) del artículo 35 impone al Estado que adopte la Ley Modelo la obligación de reconocer y ejecutar el laudo bajo determinadas condiciones previstas en los párrafos 2) y 3) del mismo artículo. El artículo 36 enumera, con carácter taxativo, los motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución.

6. Se sabe que en esta materia existe una Convención internacional (la de Nueva York de 1958), cuyo éxito se reconoce universalmente. Los Estados que ya la han

ratificado o que se han adherido a ella no tendrán necesidad de los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo, pues estos artículos representarían en sus respectivas legislaciones un paralelismo inútil. Dado el éxito que ha tenido la Convención de Nueva York, es muy probable que los artículos 35 y 36 sólo sirvan a una minoría de Estados que terminará, tarde o temprano, por prestar su adhesión a la Convención y unirse de este modo al sistema que la mayoría de los miembros de la familia internacional ha reconocido. Por esa razón Egipto estima que la Ley Modelo no perdería mucho si se detuviera en el artículo 34.

7. Si para mantener los artículos 35 y 36 se alegan los defectos o la ambigüedad de determinadas disposiciones de la Convención, el remedio no sería crear un dualismo que puede causar confusiones, sino que esta Comisión haga un llamamiento para que se modifique la Convención y que a continuación se lleve a cabo un estudio serio sobre la reforma proyectada.

Carácter comercial e internacional

8. En lo que se refiere al carácter comercial, Egipto, si bien es uno de los países que distingue entre comerciantes y no comerciantes, así como entre actos de comercio y actos meramente civiles, aprueba el contenido del texto que contiene la nota relativa al párrafo 1) del artículo 1, pues propone una conciliación aceptable entre los diferentes sistemas jurídicos vigentes en la materia. Aunque está de acuerdo con respecto al fondo, es posible que Egipto encuentre dificultades para incorporar una nota de esa índole cuando adopte la Ley Modelo, pues no es costumbre en el país hacer notas sobre los textos de leyes o citar ejemplos que ayuden a interpretarlos. Por ello propone que se introduzca en el artículo 2 una definición del término "comercial" que reproduzca el contenido de la nota, sin los ejemplos que ésta cita. Sin duda, estos ejemplos serían útiles para precisar el significado de las expresiones demasiado generales que contiene la definición propuesta, pero sería mejor hacerlo en un comentario sobre la Ley Modelo o en una nota explicativa que la acompañe.

9. En cuanto al carácter internacional, Egipto se pronuncia a favor del sistema previsto en el párrafo 2) del artículo 1, que establece en su inciso *a)* un criterio general y añade en su inciso *b)* otras situaciones con el objeto de hacer menos rígidos ese criterio y ampliar, en consecuencia, el alcance del concepto de carácter internacional. Egipto opina que este sistema proporciona, una conciliación razonable de las opiniones extremas que tienden a ampliar o a restringir demasiado el ámbito de aplicación de la Ley Modelo.

La territorialidad

10. Sin prever el resultado del debate que tendrá lugar en la Comisión sobre el problema de la territorialidad o la extraterritorialidad de la Ley Modelo, cuyo examen le ha sido encargado por el Grupo de Trabajo, Egipto querría aclarar su posición con respecto a dos cuestiones que se relacionan con ese problema.

11. La primera se refiere a la libertad de las partes de elegir las normas de procedimiento que regirán su arbitraje. Cualquiera que sea el resultado del debate que tendrá lugar en la Comisión sobre el problema examinado, Egipto estima que debe respetarse esta libertad. Salvo las normas encaminadas a salvaguardar la justicia, Egipto se opone a cualquier solución que limite esta libertad, sea imponiendo a las partes la obligación de aplicar las normas de procedimiento del lugar del arbitraje, sea limitando su derecho de ajustarse a las normas de procedimiento de otras fuentes de su elección (p.ej. una ley extranjera, un reglamento de arbitraje o incluso su propia voluntad).

12. La segunda cuestión se relaciona con el artículo 34, que se refiere al problema de la territorialidad en las dos frases que figuran en el párrafo 1) entre corchetes. Este texto, al hablar de la petición de nulidad del laudo arbitral, propone, para facilitar su aceptación, que se dicte (en el territorio de este Estado es decir, "la territorialidad") (con arreglo a esta ley (es decir, a "la extraterritorialidad")) y deja que la Comisión elija entre mantener estas dos expresiones, suprimirlas o suprimir una sola de ellas.

13. A este respecto Egipto opta por la territorialidad, es decir que se mantenga la expresión "en el territorio de este Estado" y se suprima la otra, "con arreglo a esta ley". Esta última expresión, en efecto, podría llevar a que se conceda a los tribunales nacionales competencia para pronunciarse sobre la validez o la nulidad de un laudo dictado fuera de su territorio. Esta competencia extraterritorial sólo sería aceptable para muchos países a condición de la reciprocidad.

14. A propósito de este tema, Egipto desea agregar que está a favor de que se incorpore en el artículo 2 una definición general del laudo arbitral. En el caso de que sea difícil formular esta definición, la Comisión podría limitarse a indicar en el artículo 34 qué tipos de laudo pueden anularse con arreglo al mismo, porque precisamente con respecto a ese artículo parece ser más útil la definición.

Coexistencia de los artículos 34 y 36

15. Egipto ha expuesto ya las razones por las que prefiere que la Ley Modelo termine en el artículo 34 relativo a los recursos de anulación del laudo arbitral, sin ocuparse, como lo hacen los artículos 35 y 36, en materias que reglamentan otros textos internacionales, especialmente la Convención de Nueva York de 1958.

16. Pero se trata sólo de una propuesta que probablemente será rechazada por la Comisión, en cuyo caso los dos problemas de la nulidad y del reconocimiento coexistirán en el seno de la Ley Modelo. Sería, al parecer, la primera vez que un texto internacional contempla los dos problemas, uno al lado del otro. En efecto, la Convención de Nueva York de 1958 sólo trata el reconocimiento y la ejecución, mientras que la Convención europea de 1961, cuyo objeto es más amplio, deja este problema de lado y se ocupa sólo de la nulidad.

17. Sin duda, la Ley Modelo, al querer abarcar los dos problemas examinados, intenta ser completa e independiente; objetivo en sí loable, pero la coexistencia de dos textos que establecen dos medios para impugnar el laudo, fundados en los mismos motivos, puede dar lugar a confusiones. He aquí dos ejemplos:

a) Si el tribunal indicado en el artículo 6, encargado de examinar la petición de nulidad acoge esta petición, no habría dificultades, el laudo está condenado a la pena capital; no será reconocido ni ejecutado en ningún país que haya adoptado la Ley Modelo. Pero ¿cuál sería la situación en la hipótesis contraria, esto es, si el tribunal rechaza la petición de nulidad? ¿Podría entonces impugnarse el laudo ante la autoridad encargada de conocer la demanda de reconocimiento o ejecución alegando el mismo motivo en que se funda la petición de nulidad rechazada?

b) El artículo 34 menciona un plazo para presentar la petición de nulidad (tres meses). El artículo 36, no fija ningún plazo para la presentación de la demanda de ejecución, lo que permite a la parte que ha perdido el derecho de interponer un recurso de nulidad, saltar al último vagón y atacar el laudo en la fase de la demanda de *exequatur*. Entonces, ¿cuál es el valor del plazo establecido en el artículo 34, si no sirve para proteger el laudo contra los ataques tardíos?

18. La coexistencia de los artículos 34 y 36 es más trágica cuando se trata de la validez o de la nulidad del acuerdo de arbitraje, pues allí entran en escena otros dos artículos (el artículo 8 y el artículo 16) añadiendo otras complicaciones. He aquí un ejemplo:

19. En un contrato de compraventa, celebrado entre una empresa egipcia y un comerciante libanés, hay una cláusula compromisoria que prevé un artibraje en Egipto. A raíz de una controversia entre las partes, el comerciante libanés, alegando que el objeto del litigio no está contemplado en las disposiciones de la cláusula compromisoria, entabla una acción ante el tribunal competente en el Líbano. La parte egipcia, sosteniendo la tesis contraria, pide que se remita el asunto a arbitraje en Egipto. La parte libanesa alega la inexistencia de un acuerdo de arbitraje sobre el objeto del litigio. Si se aplica el artículo 8:

a) El tribunal libanés remite las partes al arbitraje, lo que implica que reconoce la existencia, validez y eficacia del acuerdo de arbitraje;

b) La parte libanesa opone ante el tribunal arbitral en Egipto una excepción de incompetencia fundada en el mismo motivo, a saber, la inexistencia de un acuerdo de arbitraje. Se aplica el artículo 16, que no prohíbe que se vuelva a oponer la excepción fundada en el mismo motivo;

c) El tribunal arbitral dicta su laudo sobre el fondo del litigio y sobre la excepción, en favor de la parte egipcia. Al rechazar la excepción de incompetencia, reconoce al mismo tiempo la existencia, validez y eficacia del acuerdo de arbitraje;

d) Dentro del plazo de tres meses la parte libanesa presenta al tribunal indicado en el artículo 6 una petición de nulidad del laudo fundada sobre el mismo motivo. Aquí se aplicaría el artículo 34 en el que ninguna disposición se opone a que se presente tal recurso;

e) El tribunal indicado en el artículo 6 rechaza la petición de nulidad lo que significa que reconoce, también él y por tercera vez, la existencia, validez y eficacia del acuerdo de arbitraje;

f) La parte egipcia se presenta entonces ante la autoridad libanesa encargada de otorgar el *exequatur*, pero allí tropieza con una objeción de la parte libanesa que invoca por cuarta vez la inexistencia del acuerdo de arbitraje. Aquí entraría el artículo 36, que tampoco contiene ninguna barrera a esa petición aunque el tribunal indicado en el artículo 6 se haya pronunciado por la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje.

20. Este ejemplo demuestra hasta qué punto falta la coordinación entre cuatro disposiciones que coexisten en el seno de la Ley Modelo y que contemplan un mismo problema. Cada una de ellas tiene una vida propia e independiente, sin que haya entre ellas un vínculo que pueda reunirlas en un sistema definido.

Observaciones acerca de los artículos

Artículo 4

21. Egipto aprueba este artículo, en su fondo y en su forma. El texto tiene el mérito de corregir el rigor de la presunción que establece al dejar al juez la facultad de apreciar los elementos que la componen.

Artículo 5

22. Si bien trata una cuestión delicada, la de la supervisión de los tribunales sobre el arbitraje, Egipto está a favor de que se mantenga este artículo pues, al limitar esta supervisión a los casos previstos por la Ley Modelo, pone orden en la disparidad de las legislaciones nacionales en la materia, y libera al procedimiento arbitral de un yugo que, en determinadas legislaciones, pesa muy gravosamente sobre él.

23. Egipto aprueba igualmente que se limite el ámbito de aplicación del artículo 5 exclusivamente a los asuntos que se rigen por la Ley Modelo, pues al excluir otros asuntos, sobre todo los que fueron eliminados por el Grupo de Trabajo, establece un equilibrio que respeta la sensibilidad de algunos Estados en esta materia.

Artículo 6

24. Observación con respecto a la forma: en lugar de mencionar los números de los artículos y de los párrafos relativos a las funciones del tribunal de que se trata, Egipto propone que se emplee una fórmula general como la siguiente: "El tribunal competente para el cumplimiento de las funciones a que se refiere la presente ley será . . .". Egipto señala que la expresión "la presente ley" se ha utilizado en repetidas ocasiones.

Artículo 8

25. El párrafo 1) parece satisfactorio. Egipto comparte la opinión de que su ámbito de aplicación no debe superar los dos principios que expresa, a saber la prohibición al tribunal de ordenar de oficio la remisión al arbitraje y la imposibilidad de aceptar el pedido de que se remita al arbitraje después del plazo previsto en el texto.

26. En cuanto al párrafo 2), Egipto sugiere que se vuelva a insertar al final de ese párrafo la frase "salvo que el tribunal decrete la suspensión de las actuaciones arbitrales", que figuraba en el texto original y fue suprimida por el Grupo de Trabajo. Egipto opina que sería útil otorgar al tribunal la facultad de decretar la suspensión de las actuaciones arbitrales cuando estime que lo más probable es que el acuerdo de arbitraje será anulado o caducará. Una medida de esa índole ahorraría tiempo, esfuerzos y gastos.

Artículo 13 párr. 3)

27. Este párrafo autoriza al tribunal arbitral, en el caso en que la petición de recusación esté pendiente ante el tribunal indicado en el artículo 6, a proseguir las actuaciones arbitrales. Egipto estima que es preferible acordar igualmente al tribunal la facultad de decretar la suspensión de las actuaciones, si comprueba la existencia de motivos que justifiquen esa medida.

28. Si la Comisión acoge favorablemente esta propuesta, la última frase del párrafo 3) debería redactarse de la siguiente manera:

> ". . . mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales, *salvo que el tribunal arbitral decrete su suspensión.*"

Artículo 22 párr. 2)

29. Modifíquese este párrafo de la siguiente manera:

> "El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma, los idiomas o uno de los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral."

30. La propuesta añade la expresión "uno de los idiomas" velando por la economía de tiempo y dinero. El hecho de que las partes o el tribunal hayan elegido varios idiomas para las actuaciones arbitrales indica que el empleo de uno cualquiera de ellos no provocaría perjuicios a las partes.

31. Hacemos notar que la propuesta conserva la expresión "los idiomas" junto a la expresión "uno de los idiomas", para que el tribunal arbitral tenga una facultad de apreciación más amplia. El tribunal podrá, por ello, exigir la traducción a todos los idiomas convenidos si las circunstancias así lo recomiendan.

Artículo 27

32. Egipto opina que el ámbito de aplicación de este artículo debería limitarse a las actuaciones arbitrales sustanciadas en ese Estado. A Egipto le parece exorbitante obligar a un Estado a brindar el beneficio de la asistencia a un procedimiento arbitral que se desarrolla fuera de su territorio.

Artículo 28

33. *Propuesta:* modifíquese el párrafo 2) de la siguiente manera:

> "Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará *las normas jurídicas de fondo de la ley que estime aplicable en ese asunto.*"

34. *Comentario:* el párrafo 1) del artículo 28 otorga a las partes el derecho de elegir libremente la ley aplicable al fondo del litigio. Establece también una presunción de que toda indicación del derecho 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.

35. A falta de indicación de las partes, el párrafo 2) confía la indicación al tribunal arbitral. Pero en lugar de reconocerle la facultad de indicar directamente la ley aplicable al fondo, como lo hace el párrafo 1) con respecto a las partes, sólo autoriza a elegir la ley cuyas normas de conflicto de leyes se utilizarán para determinar la ley aplicable al fondo del litigio.

36. Esta distinción entre las dos situaciones nos parece insostenible. Refleja la persistencia de un falso sentimiento de desconfianza con respecto a la institución del arbitraje, desconfianza superada, que la práctica ya ha desmentido. La propuesta de Egipto tiende a suprimir dicha distinción.

Artículo 32 párr. 2) inciso b)

37. El texto establece que cuando la prosecución de las actuaciones resulte innecesaria o inoportuna, el tribunal arbitral "podrá" ordenar su terminación. La palabra "podrá" indica una facultad y no una obligación. De ello se desprende que, a pesar de su convicción de que las actuaciones resultan innecesarias e inoportunas, el tribunal arbitral podría también ordenar que prosigan. ¿Por qué motivo? ¿Con qué propósito? ¿En interés de quién? El texto no lo precisa. Es evidente que la prosecución de esas actuaciones sólo constituiría una pérdida de tiempo, esfuerzos y dinero. Por ello Egipto propone que se modifique el párrafo 2) de la siguiente manera:

> "2. El tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales cuando:
>
> "*a)* El demandante retire . . . (sin modificación).
>
> "*b)* Las actuaciones arbitrales resulten, por cualquier otra razón, innecesarias o inoportunas."

Artículo 34 párr. 2), inciso b) *apartado i)*

38. Egipto opina que se debe suprimir este texto. Las razones que justifican esta supresión han sido adelantadas y examinadas en el Grupo de Trabajo; no es necesario repetirlas. Cabe añadir solamente que la supresión propuesta no implica que se excluya la no arbitrabilidad como causa de nulidad, pues esta nulidad estaría cubierta por otros textos; por el inciso *b)*, apatado ii) , —cuando la arbitrabilidad forma parte del orden público del Estado, y el inciso *a)*, apartado i), cuando se considera, conforme al derecho del Estado, uno de los elementos del acuerdo de arbitraje.

B. Comentario analítico sobre el proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional: informe del Secretario General (A/CN.9/264)[a]

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN 110

COMENTARIO ANALÍTICO 111

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES 111
- Artículo 1. Ámbito de aplicación 111
- Artículo 2. Definiciones y reglas de interpretación 116
- Artículo 4. Renuncia al derecho de objetar 117
- Artículo 5. Alcance de la intervención del tribunal 118
- Artículo 6. Tribunal para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje 119

CAPÍTULO II. ACUERDO DE ARBITRAJE 119
- Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje 119
- Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal 120
- Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal 121

CAPÍTULO III. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL 122
- Artículo 10. Número de árbitros 122
- Artículo 11. Nombramiento de los árbitros 122
- Artículo 12. Motivo de recusación 124
- Artículo 13. Procedimiento de recusación 125
- Artículo 14. Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones 126
- Artículo 14 *bis* 126
- Artículo 15. Nombramiento de un árbitro sustituto 127

CAPÍTULO IV. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL 127
- Artículo 16. Facultad para decidir acerca de su propia competencia 127
- Artículo 18. Medidas provisionales cautelares 130

CAPÍTULO V. SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES 131
- Artículo 19. Determinación del procedimiento 131
- Artículo 20. Lugar del arbitraje 133
- Artículo 21. Iniciación de las actuaciones arbitrales 133
- Artículo 22. Idioma 134

Artículo 23. Demanda y contestación 135
Artículo 24. Audiencias y actuaciones por escrito 136
Artículo 25. Rebeldía de una de las partes 137
Artículo 26. Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral 138
Artículo 27. Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas 139

CAPÍTULO VI. PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES 140

Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio 140
Artículo 29. Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro 141
Artículo 30. Transacción 142
Artículo 31. Forma y contenido del laudo 142
Artículo 32. Terminación de las actuaciones 143
Artículo 33. Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional 144

CAPÍTULO VII. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO 144

Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral 144

CAPÍTULO VIII. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS 147
Artículo 35. Reconocimiento y ejecución 147
Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución 148

Introducción

1. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en su 14.° período de sesiones (1981), decidió encomendar a su Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales la labor de preparar un proyecto de ley modelo sobre arbitraje comercial internacional[1]. En ese período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí un informe del Secretario General titulado "Posibles características de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/207). La Comisión estuvo de acuerdo en que ese informe, en el que se exponían los temas y finalidades del proyecto y el posible contenido de una ley modelo, proporcionaría una base útil para la preparación de esa ley[2].

2. El Grupo de Trabajo inició la labor, en su tercer período de sesiones, con el examen de una serie de cuestiones con el objeto de determinar las características básicas del proyecto de ley modelo[3]. En su cuarto período de sesiones examinó los proyectos de artículos preparados por la secretaría[4] y en sus períodos de sesiones quinto y sexto examinó, volvió a redactar y revisó artículos de la ley modelo[5]. Durante su séptimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de texto compuesto de ley modelo sobre arbitraje comercial internacional y, después de que un grupo de redacción hubo preparado versiones del texto en los seis idiomas de la Comisión, aprobó el proyecto de texto de la ley modelo que figura en el anexo de su informe[6].

3. La Comisión, en su 17.° período de sesiones (1984), pidió al Secretario General que transmitiera el proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional a todos los gobiernos y las organizaciones internacionales interesadas para que presentaran sus observaciones y pidió a la secretaría que preparara una compilación analítica de las observaciones[7]. También decidió examinar, en su 18.° período de sesiones (1985), el proyecto de texto a la luz de esas observaciones, con

[1] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/36/17), párr. 70.

[2] *Ibid.*, párr. 65.

[3] A/CN.9/216.

[4] A/CN.9/232.

[5] A/CN.9/233.

[6] A/CN.9/246.

[7] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento N.° 17* (A/39/17), párr. 101.

miras a finalizar y aprobar el texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional[7].

4. En el 17.° período de sesiones, se formuló la sugerencia de que la secretaría preparara un comentario sobre el proyecto de Ley Modelo, que ayudaría a los gobiernos a preparar sus observaciones sobre el proyecto de texto y más adelante les ayudaría a estudiar la adopción de medidas legislativas basadas en la Ley Modelo. La Comisión opinó que, aunque ese comentario no podía prepararse con la antelación suficiente para que pudiera servir de ayuda a los gobiernos al preparar sus observaciones, sería útil si se presentaba a la Comisión en su 18.° período de sesiones[8]. En consecuencia, la Comisión decidió pedir a la secretaría que presentara a la Comisión, en su 18.° período de sesiones, un comentario sobre el proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional[9].

5. El presente informe se ha elaborado en cumplimiento de aquella petición. Contiene un resumen en el que se explica por qué se han aprobado determinadas disposiciones y cuál es su alcance, añadiendo, a menudo, explicaciones e interpretaciones de algunos términos. No proporciona una información completa sobre los *travaux préparatoires,* por ejemplo, las diversas propuestas y los proyectos de variantes que no se conservaron. Para los que estén interesados en una información más completa sobre los antecedentes de una determinada disposición, el comentario cita las referencias a las partes pertinentes que contienen los informes de los cinco período de sesiones del Grupo de Trabajo[10].

6. Al preparar el comentario, la secretaría ha tenido en cuenta la circunstancia de que no se trata de un comentario sobre un texto definitivo y que su finalidad principal e inmediata es brindar asistencia a la Comisión en la revisión y ultimación del texto. Por consiguiente, la secretaría se ha tomado la libertad de señalar posibles ambigüedades e incoherencias, acompañándolas, en algunas ocasiones, con sugerencias que tal vez la Comisión desee considerar. Se ha procurado distinguir las opiniones de la secretaría, utilizando expresiones tales como "se presenta" o "se sugiere", de las explicaciones o interpretaciones que coinciden con la opinión unánime o predominante del Grupo de Trabajo.

[7]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento N.° 17* (A/39/17), párr. 101.

[8]*Ibid.*, párr. 100.

[9]*Ibid.*, párr. 101.

[10]A fin de evitar confusiones, no se hace ninguna referencia especial a la numeración anterior de los artículos que, durante la preparación, se modificó dos veces. Pero la numeración anterior aparece en los debates pertinentes contenidos en los informes sobre los períodos de sesiones y en las tablas de correlación de la numeración de los artículos que figuran en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.40 y A/CN.9/WG.II/WP.48, que se presentaron al Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones quinto y séptimo.

Comentario analítico[11]

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. *Ámbito de aplicación**

1) La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial** internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado

2) Un arbitraje es internacional si

a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o

b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

c) la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada de algún otro modo con más de un Estado.

3) A los efectos del párrafo 2) de este artículo, si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento considerado será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje. Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

Referencias

A/CN.9/216, párrs. 16 a 21
A/CN.9/232, párrs. 26 a 36
A/CN.9/233, párrs. 47 a 60
A/CN.9/245, párrs. 160 a 168, 173
A/CN.9/246, párrs. 156 a 164

Comentario

1. El artículo 1 del proyecto de texto de una Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, (en

*Los epígrafes de los artículos se han incluido para facilitar la referencia únicamente y no deberán utilizarse para fines de interpretación.

**Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial. Las relaciones de índole comercial incluyen las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*facturing*), arriendo de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

[11]El proyecto de texto de una ley modelo que se reproduce y comenta en el presente documento es el que el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales aprobó al clausurarse su séptimo período de sesiones (A/CN.9/246, párr. 14 y anexo).

adelante denominada "la Ley Modelo") se refiere al ámbito de aplicación previsto de la Ley Modelo. En particular, establece la esfera de aplicación en cuanto al fondo que, de conformidad con el mandato que dio la Comisión al Grupo de Trabajo[12], es el "arbitraje comercial internacional". Antes de examinar esa esfera de aplicación en cuanto al fondo, se hacen algunas observaciones sobre la forma de la Ley Modelo y sobre otros aspectos de su aplicación.

"La presente Ley se aplicará . . ."

La Ley Modelo como "la presente Ley" de un Estado determinado

2. El método de unificar y mejorar las leyes nacionales de arbitraje que contempló el Grupo de Trabajo, a reserva de la decisión última de la Comisión, es el de una ley modelo. El texto, en su versión definitiva, será recomendado por la Comisión y luego por la Asamblea General a todos los Estados para que lo incorporen a sus respectivas legislaciones.

3. Para facilitar esa incorporación, se ha dado al texto una redacción que permite que sea promulgado en esa forma por los Estados. El comentario sigue esta orientación y se refiere a "este Estado"[13], donde se aplicaría "la presente Ley", como el Estado X.

Ámbito de aplicación territorial (todavía sin decidir)

4. "Esta Ley", en su forma actual, no suele indicar a qué arbitrajes en particular (de carácter comercial internacional) se aplica. Una posibilidad sería la de utilizar como factor determinante el lugar del arbitraje, es decir, abarcar todos los arbitrajes que tuviesen lugar en "este Estado" (X). Otra posibilidad sería la de reconocer la libertad de las partes para seleccionar una ley distinta a la del lugar del arbitraje y abarcar todos los arbitrajes que tuvieran lugar en el Estado X, a menos que las partes hubiesen escogido la ley de otro Estado, así como los arbitrajes "extranjeros" para los que las partes hubiesen seleccionado la ley de "este Estado" (X).

5. La opinión predominante en el Grupo de Trabajo se inclinó hacia la primera solución (es decir, la del criterio territorial estricto) pero se tomó la decisión de no abordar esta cuestión expresamente en el artículo 1[14]. La cuestión quedó también sin decidir dentro del contexto del artículo 34, como indican las dos variantes que figuran entre corchetes: "laudo arbitral dictado [en el territorio de este Estado] [con arreglo a esta Ley]"[15]. Tampoco se compromete el artículo 27 con su actual redacción ("en las actuaciones arbitrales celebradas en este Estado o en virtud de esta Ley"), que podría aplicarse a las dos posibilidades mencionadas[16].

6. La cuestión del ámbito de aplicación territorial, que aún tendrá que resolver la Comisión, tendrá que ser contestada con respecto a la mayoría, pero no a todas, las disposiciones de la Ley Modelo. El motivo de esto es que algunas disposiciones, que se refieren a la función de los tribunales del Estado X con respecto al reconocimiento de acuerdos de arbitraje (artículos 8 y 9)[17] y al reconocimiento y ejecución de los laudos (artículos 35 y 36), están concebidas para abarcar acuerdos o laudos de arbitraje independientemente del lugar del arbitraje o de la opción de ley procesal.

La Ley Modelo como "lex specialis"

7. Una vez que la Ley Modelo se haya promulgado en el Estado X, "la presente Ley se aplicará" como *lex specialis,* es decir, con exclusión de todas las demás disposiciones pertinentes del derecho no convencional[18], ya se hallen contenidas, por ejemplo, en un código de procedimiento civil o en una ley separada sobre arbitraje. Esta prioridad, aunque no se indica expresamente en la Ley Modelo, parte del propósito legislativo de establecer un régimen especial para el arbitraje comercial internacional.

8. Debe tenerse en cuenta (y tal vez debiera expresarse en el artículo 1) que la Ley Modelo prevalece sobre otras disposiciones, únicamente con respecto a los asuntos y cuestiones quen abarque dicha Ley Modelo. Por lo tanto, siguen siendo aplicables otras disposiciones de derecho interno si tratan sobre cuestiones que, aunque se refieran al arbitraje comercial internacional, hayan quedado al margen de la Ley Modelo (por ejemplo, la capacidad de las partes para celebrar un acuerdo de arbitraje, los efectos de las exenciones del Estado, la consolidación de las actuaciones arbitrales, la competencia del tribunal arbitral para adaptar contratos, las relaciones contractuales entre los árbitros y las partes u órganos de arbitraje, la determinación de honorarios y la solicitud de depósitos, las garantías respecto a honorarios o costos, y el plazo para la ejecución de los laudos arbitrales).

El derecho convencional prevalece frente a la Ley Modelo

9. De conformidad con el párrafo 1) del artículo 1, "la presente Ley" se aplicará "sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado". Esta cláusula podría considerarse superflua, ya que la prioridad del derecho convencional procede de la jerarquía interna de las fuentes del derecho en casi todos, cuando no en todos, los ordenamientos jurídicos. Sin

[12]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 12.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N.° 17* (A/34/17), párr. 81.

[13]Es posible que algún Estado, al adoptar la Ley Modelo, no desee conservar la expresión "este Estado" (que figura en el párrafo 1 del artículo 1, el párrafo 1 del artículo 27, los párrafos 1 y 2 del artículo 34, los párrafos 2 y 3 del artículo 35 y el párrafo 1 del artículo 36) sino que, siguiendo su práctica legislativa normal, o bien la sustituya por una expresión adecuada (p.ej. el nombre del Estado) o bien considere innecesaria esa referencia dado que sería evidente del contexto de la ley y de su promulgación.

[14]A/CN.9/246, párrs. 165 a 168.

[15]*Ibid.*, párrs. 169 a 171. Véase también el comentario al artículo 34, párr. 4.

[16]*Ibid.*, párrs. 92 a 97. Véase también el comentario del artículo 27, párr. 3.

[17]Por lo que respecta al artículo 9, debe hacerse una distinción entre el derecho de una parte a solicitar una medida cautelar provisional y la facultad del tribunal para conceder una medida de esa naturaleza. Véanse los párrs. 2 y 3 del comentario al artículo 9.

[18]Con respecto al "derecho convencional", que prevalece sobre la Ley Modelo, véanse los párrafos 9 a 11 *infra.*

embargo, se ha conservado como una declaración útil del propósito legislativo de no afectar a la validez y ejecución de acuerdos multilaterales y bilaterales vigentes en el Estado X.

10. La cláusula tendría importancia primordial con respecto a los tratados referidos a los mismos asuntos que los contenidos en la Ley Modelo. Son ejemplos destacados de tales tratados multilaterales, la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958; en adelante denominada Convención de Nueva York de 1958), la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional (Ginebra, 1961, en adelante denominada Convención de Ginebra de 1961), el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington, 1965, en adelante denominado Convenio de Washington de 1965), y el Convenio interamericano sobre arbitraje comercial internacional (Panamá, 1975)[19].

11. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el alcance de la cláusula es más amplio, en el sentido de que abarca tratados que se refieren a otros asuntos pero que contienen disposiciones sobre arbitraje. Un ejemplo de esto es el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo), que, en virtud de su artículo 22 3), reduce los efectos del acuerdo original sobre el lugar de arbitraje, permitiendo su incoación en diversos lugares a elección del demandante[20]. Esta disposición, si se halla en vigor en el Estado X y es aplicable al caso de que se trate, prevalecerá sobre el artículo 20 de la Ley Modelo, que reconoce la libertad de las partes para determinar el lugar del arbitraje y hace totalmente efectiva dicha opción, ya se haga antes o después de que surja la controversia.

Ámbito de aplicación en cuanto al fondo: "arbitraje comercial internacional"

12. El ámbito de aplicación en cuanto al fondo de la Ley Modelo, como indica su título, es el "arbitraje comercial internacional". Esta expresión, empleada ampliamente, comprende tres elementos que en la Ley Modelo se encuentran definidos, ilustrados o acompañados de una observación declaratoria.

"Arbitraje"

13. La Ley Modelo, como la mayoría de los convenios y leyes internas sobre arbitraje, no define el término "arbitraje". Se limita a aclarar, en el párrafo 1) de su artículo 7, que abarca cualquier arbitraje "con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de administrarlo". Por consiguiente, se aplica el arbitraje puramente *ad hoc* y a cualquier tipo de arbitraje administrado o institucional.

14. Naturalmente, el término "arbitraje" no debe interpretarse como referido únicamente a los arbitrajes en curso, es decir, a las actuaciones arbitrales. Se refiere también al período anterior y posterior a tales actuaciones, como se desprende claramente, por ejemplo, de las disposiciones sobre reconocimiento de acuerdos de arbitraje y, posteriormente, de los laudos arbitrales.

15. Aunque la Ley Modelo en general tiene por objeto abarcar todo tipo de arbitraje, cabe mencionar al respecto dos restricciones que no se desprenden inmediatamente del texto pero que cualquier Estado qu adopte la Ley Modelo puede exponer[21]. La Ley Modelo está destinada al arbitraje consensual, es decir, al arbitraje basado en el acuerdo voluntario de las partes (como estipula el párrafo 1) del artículo 7), por lo que no incluye el arbitraje obligatorio. Tampoco incluye los distintos tipos del llamado "arbitraje libre", tales como el *bindend advies* holandés, el *Schiedsgutachten* alemán, o el *arbitrato irrituale* italiano.

"Comercial"

16. El término "comercial" ha quedado sin definir en la Ley Modelo, como tampoco se define en los convenios sobre arbitraje comercial internacional. Aunque sería conveniente una definición clara, no se pudo encontrar ninguna que trazase una línea precisa entre las relaciones comerciales y las no comerciales. Pese a ello, se consideró que no convenía dejar el asunto en manos de cada Estado en particular, ni tampoco limitar las orientaciones para la interpretación uniforme a los informes de los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo o a los comentarios sobre la Ley Modelo. Como solución intermedia, se ha añadido al artículo 1 una nota

[19]Otro tratado importante de este tipo es el Convenio sobre la decisión adoptada por vía de arbitraje de litigios civiles derivados de las relaciones de cooperación económica y científico-tecnológica (Moscú, 1972) que, no obstante, trata principalmente del arbitraje obligatorio, mientras que la Ley Modelo está destinada al arbitraje consensual únicamente (véase el párrafo 15 *supra*).

[20]*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías*, (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.80.VIII.1), primera parte, Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (A/CONF.89/13), anexo I.

Los párrafos 3, 5 y 6 del artículo 22 de las "Reglas de Hamburgo" dicen lo siguiente:

"3. El procedimiento arbitral se incoará, a elección del demandante, en uno de los lugares siguientes:

a) un lugar situado en un Estado en cuyo territorio se encuentre:

i) el establecimiento principal o, a falta de éste, la residencia habitual del demandado; o

ii) el lugar de celebración del contrato, siempre que el demandado tenga en él un establecimiento, sucursal o agencia por medio de los cuales se haya celebrado el contrato; o

iii) el puerto de carga o el puerto de descarga; o

b) cualquier lugar designado al efecto en la cláusula compromisoria o el compromiso de arbitraje.

. . .

5. Las disposiciones de los párrafos 3 y 4 de este artículo se considerarán incluidas en toda cláusula compromisoria o compromiso de arbitraje y cualquier estipulación de tal cláusula o compromiso que sea incompatible con ellas será nula y sin efecto.

6. Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará a la validez del compromiso de arbitraje celebrado por las partes después de presentada la reclamación basada en el contrato de transporte marítimo."

[21]A/CN.9/216, párr. 17.

a pie de página para ayudar a interpretar el término "comercial".

17. Respecto a la forma, puede existir cierta incertidumbre en cuanto al destinatario y a los efectos jurídicos de dicha nota, ya que esa técnica legislativa no se emplea en todos los ordenamientos jurídicos. Por lo menos, la nota a pie de página podría facilitar alguna orientación al legislador de un Estado aún cuando no se reprodujera en la promulgación nacional de la Ley Modelo. Una utilización de mayor alcance, que tal vez la Comisión desee recomendar, consistiría en conservar la nota a pie de página en la promulgación nacional del texto, lo cual facilitaría cierta orientación en la aplicación e interpretación de la "presente Ley".

18. El contenido de la nota a pie de página refleja el propósito legislativo de interpretar el término comercial con amplitud. Este deseo de que la interpretación sea amplia se encuentra apoyado por una lista ilustrativa de relaciones comerciales. Aunque los ejemplos enumerados abarcan casi todos los tipos de situaciones que se sabe que han dado lugar a controversias en las que han entendido tribunales de arbitraje comerciales internacionales, la lista, por deseo expreso, no es completa. En consecuencia, también se consideran operaciones comerciales, por ejemplo, el suministro de energía eléctrica, el transporte de gas licuado a través de gasoductos, e incluso las "operaciones no transaccionales" tales como las demandas por daños y perjuicios que se planteen en un contexto comercial. No se incluyen en el término, por ejemplo, los conflictos laborales ni las reclamaciones corrientes del consumidor, pese a su relación con el comercio. Naturalmente, el hecho de que una transacción caiga dentro de la esfera de la Ley Modelo debido a su naturaleza comecial, no significa forzosamente que se pueda resolver mediante arbitraje cualquier controversia derivada de la transacción (por lo que respecta al requisito de la arbitrabilidad, véase el párr. 5 del comentario sobre el artículo 7).

19. Aunque no da una definición precisa, la nota a pie de página proporciona una orientación para un interpretación independiente del término "comercial"; no se debe referir, como en la Convención de Nueva York de 1958 (Artículo I 3)), a lo que la legislación nacional existente considere como comercial. Por lo tanto, sería erróneo aplicar conceptos nacionales que, por ejemplo, consideran comerciales exclusivamente los tipos de relaciones que se tratan en el código de comercio, o las transacciones cuyas partes sean personas comerciales.

20. Esta última idea de exclusión se había expresado en un borrador anterior de la nota a pie de página por medio de las palabras (que seguían a la primera frase): "independientemente de si las partes son "comerciantes" con arreglo a una determinada legislación nacional". Se suprimió, sin embargo esa redacción, exclusivamente destinada a aclarar que el carácter comercial de la relación no depende de la calificación de las partes como comerciantes (tal como se utiliza en algunas legislaciones nacionales para hacer la distinción entre relaciones comerciales o civiles) para que no pudieran interpretarse como que guardaban relación con la cuestión de la inmunidad de los Estados[22].

21. A ese respecto cabe señalar que la Ley Modelo no toca la sensible y compleja cuestión de la inmunidad de los Estados. Por ejemplo, no dice si la firma de un acuerdo de arbitraje por parte de un órgano de un Estado o de una agencia gubernamental constituye un desistimiento de esa inmunidad. Por otra parte, conviene igualmente señalar que la Ley Modelo abarca las relaciones en las que sea parte un órgano del Estado o una entidad gubernamental, a condición, desde luego, de que la relación sea de carácter comercial.

"Internacional", párrafo 2)

22. De conformidad con el mandato de la Comisión, la Ley Modelo está destinada a establecer un régimen especial para los casos internacionales. Es en esos casos en los que la actual disparidad entre legislaciones nacionales crea dificultades y perjudica al funcionamiento del proceso de arbitraje. Además, en esos casos hacen falta normas más flexibles y más liberales a fin de superar las dificultades y las peculiaridades locales. Por último, en esos casos el interés del Estado por mantener sus conceptos tradicionales y las normas que le son familiares es menos fuerte que en un marco estrictamente nacional. Ahora bien, a pesar de esa actitud y de la restricción legislativa propia, cualquier Estado es libre de coger la Ley Modelo, de manera inmediata o en una fase ulterior, como modelo de su propia legislación sobre el arbitraje en el propio país y evitar de ese modo la dicotomía en el seno de su legislación sobre arbitrajes.

23. A menos que un Estado opte por un tratamiento unitario de esa naturaleza, la prueba de "internacionalidad" que se especifica en el párrafo 2) del artículo 1 es de la máxima y crucial importancia para la aplicabilidad de "la presente Ley". Como determina si un determinado caso ha de estar regido por el régimen especial incluido en la Ley Modelo o por la legislación nacional sobre arbitraje, la definición debería ser lo más precisa posible, a fin de proporcionar certidumbre a todos los interesados. Desafortunadamente, la búsqueda de una prueba adecuada pone de manifiesto un dilema: las fórmulas precisas tienen tendencia a ser demasiado estrictas como para poder abarcar todos los casos que se pueden presentar en la práctica del arbitraje comercial internacional, y, por otra parte, cuanto más amplio sea el alcance de la prueba tanto más probable será que carezca de precisión. La solución adoptada en el párrafo 2) empieza con un criterio bastante preciso en el inciso *a)*, que abarca la gran masa de los casos importantes, y luego amplía su alcance en los incisos *b)* y *c)*, con una pérdida cada vez mayor de precisión.

a) *Establecimientos de las partes en diferentes Estados, inciso* a)

24. El criterio básico establecido en el inciso *a)* sigue el modelo de la prueba del carácter internacional adoptada en el párrafo 1) del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa

[22] A/CN.9/246, párr. 158.

Internacional de Mercaderías (Viena, 1980[23]; en adelante denominada "Convención de Viena sobre Compraventa, 1980"). Utiliza como factor determinante el lugar donde se encuentren los establecimientos de las partes en un acuerdo de arbitraje. Por consiguiente, no son determinantes las demás características de una parte, tales como su nacionalidad o el lugar de incorporación o de registro.

25. Como un determinado caso es internacional si las partes tienen sus establecimientos "en diferentes Estados" carece de significación que alguno de estos Estados sea el Estado X (o sea aquel que promulga "la presente Ley"). Se incluye pues todo arbitraje "entre extranjeros" (o sea partes con establecimientos en los Estados Y y Z) y cualquier arbitraje entre una parte en el Estado X y una parte en un Estado extranjero (Y). Ello no obstante, otra cuestión distinta es la de saber si se ha de aplicar, y en qué medida, "la presente Ley" en tal caso internacional, a la que se habrá de responder de conformidad con las normas sobre el ámbito de aplicación (que se examinaron anteriormente, párrafos 4 a 6). Mientras que los artículos 8, 9, 35 y 36, que tratan del reconocimiento de los acuerdos de arbitraje y de los laudos por parte de los tribunales del Estado X, se aplica sin tener en cuenta el lugar del arbitraje ni la elección de un determinado procedimiento legal, el resto del conjunto de las disposiciones, que tratan en particular del procedimiento de arbitraje, sólo se aplicará si el caso corresponde al ámbito de aplicación territorial.

b) *Otros lugares pertinentes, inciso* b)

26. Cada uno de los lugares que se enumeran en el inciso *b)* establece un vínculo internacional si está situado en un Estado distinto de aquel en el que las partes tienen sus establecimientos. Tampoco cuenta para la prueba del carácter internacional que alguno de esos Estados sea el Estado (X). Por lo tanto, un arbitraje será internacional en virtud del inciso *b)* en una de las situaciones siguientes: los establecimientos de las partes en el Estado X y otro establecimiento importante en el Estado Y; los establecimientos de las partes en el Estado Y y otros establecimientos importantes en el Estado Z. Ello no obstante, el que "la presente, Ley" se aplique plenamente, de hecho, dependerá una vez más de que el caso corresponda al ámbito de aplicación territorial[24].

27. Los lugares que se enumeran en el inciso *b)* se refieren o bien al arbitraje (apartado i)) o al objeto de la relación o del litigio (apartado ii)). El primer lugar de importancia es el del arbitraje, como único criterio que cuenta para el arbitraje. Así pues, el nexo internacional no estará establecido por ningún otro elemento relacionado con el arbitraje tal como el nombramiento de un árbitro extranjero o la elección de una ley de procedimiento extranjera (en caso de que se permita).

28. El lugar del arbitraje tiene importancia si está determinado en el acuerdo de arbitraje o si se trata del lugar de cumplimiento del acuerdo. Cuando en el acuerdo de arbitraje se especifica el lugar del arbitraje, las partes saben desde el principio que el caso es internacional de conformidad con el apartado i). Si el lugar del arbitraje se determina en cumplimiento del acuerdo, puede haber un largo período de incertidumbre a ese respecto. Se señala que para cumplir ese requisito no bastaría con una cláusula que autorizase al tribunal arbitral a determinar el lugar del arbitraje.

29. De conformidad con el apartado ii), el carácter internacional se determina si una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial ha de cumplirse en un Estado que no sea el Estado en el que las partes tengan sus establecimientos. Ese sería el caso, por ejemplo, cuando un productor y un comerciante concluyesen un acuerdo de distribución en exclusiva en relación con un mercado extranjero o cuando un contratista general emplease a un subcontratista independiente para ciertas partes de un proyecto de construcción en el extranjero. Aunque el acuerdo de arbitraje ha de cubrir todo litigio o ciertos litigios que puedan derivarse de esa relación, no es forzoso que el litigio en sí mismo se refiera al elemento internacional.

30. Aun cuando no haya de cumplirse en el extranjero una parte sustancial de las obligaciones, el arbitraje será internacional en virtud del apartado ii) si el objeto de litigio tiene una relación más estrecha con un lugar extranjero. Como los casos de esa naturaleza serán muy excepcionales, cabe aceptar la desventaja de ese criterio, que radica en el hecho de que no se puede determinar el carácter internacional antes de que se plantee el litigio.

c) *Alguna otra relación internacional, inciso* c)

31. El último criterio, establecido en el inciso *c)*, es que "el objeto del acuerdo de arbitraje está relacionado de algún otro modo con más de un Estado". Esta prueba "residual" tiene por objeto abarcar todos los casos estimables que no estén comprendidos en los incisos *a)* o *b)*, y es evidente que un ámbito de tal amplitud entraña un grado considerable de imprecisión. Cabe añadir que "el objeto del acuerdo de arbitraje" no se debe entender de forma que se refiera al arbitraje mismo, sino a las cuestiones sustantivas que pueden estar sujetas a arbitraje.

d) *Determinación del establecimiento, párrafo 3)*

32. Si alguna de las partes tiene dos o más establecimientos, uno de los cuales está en el mismo Estado que el establecimiento de la otra parte, es necesario determinar cuál de esos lugares es el que cuenta para los fines del párrafo 2). Según la primera oración del párrafo 3), será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje. Un ejemplo de esa relación más estrecha sería que un contrato en el que hubiese una cláusula de arbitraje fuera totalmente

[23] A/CONF.97/18, Anexo I. Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.81.IV.3), Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (A/CONF.97/18), anexo I.

[24] Conviene señalar, particularmente en lo que respecta al apartado i) que "la presente Ley" sólo se aplicará plenamente si el lugar de arbitraje se encuentra en el Estado X, en el supuesto de que se adopte el criterio estrictamente territorial. Así pues, la intención del apartado i) es abarcar los casos en los que las partes tienen sus establecimientos no en el Estado X sino en otro Estado (siempre que ese último Estado no prohíba a esas partes del país escoger un lugar de arbitraje extranjero).

negociado por la oficina o sucursal de que se trate, aunque se haya firmado en otro lugar (por ejemplo en el establecimiento principal).

33. Según se ha indicado en este ejemplo, la ubicación del establecimiento principal (u oficina principal) carece de significación. Si se tomara como criterio decisivo el establecimiento principal resultaría una aplicación un tanto más amplia de la Ley Modelo, puesto que abarcaría además todos los casos en los que la "relación más estrecha", pero no el establecimiento principal, se encontrara en el mismo Estado en que esté el establecimiento de la otra parte. Ello no obstante, se adoptó el criterio de la "relación más estrecha" porque parecía que reflejaba mejor lo que deseaban las partes y, en particular, para que fuera congruente con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre la Compraventa, 1980. (artículo 10 *a)*)[25].

34. La segunda oración del párrafo 3 trata de la situación, poco corriente, que se da cuando una persona que participa en una transacción comercial no tiene un "establecimiento". En ese caso, su residencia habitual será el lugar que cuente a los efectos del párrafo 2).

* * *

Artículo 2. *Definiciones y reglas de interpretación*

A los efectos de la presente Ley:

a) "tribunal arbitral" significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros;

b) "tribunal" significa un órgano del sistema judicial de un país;

c) cuando una disposición de la presente Ley deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión;

d) cuando una disposición de la presente Ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado;

e) salvo acuerdo en contrario de las partes, se considerará recibida una comunicación si ha sido entregada personalmente al destinatario o si ha sido entregada en su establecimiento, residencia habitual o domicilio postal o, en el caso en que no se conozca ninguno de estos lugares, después de realizar averiguaciones razonables, en el último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario. Se considerará que la comunicación ha sido recibida el día en que se haya realizado tal entrega.

[25]En esa Convención la prueba sirve a dos fines, que tienden a ampliar o reducir el ámbito de aplicación. Uno, lo mismo que en la Ley Modelo, es distinguir entre los casos estrictamente nacionales y los de carácter internacional; el otro es, a diferencia de la Ley Modelo, distinguir entre los casos internacionales en los que las partes tienen sus establecimientos en Estados Contratantes y los casos internacionales en los que una de las partes tiene su establecimiento en un Estado no contratante.

Referencias

A/CN.9/233, párrs. 75, 101 y 102
A/CN.9/245, párrs. 28, 169 a 172
A/CN.9/246, párrs. 172 y 173

Comentario

Definición de "tribunal arbitral" y "tribunal", párrafos a) *y* b)

1. La definición de los términos "tribunal arbitral" y "tribunal" podría considerarse como evidente por sí misma y, por tanto, superflua. Sin embargo, se ha mantenido, en particular, por una razón terminológica. Su yuxtaposición tiene por objeto establecer una distinción clara entre los dos tipos diferentes de órganos encargados de resolver litigios. Con ello se trata de evitar, por ejemplo, el malentendido, posible en idiomas tales como el francés y el español, de que la palabra "tribunal" es una forma abreviada del término "tribunal arbitral" o de que el término *"court"* incluye todo órgano de arbitraje o institución administrativa que ostenta el nombre de *"court"*, como *ICC Court of Arbitration* (Tribunal de Arbitraje de la CCI) o *London Court of International Arbitration* (Tribunal de arbitraje internacional de Londres).

2. El párrafo *b)* hace referencia simplemente, sin interferir con él, al sistema judicial nacional, que no es necesariamente el sistema del Estado X (véanse artículos 9, 35 3), 36 1) *a)* v), 2)). Habida cuenta de la variedad de nomenclaturas, el término "tribunal" no está restringido a los órganos realmente denominados "tribunal" en un país determinado sino que incluye a cualquier otra "autoridad competente" (tal es la expresión utilizada en la Convención de Nueva York de 1958). La referencia al sistema judicial de "un país" (en vez de "un Estado") se ha utilizado con el único fin de evitar la concepción errónea, posiblemente en una federación de estados, de que abarca a los "tribunales de los estados", pero no a los "tribunales federales"[26].

Interpretación de "partes", "facultad" y "acuerdo", párrafos c) *y* d)

3. Los párrafos *c)* y *d)* tienen como finalidad evitar una interpretación demasiado literal de las referencias hechas en la Ley Modelo a la facultad de las partes de decidir libremente sobre un asunto o sobre su acuerdo. De conformidad con la interpretación razonable hecha en el párrafo *c)*, tal facultad abarca la libertad de las partes no sólo para decidir sobre el asunto por sí mismas sino también para autorizar a una tercera persona o institución a decidir sobre el asunto en su nombre. Ejemplos prácticos de tales asuntos serían el número de árbitros, el lugar del arbitraje y otros aspectos de procedimiento.

4. El párrafo *d)* reconoce la práctica común de las partes de hacer referencia en su acuerdo a normas de

[26]La Comisión tal vez considere oportuno examinar la conveniencia del término "país", utilizado también en los artículos 35 1), 3) y 36 1), en aras de la congruencia en toda la Ley Modelo utilizando exclusivamente la expresión "Estado".

arbitraje (de instituciones, asociaciones u otros órganos) en vez de negociar y redactar un acuerdo de arbitraje para un solo caso totalmente original e individual. Una norma general de interpretación parece ser preferible a la inclusión de una aclaración en cada una de las muchas disposiciones de la Ley Modelo en que esta cuestión pueda ser pertinente.

5. Los párrafos *c)* y *d)* son normas superpuestas en el sentido de que la libertad de decidir sobre un asunto (en virtud de *c)*) se incluye en la noción de que las partes puedan celebrar un acuerdo (en virtud de *d)*) y en que la facultad de autorizar a un tercero (en virtud de *c)*) está con frecuencia prevista en las disposiciones del reglamento de arbitraje (en virtud de *d)*). Sin embargo, no ocurre así en todos los casos: puede añadirse la facultad de autorizar al régimen establecido mediante el reglamento de arbitraje (por ejemplo, designación de un órgano de nombramiento); puede hacerse para sustituir una disposición de ese reglamento, o puede adoptarse en un acuerdo de arbitraje para un solo caso.

Definición de "recibo de comunicación", párrafo e)

6. El párrafo *e)*, que está inspirado en el párrafo 1 del artículo 2 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, enumera diversos casos en los que una comunicación por escrito, hecha por una parte o por el tribunal arbitral, "se considerará recibida". Pese a esta última redacción, la enumeración comienza con casos de recibo real (es decir no ficticios) para entrar después en la esfera de la ficción jurídica. La última frase aclara que cualquiera de tales casos no sólo es determinante del hecho del recibo sino que lo es asimismo de la fecha de éste.

* * *

(Artículo 3 suprimido)[27].

* * *

Artículo 4. *Renuncia al derecho a objetar*

Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo o debiendo conocer que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar.

Referencias

A/CN.9/233, párr. 66
A/CN.9/245, párrs. 176 a 178
A/CN.9/246, párrs. 178 a 182

[27]El proyecto de artículo 3 que antes existía fue suprimido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/246, párrs. 174-177) en su séptimo período de sesiones. Para evitar confusión, se ha decidido aplazar hasta las etapas finales de la revisión del proyecto por la Comisión la modificación de la numeración de los artículos.

Comentario

1. Cuando se incumple un requisito procesal, tanto si está establecido en la Ley Modelo como si lo está en el acuerdo de arbitraje, toda parte tiene derecho a objetar con miras a subsanar el defecto procesal. El artículo 4 implica una renuncia a ese derecho en determinadas circunstancias, basándose en principios generales tales como *estoppel* o *venire contra factum proprium.*

2. La primera condición es que el requisito procesal, que no ha sido cumplido, esté contenido en una disposición no preceptiva de la Ley Modelo o en el acuerdo de arbitraje. La restricción de esta norma a disposiciones de la ley de las que las partes puedan apartarse fue adoptada basándose en que una cláusula de *estoppel* que abarcase asimismo defectos procesales fundamentales sería demasiado rígida. No obstante, cabe mencionar que la Ley Modelo contiene normas específicas concernientes a objeciones con respecto a determinados defectos fundamentales tales como falta de un acuerdo de arbitraje válido o a que el tribunal arbitral esté excediendo su mandato (artículo 16 2)). En lo que respecta al incumplimiento de un requisito estipulado en el acuerdo de arbitraje, cabe observar que la estipulación procesal de las partes debe ser válida y, en particular, no estar en conflicto con una disposición preceptiva de "la presente Ley".

3. La segunda condición es que la parte conociese o debiese conocer el incumplimiento. Se asume que la expresión "debiendo conocer" no debe interpretarse como que abarca todo tipo de ignorancia negligente sino meramente los casos en que una parte no podía desconocer el vicio. Esa interpretación restrictiva, que podría plasmarse en el artículo, parece apropiada dado el principio que justifica una renuncia legalmente presunta.

4. La tercera condición es que la parte no exprese su objeción sin demora o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo. Esta última referencia al tiempo es, en términos lógicos, la primera que debe examinarse dado que un plazo, bien si está estipulado en la Ley Modelo o en el acuerdo de arbitraje, tiene prioridad con respecto a la fórmula general "sin demora".

5. Existe aún otra condición que no conviene ignorar. Una parte pierde su derecho a objetar sólo si, sin expresar su objeción, continúa el arbitraje. Entre los actos de tal "procedimiento" figuraría, por ejemplo, la aparición en una vista o una comunicación al tribunal arbitral o la otra parte. En consecuencia, no se reputará que una parte ha renunciado a su derecho si, por ejemplo, una huelga total o un impedimento similar le impide durante un período prolongado de tiempo enviar cualquier tipo de comunicación.

6. Cuando, en virtud del artículo 4, se considere que una parte ha renunciado a su derecho a objetar, no podrá plantear la objeción durante las fases subsiguientes de los procedimientos arbitrales y, lo que puede tener mayor importancia práctica, después de que se dicte sentencia. En particular, la parte no podría

después invocar el incumplimiento como una base para desestimar la sentencia o como un razón para negarse a su reconocimiento o ejecución. Lógicamente, una renuncia tiene este efecto último sólo en casos en que sea aplicable el artículo 4, es decir, en lo que respecta a las sentencias emitidas "en virtud de la presente Ley" (independientemente del criterio que se adopte para el ámbito territorial de aplicación). Se asume que un tribunal al que se ha pedido reconocimiento o ejecución de cualquier otra sentencia podría asimismo hacer caso omiso de las últimas objeciones de una parte aplicando cualquier norma similar del derecho procesal aplicable o la idea general de *estoppel*.

* * *

Artículo 5. *Alcance de la intervención del tribunal*

En los asuntos que se rigen por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga.

Referencias

A/CN.9/233, párrs. 69 a 73
A/CN.9/245, párrs. 183 y 184
A/CN.9/246, párrs. 183 a 188

Comentario

1. Este artículo hace referencia a la cuestión crucial y compleja del papel de los tribunales con respecto a los arbitrajes. El Grupo de Trabajo lo aprobó sobre una base provisional e invitó a la Comisión a examinar de nuevo esa decisión teniendo en cuenta las observaciones hechas por los gobiernos y organizaciones internacionales[28]. Al evaluar la conveniencia y oportunidad de esta disposición conviene tener presente las siguientes consideraciones.

2. Aunque la disposición, debido a su exposición categórica[29], puede dar la impresión de que la intervención del tribunal es en cierto modo negativa y está limitada al máximo, no adopta en sí una posición sobre cuál es el papel adecuado de los tribunales. Meramente requiere que todos los casos de participación de los tribunales estén enumerados en la Ley Modelo. En consecuencia, sus efectos excluirán todo poder general o residual dado a los tribunales en un sistema nacional que no esté enumerado en la ley modelo. La consiguiente certeza de las partes y los tribunales sobre los casos en que cabe esperar supervisión o asistencia de los tribunales parece ser beneficiosa para el arbitraje comercial internacional.

3. En consecuencia, se debe tratar de obtener el equilibrio deseado entre la independencia del proceso arbitral y la intervención de los tribunales expresando todos los casos de participación de éstos en la Ley Modelo, pero no puede obtenerse al amparo del artículo 5 o de su supresión. La Comisión, por tanto, tal vez considere oportuno determinar si es preciso incluir otros casos de ese tipo, además de los diversos casos ya abarcados en el presente texto. Esas no son únicamente las funciones encomendadas al Tribunal especificadas en el artículo 6, es decir, las funciones mencionadas en los artículos 11 3), 4), 13 3), 14 y 34 2), sino también los casos de participación de los tribunales previstos en los artículos 9 (medidas cautelares provisionales), 27 (asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas), 35 y 36 (reconocimiento y ejecución de los laudos).

4. Otra consideración importante que se ha de tener presente al juzgar el efecto del artículo 5 es que la necesidad ya mencionada de enumerar todos los casos de intervención del tribunal en relación con la Ley Modelo se aplica únicamente a los "asuntos que se rijan por la presente ley". Así, el alcance del artículo 5 es más restringido que el ámbito de aplicación de la Ley Modelo en cuanto al fondo, es decir, el "arbitraje comercial internacional" (artículo 1), porque se limita a las cuestiones que la Ley Modelo realmente regula, expresa o tácitamente.

5. Por consiguiente, el artículo 5 no excluye la intervención del tribunal respecto de ninguna cuestión que no se rija por la Ley Modelo. Como ejemplos de dichas cuestiones figuran los efectos de la inmunidad estatal, las relaciones contractuales entre las partes y los árbitros o la institución arbitral, los derechos y otras costas, incluida la fianza correspondiente, así como otras cuestiones ya mencionadas en el examen sobre el carácter de la Ley Modelo como *"lex specialis"*, donde hay que formular el mismo distingo[30].

6. Se sugiere que la distinción es razonable, incluso necesaria, aunque no es fácil hacerla en todos los casos. Por ejemplo, el artículo 18 rige la facultad del tribunal arbitral para ordenar medidas provisionales cautelares, denotando por otra parte una facultad ambigua, pero no regula el posible cumplimiento obligatorio de esas resoluciones. Así, no se podría impedir a un Estado (mediante el artículo 5) que facultara al tribunal arbitral para adoptar algunas medidas de apremio (como se conocen en algunos sistemas jurídicos) o disponer la ejecución judicial (como se conoce en otros sistemas)[31]. Por otra parte, cuando la Ley Modelo faculta, por ejemplo, a las partes para convenir libremente sobre un punto (v.gr., el nombramiento de un árbitro, párr. 2) del artículo 11) el asunto queda de ese modo plenamente regulado sin que intervenga el tribunal (v.gr., no se requiere ninguna ratificación del tribunal, como lo prevén algunas leyes incluso en el caso de un árbitro nombrado por una parte).

* * *

[28] A/CN.9/246, párr. 186.

[29] Una frase menos categórica se sugirió en el séptimo período de sesiones del Grupo de Trabajo pero no fue aprobada: "En los asuntos que se rijan por la presente Ley relativos a las actuaciones arbitrales o a la composición del tribunal arbitral, los tribunales ejercerán funciones de supervisión o de asistencia sólo en los casos en que esta Ley así lo disponga" (A/CN.9/246, párrs. 183 y 184).

[30] Véase el párr. 8 del comentario al artículo 1.

[31] Véase el párr. 4 del comentario al artículo 18.

Artículo 6. *Tribunal para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje*

El tribunal competente para el cumplimiento de las funciones a que se refieren los artículos 11 3) y 4), 13 3), 14 y 34 2) será . . . (cada Estado completará, al promulgar la Ley Modelo, las partes en blanco del presente texto).

Referencias

A/CN.9/232, párrs. 89 a 98
A/CN.9/233, párrs. 82 a 86
A/CN.9/245, párrs. 190 y 191
A/CN.9/246, párrs. 189 y 190

Comentario

1. El artículo 6 insta a cada Estado a que adopte la Ley Modelo para designar un tribunal especial que cumplirá determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje. Las funciones mencionadas en este artículo se refieren al nombramiento de un árbitro (artículo 11 3), 4)), la recusación de un árbitro (artículo 13 3)), la cesación del mandato de un árbitro por falta de ejercicio de sus funciones (artículo 14) y la nulidad de un laudo arbitral (artículo 34 2)).

2. Se prevé que la concentración de las funciones relativas al arbitraje en un tribunal determinado tendrá las ventajas que se exponen seguidamente. Ayudará a las partes, en particular a las extranjeras, a ubicar más fácilmente el tribunal competente y a obtener información sobre cualquiera de las características que conciernan a ese "tribunal", incluidas sus políticas aprobadas en decisiones anteriores. Se prevé que la especialización de ese tribunal será aún más ventajosa para el funcionamiento del arbitraje comercial internacional.

3. Aunque esas dos ventajas se lograrían más adecuadamente con una plena centralización, la designación de un tribunal no significa por fuerza que en la práctica sólo habrá un determinado tribunal en cada Estado. En particular, los países más extensos quizá deseen designar un tipo o categoría de tribunales, por ejemplo, tribunales comerciales o salas de lo comercial de tribunales de distrito.

4. El tribunal designado no ha de estar necesariamente constituido por el pleno del tribunal o por una sala del mismo. Por ejemplo, tratándose de funciones que tengan un carácter más administrativo y en los casos en que la rapidez y el carácter irrevocable de la decisión sean especialmente convenientes (es decir, artículos 11, 13 y 14) el tribunal designado bien podría estar constituido por el presidente de un tribunal o de una sala. En qué medida se materializará esta otra ventaja prevista dependerá de las disposiciones de cada Estado sobre la organización o procedimiento del tribunal, ya sea que existan con anterioridad o se adopten conjuntamente con "la presente Ley". Se propone que un Estado pueda confiar esas funciones administrativas incluso a un órgano ajeno a su sistema judicial, por ejemplo, una comisión o institución nacional de arbitraje que tramite asuntos internacionales.

* * *

CAPÍTULO II. ACUERDO DE ARBITRAJE

Artículo 7. *Definición y forma del acuerdo de arbitraje*

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de administrarlo, 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 fórmula 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 entenderá que el acuerdo es escrito cuando está 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. 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.

Referencias

A/CN.9/216, párrs. 22 a 24, 26
A/CN.9/232, párrs. 37 a 46
A/CN.9/233, párrs. 61 a 68
A/CN.9/245, párrs. 179 a 182
A/CN.9/246, párrs. 17 a 19

Comentario

Definición (y reconocimiento), párrafo 1)

1. El párrafo 1) describe el importante instrumento jurídico que constiuye la base y justificación de un arbitraje. La expresión "acuerdo de arbitraje" se define con arreglo a las pautas del artículo II 1) de la Convención de Nueva York, 1958; como se expresa más claramente en esa Convención, hay una garantía implícita de reconocimiento que excede a una simple definición.

2. La Ley Modelo no sólo reconoce un acuerdo relativo a una controversia existente *(compromis)*, sino también un acuerdo referente a cualquier controversia futura *(clause compromissoire)*. La inclusión de este último tipo de acuerdo parece imperativa debido a su empleo frecuente en la práctica internacional en materia de arbitraje y se confía en que contribuya a la unificación a escala mundial, dado que actualmente algunas

legislaciones nacionales no confieren pleno efecto a ese tipo de acuerdo.

3. La Ley Modelo reconoce un acuerdo de arbitraje con independencia de que adopte la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Así, se suprimirá cualquier requisito nacional vigente que estipule que el acuerdo figure en un documento independiente. Según el carácter del asunto, una cláusula compromisoria en un contrato será adecuada para controversias futuras, mientras que un acuerdo independiente no sólo es conveniente para una controversia existente, sino también para cualesquiera controversias futuras.

4. La Ley Modelo reconoce un acuerdo de arbitraje si la controversia existente o futura se refiere a una "determinada relación jurídica, contractual o no contractual". Se propone que se ha de dar a la expresión "determinada relación jurídica" una interpretación amplia, de modo que abarque todos los asuntos comerciales no contractuales que ocurran en la práctica (por ejemplo, un tercero que interfiera en las relaciones contractuales; la violación de una marca u otra forma de competencia desleal).

5. Las disposiciones de la Ley Modelo sobre el acuerdo de arbitraje no retienen el requisito, formulado en el párrafo 1) del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958, de que la controversia concierna "a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje". Sin embargo, ello no significa que la Ley Modelo concederá plena vigencia a cualquier acuerdo de arbitraje sin considerar si el asunto es materia de arbitraje. El Grupo de Trabajo, al examinar las propuestas pertinente, reconoció la importancia del requisito de que el asunto sea arbitrable, pero no estimó necesario establecer una disposición expresa[32]. Se observó, por ejemplo, que un acuerdo de arbitraje que comprenda un asunto no arbitrable será considerado de ordinario, o al menos en algunas jurisdicciones, como nulo y que la cuestión del carácter no arbitrable del asunto se aborda de forma adecuada en los artículos 34 y 36[33]. A este respecto, cabe observar que el Grupo de Trabajo decidió en una fase inicial no ocuparse de la validez material del acuerdo de arbitraje y no tratar de lograr la unificación o al menos la certeza en cuanto a cuáles asuntos no son arbitrables, ya sea mediante su enumeración en la Ley Modelo o instando a cada Estado a que los enumerase exclusivamente en "la presente Ley"[34].

El requisito de que el acuerdo deberá constar por escrito (párrafo 2))

6. La Ley Modelo se inspira en la Convención de Nueva York de 1958 al exigir que el acuerdo deberá constar por escrito, aunque en materia de arbitraje comercial los acuerdos verbales no son desconocidos en la práctica y algunas leyes nacionales los reconocen. Hasta cierto punto, la Ley Modelo es aún más rigurosa que la Convención en el sentido de que no admite que se invoque una "disposición más favorable" de la ley nacional subsidiaria (sobre arbitraje interno), como podría hacerse valer en el marco de la Convención en virtud del párrafo 1) de su artículo VII. La Ley Modelo está destinada a regir todos los acuerdos de arbitraje comercial internacional y, como se prevé en el artículo 7 2), exige que consten por escrito[35]. No obstante, el incumplimiento de ese requisito puede sanearse si la parte se somete a las actuaciones arbitrales, es decir, participa en ellas sin oponer la excepción mencionada en el artículo 16 2)[36].

7. La definición de la forma que ha de revestir un acuerdo por escrito se ciñe al párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958, pero con dos adiciones útiles. El párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo amplía y aclara la variedad de medios que constituyen un acuerdo escrito al agregar el "télex u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo", a fin de abarcar los medios de comunicación modernos y futuros.

8. La segunda adición, que figura en la última oración, tiene el propósito de esclarecer una cuestión que, dentro del contexto de la Convención de Nueva York de 1958 ha dado pie a problemas y a fallos judiciales divergentes. Se ocupa del caso nada infrecuente en el que las partes, en lugar de incluir una cláusula de arbitraje en su contrato, se remiten a un documento (v.gr.: condiciones generales u otro contrato) que contiene una cláusula de arbitraje. La remisión constituye un acuerdo de arbitraje si adopta una forma por la que esa cláusula pasa a formar parte del contrato y, naturalmente, si el propio contrato cumple el requisito de forma escrita tal y como se define en la primera oración del párrafo 2). Como se expone claramente en el texto, solamente es preciso que la referencia sea al documento; así pues, no es necesaria una referencia explícita a la cláusula de arbitraje que figura en el mismo[37].

* * *

Artículo 8. *Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal*

1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

2) Si, en dicho caso, ya se hubieran iniciado las actuaciones arbitrales, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones mientras la cuestión bajo su jurisdicción esté pendiente en el tribunal.

[32] A/CN.9/246, párr. 23; asimismo, A/CN.9/245, párr. 187; véase también A/CN.9/232, párr. 40.

[33] En cuanto al artículo 34, en que la inclusión del carácter no arbitrable del asunto es discutible, véase el comentario al artículo 34, párr. 12.

[34] A/CN.9/216, párrs. 25, 30 y 31.

[35] A/CN.9/233, párr. 66; A/CN.9/232, párr. 46.

[36] En cuanto a la posible necesidad de modificar el párrafo 2) del artículo 35 a fin de ajustar la situación de un defecto de forma subsanado, véase la nota 91 a pie de página.

[37] Véase A/CN.9/246, párr. 19.

Referencias

A/CN.9/216, párrs. 35 y 36
A/CN.9/232, párrs. 49 a 51, 146, 151
A/CN.9/233, párrs. 74 a 81
A/CN.9/245, párrs. 66 a 69, 185 a 187
A/CN.9/246, párrs. 20 a 23

Comentario

1. El artículo 8 se ocupa de un importante efecto "negativo" de un acuerdo de arbitraje. El acuerdo de someter cierto asunto a arbitraje significa que este asunto no será visto ni fallado por ningún tribunal, con independencia de que esta exclusión esté expresada en el acuerdo. Si, no obstante, una parte entabla litigio, el tribunal remitirá a las partes a arbitraje a menos que dictamine que el acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

2. El artículo 8 se ajusta estrechamente al párrafo 3) del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958 con la adición de dos elementos útiles. Debido a la naturaleza de la Ley Modelo, el párrafo 1) del artículo 8 de "la presente Ley" se dirige a todos los tribunales del Estado X; no se limita a acuerdos que estipulen el arbitraje en el Estado X y, de este modo, la aceptación generalizada de la Ley Modelo contribuiría al reconocimiento y efecto universales de los acuerdos internacionales de arbitraje comercial.

3. Al igual que en virtud de la Convención de Nueva York de 1958, el tribunal remitiría a las partes a arbitraje, es decir, declinaría (el ejercicio de su) jurisdicción, únicamente a petición de una parte y, de ese modo, no por su propia iniciativa. Se ha añadido un elemento cronológico en el sentido de que la solicitud debe efectuarse a más tardar con o en el primer escrito sobre el fondo del litigio. Se propone que este punto cronológico sea tomado literalmente y aplicado uniformemente en todos los sistemas jurídicos, incluso en los que consideran normalmente tal petición como un alegato de procedimiento que debe plantearse en un momento anterior a cualesquiera alegatos sobre el fondo.

4. Por lo que se refiere al efecto del hecho de que una parte no invoque el acuerdo de arbitraje mediante la presentación de tal solicitud a tiempo, parece evidente que el párrafo 1) del artículo 8 impide que esa parte invoque el acuerdo durante las fases posteriores de las actuaciones del tribunal. Debe observarse que el Grupo de Trabajo, pese al amplio apoyo que mereció la opinión de que el hecho de que una parte no invocara el acuerdo debería impedir que esa parte recurriera al acuerdo de arbitraje también en otros contextos o actuaciones, decidió no incorporar en el texto una disposición con un efecto tan general porque consideró que sería imposible redactar una norma simple que se ocupara satisfactoriamente de todos los aspectos de esa cuestión compleja[38].

[38] A/CN.9/246, párr. 22.

5. Otra adición al texto original de la Convención de Nueva York de 1958 es la regla del párrafo 2) que confirma que el párrafo 1) es aplicable con independencia de que hayan comenzado ya las actuaciones arbitrales. Faculta a un tribunal a continuar las actuaciones arbitrales (si se rigen por "la presente Ley") mientras la cuestión bajo su jurisdicción esté pendiente en un tribunal. El otorgamiento de tal discreción al tribunal arbitral tiene el propósito de reducir el riesgo y el efecto de las tácticas dilatorias de una parte que se vuelva atrás en su compromiso de arbitraje.

* * *

Artículo 9. *Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal*

No será incompatible con el acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de una medida cautelar provisional y que ese tribunal conceda esa medida.

Referencias

A/CN.9/216, párrs. 39
A/CN.9/232, párrs. 52 a 56
A/CN.9/233, párrs. 74, 81
A/CN.9/245, párrs. 185, 188 y 189
A/CN.9/246, párrs. 24 a 26

Comentario

1. Al igual que el artículo 8, el artículo 9 está relacionado con el reconocimiento y efecto del acuerdo de arbitraje, pero en otro respecto. Establece el principio, discutido en algunas jurisdicciones, de que el recurso a un tribunal y las subsiguientes actuaciones del tribunal respecto de medidas cautelares provisionales son compatibles con un acuerdo de arbitraje. Así pues, esclarece que el efecto "negativo" de un acuerdo de arbitraje, que es el de excluir la jurisdicción del tribunal, no tiene eficacia respecto de tales medidas provisionales. La razón principal es que la existencia de esas medidas no va en contra de las intenciones de partes que estén de acuerdo en someter un litigio a arbitraje y que las propias medidas están encaminadas a que el arbitraje sea eficaz y a lograr los resultados previstos.

2. El artículo 9 expresa el principio de la compatibilidad en dos sentidos con diferente ámbito de aplicación. Conforme a la primera parte de la disposición, la petición de una parte respecto de tales medidas judiciales no es incompatible con el acuerdo de arbitraje, es decir, no está prohibida ni debe considerarse como renuncia al acuerdo. Esta parte de la norma es aplicable con independencia de si la petición se formula a un tribunal del Estado X o de cualquier otro país. Con independencia del lugar donde se formule, no podrá invocarse ni considerarse como objeción o desatención a un acuerdo de arbitraje válido en virtud de "la presente Ley", es decir, en casos de arbitraje que queden dentro de su ámbito de aplicación territorial o dentro del contexto de los artículos 8 y 36.

3. Ahora bien, la segunda parte de la disposición va dirigida solamente a los tribunales del Estado X y declara que sus medidas son compatibles con un acuerdo de arbitraje con independencia del lugar de arbitraje. Suponiendo una amplia adhesión a la Ley Modelo, estas dos partes de la disposición se complementarían y contribuirían en gran medida al reconocimiento mundial del principio de compatibilidad que, en el contexto de la Convención de Nueva York de 1958, no ha sido aceptado uniformemente.

4. La gama de medidas cautelares provisionales que abarca el artículo 9 es considerablemente más amplia que la del artículo 18, debido a los distintos propósitos de estos dos artículos. El artículo 18 se ocupa de la facultad limitada del tribunal arbitral para ordenar a cualquiera de las partes que adopte una medida cautelar provisional respecto del objeto del litigio y no se ocupa del cumplimiento de esas órdenes. El artículo 9 se ocupa de la compatibilidad de la gran variedad de posibles medidas que pueden ser adoptadas por tribunales en distintos sistemas jurídicos, y que abarca no sólo medidas de las partes para conservar el objeto o para obtener pruebas sino también otras medidas, posiblemente requeridas de un tercero, y su cumplimiento. Esto incluiría, en particular, embargos previos al laudo y todo secuestro previo de haberes.

5. Podrá observarse que la Ley Modelo no se ocupa del posible conflicto entre una orden de un tribunal arbitral en virtud del artículo 18 y un fallo del tribunal en virtud del artículo 9 relativos al mismo objeto o medida cautelar. No obstante, se sugiere que la posibilidad de que surja tal conflicto es más bien pequeña habida cuenta de la disparidad arriba citada de la gama de medidas que abarcan los dos artículos.

* * *

CAPÍTULO III. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 10. *Número de árbitros*

1) Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros.

2) A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres.

Referencias

A/CN.9/216, párrs. 46 a 48
A/CN.9/232, párrs. 78 a 82
A/CN.9/233, párrs. 92 y 93
A/CN.9/245, párrs. 194 y 195
A/CN.9/246, párrs. 27 y 28

Comentario

1. El artículo 10 es el primero que presenta e ilustra el "sistema de dos niveles" tan típico de la Ley Modelo. La primera disposición pertenece a la categoría de artículos que reconocen la libertad de las partes y dan vigencia a su acuerdo, con exclusión de toda disposición de las leyes nacionales existentes sobre la cuestión[39]. La segunda disposición corresponde a la categoría de normas supletorias que facilitan a las partes que no reglamenten el procedimiento de común acuerdo un juego de normas para poner en marcha el arbitraje y llegar a un arreglo final del litigio[40].

2. En el párrafo 1) se reconoce la libertad de las partes para determinar el número de árbitros. Así pues, la selección de cualquier número sería válida, incluso en aquellos sistemas jurídicos que exijen en la actualidad un número impar. Como ya se expresa en líneas generales en el párrafo *c)* del artículo 2 la libertad de las partes no se limita a que decidan sobre un asunto, sino que incluye el derecho a autorizar a un tercero a que adopte la decisión.

3. El párrafo 2) estipula el número de árbitros para aquellos casos en que las partes no lo hayan convenido previa u oportunamente, impidiendo así posibles demoras o estancamientos en el proceso de nombramiento. Se adoptó el número tres, como en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (artículo 5), porque parece ser el número más común en el arbitraje comercial internacional, aunque también son comunes los casos de arbitraje con árbitro único, especialmente, en casos menos complejos. Se supone que las partes que, para ahorrar tiempo y recursos, deseen que haya un árbitro único, se pondrán de acuerdo sobre la cuestión, con el incentivo adicional proporcionado en este párrafo.

* * *

Artículo 11. *Nombramiento de los árbitros*

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

3) A falta de tal acuerdo,

a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días después de haber sido requerida por la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal indicado en el artículo 6;

b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal indicado en el artículo 6.

[39] Véase A/CN.9/207, párr. 13.

[40] Véase A/CN.9/207, párrs. 17 y 18.

4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes,

a) una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento; o

b) las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento; o

c) una autoridad nominadora no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento,

cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal indicado en el artículo 6 que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 3) o 4) del presente artículo al tribunal indicado en el artículo 6 será definitiva. Al nombrar un árbitro, el tribunal tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

Referencias

A/CN.9/216, párrs. 41, 49 y 50
A/CN.9/232, párrs. 73 y 74, 83 a 88
A/CN.9/233, párrs. 97 y 98, 94 a 100
A/CN.9/245, párrs. 192 y 193, 196 a 201
A/CN.9/246, párrs. 29 y 32

Comentario

Eliminación de la discriminación legislativa contra nacionales extranjeros, párrafo 1)

1. Algunas leyes nacionales excluyen la posibilidad de que los extranjeros actúen como árbitros incluso en casos internacionales. El párrafo 1) tiene por objeto superar ese prejuicio del legislador[41]. Como se indica mediante las palabras "salvo acuerdo en contrario de las partes", no se pretende impedir que las partes (o asociaciones comerciales o instituciones arbitrales especifiquen si los nacionales de ciertos Estados pueden actuar como árbitros o no.

Facultad para decidir libremente el procedimiento de nombramiento, párrafo 2)

2. El párrafo 2) reconoce la facultad de las partes de ponerse libremente de acuerdo sobre el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros. Esa facultad debe interpretarse en un sentido amplio, de conformidad con las disposiciones generales de los incisos *c)* y *d)* del artículo 2.

3. Sin embargo, la libertad de las partes se ve limitada en cierta medida por las disposiciones vinculantes de los párrafos 4) y 5). Las partes no pueden excluir de su acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento el derecho de una parte, previsto en el párrafo 4), de recurrir al tribunal indicado en el artículo 6 en cualquiera de las situaciones descritas en ese párrafo, ni obviar el carácter definitivo que tiene la decisión del tribunal de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5)[42].

Asistencia de un tribunal en el procedimiento de nombramiento convenido, párrafo 4)

4. El párrafo 4) describe tres situaciones que pueden obstaculizar un procedimiento de nombramiento típico y dispone para su solución que cualquiera de las partes puede solicitar al tribunal indicado en el artículo 6 que adopte las medidas necesarias (es decir, que lo haga en lugar de la parte, la autoridad o las personas "incumplidoras" que se mencionan en los incisos *a), b)* o *c)*). La intervención de ese tribunal tiene por objeto evitar todo estancamiento o demora indebida en el proceso de nombramiento. Su asistencia no será necesaria si en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento las propias partes han previsto otros medios para efectuar el nombramiento. Cabe señalar sin embargo que la mera designación de una autoridad nominadora no es suficiente puesto que no se estaría a cubierto de la eventualidad descrita en el inciso *c)*.

Normas supletorias sobre el procedimiento de nombramiento, párrafo 3)

5. El párrafo 3) proporciona a las partes que no hayan conseguido ponerse de acuerdo sobre este procedimiento, un sistema de nombramiento de tres árbitros o un árbitro único, que son los números más frecuentes en los casos internacionales. El inciso *a)* establece normas para el nombramiento de tres árbitros, ya sea que este número haya sido convenido por las partes en virtud del párrafo 1) del artículo 10 o sea consecuencia del párrafo 2) de dicho artículo. El inciso *b)* establece el método de nombramiento de un árbitro único para aquellos casos en que las partes sólo logren un acuerdo en lo que respecta al número de árbitros (es decir, uno).

6. En ambos casos se prevé como último recurso el tribunal indicado en el artículo 6 a fin de evitar todo estancamiento en el proceso de nombramiento. Sin embargo, hay diferencia en lo que se refiere al factor tiempo. En tanto que el inciso *a)* estipula dos veces un plazo (de treinta días) para mayor seguridad, el inciso *b)* no estipula plazo alguno, sino que menciona simplemente la imposibilidad de las partes de llegar a un acuerdo. En este último caso la forma general de formulación resulta aceptable porque las personas que

[41] En el sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó la objeción de que sería difícil aplicar esta diposición en Estados en los que los nacionales de ciertos Estados estaban excluidos de actuar como árbitros, a lo cual se respondió que la ley modelo, al no ser una convención, no excluiría la posibilidad de que un Estado reflejase sus políticas particulares en la legislación nacional (A/CN.9/245, párr. 193).

[42] Se supone que la última parte del párrafo 5) relativa al nombramiento de un árbitro único o del tercer árbitro no es vinculante (véase párr. 8 *infra*).

deben llegar a un acuerdo son las partes y su incapacidad de lograrlo se hace manifiesta al solicitar cualquiera de ellas la intervención del tribunal.

Normas y directrices para la decisión del tribunal, párrafo 5)

7. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5), la decisión del tribunal será definitiva tanto en los casos en que se refiera a un asunto que se le ha confiado en virtud de las normas supletorias del párrafo 3), como en los casos en que el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento previsto no haya funcionado y se apliquen las disposiciones vinculantes del párrafo 4. Su carácter definitivo es pertinente debido a la naturaleza administrativa de la función, y esencial, debido a la necesidad de constituir el tribunal arbitral lo antes posible.

8. En caso de que haya nombramiento, el tribunal tendrá debidamente en cuenta todas las condiciones requeridas por el acuerdo entre las partes y adoptará las medidas que permitan garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. Se supone que estos criterios son vinculantes puesto que se desprenden de un acuerdo de arbitraje o, en lo que respecta a la imparcialidad y la independencia, del artículo 12, en tanto que la directriz especial para el nombramiento de un único árbitro o el tercer árbitro podría ser invalidada por una estipulación en contrario de las partes.

* * *

Artículo 12. *Motivo de recusación*

1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia. Una parte podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, sólo por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

Referencias

A/CN.9/216, párrs. 42 y 43
A/CN.9/232, párrs. 57 a 60
A/CN.9/233, párrs. 103 a 106
A/CN.9/245, párrs. 202 a 204
A/CN.9/246, párrs. 33 y 34

Comentario

1. El artículo 12 promueve mediante dos disposiciones el principio de que los árbitros deben ser imparciales e independientes. El párrafo 1) exige que toda persona que vaya a ser o haya sido nombrada como árbitro revele sin demora todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas sobre su imparcialidad o independencia. El párrafo 2), al estipular que las circunstancias que pueden entrañar dudas justificables en este sentido son motivos de recusación, sienta las bases para asegurar la imparcialidad e independencia.

2. La imposición a todo candidato a árbitro del deber de revelar cualquier circunstancia del tipo indicado en el párrafo 1), tiene por objeto informar y prevenir a la persona que se ponga en contacto con él en una etapa temprana de posibles dudas, y contribuye de este modo a impedir el nombramiento de un candidato inaceptable. Esta conducta se exige del candidato no solamente cuando la parte o las partes interesadas le comunican su posible nombramiento, sino también cuando la comunicación procede de una institución arbitral u otra autoridad nominadora que participe en el procedimiento de nombramiento.

3. Como se afirma en la segunda frase del párrafo 1), incluso una vez nombrado, el árbitro sigue teniendo ese deber, esencialmente por dos razones. La primera es proporcionar la información a cualquiera de las partes que no la haya obtenido antes del nombramiento del árbitro. La segunda es garantizar la información sobre cualquier circunstancia que surja solamente en una etapa posterior de las actuaciones arbitrales (por ejemplo, nuevos vínculos comerciales o la adquisición de acciones).

4. El párrafo 2), como el párrafo 1) del artículo 10 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, utiliza una fórmula general para enunciar los motivos que pueden entrañar la recusación de un árbitro. Este método parece preferible al de enumerar todos los posibles vínculos y otras situaciones pertinentes. Como se indica mediante la palabra "sólo", los motivos de recusación aquí mencionados son exhaustivos. Aunque se excluye la posibilidad de invocar cualquier razón específica que figure en una ley nacional (aplicable con frecuencia tanto a jueces como a árbitros), se supone que sería difícil encontrar una causa que no pudiera incluirse en la fórmula general.

5. Cabe señalar que el Grupo de Trabajo opinó que la cuestión de la competencia u otras calificaciones del árbitro, especificadas por las partes, se relacionaban más estrechamente con el curso del procedimiento que con el nombramiento inicial[43]. De este modo, la cuestión tendría que examinarse en relación con el artículo 14 y posiblemente también con el párrafo 3) del artículo 19[44]. Sin embargo, se supone al respecto que la conducta de un árbitro puede ser pertinente para lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 12, por ejemplo, en el caso en que sus acciones o declaraciones den lugar a dudas justificables sobre su imparcialidad o independencia. La Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de incluir esta interpretación en el texto, dado que la palabra "circunstancias" y la estrecha conexión con el

[43] A/CN.9/233, párr. 105.

[44] Véanse los comentarios al párr. 4 del artículo 14 y el párr. 9 del artículo 19.

párrafo 1) podrían conducir a una interpretación más estricta que no abarcara casos como los de conducta tendenciosa o mal desempeño de las funciones.

6. La segunda frase del párrafo 2) excluye la posibilidad de que una parte recuse a un árbitro que ella misma ha nombrado, o en cuyo nombramiento ha participado, por cualquier motivo que fuera de su conocimiento antes del nombramiento. En tal caso, la parte no debía haber nombrado a un candidato cuya imparcialidad o independencia planteaba dudas, ni haber estado de acuerdo con su nombramiento. Se supone que la "participación en el nombramiento" abarca no solamente el caso en que las partes nombran conjuntamente al árbitro (por ejemplo, en virtud del inciso *b)* del párrafo 3 del artículo 11), sino también el caso en que la participación es menos directa, como el previsto en la lista que figura en el párrafo 3 del artículo 6 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

* * *

Artículo 13. *Procedimiento de recusación*

1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.

2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes al de la constitución del tribunal arbitral o a aquel en que tenga conocimiento de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 12, si esto ocurre después, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

3) Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del párrafo 2) del presente artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los quince días siguientes a la recepción de la decisión por la que se rechaza la recusación, al tribunal indicado en el artículo 6, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será definitiva; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales.

Referencias

A/CN.9/216, párrs. 44 y 45
A/CN.9/232, párrs. 61 a 65
A/CN.9/233, párrs. 107 a 111
A/CN.9/245, párrs. 205 a 212
A/CN.9/246, párrs. 36 y 39

Comentario

Libertad de acuerdo y limitaciones, párrafo 1)

1. En el párrafo 1) se reconoce que las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros, mientras que en la disposición vinculante que figura en el párrafo 2) del artículo 12 se establecen con todo detalle los motivos de esa recusación.

2. La Ley Modelo reconoce, en consecuencia, plena validez a cualquier acuerdo sobre la forma de incoar la recusación y decidir al respecto. Con todo, hay una limitación específica[45]. Las partes no pueden excluir que se recurra en última instancia al tribunal, tal como se dispone en el párrafo 3). Esta restricción, a diferencia de la contemplada en los párrafos 2) y 4) del artículo 11[46], se aplicará con independencia de que las partes hayan sido autorizadas por otro órgano, por ejemplo, una autoridad nominadora, a adoptar la decisión definitiva sobre la recusación. Se indica que en tal caso la parte recusante deberá agotar los recursos disponibles y procurar que ese órgano se pronuncie, aunque su decisión no será definitiva, toda vez que las partes no podrán excluir mediante acuerdo que se recurra en última instancia al tribunal indicado en el artículo 6.

Normas supletorias en el procedimiento de recusación, párrafo 2)

3. El párrafo 2) ofrece un sistema de recusación a las partes que no hayan acordado un procedimiento de recusación, especificándose el plazo y la forma de incoación de la recusación y la manera de decidir sobre ella, a reserva del control judicial definitivo contemplado en el párrafo 3).

4. Como se señala en la segunda oración del párrafo 2), corresponderá al tribunal arbitral pronunciarse sobre la recusación, en caso de que se requiera una decisión al respecto, por ejemplo, cuando el árbitro recusado no renuncie al cargo o la otra parte discrepe de la recusación. No cabe duda de que permitir que el tribunal arbitral decida sobre la recusación carece de relevancia en la práctica, cuando hay un solo árbitro recusado y éste no renuncia. No obstante, cuando uno de los tres árbitros es recusado ese procedimiento tiene algunas ventajas, pese a las dificultades sicológicas que puedan surgir al forzar al tribunal arbitral a decidir sobre una recusación incoada a uno de sus miembros. Cuando la recusación no es fútil o carece claramente de fundamento, sería al menos útil ahorrar tiempo y dinero haciendo innecesario el último recurso al tribunal. Cabe añadir que dicha decisión no versa sobre una cuestión de procedimiento en el sentido del artículo 29 (segunda oración) y podría, en consecuencia, adoptarse por todos o una mayoría de los miembros (artículo 29, primera frase)[47]. Ello significa que una recusación se apoyará únicamente si los dos miembros restantes deciden en favor de la parte recusante.

Control judicial final, párrafo 3)

5. En el párrafo 3) se garantiza a cualquier parte recusante para la cual haya sido infructuoso el

[45] Existe asimismo una limitación general, dado que, como se señala, los principios fundamentales establecidos en el párrafo 3 del artículo 19 se aplican a ese acuerdo de procedimiento. Véase el párrafo 7 del comentario al artículo 19.

[46] Véanse los párrafos 3 y 4 del comentario al artículo 11.

[47] Véanse A/CN.9/246, párr. 38.

procedimiento acordado por las partes o el previsto en el párrafo 2), el derecho a un último recurso ante el tribunal especificado en el artículo 6. En la parte más importante de esta disposición se adopta una solución de compromiso sobre la controversia de si debe autorizarse cualquier recurso a un tribunal sólo después de que se haya dictado la sentencia definitiva o de si es preferible que se adopte una decisión durante el procedimiento arbitral. El motivo principal que abona la primera tesis es que de este modo se impiden las prácticas dilatorias; la razón de más peso que se ha dado en apoyo a la segunda tesis es que una pronta decisión pondría rápidamente término a la situación poco deseable de que el árbitro recusado participase en el procedimiento y, sobre todo, ahorraría tiempo y esfuerzos en los casos en que el tribunal apoyase posteriormente la recusación.

6. En el párrafo 3, como en el artículo 14 y a diferencias del párrafo 3 del artículo 16, se dispone la intervención del tribunal durante las actuaciones arbitrales; presenta, no obstante, tres características encaminadas a reducir el peligro y los efectos adversos de las tácticas dilatorias. El primero de dichos elementos es la brevedad del plazo de quince días para pedir al tribunal que anule la decisión negativa del tribunal arbitral o de cualquier otro órgano convenido por las partes. La segunda característica consiste en que la decisión del tribunal debe ser definitiva; aparte de excluirse el recurso, cabe la posibilidad de que otras medidas relativas a la organización del tribunal especificadas en el artículo 6 aceleren las actuaciones[48]. La tercera característica es que el tribunal arbitral, incluido el árbitro recusado, puede continuar el procedimiento arbitral mientras la petición se encuentra pendiente en el tribunal; el tribunal arbitral procederá seguramente de este modo si considera que la recusación carece por completo de fundamento y si se utiliza únicamente con propósitos dilatorios.

* * *

Artículo 14. *Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones*

Cuando un árbitro se vea impedido *de jure* o *de facto* en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal indicado en el artículo 6 una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será definitiva.

Referencias

A/CN.9/216, párr. 50
A/CN.9/232, párrs. 66 a 69
A/CN.9/233, párrs. 112 a 117
A/CN.9/245, párrs. 213 a 216
A/CN.9/246, párrs. 40 a 42

Comentario

1. El artículo 14 versa sobre la cesación del mandato del árbitro que se vea impedido *de jure* o *de facto* en el ejercicio de sus funciones o que por otros motivos no las ejerza. En tal caso su mandato cesa si renuncia o si las partes convienen en dicha cesación o cuando este efecto sea tan claro que no se precise la renuncia o el acuerdo, como sucede, por ejemplo, en caso de fallecimiento.

2. En caso contrario, el tribunal indicado en el artículo 6 adoptará, a petición de una parte, una decision definitiva sobre la cesación del mandato, si sigue habiendo controversia sobre cualquiera de los motivos mencionados. La decisión de contar con dicha asistencia del tribunal no se presentará de ordinario en lo que concierne a la imposibiliad *de jure* o *de facto* y es muy probable que guarde relación con el motivo menos preciso de la "falta de ejercicio de las funciones".

3. Esta formulación, que se ha tomado del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (párrafo 2 del artículo 13) es sin duda vaga, sobre todo en lo que respecta al elemento temporal (indefinido) inherente al término "falta". En este contexto, sin embargo, se recurre a ella por no haber otra formulación aceptable lo suficientemente flexible como para abarcar la amplia gama de situaciones respecto de las cuales es intolerable mantener a un árbitro "no actuante".

4. Se señala que al juzgar sobre la falta de ejercicio de las funciones de un árbitro, cabe tener en cuenta las siguientes consideraciones: ¿Qué actuación se esperaba o exigía del árbitro a la luz del acuerdo de arbitraje y la situación procedimental concreta? ¿Si no hubiese hecho nada a este respecto, tiene la dilación un carácter tan extraordinario que no resulta inaceptable habida cuenta de las circunstancias, incluyendo las dificultades técnicas y la complejidad del caso? ¿De haber actuado y haberlo hecho de cierto modo, hizo menos de lo que cabría esperar razonablemente de un árbitro? Entre los factores que influyen en las expectativas, figura la capacidad de desempeñar las funciones eficaz y expeditivamente y cualquier competencia especial u otras calificaciones requeridas del árbitro por acuerdo de las partes.

5. Cabe señalar que el artículo 14 no abarca todos los motivos que conducen a la cesación del mandato de un árbitro. En el artículo 15 figuran otros motivos[49].

* * *

Artículo 14 *bis*

La renuncia de un árbitro a su cargo o la aceptación por una parte de la cesación del mandato de un árbitro, en los casos contemplados en el párrafo 2) del artículo 13 o en el artículo 14, no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en el párrafo 2) del artículo 12 o en el artículo 14.

[48] Véase el párr. 4 del comentario al artículo 6.

[49] Véanse los párrafos 1 a 3 del comentario al artículo 15.

Referencias

A/CN.9/233, párrs. 107, 109
A/CN.9/245, párrs. 208, 213, 215
A/CN.9/246, párrs. 33, 35

Comentario

1. El artículo 14 *bis* dispone que la renuncia de un árbitro o la aceptación por una parte de la cesación de su mandato, ya se trate de un caso previsto en el parráfo 2) del artículo 13 o en el artículo 14, no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos en cuya virtud se haya solicitado la cesación del mandato. La presente disposición, que excluye cualquier inferencia con respecto a la validez de los motivos aducidos, tiene por objeto facilitar la renuncia o la aceptación con miras a evitar las controversias prolongadas.

2. La disposición está contenida en un artículo separado ya que se refiere a dos artículos diferentes. Si se retuviera el enunciado actual, podría dársele el siguiente encabezamiento: "No inferencia de validez de motivos".

* * *

Artículo 15. *Nombramiento de un árbitro sustituto*

Cuando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 ó 14, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo o de remoción por acuerdo de las partes o de expiración de su mandato por cualquier otra causa, se procederá al nombramiento de un sustituto conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir, salvo acuerdo en contrario de las partes.

Referencias

A/CN.9/216, párr. 50
A/CN.9/232, párrs. 70 a 72
A/CN.9/233, párrs. 118 a 120
A/CN.9/245, párrs. 217 a 219
A/CN.9/246, párrs. 42 a 48

Comentario

Otros casos de cesación del mandato

1. El artículo 15 trata principalmente del método que se ha de utilizar para el nombramiento de un árbitro sustituto. Sin embargo, para cubrir todos los casos posibles en que puede plantearse la necesidad de hacerlo, se refiere también, de forma menos acentuada, a los múltiples casos de cesación del mandato que no están previstos en los artículos 13 y 14.

2. Los dos casos más importantes que se añaden en el presente artículo son el del árbitro que cesa en su cargo "por cualquier motivo" (aparte de los previstos en los artículos 13 y 14) y la revocación del mandato por acuerdo entre las partes. La inclusión de este último caso, es decir, el de la remoción de un árbitro por voluntad de las partes, parece justificarse habida cuenta del carácter consensual del arbitraje, que confiere plena libertad a las partes para convenir en la cesación del mandato de un árbitro.

3. No obstante, la inclusión del primer caso es más difícil de justificar y es posible que se formulen objeciones al respecto, por ejemplo, en virtud del criterio según el cual no debería permitirse que una persona que ha aceptado actuar como árbitro renuncie al cargo por capricho. Con todo, no sería práctico exigir que la renuncia deba descansar en una causa justificada (o tratar de enumerar todas las causas posibles que justifiquen la renuncia), ya que, en la práctica, no sería posible obligar a un árbitro renuente a desempeñar sus funciones[50]. Con respecto a los dos casos antes mencionados, cabe observar que la Ley Modelo no trata de la responsabilidad jurídica del árbitro ni de otras cuestiones relativas a la relación contractual entre el árbitro y las partes.

Normas relativas al nombramiento de un árbitro sustituto

4. Cada vez que haya que nombrar a un árbitro sustituto, se hará con arreglo a las normas aplicables a la designación del árbitro que se ha de sustituir, ya sea que dichas normas se enuncien en el acuerdo de arbitraje o que se trate de las normas supletorias de la Ley Modelo.

5. Como se desprende claramente de las palabras "salvo acuerdo en contrario de las partes", la presente disposición no es de derecho imperativo. Por lo general, en dicho acuerdo se especificaría un nuevo método de nombramiento para sustituir al árbitro cuyo mandato haya terminado[51]. Con todo, puede que se relacione con la cuestión de saber si procede designar a un árbitro sustituto. Por ejemplo, si en el acuerdo original las partes han nombrado a un árbitro único determinado es posible que no deseen llevar adelante el procedimiento arbitral sin él.

* * *

CAPÍTULO IV. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 16. Facultad para decidir acerca de su propia competencia

1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las

[50]Véase A/CN.9/246, párr. 44.

[51]Por ejemplo, las partes podrían incluir en el acuerdo arbitral una estipulación que tenga por objeto evitar el riesgo de que, tratándose de un árbitro designado por las partes, se utilice abusivamente el mecanismo de renuncia y sustitución con arreglo al artículo 15, en especial mediante su uso repetido, para obstruir el procedimiento. Esta preocupación —que el Grupo de Trabajo decidió no abordar, aunque no negó su validez (A/CN.9/245, párr. 19)— podría resolverse mediante una estipulación, inspirada en el párrafo 3 del artículo 56 del Convenio de Washington de 1965, con arreglo a la cual, si un árbitro designado por una de las partes renuncia sin el consentimiento del tribunal arbitral (es decir, de los dos miembros restantes) no será sustituido por otro árbitro designado por dicha parte, sino por uno cuya designación competería ya sea al tercer árbitro (el presidente) o a una autoridad nominadora determinada.

excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la declinatoria por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como el tribunal arbitral haya señalado su intención de decidir sobre la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

3) El tribunal arbitral podrá decidir la excepción a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. En uno y otro caso, la decisión del tribunal arbitral por la que éste se declara competente podrá ser impugnada por las partes únicamente por vía de recurso de nulidad contra el laudo.

Referencias

A/CN.9/216, párrs. 34, 81 a 83
A/CN.9/232, párrs. 47 y 48, 146 a 150, 152 a 157
A/CN.9/245, párrs. 58 a 65
A/CN.9/246, párrs. 49 a 52, 54 a 56

Comentario

A. *"Kompetenz-Kompetenz" y doctrina (de la separabilidad, párrafo 1)*

1. El artículo 16 adopta el importante principio de que es inicial y primordialmente el mismo tribunal arbitral el que ha de determinar si tiene competencia, con sujeción a control judicial en última instancia (véanse párrs. 12 a 14 *infra*). El párrafo 1 faculta al tribunal arbitral para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. Esa facultad, a la que se suele hacer referencia como la *Kompetenz-Kompetenz*, es un rasgo esencial y ampliamente aceptado del moderno arbitraje internacional, pero todavía no ha sido reconocida en todas las legislaciones nacionales.

2. Lo mismo cabe decir en lo que respecta al segundo principio adoptado en el artículo 16 1), o sea, la doctrina de la separabilidad (o autonomía) de la cláusula compromisoria. Esa doctrina complementa la facultad del tribunal arbitral de decidir acerca de su propia competencia, puesto que pide que se trate esa cláusula como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no exige, por lo tanto, que se llegue a la conclusión de que sea inválida la cláusula compromisoria. Por lo tanto, el tribunal arbitral no dejará de tener competencia para decidir sobre la nulidad del contrato (y sobre otras cuestiones que le sean sometidas) a menos de que llegue a la conclusión de que el defecto que causa la nulidad del contrato afecta también a la cláusula compromisoria misma. Cabe mencionar que el principio de separabilidad, tal como ha sido adoptado en el artículo 16 1), es aplicable cualquiera que sea la naturaleza del defecto, el contrario de lo que ocurre con algunas legislaciones nacionales que hacen la distinción a ese respecto entre defectos iniciales y motivos posteriores de nulidad.

3. El artículo 16 no dice con arreglo a qué ley va a determinar el tribunal arbitral las diversas cuestiones posibles en relación con su competencia. Se da por supuesto que la ley aplicable habrá de ser la misma que aplicaría el Tribunal que se especifica en el artículo 6, para anular los procedimientos, en virtud del artículo 34, ya que esos procedimientos constituyen el control final del tribunal sobre las decisiones del tribunal arbitral (párr. 3) del artículo 16). Eso significa que la capacidad de las partes y la validez del acuerdo de arbitraje se decidirán de acuerdo con la ley determinada en conformidad con las normas contenidas en el artículo 34 *2) a)* i) y que la cuestión de la arbitrabilidad y otras cuestiones de orden público estarán regidas por la ley de "este Estado" (véase el texto actual del inciso *b)* del párrafo 2) del artículo 34)[52]. En cuanto a estas últimas cuestiones, incluida la arbitrabilidad, se da por supuesto también que el tribunal arbitral, lo mismo que el tribunal al que se hace referencia en el inciso *b)* del párrafo 2) del artículo 34, tiene que hacer una determinación *ex officio*, o sea, aunque ni siquiera lo haya pedido alguna de las partes, tal como se indica en el párrafo 2) del artículo 16[53].

B. *Plazos para oponer excepciones, párrafo 2)*

4. El párrafo 2) trata de la posible excepción por incompetencia del tribunal arbitral en el caso que se presenta, o porque ha excedido su mandato, opuesta por una parte. Tiende, en particular, a asegurar que esas excepciones se opongan sin demora.

5. El demandado no podrá alegar falta de competencia después de haber presentado su contestación (a la que se hace referencia en el párrafo 1) del artículo 23), a menos que el tribunal arbitral admita una excepción presentada más tarde por considerar justificada la demora. En lo que respecta a la reconvención, de la que no se trata

[52]En lo que respecta al subpárrafo i), la referencia de la ley a "este Estado" tiene carácter provisional y es controverdida; véase el párrafo 12 del comentario al artículo 34.

[53]Si la Comisión aceptara esta interpretación, quizá desease expresar su conformidad en el texto del artículo 16, posiblemente en combinación con una disposición sobre los efectos, y los límites, de una renuncia o de una aceptación de las actuaciones, según se examina más adelante, párrs. 8 a 10.

expresamente en el texto[54], el punto que contará será el momento en que el demandante presente su contestación.

6. Según se declara en la segunda frase del párrafo 2), el demandado no se verá impedido de oponer la declinatoria por incompetencia por el hecho de haber designado a un árbitro o participado en su designación. Así, si a pesar de sus objeciones prefiere no quedarse en actitud pasiva, sino participar e influir en la constitución de un tribunal arbitral que pueda eventualmente resolver sobre sus objeciones, no necesita hacer una reserva, como ocurriría en virtud de algunas leyes nacionales, para excluir el efecto de una renuncia o de una aceptación de las actuaciones.

7. El segundo tipo de declinatoria del que se ocupa el párrafo 2), que es que el tribunal arbitral haya excedido su mandato, se habrá de oponer tan pronto como el tribunal arbitral haya señalado su intención de decidir sobre la materia que supuestamente exceda su mandato; también aquí se puede estimar una excepción presentada más tarde si el tribunal arbitral considera justificada la demora. Mientras que los casos de que el tribunal arbitral exceda su mandato pueden producirse con frecuencia o confirmarse sólo en el contexto del laudo o de otra decisión, el plazo anterior contará y será útil en aquellos casos en los que haya indicaciones claras en una fase anterior; por ejemplo, cuando el tribunal arbitral reclame pruebas en relación con una cuestión que no le ha sido confiada.

C. *Consecuencias de no oponer la excepción*

8. La Ley Modelo no indica si el hecho de que una parte no oponga la excepción dentro del plazo señalado en el párrafo 2) del artículo 16 produce efectos en la fase posterior al laudo. La observación del Grupo de Trabajo a ese respecto fue que la parte que no oponga la excepción según se establece en el párrafo 2) del artículo 16 no podrá oponer tampoco esa excepción ni durante las etapas posteriores del procedimiento arbitral, ni tampoco en otros contextos, en particular, en procedimientos de anulación o de ejecución, con sujeción a ciertos límites tales como el orden público, incluidos los de la arbitrabilidad[55].

9. Se da por supuesto que esta observación concuerda con el propósito que informa el párrafo 2) y se puede expresar adecuadamente en la Ley Modelo[56]. En términos prácticos, eso significa que cualquier excepción opuesta, por ejemplo, contra la validez del acuerdo de arbitraje, no se podrá invocar posteriormente como motivo de anulación en virtud del apartado i) del inciso *a)* del párrafo 2) del artículo 34, ni para pedir en virtud del apartado i) del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36, que se deniegue el reconocimiento o la ejecución de un laudo (en virtud de la presente Ley); esas disposiciones sobre los motivos para anular o para denegar el reconocimiento o la ejecución seguirán siendo aplicables y teniendo importancia práctica en aquellos casos en los que una parte oponga a tiempo la excepción aunque sin que prospere, en aquéllos en que una parte no participe en el arbitraje o, por lo menos, no haya presentado una declaración ni haya participado en las audiencias sobre el fondo del litigio.

10. Como se ha indicado en la precedente observación del Grupo de Trabajo, hay límites que afectan a la parte que no opone sus objeciones. Estos límites derivan del hecho de que algunos defectos como la violación del orden público, incluida la no arbitrabilidad, no pueden remediarse mediante la aceptación de las actuaciones. En consecuencia, a un tribunal le corresponderá decidir acerca de los motivos que determinan la falta de competencia de conformidad con el inciso *b)* del párrafo 2) del artículo 34 o, por lo que se refiere a laudos dictados en virtud de la presente ley, con el inciso *b)* del párrafo 1) del artículo 36, incluso si ninguna de las partes ha opuesto alguna objeción a ese respecto durante las actuaciones arbitrales. Cabe agregar que este resultado está en armonía con la interpretación (expresada *supra*, párr. 3) de que estas últimas cuestiones ha de determinarlas el tribunal arbitral *ex oficio*.

D. *Decisión del tribunal arbitral y control judicial (párrafo 3)*

11. Las objeciones opuestas a la competencia del tribunal arbitral afectan las bases mismas del arbitraje. Las cuestiones de competencia preceden, pues, a las cuestiones de fondo y de ordinario se resuelven antes en una decisión independiente, a fin de evitar posibles pérdidas de tiempo y costas. Sin embargo, en algunos casos, en particular cuando la cuestión de competencia está entrelazada con el asunto de fondo, tal vez sea adecuado combinar la decisión sobre la competencia con una resolución parcial o completa sobre el fondo del asunto. Por consiguiente, el párrafo 3) del artículo 16 concede al tribunal arbitral la facultad discrecional de decidir la excepción a que se hace referencia en el párrafo 2) del citado artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo.

12. Como ya se observó (párr. 1 *supra*) la facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su propia competencia está sujeta a control judicial. Cuando excepcionalmente el tribunal arbitral decida que es competente en un laudo sobre el fondo, el control judicial de esa decisión se ejercerá sin duda cuando se resuelva la petición de nulidad de ese laudo presentada por la parte recurrente. El caso es menos claro, y en realidad discutible, cuando la decisión afirmativa se dicta, como cuestión previa, al resolverse una excepción. La solución adoptada en el párrafo 3) del artículo 16 es que también en ese caso se podrá solicitar el control judicial únicamente después de que se dicte el laudo sobre el fondo, o sea en las actuaciones destinadas a obtener la nulidad (y, aunque ello no se desprenda

[54]En su séptimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió suprimir del párrafo 2) del artículo 16 las palabras "o con respecto a una reconvención, en la réplica a esa reconvención", en la inteligencia de que se aplicarían, *mutatis mutandis* a las reconvenciones las disposiciones de la Ley Modelo que se refiriesen a la demanda.

[55]A/CN.9/246, párr. 51.

[56]Este punto de vista concordaría igualmente con el aceptado por el Grupo de Trabajo sobre los efectos de una renuncia en virtud del artículo 4, en lo que se refiere al incumplimiento de una disposición no imperativa de la Ley Modelo o de una cláusula del acuerdo de arbitraje (véase el párr. 6 del comentario al artículo 4).

claramente del presente texto[57], en cualquier actuación de reconocimiento o de ejecución de los laudos).

13. Esta solución se adoptó con el propósito de evitar tácticas dilatorias y el abuso de cualquier derecho a apelar en forma inmediata, y se reforzó mediante la supresión del anterior proyecto de artículo 17, que preveía la supervisión concurrente de un tribunal[58]. La desventaja de esta solución, como lo señalaron los partidarios de la supervisión inmediata de un tribunal, es que puede dar lugar a una importante pérdida de tiempo y dinero cuando el tribunal, después de prolongadas actuaciones con audiencias y diligencias probatorias onerosas, anula el laudo por incompetencia del tribunal arbitral.

14. Se sugiere que la ponderación de estos dos intereses contradictorios, es decir, el temor a tácticas y obstrucciones dilatorias frente a la pérdida de tiempo y dinero, es difícil de evaluar en un plano general en que se imaginan todos los casos posibles. Al parecer, esa evaluación podría hacerse más correctamente con respecto a cada caso particular. Así, puede resultar útil que se examine la posibilidad de otorgar al tribunal arbitral facultades discrecionales, basadas en su evaluación del potencial real de esos intereses, para emitir su decisión ya sea en la forma de un laudo, que estará sujeto a la supervisión inmediata de un tribunal[59], o de una decisión procesal que podrá ser impugnada únicamente por vía de recurso de nulidad contra el laudo posterior sobre el fondo. Al examinar esta sugerencia, que contribuiría a evitar la incompatibilidad actual entre el párrafo 3 del artículo 16 y el párrafo 3) del artículo 13, cabe reflexionar acerca de si es conveniente que se adopten los elementos especiales del párrafo 3) del artículo 13 destinados a minimizar el riesgo de las tácticas dilatorias, es decir, un plazo breve para recurrir ante el tribunal, el carácter definitivo de la decisión del tribunal y la facultad discrecional del tribunal arbitral para proseguir las actuaciones.

15. El párrafo 3) del artículo 16 no regula el caso en que el tribunal arbitral decide declararse incompetente. El Grupo de Trabajo decidió no mantener un proyecto de disposición anterior, que permitía interponer un recurso ante el tribunal, no necesariamente con la finalidad de obligar a los árbitros a que continuaran las actuaciones, sino a fin de obtener una decisión sobre la existencia de un acuerdo válido de arbitraje[60]. Se declaró que esa decisión del tribunal arbitral era definitiva y obligatoria en cuanto a estos procedimientos arbitrales, pero que no resolvía la cuestión de determinar si la demanda sustantiva habría de ser fallada por un tribunal ordinario o un tribunal arbitral. Por ello se estima que depende de la ley general sobre arbitraje o procedimiento civil la posibilidad de que pueda solicitarse la supervisión de esa decisión por un tribunal, fuera de pedirla en alguna de las actuaciones sobre el fondo tal como se prevé el párrafo 1) del artículo 8.

* * *

Artículo 18. *Medidas provisionales cautelares*

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía para cubrir el costo de esas medidas.

Referencias

A/CN.9/216, párrs. 65 a 69
A/CN.9/232, párrs. 119 a 123
A/CN.9/245, párrs. 70 a 72
A/CN.9/246, párrs. 57 a 59

Comentario

1. En virtud del artículo 18, el tribunal arbitral tiene la facultad implícita, salvo acuerdo en contrario de las partes, de ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. La finalidad general de esa orden consistiría en evitar o minimizar cualquier desventaja que pudiera originarse por la duración de las actuaciones arbitrales hasta la solución definitiva del litigio y la ejecución de su resultado.

2. Entre los ejemplos prácticos de medidas provisionales cautelares destinadas a evitar o mitigar pérdidas se incluyen la preservación, custodia o venta de

[57]En el párrafo 3) del artículo 16 sólo se menciona la petición de nulidad debido a que el aspecto principal de esta disposición se refiere a la facultad de la parte recurrente de impugnar la decisión del tribunal arbitral mediante actuaciones judiciales destinadas a revisar esa decisión. Ahora bien, en aras de la claridad, quizá la Comisión desee examinar si resulta apropiado añadir una referencia a actuaciones de reconocimiento o ejecución, que, aunque iniciadas por la otra parte, prevean un órgano en el que la parte recurrente podrá invocar la incompetencia como un motivo para denegar dichas actuaciones (en virtud de lo dispuesto en el apartado i) del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36).

[58]A/CN.9/246, párrs. 52 a 56. El texto del artículo 17, que comprendía no sólo el caso del párrafo 3) del artículo 16, es decir, la decisión del tribunal arbitral por la que éste se declara competente, era el siguiente:

"Artículo 17. *Supervisión concurrente de un tribunal*

1) [No obstante lo dispuesto en el artículo 16,] las partes podrán [en cualquier momento] solicitar del tribunal indicado en el artículo 6 una decisión acerca de si existe un acuerdo de arbitraje válido y [, de haberse iniciado las actuaciones arbitrales,] si el tribunal arbitral es competente [para conocer de la controversia que le ha sido sometida].

2) Mientras esa cuestión esté pendiente en el tribunal, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones [a menos que el primero decrete la suspensión de las actuaciones arbitrales]."

[59]Cabe observar que la solución actual prevista en el párrafo 3) del artículo 16 no otorga al tribunal arbitral esa opción, independientemente de si una decisión en materia de competencia podría calificarse de "laudo". En cuanto a la conveniencia de incluir en la Ley Modelo una definición de "laudo", véase el párr. 3 del comentario al artículo 34.

[60]A/CN.9/245, párrs. 62 a 64. La disposición suprimida decía lo siguiente: "La decisión del tribunal arbitral por la que éste se declara incompetente puede ser impugnada por cualquiera de las partes en el plazo de treinta días ante el tribunal mencionado en el artículo [6]."

mercancías que son objeto del litigio. Sin embargo, el artículo 18 no se limita a operaciones de venta y abarcaría, por ejemplo, medidas destinadas a determinar y "estabilizar" provisionalmente la relación de las partes en un proyecto a largo plazo. Como ejemplos de esas órdenes de *modus vivendi* figuran el empleo o mantenimiento de máquinas o faenas o la continuación de determinada fase de una construcción que sea necesaria para evitar un daño irreparable. Por último, una orden del tribunal podría servir para asegurar una prueba que de lo contrario no podría conseguirse en una etapa ulterior de las actuaciones.

3. Como resulta claro del texto del artículo 18, las medidas provisionales cautelares deben referirse al objeto del litigio y la orden sólo podrá decretarse con respecto a una parte (o a ambas partes). Esta limitación, que es una consecuencia del hecho de que el tribunal arbitral deriva su competencia del acuerdo de arbitraje, constituye uno de los principales factores que restringe el ámbito de aplicación del artículo 18 en comparación con la esfera mucho más amplia de las medidas que puede adoptar el tribunal de conformidad con el artículo 9[61].

4. Otra diferencia importante es que el artículo 18 no otorga al tribunal arbitral la facultad de ejecutar sus resoluciones ni prevé la ejecución judicial de las órdenes del tribunal arbitral; un proyecto de disposición anterior que preveía la asistencia de los tribunales en la ejecución no fue mantenida por el Grupo de Trabajo. Sin embargo, quedó entendido que no se excluiría la posibilidad de que un Estado prestara dicha asistencia en virtud de sus leyes de procedimiento[62], ya sea disponiendo la ejecución judicial o facultando al tribunal arbitral para adoptar algunas medidas de apremio.

5. Con todo, y aun sin esa posibilidad de ejecución judicial, la facultad que concede el artículo 18 al tribunal arbitral tiene un valor práctico. Parece probable que las partes cumplirán con la orden y adoptarán las medidas que estimen necesarias los árbitros, quienes, después de todo, tendrán que decidir el asunto. Esta probabilidad podrá aumentar mediante la aplicación de la facultad de exigir de cualquiera de las partes una garantía para cubrir el costo de las medidas, en particular cuando el tribunal arbitral ordene a la otra parte que proporcione esa garantía, que, según se propone, también podrá cubrir los posibles daños. Por último, si una parte no adopta las medidas provisionales cautelares ordenadas por el tribunal arbitral, esa omisión podrá tenerse en cuenta en la decisión definitiva, sobre todo en cualquier evaluación de los daños.

* * *

CAPÍTULO V. SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

Artículo 19. *Determinación del procedimiento*

1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

3) En uno y otro caso deberá tratarse a las partes con igualdad y deberá darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Referencias

A/CN.9/216, párr. 56
A/CN.9/232, párrs. 101 a 106
A/CN.9/245, párrs. 73 a 75
A/CN.9/246, párrs. 60 a 63

Comentario

"Carta Magna del procedimiento arbitral"

1. Puede considerarse que el artículo 19 es la disposición más importante de la Ley Modelo. Contribuye en gran manera a establecer la autonomía del procedimiento al reconocer la libertad de las partes de determinar el reglamento (párrafo 1)) y al conceder al tribunal arbitral, a falta de acuerdo de las partes, amplia discreción sobre la forma de sustanciar el procedimiento (párrafo 2)), sujetas ambas a los principios fundamentales de la equidad (párrafo 3)). Si se toma en conjunto con las demás disposiciones sobre procedimiento arbitral, constituye un marco liberal que se ajusta a la gran variedad de necesidades y circunstancias de causas internacionales, sin estorbo de peculiaridades locales y criterios tradicionales que puedan encontrarse en el vigente derecho interno del lugar.

Libertad de las partes para determinar el procedimiento, párrafo 1)

2. El párrafo 1) garantiza la libertad de las partes para determinar el reglamento sobre la forma en que será aplicado el método de solución del litigio por ellas escogido. De este modo pueden ajustar el reglamento a sus necesidades y deseos concretos. Pueden realizarlo preparando su propio reglamento individual o, como esclarece el párrafo *d)* del artículo 2, remitiéndose a normas tipo de arbitraje institucional (supervisado o administrado) o de arbitraje simplemente especial. Así pues, las partes pueden aprovechar plenamente los servicios de instituciones arbitrales permanentes o de prácticas establecidas de arbitraje de asociaciones comerciales. Pueden elegir las características con las que estén familiarizadas e incluso optar por un procedimiento que esté fundamentado en un sistema jurídico determinado. No obstante, si se remite a una ley concreta sobre procedimiento civil, incluidas las pruebas, dicha ley sería aplicable en virtud de su elección y no en virtud de ser la ley nacional.

[61] Véanse los párrs. 4 y 5 del comentario al artículo 9.
[62] A/CN.9/245, párr. 72.

3. La libertad de las partes está sujeta únicamente a las disposiciones de la Ley Modelo, es decir, a sus disposiciones imperativas. La más fundamental de ellas, de la que las partes no pueden retractarse, es la que figura en el párrafo 3). Otras disposiciones análogas relativas a la sustanciación del procedimiento o al pronunciamiento del laudo figuran en el párrafo 1) del artículo 23, párrafos 2) a 4) del artículo 24, artículo 27, párrafo 2) del artículo 30, párrafos 1), 3) y 4) del artículo 31, artículo 32 y párrafos 1), 2), 4) y 5), del artículo 33.

Discreción del tribunal arbitral en cuanto al procedimiento, párrafo 2)

4. Cuando las partes, antes o durante el transcurso del procedimiento arbitral[63], no han convenido al procedimiento (v.g.: al menos no en el asunto concreto de que se trate), el tribunal arbitral está facultado para sustanciar el arbitraje de la manera que estime apropiada, con sujeción únicamente a las disposiciones de la Ley Modelo que a menudo determinan características especiales de las facultades discrecionales (v.g.: párrafo 2) del artículo 23, párrafos 1) y 2) del artículo 24, artículo 25) y en ocasiones limitan la discreción para asegurar la equidad (v.g.: párrafo 3) del artículo 19, párrafos 3) y 4) del artículo 24, párrafo 2) del artículo 26). Como se declara en el párrafo 2), esta facultad incluye la facultad de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas[64]. Esto, a su vez, incluye la facultad del tribunal arbitral de adoptar su propio reglamento sobre presentación de pruebas, aunque ello ya no conste expresamente en el texto.

5. Salvo en aquellos casos en que las partes hayan determinado un reglamento detallado y estricto, incluso relativo a las pruebas, las facultades discrecionales del tribunal arbitral son considerables habida cuenta de que la Ley Modelo, con sus escasas disposiciones que limitan la discreción en cuanto al procedimiento, constituye un marco liberal. De este modo, el tribunal arbitral puede satisfacer las necesidades de la causa concreta y seleccionar el procedimiento más indicado al organizar el arbitraje, llevando a cabo vistas individuales u otras reuniones y determinando los aspectos concretos importantes de la práctica y evaluación de las pruebas.

6. En la práctica, los árbitros podrían adoptar las características de procedimiento con que las partes (y ellos mismos) estuviesen familiarizadas, o fuesen al menos aceptables para ellas. Por ejemplo, cuando ambas partes procedan de un sistema jurídico de *common law*, el tribunal arbitral podrá solicitar declaraciones juradas y ordenar el interrogatorio previo a la vista en mayor medida que en un caso en que las partes sean de tradición romanista, en el que, por citar otro ejemplo, la modalidad de las actuaciones podría ser más inquisitoria que contradictoria. Sobre todo, cuando las partes proceden de sistemas jurídicos diferentes, el tribunal arbitral podrá emplear un procedimiento "mixto" liberal, adoptando elementos adecuados de los distintos sistemas jurídicos y basándose en técnicas consagradas en la práctica internacional y, por ejemplo, dejar que las partes presenten su caso como consideren oportuno. Esta discrecionalidad en cuanto al procedimiento en todos estos casos parece ir encaminada a facilitar el arbitraje comercial internacional, mientras que verse forzado a aplicar la ley del país donde el arbitraje tiene lugar plantearía una importante desventaja a las partes que no estén acostumbradas a ese sistema concreto, y posiblemente peculiar, de procedimiento y presentación de pruebas.

Requisitos fundamentales de equidad, párrafo 3)

7. El párrafo 3) adopta nociones básicas de equidad al exigir que se trate a las partes con igualdad y que se dé a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Tal y como lo expresan las palabras "en uno y otro caso", estos requisitos fundamentales serán cumplidos no sólo por el tribunal arbitral al hacer uso de sus facultades discrecionales en virtud del párrafo 2), sino también por las partes al disfrutar de su libertad en virtud del párrafo 1) para determinar el procedimiento. Se sugiere que, en vista de su naturaleza fundamental, se adopten estos principios en todos los contextos de procedimiento, incluso, por ejemplo, en los procedimentos a que se hace alusión en los artículo 13 y 14.

8. Estos principios, consignados en el párrafo 3) en forma general, tienen aplicación práctica y una forma mucho más concreta en disposiciones como los párrafos 3) y 4) del artículo 24 y el párrafo 2) del artículo 26[65]. Otras disposiciones, como el párrafo 2) del artículo 16, el párrafo 2) del artículo 23 y el párrafo *c)* del artículo 25, presentan ciertas mejoras o restricciones en contextos específicos de procedimiento con objeto de asegurar unas actuaciones eficientes y rápidas. Estas últimas disposiciones, que como todas las demás de la Ley Modelo armonizan con los principios establecidos en el párrafo 3) del artículo 19, esclarecen que la "plena oportunidad de hacer valer sus derechos" no faculta a la parte a obstruir las actuaciones con tácticas dilatorias y, por ejemplo, presentar objeciones, enmiendas o pruebas la víspera del laudo.

9. Naturalmente, el tribunal arbitral debe guiarse por este principio y, más aun, ceñirse a él, al determinar la manera apropiada de sustanciar las actuaciones; por ejemplo, al fijar plazos para la presentación de

[63]Como observó el Grupo de Trabajo, la libertad de las partes en virtud del párrafo 1) para convenir el procedimiento es permanente durante todo el procedimiento arbitral y no está limitada, por ejemplo, al momento en que se nombre el primer árbitro (A/CN.9/246, párr. 63). Se propone, no obstante, que las propias partes puedan limitar de este modo su libertad en su acuerdo original si desean que sus árbitros conozcan desde el principio el reglamento de procedimiento con el que se supone que deben actuar.

[64]El artículo 16 (como tampoco lo hace ninguna otra disposición de la Ley Modelo) no regula la cuestión de qué parte asume la carga de la prueba, cosa que en cambio determina, por ejemplo, el párrafo 1) del artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI del siguiente modo: "Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas."

[65]Otro ejemplo lo constituiría el párrafo 2) del artículo 24, aunque pueden existir dudas acerca de si esta disposición en su redacción actual aplica plenamente y está de conformidad con el requisito de que cada parte tenga plena oportunidad de hacer valer sus derechos (véase el párr. 4 del comentario al artículo 24).

(párr. 5), es dudoso que se haya dado
oportunidad de hacer valer sus derechos si, pese a que dicha parte puede presentar cabalmente su argumentación y las pruebas en que ésta se basa, la actuación de un árbitro revela una evidente falta de competencia o de otros de los requisitos que deba llenar por acuerdo de las partes.

* * *

Artículo 20. *Lugar del arbitraje*

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.

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.

Referencias

A/CN.9/216, párrs. 53 a 55
A/CN.9/232, párrs. 99 y 100, 112 y 113
A/CN.9/245, párrs. 76 a 79
A/CN.9/246, párrs. 64 y 65

Comentario

Determinación del lugar del arbitraje, párrafo 1)

1. El párrafo 1) reconoce la libertad de las partes para convenir el lugar del arbitraje. Las partes pueden determinar dicho lugar por sí mismas o, según se desprende claramente del párrafo *c)* del artículo 2, autorizar a un tercero, que puede ser una institución, a efectuar esa determinación. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje.

2. El lugar del arbitraje es jurídicamente pertinente en tres sentidos. En primer lugar, es uno de los diversos factores posibles que establecen el carácter internacional del arbitraje, a condición de que se determine en el acuerdo de arbitraje (apartado i) del inciso *b)* del párrafo 2) del artículo 1)) o de conformidad con dicho acuerdo. En segundo lugar, es un factor conectivo para la aplicabilidad "territorial" de la Ley Modelo, ya sea como criterio exclusivo, si la Comisión adopta la opinión predominante en el Grupo de Trabajo, o como factor conectivo subsidiario, si la Ley Modelo en su forma definitiva permite a las partes elegir una ley procesal distinta de la vigente en el Estado en que se celebra el

Reuniones en lugares que no sean el lugar del arbitraj
párrafo 2)

3. El significado práctico del lugar del arbitraje, e
particular cuando dicho lugar ha sido determinado p
las propias partes, es que, en principio, las actuacion
arbitrales, incluidas las audiencias u otras reunione
deberían celebrarse en dicho lugar. Sin embargo, pue
haber razones bien fundadas para reunirse en otro siti
y no sólo en el caso en que es necesario cambiar de lug
(verbigracia, a los fines de la inspección de
instalaciones). Por ejemplo, cuando haya que oír
testigos o cuando los árbitros se reúnan para celeb
consultas, puede ser más apropiado utilizar otro lu
por razones de conveniencia de los participantes y p
evitar que se eleven los costos del arbitraje. Otra de
muchas consideraciones que cabría tener en cuenta se
la de equilibrar los gastos de las partes programand
celebración de algunas reuniones en el lugar de una
las partes y otras en el lugar de la otra parte.

4. Para todos esos fines, el párrafo 2) faculta al tribu
arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes, p
reunirse en cualquier lugar que estime apropiado p
celebrar deliberaciones entre sus miembros, para o
los testigos, a los peritos o (solamente) a las parte
para examinar mercancías u otros bienes o documen

* * *

Artículo 21. *Iniciación de las actuaciones arbitral*

Salvo que las partes hayan convenido otra cos
procedimiento de arbitraje respecto de una d
minada controversia se iniciará en la fecha en q
demandado haya recibido el requerimiento de som
esa controversia a arbitraje.

Referencias

A/CN.9/233, párrs. 21 a 23
A/CN.9/245, párrs. 24 a 27
A/CN.9/246, párrs. 66 y 67

Comentario

1. El artículo 21 establece una norma para determ
el momento en que se inicia el procedimiento de arbi
respecto de un litigio dado. Esa determinació
pertinente no sólo a los fines de la Ley Modelo en sí,
también para las consecuencias jurídicas reguladas
otras leyes; por ejemplo, cesación o introducció
cualquier período de limitación.

[66]Veánse las observaciones sobre el alcance territorial
aplicación de la Ley Modelo en el comentario al artículo 1, párrs.

3. Como señala el texto, las partes pueden prescindir de esta disposición y escoger un momento de iniciación diferente. Para emplear un ejemplo no poco frecuente en los arbitrajes institucionales, las partes pueden acordar, sobre la base de las normas institucionales, que la fecha pertinente sea aquélla en que la institución arbitral haya recibido el requerimiento de arbitraje.

* * *

Artículo 22. *Idioma*

1) Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo que en ellos mismos se haya especificado otra cosa, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral.

2) El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

Rererencias

A/CN.9/233, párrs. 27 a 30
A/CN.9/245, párrs. 34 a 36
A/CN.9/246, párrs. 68 a 70

Comentario

1. El artículo 22 trata de una cuestión que, si bien no es corriente que se trate en las leyes nacionales relativas al arbitraje, reviste considerable importancia práctica en los arbitrajes comerciales internacionales, a saber, la determinación del idioma o idiomas que han de utilizarse en las actuaciones arbitrales. De esta disposición se desprende claramente que, si en algún momento pudiese surgir cualquier duda al respecto, las actuaciones arbitrales no están sujetas a ningún requisito lingüístico local; por ejemplo, al empleo de un idioma o idiomas "oficiales" en las actuaciones judiciales que tienen lugar en el lugar del arbitraje.

[67]En cuanto a la definición de "recepción" y del momento en que se recibe o se considera que se ha recibido una comunicación, véase el párrafo *e)* del artículo 2.

entre las partes tendría la ventaja de dejar resu
cuestión desde el principio. Asimismo, facili
selección de árbitros apropiados y evitaría a los á
en el momento de su designación, el tener que tor
decisión de procedimiento que en la práctica s
bastante delicada.

3. En los casos en que las partes no hayan res
cuestión del idioma, el tribunal arbitral h
determinación de conformidad con el párrafo
hacerlo, tomará en consideración los factores
mencionados y las aptitudes lingüísticas de los
árbitros. Por encima de todo, el tribunal debe c
los principios fundamentales establecidos en el
fo 3) del artículo 19.

4. No obstante, se propone la idea de qu
principios no significan forzosamente que el idi
cada parte deba adoptarse como idioma "que h
utilizarse en las actuaciones arbitrales". Por ejen
las partes sólo han utilizado un idioma pa
transacciones, en particular en el contrato
correspondencia, la decisión del tribunal arbi
celebrar las actuaciones en ese idioma no se opon
sí misma al principio de igualdad de trato de las p
privaría a la parte cuyo idioma no se adopta de l
oportunidad de hacer valer sus derechos. De hec
parte puede emplear su idioma en cualquier audi
otra reunión, pero debe disponer lo necesario
interpretación al idioma de las actuaciones, o al
sufragar los gastos de interpretación. Como den
este ejemplo, la determinación del idioma o idion
han de emplearse es, hasta cierto punto, una d
relativa a los costos. Para emplear el ejemplo opue
el caso de actuaciones con dos idiomas, cualquie
de interpretación o traducción entre ambos i
formaría parte de los gastos generales del arbitra
consecuencia debería ser sufragado en principio
parte perdedora (cf., por ejemplo, el párrafo
artículo 40 del Reglamento de Arbitraje
CNUDMI).

5. En el artículo 22 se establece el alcance
determinación del idioma o idiomas media
enumeración de los documentos e intervencion
deben estar en dicho idioma, es decir, todos los e
de las partes, todas las audiencias y cualquier
decisión o comunicación de otra índole que e
tribunal arbitral. Sin embargo, las partes o los á
pueden determinar un alcance diferente. En
respecta a las pruebas documentales, el párrafo
librada al tribunal arbitral la decisión de si se r
traducir al idioma de las actuaciones y, de ser así,
medida es preciso hacerlo. Esta discreción es apr

deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los extremos alegados en la demanda. Las partes podrán aportar con sus alegaciones todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho, el perjuicio que puede causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias.

Referencias

A/CN.9/233, párrs. 24 a 26
A/CN.9/245, párrs. 29 y 30, 33
A/CN.9/246, párrs. 71 a 73

Comentario

Contenido esencial de la demanda y contestación, párrafo 1)

1. El párrafo 1) trata de la preparación del caso por escrito. La primera frase recoge los elementos de los escritos iniciales que son esenciales para definir la controversia sobre la que el tribunal arbitral debe tomar una decisión. Corresponde después al tribunal arbitral solicitar nuevas declaraciones o explicaciones, en virtud de las facultades generales que la confiere el párrafo 2) del artículo 19. El contenido que se exige a la demanda inicial y a la respuesta del demandado puede considerarse como algo tan básico y necesario como para que tenga que adaptarse a todos los sistemas y normas de arbitraje establecidos. Ateniéndose a ese espíritu, la disposición no entra en detalles tales como quién debe ser el destinatario de las declaraciones[68].

2. No obstante, se propone que la disposición no tenga carácter preceptivo, al menos en lo que respecta a sus detalles. Por ejemplo, las normas de arbitraje pueden describir ese contenido esencial de una forma ligeramente diferente o puede exigir su inclusión ya en la petición inicial de arbitraje, en cuyo caso la referencia hecha en el párrafo 1) al período de tiempo sería obsoleta.

[68]El párrafo 4) del artículo 24 garantiza que se dé traslado a la otra parte de todas las declaraciones presentadas al tribunal arbitral.

la intención de basarse. A menos que se estipule un disposición específica en el acuerdo de arbitraje, e tribunal arbitral podrá, en virtud de la facultad discrecional general que le confiere el párrafo 2) de artículo 19, exigir a una parte que presente un resumen de los documentos y otras pruebas que esa parte tiene la intención de aducir en apoyo de su demanda o contestación y, como se desprende claramente de párrafo *c)* del artículo 25, exigir a una parte que presente documentos, informes probatorios u otras pruebas dentro de un determinado período de tiempo.

Modificación o ampliación de la demanda o contestación, párrafo 2)

4. El párrafo 2) deja a juicio del tribunal arbitral decidir, teniendo en cuenta determinados criterios, si una parte puede modificar o ampliar su demanda o contestación. Un criterio fundamental sería el grado y la razón de la demora al efectuar la modificación (o ampliación[69]). Otro criterio sería causar perjuicio a la otra parte, es decir, perjuicio procesal (tal como alteración del curso normal de las actuaciones o demora indebida de la solución final del litigio definido en los escritos iniciales). No obstante, dado que pueden existir otras razones que hagan improcedente toda alteración posterior, el tribunal arbitral, en virtud del párrafo 2), podrá tener en cuenta "cualesquiera otras circunstancias".

5. Hay, no obstante, un aspecto importante respecto del cual el tribunal arbitral no tiene facultad discrecional alguna: la modificación o ampliación no debe exceder el ámbito del acuerdo de arbitraje. Esa restricción, pese a no estar expresada en el artículo, parece evidente habida cuenta de que la competencia del tribunal arbitral está basada en ese acuerdo y circunscrita a sus límites.

6. El párrafo 2), como él mismo estipula, no tiene carácter preceptivo. Las partes pueden, por tanto, derogar lo estipulado en él y estipular, por ejemplo, que las alteraciones están prohibidas en general o que están permitidas como una cuestión de derecho o que están sujetas a límites específicos.

Aplicación análoga a la contrademanda y compensación

7. Como se observó anteriormente[70], la Ley Modelo deja de hacer referencia expresamente a reconvenciones pero cualquier disposición referente a la demanda regirá, *mutatis mutandis*, a una reconvención. Así pues, por analogía, el párrafo 1) estipularía que el demandado

[69]Fue intención del grupo de redacción que la palabra "modificación" incluyese el sentido de "ampliación".

[70]Comentario al artículo 16, párrafo 5, y nota 54 a pie de página.

dos formas. La primera es una auténtica analogía con la demanda, es decir, el demandado puede modificar o ampliar su reconvención a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración por alguna de las razones enumeradas en el párrafo 2). La segunda cuestión que abarca la analogía, y que es más fundamental, es la de determinar si el demandado puede "modificar o ampliar" su contestación planteando en una fase posterior una reconvención o una demanda a fines de compensación. Conviene observar que en ambos casos rige la restricción anterior al ámbito del acuerdo de arbitraje.

* * *

Artículo 24. *Audiencias y actuaciones por escrito*

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo, el tribunal arbitral, a petición de una de las partes, podrá celebrar, en la fase apropiada de las actuaciones, audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales.

3) Deberá notificarse a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para practicar reconocimientos.

4) De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte. Asimismo deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes u otros documentos en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión.

Referencias

A/CN.9/216, párr. 57
A/CN.9/232, párrs. 107 a 111, 113
A/CN.9/245, párrs. 80 a 83
A/CN.9/246, párrs. 74 a 80

Comentario

Actuaciones con audiencias o sin ellas, párrafos 1) y 2)

1. Los párrafos 1) y 2) tratan de la importante cuestión de procedimiento de si se celebrará alguna audiencia o si, cosa menos común, las actuaciones arbitrales se sustanciarán exclusivamente sobre la base de documentos y demás pruebas (es decir, como "actuaciones por escrito"). Según el párrafo 1), el tribunal arbitral

partes o incluso sin que se formule una petición c
de esa índole. En tal caso, que no suele produci
mucha frecuencia, el tribunal arbitral tendr
respetar el acuerdo pese a que la interpretación lit
las palabras "sin perjuicio de lo dispuesto en el
fo 1)", podría dar pie para concluir que también
caso el tribunal arbitral estaría facultado para
discrecionalmente si procede o no acceder a cuales
peticiones ulteriores de una de las partes.

3. En la segunda hipótesis, las partes convienen
las actuaciones se sustanciarán por escrito. En ta
que probablemente se produzca con todavía
frecuencia que el primero, el tribunal arbitral
respetar la voluntad de las partes (párrafo 1)).
bien, si más tarde una de las partes solicit
audiencia o no. En virtud de lo dispuesto en el párr
podría ejercer dicha facultad discrecional incl
celebrar, haciendo uso de sus facultades discreci
una audiencia en la fase apropiada de las actuaci
Lo anterior descansa en el principio según el
derecho de las partes a pedir que se celebr
audiencia es tan importante, como se destaca
párrafo 3) del artículo 19, que no debe permitirse
partes lo excluyan mediante un acuerdo, mientra
por otra parte, conviene prever cierto control
tribunal arbitral para evitar que ese derecho se
abusivamente con objeto de retrasar u obstr
actuaciones.

4. La tercera hipótesis es aquélla en que las parte
estipulan en lo tocante a la forma de las actuacion
tal caso, al parecer el más frecuente de los tres
mencionados, con arreglo al párrafo 1) el tr
arbitral podría decidir discrecionalmente si celebr
audiencia o no. En virtud de lo dispuesto en el p
2), podría ejercer dicha facultad discrecional incl
el caso de que una parte solicite una audiencia.
opinado que convendría volver a examinar esta
norma, al parecer el resultado de un de
legislativo[73], ya que podría afirmase que no con

[71]Como una cuestión práctica, "decisión" no significa
tribunal arbitral deba dictar un "decreto" sobre esa cuestión
fase inicial con efecto vinculante para la totalidad de las actua
Lo que significa es una facultad de discreción continua de dete
a la luz del desarrollo del caso, si es necesario o al menos d
celebrar una audiencia.

[72]El texto que figura en el anexo de la versión inglesa del doc
A/CN.9/246 dice "cualquier" fase adecuada. Sin embargo, el
del informe pone de manifiesto que se trata de un er
mecanografía; debería decir "la" fase adecuada. La presente no
aplica al texto español.

[73]El informe del Grupo de Trabajo sobre su séptimo perí
sesiones indica que los debates se centraron en la segunda hip
que la opinión predominante a ese respecto, a saber, q
conveniente cierto control por el tribunal arbitral, se hizo extens
tercera hipótesis por un descuido.

5. En lo que respecta a los pormenores del párrafo 2) cabe observar que la redacción "audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales" se aprobó en términos tan generales de manera intencional. El uso de la fórmula "presentación de pruebas" obedece al deseo de abarcar todos los posibles tipos de pruebas reconocidos en los distintos sistemas jurídicos y que podrían considerarse admisibles con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 1) ó 2) del artículo 19, es decir, declaraciones de testigos, peritos, repreguntas a cualesquiera de esos testigos, declaraciones de una de las partes o repreguntas a ésta[74]. La utilización de la fórmula "alegatos orales" tiene por objeto abarcar no sólo los alegatos sobre el fondo del litigio, sino también las cuestiones de procedimiento[75].

Notificación con suficiente antelación, párrafo 3)

6. En cierta medida el párrafo 3) da efectividad a los principios que se enuncian en el párrafo 3) del artículo 19, al disponer que deberán notificarse a las partes con suficiente antelación las audiencias o las reuniones que celebre el tribunal arbitral para practicar reconocimientos de mercancías, otros bienes o documentos. La notificación que se exige es de vital importancia toda vez que permite que las partes participen de manera efectiva en las actuaciones y que preparen y expongan sus respectivos argumentos. Es igualmente importante por el hecho de que, con arreglo al principio de equidad, constituye un requisito indispensable para que puedan continuar las actuaciones en caso de rebeldía de una de las partes en virtud de lo dispuesto en el párrafo *c)* del artículo 25.

7. Puesto que la disposición se limita a enunciar un principio al que atribuye el carácter de requisito fundamental, no trata de los pormenores, incluida la cuestión de saber quién ha de notificar a las partes (por ejemplo, el tribunal arbitral, el árbitro presidente, el tribunal, el secretario o la institución de arbitraje). Habida cuenta de la gran variedad de casos que pueden surgir, tampoco se especifica un plazo fijo de notificación. Así, las partes pueden convenir en un plazo incluso mediante alusiones a las normas sobre arbitraje, aunque es posible que en el acuerdo no se estipule que la notificación deberá efectuarse con "suficiente" antelación, en cuyo caso posiblemente permitirá que se cumpla el requisito previsto en el párrafo 1) del artículo 19.

[74]Por lo que se refiere a la prestación de declaraciones de peritos nombrados por el tribunal arbitral y al interrogatorio de éstos, véase el párrafo 2) del artículo 26.

[75]A/CN.9/245, párr. 81.

de la misma índole, es decir de carácter probatorio (p ejemplo, el boletín meteorológico o la tasa de camb correspondientes a un día determinado).

9. El párrafo 4) se basa en el principio fundamental c que ambas partes deberían tener pleno acceso a l información en pie de igualdad. No reglamenta lc pormenores, como por ejemplo la cuestión de saber quién le corresponde dar traslado de cualesquier declaraciones, informes, documentos u otros anteceder tes a la parte a la que se ha de suministrar l información. Sin embargo, se ha opinado que en lo casos previstos en la primera oración del párrafo 4), e tribunal arbitral (o la institución administradora) tiene e deber de garantizar que una parte dé traslado de un copia a la otra, y en su defecto, el propio tribunal tiene e deber de poner la declaración o documento de una de la partes a disposición de la otra.

* * *

Artículo 25. *Rebeldía de una de las partes*

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente,

a) el demandante no presente su demanda con arreglo al párrafo 1) del artículo 23, se darán por terminadas las actuaciones arbitrales;

b) el demandado no presente su contestación con arreglo al párrafo 1) del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante;

c) una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que se disponga.

Referencias

A/CN.9/216, párr. 71
A/CN.9/232, párrs. 124 a 131
A/CN.9/245, párr. 86
A/CN.9/246, párrs. 81 a 84

Comentario

1. El artículo 25 trata de aquellos casos en que una de las partes, en particular el demandado, no participa en las actuaciones haciendo caso omiso del compromiso asumido con anterioridad de tomar parte en el arbitraje.

convencimiento de que se han cumplido los requisitos fundamentales que permiten garantizar la equidad. Por consiguiente, la Ley Modelo establece dos requisitos a título de garantías procesales, a saber, que la parte que se ha declarado en rebeldía haya sido requerida o notificada con la suficiente antelación y que se haya declarado en rebeldía sin invocar una causa suficiente.

3. Estas garantías procesales son particularmente importantes tratándose de los casos previstos en los párrafos *b)* y *c)* del artículo 25, que facultan al tribunal arbitral a continuar las actuaciones arbitrales y dictar el laudo. No obstante, con objeto de contemplar todos los casos, el artículo 25 también abarca aquél en que una de las partes inicia las actuaciones arbitrales pero más tarde no presenta su demanda (párrafo *a)* del artículo 25); en ese caso, se darán por terminadas las actuaciones arbitrales.

4. Por lo que respecta al caso en que el demandado no presente su contestación, el párrafo *b)* del artículo 25 garantiza que dicha omisión no podrá impedir la continuación del arbitraje. Obliga al tribunal arbitral a continuar las actuaciones "sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante". Esta norma relativa a la manera en que se ha de proceder ante la omisión del demandante parece útil habida cuenta de que con arreglo a muchas legislaciones nacionales en materia de procedimiento civil, la rebeldía del demandado en las actuaciones seguidas ante los tribunales se considera como una admisión de las alegaciones del demandante. Sin embargo, lo anterior no significa que el tribunal arbitral carecería de facultades discrecionales en cuanto a la determinación del modo en que se procederá ante la omisión o que estaría obligado a considerarla como un rechazo de plano de la demanda y de todos los hechos probatorios invocados en apoyo de ésta.

5. En cuanto al caso en que una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el párrafo *c)* del artículo 25 faculta al tribunal arbitral a continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga. En la práctica, lo anterior comprende la facultad de rechazar o desatender cualesquiera pruebas documentales presentadas por dicha parte con posterioridad a la expiración del plazo estipulado para su presentación. Es más, no impide que el tribunal arbitral infiera determinadas cosas de la no presentación de prueba alguna por una de las partes pese a que se le solicitara que así lo hiciera. Pese a que la propia disposición no lo dice, el que una de las partes "no comparezca a una audiencia" presupone que ha sido notificada con la suficiente antelación

1) Salvo acuerdo en contrario de las part
tribunal arbitral,

a) podrá nombrar uno o más peritos para
informen sobre materias concretas que determin
tribunal arbitral;

b) podrá solicitar a una de las partes
suministre al perito toda la información pertine
que le presente para su inspección todo
documentos, mercancías u otros bienes pertinen
le proporcione acceso a ellos.

2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, c
una parte lo solicite o cuando el tribunal arbit
considere necesario, el perito, después de la pre
ción de su dictamen escrito u oral, deberá part
en una audiencia en la que las partes te
oportunidad de interrogarle y de presentar p
para que informen sobre los puntos controvertid

Referencias

A/CN.9/216, párrs. 63 y 64
A/CN.9/232, párrs. 105, 114 a 118
A/CN.9/245, párrs. 80 y 81, 84 y 85
A/CN.9/246, párrs. 85 a 89

Comentario

1. El artículo 26 trata del nombramiento de perit
el tribunal arbitral; no se refiere a los testigos perit
las partes pueden presentar. El párrafo 1) otorg
facultad al tribunal arbitral de manera implícita, a
la facultad de nombrar, sin la autorización expresa
partes, uno o más peritos para que le informen
materias concretas y de ordenar a una de las partes
coopere de cierto modo con el perito.

2. Puesto que la disposición no es vinculant
partes pueden decidir que el tribunal no dispon
dicha facultad. Ello significaría que el tribunal a
tendría que resolver el litigio sin los conocim
especializados de que carece. Pese a que habrá pe
que no desearán actuar como árbitros en
circunstancias, la solución prevista en el párraf
adoptó para reafirmar el carácter fundamental
autonomía de las partes (y de la consideración p
subyacente de que las partes son las más indicada
determinar qué medios deberán utilizarse para r
el litigio, que son ellas quienes remuneran a cuales
peritos y que son lo suficientemente juiciosas com
no confrontar a los árbitros con un problema d
antes descrito). El derecho de las partes para a

párrafo 2) no constituye una excepción a este principio, ya que sanciona un derecho procesal fundamental que equivale a otra aplicación concreta de los principios enunciados en el párrafo 3) del artículo 19. Se brinda a las partes la oportunidad de interrogar al perito después de la presentación de su dictamen escrito u oral y de presentar testigos peritos para que presten declaración sobre los puntos controvertidos. Dicha facultad puede ejercerse en una audiencia, que el tribunal arbitral tiene el deber de convocar si una de las partes así lo solicita, o que el propio tribunal puede convocar si lo considera necesario.

Artículo 27. *Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas*

1) En las actuaciones arbitrales celebradas en este Estado o en virtud de esta Ley, el tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de este Estado para la práctica de pruebas. La petición especificará:

a) el nombre y dirección de las partes y de los árbitros;

b) la naturaleza de la acción y el objeto de la demanda;

c) las pruebas que hayan de practicarse, en particular,

i) el nombre y dirección de las personas que deban ser oídas como testigos o como peritos y una explicación de las cuestiones sobre las que se pide la declaración;

ii) la descripción de los documentos que hayan de presentarse o de los bienes que hayan de examinarse.

2) El tribunal podrá, dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba, atender dicha solicitud practicando por sí mismo las pruebas u ordenando que se presenten directamente ante el tribunal arbitral.

Referencias

A/CN.9/216, párrs. 61 y 62
A/CN.9/233, párrs. 31 a 37
A/CN.9/245, párrs. 37 a 46
A/CN.9/246, párrs. 90 a 101

[76]A/CN.9/246, párr. 87.

... dilatorios, puede ser útil, sobre todo si se tiene e cuenta que el tribunal arbitral no tiene, en virtud de l Ley Modelo ni de la mayoría de las leyes existentes, l facultad de ejercer coacción[77].

2. El alcance del artículo 27 excede el ámbito de la actuaciones arbitrales ya que no abarca simplemente l admisibilidad ni la dinámica de una solicitud d cooperación del tribunal. En realidad, dicha solicitud v unida a la expectativa de que haya una ley nacional qu disponga, en ciertas circunstancias, la cooperación de lo tribunales. El artículo 27 tiene por objeto cambiar, po ejemplo, una ley nacional que sólo prevea la asistenci del tribunal a tribunales distintos de los tribunale arbitrales, aunque sin interferir de ese modo con la normas nacionales sobre procedimientos civiles relativo a la práctica de pruebas y a la organización del sistema judicial, incluida la competencia del tribunal.

Ámbito territorial de la disposición

3. La Ley Modelo prevé la cooperación de los tribunales del Estado que adopten la ley en las actuaciones arbitrales "celebradas en este Estado o en virtud de esta Ley" (párrafo 1)). Este doble criterio podría retenerse si la Comisión permitiera la autonomía de la parte con respecto al derecho procesal aplicable[78]. El criterio "en este Estado" se aplicaría entonces a las actuaciones arbitrales celebradas en virtud de otra ley distinta de la Ley Modelo y el criterio "en virtud de esta Ley" se aplicaría a los arbitrajes celebrados en otra parte en virtud de la ley de "este Estado". Sin embargo, se estima que sería más apropiado usar solamente el criterio general que la Comisión desee adoptar para la aplicabilidad de la Ley Modelo, en cuyo caso no habría necesidad de expresar el alcance territorial en el artículo 27.

4. Más importante que esta cuestión de detalle es la observación de que el artículo 27 se limita esencialmente a los arbitrajes que se celebran en "este Estado"; a diferencia de otros proyectos de disposiciones anteriores, éste no prevé ni la participación en arbitrajes extranjeros ni requerimientos de cooperación a tribunales extranjeros en actuaciones arbitrales celebradas en virtud de la Ley Modelo[79]. Esta limitación es el resultado de una

[77]Solamente en aquellos casos en que una parte esté en posesión o tenga el control de la prueba, el tribunal arbitral puede ejercer una cierta influencia señalando su intención de usar la "sanción" prevista en el párrafo *c)* del artículo 25; véase el párr. 5 del comentario al artículo 25.

[78]Para la cuestión del ámbito de aplicación territorial de la Ley Modelo en general, véanse los párrafos 4 a 6 del comentario al artículo 1.

[79]A/CN.9/233, párr. 36; A/CN.9/245, párrs. 37, 42 a 46; A/CN.9/246, párrs. 90 y 91, 95 y 96.

necesariamente el indicado en el artículo 6, dado que su competencia puede basarse, por ejemplo, en el lugar en que resida el testigo que se oirá o en que se encuentren los bienes que hayan de examinarse. El requerimiento de asistencia del tribunal puede ser formulado por el tribunal arbitral o por una de las partes con la aprobación del tribunal arbitral. Aunque la obtención de pruebas puede considerarse como una cuestión que incumbe estrictamente a las partes, la participación del tribunal arbitral podría impedir tácticas dilatorias de una de las partes. El párrafo 1) enumera el contenido requerido de la petición, sin entrar en mayores detalles de forma o procedimiento.

6. El párrafo 2) se refiere a la "expectativa", mencionada anteriormente, de contar con la cooperación del tribunal, sin interferir con las normas nacionales establecidas sobre la competencia y organización del tribunal (véase párrafo 2, *supra*). El tribunal puede, dentro de su competencia y de conformidad con sus normas para la práctica de pruebas, atender la petición en cualquiera de las siguientes formas: puede practicar las pruebas por sí mismo (por ejemplo, oír a los testigos obtener el documento o examinar los bienes y, salvo si los árbitros y las partes están presentes, comunicar los resultados al tribunal arbitral), o puede ordenar que se presente la prueba directamente al tribunal arbitral, en cuyo caso la intervención del tribunal se limita a ejercer coacción.

* * *

CAPÍTULO VI. PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES

Artículo 28. *Normas aplicables al fondo del litigio*

1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho o sistema 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 aplicable.

[80]En este contexto, se señaló que la cuestión de la cooperación del tribunal con tribunales arbitrales extranjeros o de la asistencia de tribunales extranjeros para la práctica de pruebas no podía tratarse adecuadamente en una ley modelo, y se sugirió como posible tema de trabajo futuro que la Comisión estudiara la conveniencia de elaborar normas sobre cooperación judicial internacional en una nueva convención o ampliando la convención existente (A/CN.9/233, párr. 37; A/CN.9/246, párrs. 43 y 44).

Comentario

1. El artículo 28 se refiere a la determinación leyes o normas que aplicará el tribunal arbitral al del litigio. Esta cuestión, que debe diferenciarse cuestión de la ley aplicable a las actuaciones arbit al acuerdo de arbitraje, suele tratarse en convenci leyes nacionales consagradas al derecho interna privado o al conflicto de leyes. Sin embargo, a vec incluida en las leyes nacionales de arbitraje y formar parte de las convenciones y reglamen arbitraje.

2. La Ley Modelo se ajusta a esta última práctic de servir de guía sobre este punto importante y sat las necesidades del arbitraje comercial internacio adopta la misma política que en el caso de las cues procesales, ya que se da a las partes plena auto para determinar la cuestión (incluida la opción *amigable composición*) y, de no haber acuerdo, se al tribunal arbitral el ejercicio de dicha facultad.

La libertad de las partes para elegir las "norm derecho" sustantivas, párrafo 1)

3. El párrafo 1), que dispone que el litigio se res de conformidad con las normas de derecho elegid las partes, tiene dos aspectos que cabe destaca primer lugar, reconoce o garantiza la autonomía partes en cuanto tal, que en la actualidad cuenta co aceptación amplia pero no uniforme. El párrafo artículo 28 podría promover una aceptación gen ayudar a superar las restricciones existentes, con ejemplo, la conexión sustancial con el país de elegida.

4. El segundo aspecto notable es la libertad para "normas de derecho" y no meramente un "derech podría interpretarse como el sistema jurídico Estado determinado. Esto da a las partes un espec opciones mayor y les permite, por ejemplo, elegi aplicar a su caso normas de más de un sistema ju incluidas normas de derecho que se hayan elabo nivel internacional[81]. La adopción de esta fórmul

[81]Como un nuevo elemento para ayudar a interpretar el "normas de derecho" y definir sus límites, puede señalarse que representantes hubieran preferido una interpretación aún más o una fórmula incluso más general, que permitiera inclu ejemplo, los principios jurídicos generales o la jurispr elaborada en laudos arbitrales pero esto, a juicio del Gr Trabajo, tendría un alcance demasiado amplio como pa resultase aceptable para muchos Estados, al menos por el m (A/CN.9/245, párr. 94).

Determinación del derecho sustantivo por el tribunal arbitral, párrafo 2)

5. El párrafo 2) refleja un enfoque más cauteloso en el sentido de que no dispone, como cabría esperar por lo dispuesto en el párrafo 1), que el tribunal arbitral aplique las normas de derecho que considera apropiadas. En cambio, exige que el tribunal arbitral aplique una norma de conflicto de leyes, a saber, la norma que estime aplicable, a fin de determinar la ley que se aplicará al fondo del litigio.

6. La disparidad resultante puede aceptarse si se tiene en cuenta que el párrafo 1) se dirige a las partes que tienen la libertad de elegir la ley aplicable dentro de un ámbito mayor, en tanto que el párrafo 2) se dirige al tribunal arbitral y se aplica solamente en el caso en que las partes no hayan indicado la ley aplicable. Además, las partes podrían convenir en ampliar el alcance de la determinación del tribunal arbitral, así como tienen la libertad de limitarla, por ejemplo, excluyendo una o varias leyes nacionales determinadas. Sobre todo, el párrafo 2) merece ser juzgado por sí mismo. Al respecto, cabe señalar que se encuentra en perfecta armonía con la Convención de Ginebra de 1961 (párr. 1) del art. VII) y con reglamentos de arbitraje ampliamente utilizados (párr. 3) del art. 13 del Reglamento de la CCI, y párr. 1) del art. 33 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), que reconocen asimismo el interés de las partes en poder prever con cierta certeza cuál será la ley que el tribunal arbitral elegirá.

Autorización expresa para proceder a la "amigable composición", párrafo 3)

7. El reglamento de arbitraje suele facultar a las partes a autorizar al tribunal arbitral a actuar como *amigable componedor,* aunque sólo si la ley aplicable a las actuaciones arbitrales permiten ese tipo de arbitraje. El párrafo 3) del artículo 28 otorga esta facultad y permite que, previa autorización expresa de las partes, el tribunal arbitral decida *ex aequo et bono,* como se denomina este arbitraje en algunos sistemas jurídicos, o, como se denomina en otros, como *amigable componedor.*

8. Aunque este tipo de arbitraje no existe en todos los sistemas jurídicos, su inclusión en la Ley Modelo parece apropiada por las razones que se exponen a continuación. Tener en cuenta normas y prácticas de arbitraje existentes, aún cuando sólo sean comunes en ciertos sistemas jurídicos, es una política razonable, no solamente porque omitir o incluso impedir las prácticas establecidas, sería contrario al propósito de la Ley Modelo, sino también porque ello coincide con el [illegible] que se entiende en forma diversas y a menudo vagas. Sin embargo, se supone qu en su autorización las partes pueden, en la medida e que lo deseen, dar una orientación precisa a la acción de tribunal, ya sea refiriéndose al tipo de *amigabl composición* previsto en un sistema jurídico particular estableciendo normas o directrices y, por ejemplo pidiendo una solución justa y equitativa dentro de lo límites de orden público internacional de los respectivo Estados.

Pertinencia de las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles

10. El artículo 28 no pide expresamente al tribunal arbitral que decida de conformidad con las estipulaciones del contrato ni teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables a la transacción. Sin embargo, esto no significa que la Ley Modelo deje de lado o reduzca la importancia del contrato y los usos mercantiles.

11. Esto se desprende claramente de las diversas razones que se presentaron durante el debate del Grupo de Trabajo en contra de la retención de esta disposición[82]. En lo que respecta a la referencia a las estipulaciones del contrato, se señaló, por ejemplo, que no era pertinente en un artículo referente a la ley aplicable al fondo del litigio, y no era necesaria en una ley de arbitraje, si bien era adecuada en los reglamentos de arbitrajes. Se señaló también que dicha referencia podía resultar engañosa en el caso en que tales estipulaciones estuvieran en pugna con disposiciones de derecho imperativas o no expresaran la verdadera intención de las partes. En lo que respecta a la referencia a los usos mercantiles, las objeciones se relacionaron fundamentalmente con el hecho de que sus efectos y capacidad jurídicos no eran uniformes en todos los sistemas jurídicos. Por ejemplo, pueden formar parte de la ley aplicable, en cuyo caso ya estarían incluidos en los párrafos 1) o 2) del artículo 28. Por último, resultó difícil redactar el texto en forma aceptable y decidir, concretamente, si se adoptaría la fórmula del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (párr. 3) del artículo 33) o de la Convención de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (ártículo 9).

* * *

Artículo 29. *Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro*

En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se

[82] A/CN.9/245, párr. 99; A/CN.9/232, párr. 164.

A/CN.9/245, párrs. 101 a 104
A/CN.9/246, párrs. 105 a 108

Comentario

1. El artículo 29 trata un aspecto importante del proceso de adopción de decisiones en aquellos casos frecuentes en que el tribunal arbitral está integrado por más de un árbitro (en particular: tres árbitros). Aunque omite otros aspectos relativos al mecanismo mediante el cual se adoptan las decisiones, el artículo 29 prevé el principio de la mayoría de votos para cualquier laudo u otra decisión del tribunal arbitral, con una posible excepción, pues, por consideraciones de oportunidad y eficiencia, las partes o el tribunal arbitral podrán autorizar al árbitro presidente a decidir cuestiones de procedimiento.

2. El principio de la opinión mayoritaria, comparado con el requisito de la unanimidad, es más favorable para lograr las decisiones necesarias y la solución definitiva del litigio. Este principio, que también se adopta con respecto a las firmas que debe contener el laudo (párrafo 1) del artículo 31), no significa, sin embargo, que no sea necesario que todos los árbitros participen en las deliberaciones o al menos que tengan la oportunidad de hacerlo.

3. Como el artículo 29 no es imperativo, las partes pueden prescindir de distintos requisitos. Por ejemplo, podrán autorizar al árbitro presidente, si no se logra una mayoría, a que emita el voto decisivo, o a que decida como si fuese un árbitro único. Asimismo, las partes podrán, para adoptar decisiones sobre cantidades, establecer una fórmula según la cual el monto decisivo se calculará sobre la base de los distintos votos de los árbitros.

* * *

Artículo 30. *Transacción*

1) Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes.

2) El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

1. El artículo 30 se ocupa del caso, que afort mente no es raro, de que durante las actu arbitrales, y a menudo incitadas por éstas, las partes lleguen a una transacción que resuelva el li fin de que el acuerdo de transacción pueda ser eje judicialmente, es necesario, en el contexto de cas los sistemas jurídicos, hacer constar la transac forma de laudo arbitral.

2. El tribunal arbitral expedirá ese laudo términos convenidos si lo piden ambas parte tribunal no se opone. La primera condición se ba criterio de que hay menos riesgos de injusticia si s que lo pidan ambas partes, en lugar de una sola c embargo, podrá tener un interés particular, ya q transacción puede ser ambigua o estar supedi condiciones que tal vez el tribunal arbitral no co claras. La segunda condición se basa en la opin que el tribunal arbitral, aunque de ordinario acce dicha petición, no ha de estar obligado a hac todas las circunstancias (por ejemplo, en el caso se sospeche que las condiciones de la transacci fraudulentas, ilícitas o completamente injustas).

3. Según el párrafo 2), el laudo en los té convenidos se considerará como cualquier otro dictado sobre el fondo del litigio, no sólo con res su forma y contenido (artículo 31), sino tambié naturaleza y efecto.

* * *

Artículo 31. *Forma y contenido del laudo*

1) El laudo se dictará por escrito y será firma el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitra más de un árbitro bastarán las firmas de la may los miembros del tribunal arbitral, siempre que constancia de las razones de la falta de una firmas.

2) El laudo del tribunal arbitral debe motivado, a menos que las partes hayan conver otra cosa o que se trate de un laudo pronunci los términos convenidos por las partes confo artículo 30.

3) Constarán en el laudo la fecha en que h dictado y el lugar del arbitraje determina conformidad con el párrafo 1) del artículo laudo se considerará dictado en ese lugar.

4) Después de dictado el laudo, el tribu comunicará a cada una de las partes mediante e de una copia firmada por los árbitros de confo con el párrafo 1) del presente artículo.

Laudo por escrito y firmado, párrafo 1)

1. Para más seguridad, el laudo arbitral se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. No obstante, en concordancia con la disposición sobre adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro (artículo 29)[83], bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

2. Sin duda esta salvedad es adecuada en los casos en que, después de haber terminado el laudo, un árbitro fallece, pasa a ser físicamente incapaz de firmar o de hecho ya no es posible comunicarse con él. No obstante, cuando un árbitro se niegue a firmar, la salvedad podrá quedar abierta a la objeción de los que se oponen rigurosamente a que se divulgue si un laudo fue dictado por unanimidad o si un árbitro discrepó. Por otra parte, están los que, basados en sus sistemas y prácticas jurídicos, desean que en la Ley Modelo figure incluso una disposición que faculte al árbitro discrepante para dejar constancia de su opinión. Tal vez la Comisión desee examinar si procede mantener en la salvedad el requisito de dejar constancia de las razones de la falta de la firma y si la Ley Modelo debe pronunciarse sobre la cuestión de las opiniones discrepantes, es decir, si permite o prohíbe en general su publicación. En la actualidad, se sugiere que esta cuestión quede comprendida en el marco de los párrafos 1) o 2) del artículo 19 como materia de la sustanciación de las actuaciones.

El laudo debe ser motivado, párrafo 2)

3. La práctica de que el laudo debe ser motivado es más común en algunos sistemas jurídicos que en otros y varía de un tipo o sistema de arbitraje a otro. El párrafo 2) adopta una solución que se ajusta a esa variedad, exige que el laudo sea motivado, pero faculta a las partes para renunciar a ese requisito. Un acuerdo en el sentido de que el laudo no debe ser motivado se formulará de ordinario en forma expresa, incluyendo una referencia a las normas arbitrales que contienen esa renuncia, pero el acuerdo también podrá ser tácito, por ejemplo, al someterse una controversia a un sistema de arbitraje establecido que se caracteriza por no prever que el laudo ha de ser motivado. Lo mismo se aplicará a una solución intermedia, practicada en algunos países, como la de hacer constar en un documento independiente y confidencial los motivos del laudo.

[83] La Comisión quizá desee examinar si resulta apropiado establecer una concordancia plena con el artículo 29 mediante el ajuste del requisito de la firma a cualquier sistema convenido que no sea el de la decisión por mayoría (véase el párr. 3 del comentario al artículo 29).

5. Esta presunción, que debe considerarse en el sentido de que no admite prueba en contrario[84], se basa en el principio de que el laudo se dictará en el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el artículo 20 1). La presunción también reconoce que el laudo es un acto jurídico que no tiene por qué ser necesariamente un acto determinado, sino que puede, por ejemplo, emanar de deliberaciones celebradas en diversos lugares, así como por teléfono o por correspondencia.

Comunicación del laudo, párrafo 4)

6. El párrafo 4) prevé que se comunicará a cada una de las partes una copia firmada del laudo. La recepción de esta copia se relaciona, por ejemplo, con la "recepción del laudo" a los efectos de aplicación de párrafos 1) y 3) del artículo 33 y del párrafo 3) del artículo 34 y como una condición necesaria para obtener el reconocimiento y ejecución del laudo en virtud del párrafo 2) del artículo 35. La Ley Modelo no exige ningún otro acto administrativo como la inscripción, el registro o el depósito del laudo.

* * *

Artículo 32. *Terminación de las actuaciones*

1) Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo, por acuerdo de las partes o por una orden del tribunal arbitral dictada de conformidad con el párrafo 2) del presente artículo.

2) El tribunal arbitral,

a) ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales cuando el demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio;

b) podrá ordenar la terminación cuando por cualquier otra razón la prosecución de las actuaciones resulte innecesaria o inoportuna.

3) El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en el artículo 33 y en el párrafo 4) del artículo 34.

Referencias

A/CN.9/232, párrs. 132 a 135
A/CN.9/245, párrs. 47 a 53, 117 a 119
A/CN.9/246, párrs. 113 a 116

[84] A/CN.9/245, párr. 115.

2) El segundo objetivo es reglamentar la consiguiente cesación del mandato del tribunal arbitral y sus excepciones (párrafo 3)). Como ejemplo apropiado, se considera que los árbitros han cumplido su función al pronunciar el laudo sólo si se trata del "laudo definitivo", es decir el que constituye o completa la solución de todas las reclamaciones sometidas a arbitraje. El tercer objetivo es fijar con certeza el momento de terminación de las actuaciones. Esto puede ser importante para asuntos ajenos al propio arbitraje, como, por ejemplo, la reanudación del transcurso de la prescripción o la posibilidad de entablar actuaciones ante los tribunales ordinarios.

* * *

Artículo 33. *Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional*

1) Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral:

a) que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar;

b) que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo.

El tribunal arbitral efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud. La interpretación formará parte del laudo.

2) El tribunal arbitral podrá corregir cualquier error del tipo mencionado en el inciso *a)* del párrafo 1) del presente artículo por su propia iniciativa dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo.

3) Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas en el laudo. El tribunal arbitral dictará el laudo adicional dentro de sesenta días si estima justificado el requerimiento.

4) El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo en el cual efectuará una corrección, dará una interpretación o dictará un laudo adicional con arreglo a los párrafos 1) o 3) del presente artículo.

5) Lo dispuesto en el artículo 31 se aplicará a las correcciones o interpretaciones del laudo o a los laudos adicionales.

1. El artículo 33 extiende el mandato del t
arbitral con posterioridad al pronunciamiento de
en cuanto a ciertas medidas de clarifica
rectificación que puedan servir para evitar cor
litigios o incluso las actuaciones de nulidad. La p
medida posible es corregir cualquier error de cálc
copia o tipográfico o cualquier otro error de nat
similar, ya sea a solicitud de una parte o por
iniciativa. Puede, como segunda medida, da
interpretación sobre el punto o la parte concr
laudo que determine cualquiera de las pa
incorporar esta interpretación al laudo. La
medida le faculta a pronunciar un laudo ad
respecto de cualquier reclamación formulada
actuaciones arbitrales pero omitida en el laudo (e
cuando por error no se ha tenido en cuenta en e
un interés invocado). Si el tribunal arbitral conside
la solicitud, y no necesariamente la reclamación o
está justificada, dictará un laudo adicional, sin pe
que se tomen las nuevas audiencias y se diligenc
nuevas pruebas que sean necesarias.

2. El plazo concedido a cualquiera de las parte
pedir alguna de estas medidas es de 30 días co
desde la recepción del laudo. El mismo plazo, c
desde la recepción de la solicitud se otorga al tr
arbitral para efectuar las correcciones o dar
pretaciones, mientras que se fija una fecha lím
60 días para la tarea, habitualmente más difícil
toma más tiempo, de pronunciar un laudo adicion
embargo, existen circunstancias en las que, por r
justificadas, el tribunal arbitral esté en imposibili
respetar estas fechas límites. Por ejemplo, cuand
elaborar una interpretación puede ser necesario c
árbitros se consulten y, para pronunciar un
adicional, se precise oír a las partes o dilig
pruebas, y en todo caso debe concederse primeran
la contraparte el suficiente tiempo para contest
solicitud. Por consiguiente, el tribunal arbitral
prorrogar las fechas límites cuando proceda.

* * *

CAPÍTULO VII. IMPUGNACIÓN DEL LA

Artículo 34. *La petición de nulidad como recurso contra un laudo arbitral*

1) Contra un laudo arbitral dictado [en el ter
de este Estado] [con arreglo a esta Ley] sólo
recurrirse ante un tribunal mediante una petic
nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del pr
artículo.

... respecto, en virtud de la ley de este Estado; o

ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro (o árbitros) o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no puedieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley; o

b) El tribunal compruebe:

i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

ii) que el laudo o cualquier decisión que él contenga son contrarios al orden público de este Estado.

3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.

4) El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

Referencias

A/CN.9/232, párrs. 14 a 22
A/CN.9/233, párrs. 178 a 195
A/CN.9/245, párrs. 146 a 155
A/CN.9/246, párrs. 126 a 139

...mente largos, y propone enunciaciones variadas y a veces abundantes de la causas que autorizan la impugnación de dicho laudo. E artículo 34 procura zanjar estos inconvenientes a establecer una vía única de recurso (párrafo 1)), de la qu se puede hacer uso durante un plazo bastante cort (párrafo 3)) y por un número más bien pequeño d motivos (párrafo 2)). Fuera de esto, el artículo n reglamenta en manera alguna el procedimiento ni s pronuncia sobre la importante cuestión de si la decisió del tribunal mencionado en el artículo 6 puede ser objet de recurso ante otro tribunal ni sobre la sustanciación d las propias actuaciones de nulidad.

2. La petición de nulidad constituye el único recurso ante un tribunal ordinario contra el laudo arbitral, en el sentido de que es la única vía activa para impugnarlo, es decir, entablando las actuaciones tendientes a una revisión judicial. Cualquiera de las partes conserva, por cierto, el derecho de defenderse del laudo, solicitando que se deniegue su reconocimiento o su ejecución en las actuaciones iniciadas por la contraparte (artículos 35 y 36). Evidentemente, el párrafo 1) del artículo 34 afecta el derecho de cualquiera de las partes de pedir que se efectúe alguna corrección o se dé una interpretación del laudo o que se dicte un laudo adicional con arreglo al artículo 33, pues dicha petición se dirigiría al tribunal arbitral y no a un tribunal ordinario; la situación es distinta en el caso de una remisión al tribunal arbitral, en virtud del párrafo 4) del artículo 34, prevista como una de las respuestas posibles del tribunal ordinario a la petición de nulidad del laudo. Por último, el párrafo 1) del artículo 34 dejaría a salvo el recurso a un segundo tribunal arbitral, si dicho recurso está previsto en el sistema de arbitraje (como, por ejemplo, en las operaciones comerciales de ciertos productos básicos).

3. El artículo 34 estipula un recurso contra un "laudo arbitral" sin especificar qué tipo de decisiones podrían ser objeto de dicho recurso. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que era conveniente que la Ley Modelo definiera el término "laudo" y observó que esta definición tenía importantes consecuencias en muchas disposiciones de dicha Ley Modelo, especialmente los artículos 34 y 16. Tras haber comenzado a estudiar un proyecto de definición, el Grupo de Trabajo decidió, por falta de tiempo, no incluir una definición en la Ley Modelo que habrá de aprobarse, e invitar a la Comisión a que examine el problema[85].

4. Otro asunto que la Comisión habrá de considerar es el ámbito de aplicación territorial, cuestión aún sin resolver, como se desprende claramente de las distintas

[85] A/CN.9/246, párrs. 129 y 192 a 194.

ley especial de la Ley Modelo[86].

6. El párrafo 2) propone esencialmente los mismos motivos que fundan la denegación del reconocimiento o de la ejecución, con arreglo al párrafo 1) del artículo 36 (o el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958, cuyo modelo sigue fielmente). Salvo unas pocas excepciones, emplea incluso la misma redacción, a los efectos de uniformizar la interpretación.

7. La lista de motivos presentada en el párrafo 2) se funda en dos consideraciones de política diferentes que, sin embargo, convergen en sus resultados. En primer lugar, tras un vasto proceso de selección, en que se examinaron muchos otros motivos propuestos para su inclusión en la lista, se consideró que sólo las razones propuestas en el párrafo 2), con exclusión de cualquier otra, eran admisibles para declarar la nulidad de los laudos en el arbitraje comercial internacional.

8. En segundo lugar, se considera conveniente la armonización con el párrafo 1) del artículo 36, habida cuenta de la política de la Ley Modelo de atenuar los efectos del lugar del arbitraje. Reconoce que ambas disposiciones, con sus distintas finalidades (en un caso, las causas de nulidad, y en el otro, los motivos de denegación del reconocimiento o la ejecución) forman parte de un sistema de defensa alternativo, que ofrece a cualquiera de las partes la opción de impugnar el laudo o invocar los motivos de denegación frente a la pretensión del reconocimiento o la ejecución. Admite igualmente que estas disposiciones no funcionan aisladamente. El efecto de los conceptos y normas tradicionales usuales y peculiares del sistema jurídico vigente en el lugar del arbitraje no se restringe al Estado en que el arbitraje tiene lugar, sino que se extiende a muchos otros Estados, en virtud del apartado v), inciso *a)*, párrafo 1), del artículo 36 (o del inciso *e)*, párrafo 1) del artículo V, de la Convención de Nueva York de 1958), en el sentido de que un laudo anulado por cualquiera de los motivos admitidos por el tribunal competente o la legislación procesal aplicable no será reconocido ni ejecutado en el extranjero.

9. Teniendo en cuenta las consecuencias de esta situación indeseable el artículo IX de la Convención de Ginebra de 1961 retira este efecto internacional con relación a todos los laudos que hayan sido anulados por motivos distintos a los indicados en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958. La Ley Modelo

[86]Con referencia a esta cuestión general del ámbito de aplicación territorial de la Ley Modelo, véase el comentario al artículo 1, párrs. 4 a 6.

[87]Véase el comentario al artículo 1, párrs. 7 y 8.

10. Como los motivos indicados en el párrafo fundamentalmente los mismos del artículo V Convención de Nueva York de 1958, se los cono es necesario explicarlos en detalle; sin embargo, el de que en virtud de la Ley Modelo se los apliqu supuestos de nulidad conduce a algunas diferenci ejemplo, la aplicación de los apartados i), posiblemente también iii) del inciso *a)* puede restringida en virtud de una renuncia o su implícita, como se menciona en el comentario al a 4 (párr. 6) y el artículo 16 (párrs. 8 y 9).

11. El apartado iv) del inciso *a)* consagra la pri de las disposiciones imperativas de la Ley Modelo cualquier acuerdo de las partes, lo que discrepa dispuesto en el apartado iv) del inciso *a)* del pár del artículo 36, por lo menos según la interpre vigente de la disposición correspondiente Convención de Nueva York de 1958 (inciso párrafo 1) del artículo V). El hecho de q composición del tribunal arbitral y el procedimie arbitraje queden de este modo regidos por disposi imperativas de la Ley Modelo implica, por ejempl este apartado iv) del inciso *a)* abarca también e medida las causas que figuran en el apartado inciso *a)*, copiado de la Convención de Nueva Y 1958, que comprende los casos de violacio párrafo 3) del artículo 19 y los párrafo 3) y artículo 24.

12. Otra discrepancia aparece de modo menos ev pues deriva simplemente del efecto distinto de la n en relación con la denegación del reconocimient ejecución. En virtud del apartado i) del inciso laudo será declarado nulo si el tribunal compruel el objeto de la controversia no es susceptible de so por vía de arbitraje "según la ley de este Estado". I por cierto una razón válida para denegar el re cimiento o la ejecución en un Estado determinado menudo considera este acto como parte de su p oficial y podrá atenuar sus efectos protegiendo sé principios de *orden público internacional*, es de política oficial con respecto a los casos internaci Sin embargo, cuando esta misma razón se invoca p nulidad, adquiere una dimensión diferente en virt efecto de carácter mundial de la nulidad (apartado inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 36 o del inciso párrafo 1) del artículo V de la Convención de York de 1958). Como se indicó en el Grupo de Tra se recoge en el informe del séptimo período de se (A/CN.9/246, párrafos 136 a 137),

[88]En cuanto a otro efecto, conocido como el riesgo posib "doble supervisión" de los laudos internos, véase el comen artículo 36, párr. 3.

artículo 34 a los casos en que la no aplicabilidad de la solución por vía de arbitraje a ciertas cuestiones formaba parte del orden público de ese Estado (apartado ii) del inciso *b)* del párrafo 2)) o en que el tribunal considerase la aplicabilidad de la solución por vía de arbitraje como elemento de la validez de un acuerdo de arbitraje (apartado i) del inciso *a)* del párrafo 2)), aunque alguno de los que propusieron esta sugerencia procuraban el resultado más trascendente de excluir la no aplicabilidad de la solución por vía de arbitraje como razón de nulidad. También se sugirió que en el apartado i) del inciso *b)* del párrafo 2) solamente se suprimiera la referencia a "la ley de este Estado" y, de este modo, se dejara abierta la cuestión relativa a cúal era la ley aplicable a la posibilidad de solución por vía de arbitraje. El Grupo de Trabajo, al examinar estas sugerencias, convino en que las cuestiones planteadas tenían importancia práctica y, en vista de su carácter complejo, requerían un mayor estudio. El Grupo de Trabajo, tras un debate, decidió mantener por el momento las disposiciones del apartado i) del inciso *b)* del párrafo 2) en su forma actual, e invitar a la Comisión a que reconsiderara el asunto y decidiera, habida cuenta de las observaciones de los gobiernos y las organizaciones, si la redacción actual era adecuada o si debían modificarse o suprimirse las disposiciones."

"Remisión" al tribunal arbitral, párrafo 4)

13. El párrafo 4 prevé un procedimiento que es similar a la "remisión" conocida en la mayoría de las jurisdicciones de *common law,* aunque bajo formas diversas. Si bien el procedimiento no se conoce en todos los sistemas jurídicos, presentaría la conveniencia de permitir que el tribunal arbitral subsane un defecto determinado y evitar, de este modo, la anulación del laudo por el tribunal.

14. A diferencia de algunas jurisdicciones de *common law,* el procedimiento no está concebido como un remedio aislado sino que se lo sitúa en el marco de las actuaciones de nulidad. El tribunal, cuando corresponda y así lo solicite una de las partes, invitará al tribunal arbitral, confirmando por este acto la continuación de su mandato, a que adopte las medidas adecuadas para remediar un determinado defecto subsanable que sea causa de nulidad en virtud del párrafo 2). Sólo si dicha "remisión" se volviese inútil al final del plazo fijado por el tribunal, durante el que pueden suspenderse el reconocimiento y la ejecución con arreglo al párrafo 2) del artículo 36, el tribunal reanudará las actuaciones de nulidad y declarará nulo el laudo.

* * *

con las disposiciones de este artículo y del artículo 3(

2) La parte que invoque un laudo o pida s ejecución deberá presentar el original debidament autenticado del laudo o copia debidamente certificad del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a qu se refiere el artículo 7 o copia debidamente certificad del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuvier redactado en un idioma oficial de este Estado, la part deberá presentar una traducción debidamente certi ficada a ese idioma de dichos documentos.*

3) La inscripción, registro o depósito de un laudo er un tribunal del país en que se haya dictado no es requisito para su reconocimiento o ejecución en este Estado.

Referencias

A/CN.9/216, párrs. 103 a 104, 109
A/CN.9/232, párrs. 19 a 21, 187 a 189
A/CN.9/233, párrs. 121 a 175
A/CN.9/246, párrs. 140 a 148

Comentario

Conveniencia de incluir disposiciones sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos cualquiera que fuese el lugar de su origen

1. El capítulo sobre reconocimiento y ejecución de los laudos presenta el resultado de extensas deliberaciones sobre las cuestiones básicas de política, en particular, si la Ley Modelo debe contener disposiciones sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos nacionales y extranjeros y, en caso afirmativo, si estas dos categorías de laudos deben tratarse en forma uniforme, y hasta qué punto las disposiciones sobre el reconocimiento y la ejecución deben seguir los artículos correspondientes de la Convención de Nueva York de 1958. Como lo demuestra el artículo 35 y el artículo 36 que lo acompaña, la respuesta predominante a estas cuestiones básicas de política fue que la Ley Modelo debía contener disposiciones uniformes sobre reconocimiento y ejecución de todos los laudos, cualquiera que fuese el lugar de su origen y en plena armonía con la Convención de Nueva York de 1958.

2. Las principales razones, en pocas palabras, son las siguientes: si bien los laudos extranjeros están contemplados en forma adecuada en la Convención de Nueva York de 1958, respetada por muchos países, a menudo

*El procedimiento enunciado en este párrafo tiene por fin establecer un máximo de requisitos. Así pues, no se opondría a la armonización pretendida por la Ley Modelo que un Estado mantuviese en vigencia un procedimiento aún menos oneroso.

bilaterales. Si bien las legislaciones nacionales generalmente tratan a los laudos nacionales en las mismas condiciones favorables que a las decisiones de los tribunales locales, las divergencias entre estas legislaciones no son propicias para facilitar el arbitraje comercial internacional y, por consiguiente, la Ley Modelo debe tener por objeto unificar la forma en que todos los sistemas jurídicos tratan el laudo, sin imponer condiciones restrictivas.

3. Sobre todo, será preciso recorrer un largo camino hasta que estas disposiciones sobre reconocimiento y ejecución aseguren el trato uniforme de todos los laudos en el arbitraje comercial internacional, cualquiera que sea el lugar en que se hayan dictado. La distinción entre laudos "internacionales" y "no internacionales", es decir, laudos verdaderamente nacionales (en lugar de distinguir entre laudos extranjeros y nacionales por motivos territoriales), intensificaría la política de reducir la importancia del lugar del arbitraje, con lo que se ampliaría la posibilidad de elección y se revitalizaría el arbitraje comercial internacional. Esta idea de trato uniforme de todos los laudos internacionales ha sido la principal razón decisiva que tal vez un Estado desee tener presente al determinar la aceptabilidad de este capítulo de la Ley Modelo.

Reconocimiento del laudo y solicitud para su ejecución, párrafo 1)

4. El artículo 35 establece una distinción útil entre el reconocimiento y la ejecución, pues tiene en cuenta que el reconocimiento no sólo constituye un requisito necesario para la ejecución sino que también puede ser considerado por sí solo, por ejemplo, cuando el laudo se invoque en otras actuaciones. En virtud del párrafo 1), el laudo será reconocido como vinculante, lo que significa, si bien no se declare explícitamente, vinculante entre las partes y a partir de la fecha del laudo[89]. Un laudo será ejecutado tras la presentación de una solicitud por escrito al tribunal competente[90]. Tanto el reconocimiento como la ejecución están sujetos a las disposiciones del artículo 36 y a los requisitos establecidos en el párrafo 2) del artículo 35.

[89]A/CN.9/246, párr. 148. En la práctica una de las partes, en realidad, puede invocar el laudo sólo a partir de la fecha de su recepción.

[90]Se hace referencia al tribunal competente y no al tribunal que se menciona en el artículo 6, porque la Ley Modelo no tiene por objeto unificar las legislaciones nacionales sobre la organización del sistema judicial y, en particular, porque la competencia de los tribunales para la ejecución se relaciona normalmente con el lugar de residencia del deudor o donde se encuentran los bienes o haberes.

procedimiento tiene por fin establecer un máxir requisitos; así pues un Estado puede manten vigencia un procedimiento aún menos oneroso.

No se requieren el archivo, el registro o el dep párrafo 3)

6. La Ley Modelo, que por su parte no requi archivo, el registro o el depósito de los laudos dic con arreglo a su régimen (artículo 31), tampoco esas medidas con respecto a los laudos extranjeros reconocimiento o ejecución se solicitan con arreglo disposiciones, siguiendo la política adoptada Convención de Nueva York de 1958 de elimin *"double exequatur"*.

* * *

Artículo 36. *Motivos para denegar el rec miento o la ejecución*

1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que país en que se haya dictado:

a) a instancia de la parte contra la cual se in cuando esta parte pruebe ante el tribunal compe del país en que se pide el reconocimiento ejecución:

i) que las partes en el acuerdo de arbitraje se refiere el artículo 7 estaban afectada alguna incapacidad en virtud de la le les es aplicable o que dicho acuerdo válido en virtud de la ley a que las par han sometido, o si nada se hubiera ind a este respecto, en virtud de la ley del p que se haya dictado el laudo; o

ii) que la parte contra la cual se invoca el no ha sido debidamente notificada nombramiento del árbitro (o árbitros) las actuaciones arbitrales o no ha po por cualquier otra razón, hacer vale derechos; o

iii) que el laudo se refiere a una controvers prevista en el acuerdo de arbitraj contiene decisiones que exceden los minos del acuerdo de arbitraje; no obs si las disposiciones del laudo que se re

[91]Con respecto a este segundo requisito, se sugiere que se h excepción para los casos en que un defecto original en la form sido subsanado mediante renuncia o aceptación de las actuacio ejemplo, cuando las actuaciones arbitrales se basaron en un a verbal iniciado por una de las partes y no objetado por la otra. caso, debe bastar la presentación de un laudo en el que co renuncia o la aceptación de las actuaciones.

v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o

b) cuando el tribunal compruebe:

i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado.

2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el apartado v) del inciso *a)* del párrafo 1) del presente artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

Referencias

A/CN.9/216, párr. 109
A/CN.9/232, párrs. 19 y 20
A/CN.9/233, párrs. 133 a 177
A/CN.9/245, párrs. 137 a 145
A/CN.9/246, párrs. 149 a 155

Comentario

Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de laudos "internacionales", párrafo 1)

1. Basándose en las consideraciones de política predominante que se enuncian *supra*[92], el párrafo 1) del artículo 36 adopta casi literalmente los motivos bien conocidos que establece el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 y los declara aplicables a la denegación del reconocimiento o la ejecución de todos los laudos, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran dictado. Por consiguiente, esta disposición, como el artículo 35, contempla los laudos extranjeros y los laudos nacionales, siempre que se dicten en el "arbitraje comercial internacional" al que se hace referencia en el artículo 1 y, por supuesto, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral en el que sea parte el Estado de ejecución.

[92]Comentario al artículo 35, párrs. 1 a 3.

...dole y que, desde un punto de vista técnico, era difici aunque no imposible, diseñar un mecanismo viable e un texto "unilateral" como el de la Ley Modelo. N obstante, esta ley no impide que un Estado adopte u mecanismo de reciprocidad, en cuyo caso al promulgarl en cada país deben especificarse las bases o el factor d conexión y la técnica empleada.

3. La lista de motivos parece también apropiada par los laudos nacionales, aunque su correspondencia cor las causas de nulidad entraña la posibilidad de lo que se ha mencionado como un "doble control" indeseable, es decir, dos oportunidades para el examen judicial de los mismos motivos. Esto debe ser una consecuencia aceptable del trato uniforme de todos los laudos, basado en la política de reducir la importancia del lugar del arbitraje. Habida cuenta de los distintos fines y efectos posibles de la declaración de nulidad y de la invocación de los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución, convenía que las partes tuviesen libertad para recurrir al sistema alternativo de excepciones (que se reconoce en la Convención de Nueva York de 1958) también en aquellos casos en que el reconocimiento o la ejecución se pidieran en el Estado en el que tenía lugar el arbitraje. Con respecto al posible riesgo de la duplicación de procedimientos sobre los mismos motivos, se señala que, el párrafo 2) (véase párr. 5 *infra)* responde en lo esencial a estas inquietudes.

4. Al interpretar el texto, que en gran parte es copia de un artículo aplicable sólo a laudos extranjeros (el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958), debe tenerse en cuenta el hecho de que los motivos enumerados en el párrafo 1) son aplicables tanto a los laudos extranjeros como a los nacionales. Por ejemplo, las referencias a "la ley del país en que se haya dictado el laudo" (apartado i) del inciso *a)*), "la ley del país donde se efectuó el arbitraje" (apartado iv) del inciso *a)*), "un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sino dictado ese laudo" (apartado v) del inciso *a)*) podrían significar una ley extranjera, basada o no en la Ley Modelo, o la Ley Modelo de "este Estado". En el último caso, es decir, en un contexto nacional, debe tenerse en cuenta el mismo tipo de consideraciones que se mencionaron con respecto a las causas de nulidad, por ejemplo, el efecto de limitación que una renuncia o aceptación de las actuaciones implícitas (artículo 4 y párrafo 2) del artículo 16) tienen sobre los motivos establecidos en los apartados i) y iv) del inciso *a)* del párrafo 1)[93].

[93]Comentario al artículo 34, párrs. 10 a 11.

II. PAGOS INTERNACIONALES

A. Títulos negociables internacionales

Informe del Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales acerca de la labor realizada en su 13.° período de sesiones (Nueva York, 7-18 enero 1985) (A/CN.9/261)[a]

ÍNDICE

	Párrafos
INTRODUCCIÓN	1-5
DELIBERACIONES Y DECISIONES	6-8
PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LETRAS DE CAMBIO INTERNACIONALES Y PAGARÉS INTERNACIONALES: EXAMEN DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS MÁS IMPORTANTES Y DE OTRAS CUESTIONES AFINES	9-67
I. El concepto de tenedor y tenedor protegido	9-27
A. Definición de tenedor protegido	9-14
B. Excepciones y acciones disponibles frente al tenedor (artículo 25)	15-19
C. Excepciones y acciones disponibles frente a un tenedor protegido (artículo 26)	20-27
II. Endosos falsificados y endosos por mandatario sin poder suficiente (artículo 23)	28-48
A. Cuestiones básicas de política general en materia de endosos falsificados	28-29
B. Responsabilidad del endosatario para el cobro	30-33
C. Responsabilidad del firmante o del librado que paga el título	34-36
D. Personas con derecho a indemnización	37
E. Conclusiones y decisiones sobre endosos falsificados (párrafos 1) y 2) del artículo 23)	38-40
F. Endoso por un mandatario sin poder suficiente (párrafo 3) del artículo 23)	41-48
III. Responsabilidad de un transferente mediante simple entrega (artículo 41)	49-63
A. Retención de la disposición relativa a la responsabilidad del transferente mediante simple entrega	50-51
B. Carácter y medida de la responsabilidad	52-59
C. Extensión del artículo 41 a los endosantes	60-63
IV. Definición de conocimiento (artículo 5)	64-67

Introducción

1. En su 17.° período de sesiones (Nueva York, 25 de junio a 10 de julio de 1984), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional examinó el proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales preparado por el Grupo de Trabajo, que figura en el documento A/CN.9/211. En lo que respecta a su actuación futura, la Comisión decidió que debían proseguirse los trabajos con miras a mejorar el proyecto

[a] Para su examen por la comisión, véase el *Informe*, capítulo III, A (primera parte, A, *supra*).

de convención y encomendó esa tarea al Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales[1].

2. El mandato del Grupo de Trabajo consistía en revisar el proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales a la luz de las decisiones adoptadas y de las deliberaciones celebradas en el 17.° período de sesiones de la Comisión[2], y teniendo también en cuenta las observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales que figuran en los documentos A/CN.9/248 y A/CN.9/249/Add.1 y que no se estudiaron en ese período de sesiones.

3. El Grupo de Trabajo celebró su 13.° período de sesiones en la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, del 7 al 18 de enero de 1985. De conformidad con la decisión adoptada por la Comisión en su 17.° período de sesiones[3], el Grupo de Trabajo está integrado por los siguientes 14 miembros de la Comisión: Australia, Cuba, Checoslovaquia, Egipto, España, Estados Unidos de América, Francia, India, Japón, México, Nigeria, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sierra Leona y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Con la excepción de Sierra Leona, todos los miembros del Grupo de Trabajo estuvieron representados en el 13.° período de sesiones. También asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Alemania, República Federal de, Argentina, Austria, Canadá, Côte d'Ivoire, Chile, China, Ecuador, El Salvador, Grecia, Hungría, Irán (República Islámica del), Iraq, Italia, Noruega, Omán, Países Bajos, Paraguay, Portugal, Qatar, República Arabe Siria, República de Corea, Rumania, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Yemen Democrático y Yugoslavia, así como observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Asociación Internacional de Abogados y Cámara de Comercio Internacional.

4. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidente: Sr. Willem Vis (Países Bajos)*

Relator: Sra. G.O. Adebanjo (Nigeria)

5. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos:

Programa provisional (A/CN.9/WG.IV/WP.28);

Proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales: texto del proyecto de artículos aprobado por el Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales: nota de la Secretaría (A/CN.9/211);

Comentario al proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales: informe del Secretario General (A/CN.9/213);

Proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales y proyecto de convención sobre cheques internacionales: compilación analítica de observaciones formuladas por gobiernos y organizaciones internacionales (A/CN.9/248);

Proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales y proyecto de convención sobre cheques internacionales: cuestiones controvertidas más importantes y otras cuestiones (A/CN.9/249);

Proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales y proyecto de convención sobre cheques internacionales: cuestiones controvertidas más importantes y otras cuestiones: adición: resumen de las observaciones presentadas por Rumania y Suiza (A/CN.9/249/Add.1);

Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/39/17).

Deliberaciones y decisiones

6. El Grupo de Trabajo tomó nota del mandato que le había asignado la Comisión, a saber, la revisión del proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales a la luz de las decisiones adoptadas y los debates celebrados en el 17.° período de sesiones de la Comisión, y teniendo en cuenta también las observaciones de los gobiernos y las organizaciones internacionales contenidas en los documentos A/CN.9/248 y A/CN.9/249/Add.1 que no fueron examinadas en ese período de sesiones.

7. El Grupo de Trabajo inició la consideración del proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales examinando las cuestiones controvertidas más importantes, tal como figuraban en el documento A/CN.9/249 y como habían sido debatidas por la Comisión en su 17.° período de sesiones[4], así como otras cuestiones afines.

8. Con sujeción a la aprobación de la Comisión, el Grupo de Trabajo decidió celebrar su período de sesiones siguiente (14.° período de sesiones) en Viena del 9 al 20 de diciembre de 1985.

*El Presidente fue elegido a título personal.

[1]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/39/17), párr. 88.

[2]El debate y las conclusiones sobre las cuestiones controvertidas más importantes y otras cuestiones figuran en el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/39/17), párrs. 21 a 82.

[3]*Ibid.*, párr. 88

[4]*Ibid.*, párrs. 21 a 38.

Proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagares internacionales: examen de las cuestiones controvertidas más importantes y de otras cuestiones afines

I. *El concepto de tenedor y tenedor protegido*

A. *Definición de tenedor protegido*

9. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si se podía considerar tenedor protegido a una persona que hubiera recibido un título incompleto y lo hubiera completado conforme al acuerdo celebrado entre el tomador y el librador o el suscriptor. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo opinó que el simple hecho de que el título estuviera incompleto no debía impedir que una persona pasara a ser tenedor protegido siempre que cumpliera lo dispuesto en el artículo 11.

10. Se formularon varias sugerencias para llegar a ese resultado. Según una de las propuestas, en el párrafo 7 del artículo 4 se suprimirían las palabras "a simple vista parecía completo y en regla en el momento en que pasó a ser tenedor". Según otra de las propuestas, se conservaría la palabra "completo", pero, para mayor precisión, se añadiría la frase "o estaba incompleto, pero podía completarse conforme al párrafo 1 del artículo 11 y se completó según un acuerdo celebrado".

11. Se convino en que el momento en que se debía determinar si una persona tenía carácter de tenedor protegido no era aquel en el que la persona recibiera el título incompleto sino aquel en el que lo completara.

12. Hubo división de opiniones con respecto a la cuestión de si se podía considerar tenedor protegido a un tenedor que hubiera recibido un título que a simple vista no parecía en regla. Según una opinión, se debía conservar el requisito de que el título pareciera en regla a simple vista, dado que un título que tuviera defectos manifiestos debía poner al tenedor sobre aviso de que podría existir alguna acción de reivindicación sobre el título o alguna excepción respecto del mismo. Según otra opinión, se debía suprimir el criterio de que el título debiera parecer en regla a simple vista porque: *a)* era difícil determinar exactamente qué se quería decir con en regla o no en regla, y *b)* se daba respuesta a las preocupaciones de los partidarios de que se negara la condición de tenedor protegido a un tenedor que recibiera un título que no pareciera en regla a simple vista con la norma de que tener conocimiento de una irregularidad concreta equivaldría a tener conocimiento de una acción o excepción concretas. Por consiguiente, no era indispensable la referencia a que el título pareciera en regla.

13. El Grupo de Trabajo examinó la siguiente versión revisada del párrafo 7) del artículo 4 preparada por la secretaría:

"7) El término tenedor protegido designa al tenedor de un título que estaba [en regla a simple vista y] completo cuando lo obtuvo o que, de estar incompleto en la forma descrita en el párrafo 1) del artículo 11, fue completado por él de conformidad con un acuerdo estipulado, a condición de que, en el momento en que pasó a ser tenedor:

"*a)* No hubiera tenido conocimiento de ninguna acción o excepción relativa al título según lo dispuesto en el artículo 25 ni del hecho de que éste hubiese sido protestado por falta de aceptación o de pago; y

"*b)* No hubiera expirado el plazo previsto en el artículo 51 para la presentación de ese título para su pago."

14. El Grupo de Trabajo aprobó este texto del párrafo 7) del artículo 4 a condición de que se suprimieran las palabras entre corchetes "en regla a simple vista y". El Grupo de Trabajo era de la opinión de que esas palabras podían suprimirse, puesto que se desprendía claramente de otras disposiciones del proyecto y convención, en especial del artículo 5 relativo a la definición del conocimiento, que el tenedor que recibiera un título en el que hubiera, por ejemplo, pruebas patentes de falsificación o de alteración sustancial no podía tener carácter de tenedor protegido. Con respecto al inciso *a)* del párrafo 7 del artículo 4, véase el examen y la decisión del Grupo de Trabajo en el contexto del artículo 26 (*infra*, párr. 26).

B. *Excepciones y acciones disponibles frente al tenedor (artículo 25)*

15. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si el hecho de que un tenedor recibiera un título teniendo conocimiento de una acción o excepción concretas le haría vulnerable a otras acciones o excepciones de las que no tuviera conocimiento. Se dieron los siguientes ejemplos:

a) El tomador C de un título lo obtiene del librador A mediante fraude; a su vez, D obtiene el título de C mediante fraude; D no tiene conocimiento del fraude perpetrado por C contra A. Hubo acuerdo general en que, con arreglo al proyecto de Convención, no se debía considerar tenedor protegido a D y éste debía estar sujeto a la acción de reivindicación de A sobre el título o a la excepción basada en fraude opuesta por A respecto del título;

b) Si A pudiera oponer una excepción a C no basada en fraude de la cual D, que defraudó a C, no tuviera conocimiento, no se debería considerar tenedor protegido a D y éste debería estar sujeto a la excepción opuesta por A;

c) Si D transmitió el título a E, que tenía conocimiento del fraude cometido por D, E estaría sujeto a la excepción basada en fraude opuesta por A en una acción de E contra él;

d) Si A pudiera oponer una excepción a C basada en la entrega de artículos defectuosos y D obtuvo el título de C mediante fraude, E, al cual D transmitió el título, estaría sujeto a la excepción opuesta por A si E tenía conocimiento del fraude cometido por D contra C.

16. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que el proyecto de Covención no debía

otorgar carácter de tenedor protegido a un tenedor que recibiera el título mediante fraude o hurto o que tuviera conocimiento de que un firmante anterior había cometido ese fraude o hurto. Por otra parte, el simple hecho de que el tenedor tuviera conocimiento de una excepción no basada en fraude o hurto no debía privarle necesariamente de protección contra las excepciones de las que no tuviera conocimiento. Así pues, el tenedor que tuviera conocimiento de la excepción X del librador contra el tomador debería enervar la excepción Y del librador contra el tomador si no tenía conocimiento de esa excepción. Se sugirió que se podía lograr ese resultado modificando el artículo 25 en lo relativo a los derechos de un tenedor.

17. El Grupo de Trabajo estableció un grupo de trabajo *ad hoc* compuesto por los representantes de Austria, el Canadá, los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y le pidió que preparara un proyecto de propuesta.

18. El equipo de trabajo *ad hoc* propuso que se añadiera al artículo 25 un nuevo párrafo 4) que diga lo siguiente:

> "El tenedor estará sujeto a una excepción, en virtud del inciso *b)* del párrafo 1), o a una acción, en virtud del párrafo 2) del presente artículo, sólo cuando haya adquirido el título con conocimiento de dicha excepción o acción o cuando lo haya obtenido mediante fraude o haya participado en algún momento en un fraude relacionado con dicho título."

19. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de disposición a condición de que se introdujeran las modificaciones siguientes. Después de las palabras "El tenedor", deberían intercalarse las palabras "que no sea un tenedor protegido", y se sustituirán las palabras "relacionado con dicho título" por las palabras "que afectara a dicho título". El nuevo párrafo deberá figurar a continuación del párrafo 2) del artículo 25 y, de momento, se denominará párrafo 2 *bis)*.

C. *Excepciones y acciones disponibles frente a un tenedor protegido (artículo 26)*

20. Se hizo observar que el inciso *c)* del párrafo 1) del artículo 26 se refería a dos tipos de excepciones, a saber, la excepción basada en la incapacidad y las derivadas de un acto fraudulento. El Grupo de Trabajo discutió la cuestión de si otro tipo de excepciones, tales como las basadas en la coacción, la representación fraudulenta o la imposibilidad debían añadirse a la lista de excepciones que podían oponerse a un tenedor protegido. La opinión dominante era que sólo debían admitirse las dos excepciones a que se refería el apartado *c)*.

21. El Grupo de Trabajo examinó la propuesta de que se suprimieran en el párrafo 2) las palabras "o derivada de un acto fraudulento realizado por ese tenedor para obtener la firma de esa persona en el título". Se indicó que esta disposición podía aplicarse al caso en que el tenedor protegido obtuviera fraudulentamente una aceptación del librado o la firma de un avalista. El Grupo de Trabajo señaló que en los trabajos preparatorios sobre el proyecto de convención, tal como se consignaban en los informes del Grupo de Trabajo, no se establecía ninguna razón concreta que justificara la adición de esas palabras a una versión anterior del párrafo 2). Se opinó que probablemente dicha frase se había añadido para ajustar al párrafo 2), que se refería a una acción de reivindicación sobre el título, a la disposición del inciso *b)* del párrafo 1), que contenía una disposición redactada en términos similares respecto de las excepciones.

22. Aunque algunos representantes expresaron dudas acerca de la utilidad de dichas palabras en el párrafo 2), el Grupo de Trabajo decidió mantener el texto actual del párrafo 2) del artículo 26.

23. Con respecto en particular al inciso *b)* del párrafo 1) del artículo 26, se formuló la propuesta de que el tenedor protegido, además de a las excepciones enumeradas en el párrafo 1) del artículo 26, estuviera sujeto a excepciones respecto de la responsabilidad contractual basada en una transacción, no relacionada con la emisión o la transmisión del título, entre él y la persona a la que reclamara el pago. Por consiguiente, al igual que entre un tenedor protegido y la persona con la que realizó la transacción, podrían oponerse incluso las excepciones no basadas en el negocio causal que dio lugar a la emisión o a la transmisión del título. Se proporcionó el siguiente ejemplo: el suscriptor A extiende un pagaré al tomador B; B transfiere el pagaré a C; debido a una transacción anterior entre B y C no relacionada con la transferencia del pagaré, C es deudor de B; al producirse la falta de pago, C exige el pago a B. B debería poder alegar, como excepción respecto de su responsabilidad sobre el pagaré, el hecho de que C es deudor suyo, a pesar de que C sea un tenedor protegido.

24. Hubo oposición a la propuesta alegándose que las excepciones respecto de la responsabilidad sobre el título debían basarse únicamente en la transacción que dio lugar a la emisión o la transmisión de dicho título a un tenedor protegido. La deuda de C podría ser objeto de una compensación o de una reconvención ajena al título que, en algunos sistemas jurídicos, se regía por normas generales, en particular normas de enjuiciamiento civil, que a su vez reflejaban diferentes actitudes a ese respecto. Otras de las razones por las que hubo oposición a la propuesta era que menoscababa los derechos de un tenedor protegido y ello no era conveniente.

25. Una propuesta más limitada fue la de que se ampliara el tenor actual del inciso *b)* del párrafo 1) del artículo 26 de modo que no sólo abarcara las excepciones derivadas de la transacción subyacente propiamente dicha, sino también las que estuvieran basadas en los acuerdos relacionados con esa transacción. A este respecto se hizo referencia en particular a los acuerdos de prolongación.

26. En el contexto de esas propuestas se sañaló que la definición de tenedor protegido enunciada en el

párrafo 7) del artículo 4 requería, en su inciso *a)*, que el tenedor no tuviera conocimiento de ninguna excepción relativa al título mencinada en el artículo 25, que, en su párrafo 1), inciso *c)*, incluía cualquier excepción respecto de la responsabilidad contractual basada en una transacción entre el tenedor y el firmante anterior. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que volviera a examinar la definición de tenedor protegido que figuraba en el párrafo 7) del artículo 4, en particular la conveniencia de que se hiciera referencia en el inciso *a)* a todas las excepciones enumeradas en el artículo 25. La Secretaría debía examinar además qué excepciones podría oponer la persona que hubiera realizado directamente la transacción con un tenedor o un tenedor protegido (con arreglo a los artículos 25 y 26), prestando especial atención a lo dispuesto en el inciso *c)* del párrafo 1) del artículo 25 y el inciso *b)* del párrafo 1) del artículo 26. El texto que presentara la Secretaría debería ir acompañado de notas explicativas en las que se deberían probar las distintas soluciones posibles con ejemplos concretos.

27. El Grupo de Trabajo decidió aplazar hasta su siguiente período de sesiones el examen de la propuesta siguiente, que se había formulado durante los debates del 17.° período de sesiones de la Comisión: se debería examinar si el proyecto de convención debía proteger a un tenedor únicamente en los casos en que adquiriera el título de buena fe y si la norma del refugio (artículo 27) debía permitir que un tenedor tuviera los derechos de un tenedor protegido aunque hubiera adquirido el título de mala fe[5].

II. *Endosos falsificados y endosos por mandatario sin poder suficiente (Artículo 23)*

A. *Cuestiones básicas de política general en materia de endosos falsificados*

28. El Grupo de Trabajo señaló que el párrafo 1) del artículo 23 era el resultado de una transacción entre los sistemas de *common law* y los sistemas de derecho civil y seguía el enfoque de Ginebra en virtud del cual un endoso falsificado no impide que el endosatario y la persona a quien se haya transferido subsiguientemente el título se conviertan en tenedores y, al mismo tiempo, se admiten los resultados característicos de las jurisdicciones de *common law* en el sentido de hacer recaer en última instancia la responsabilidad por daños sufridos como consecuencia de la falsificación en la persona que aceptó el título del falsificador.

29. También se hizo observar que, de conformidad con el párrafo 2), ni la responsabilidad del firmante o del librado que pagara, ni la del endosatario para el cobro que cobrara, un título en que hubiere un endoso falso estaban reguladas por la Convención y que, de este modo, se dejaba el camino expedito a la aplicación de la respectiva legislación nacional. Se expresaron dudas en el sentido de si resultaba aconsejable dejar sin reglamentar cuestiones importantes relativas a títulos negociables, cuestiones a las que entonces se aplicarían las legislaciones nacionales, que podían variar considerablemente.

B. *Responsabilidad del endosatario para el cobro*

30. Según una opinión, el artículo 23 debía estipular que el endosatario para el cobro no debía estar sujeto a responsabilidad por cualquier daño que un firmante o la persona cuyo endoso se hubiere falsificado sufrieran a causa de la falsificación. En apoyo de esta tesis, se indicó que el endosatario para el cobro, por lo general, un banco que proporcionaba un servicio a sus clientes y no era la entidad más idónea para realizar una investigación a fondo a efectos de determinar si el endosante estaba en posesión del título o tenía poder suficiente para firmarlo.

31. Por otra parte, se hizo observar que algunos sistemas jurídicos hacían recaer la responsabilidad última a efectos del cobro en la persona o en el banco que hubiere aceptado el título del falsificador. Si se eliminaba esta responsabilidad, la persona cuyo endoso hubiere sido falsificado quedaría desprovista de los recursos de que dispondría normalmente en virtud de la legislación nacional. Se trataba de una cuestión grave ya que, en vista de que en virtud del artículo 23 un endoso falsificado era válido a efectos de transferir el título y, por consiguiente, la persona que hubiera recibido el título se convertía en tenedor, el pago del título, en virtud del proyecto de convención, tendría el carácter de pago efectuado a un tenedor y, de este modo, se produciría una exoneración de las responsabilidades en relación con el título. En dicho caso, la persona a quien se le robó el título y cuyo endoso hubiere sido falsificado quedaría desprovista de las acciones que, por lo menos en virtud de algunos sistemas, podría interponer contra el librado que efectuó el pago.

32. El Grupo de Trabajo, tras un debate sobre la cuestión, aceptó una solución de transacción en virtud de la cual el endosatario para el cobro a quien el falsificador transfirió el título mediante un endoso falsificado no debería ser responsable en virtud del párrafo 1) del artículo 23 si desconocía la existencia de la falsificación, siempre que esta falta de conocimiento no se debiera a su propia negligencia.

33. Se expresaron distintas opiniones respecto del momento en que el conocimiento de la falsificación determinaría la responsabilidad. El Grupo de Trabajo consideró al respecto el momento en que el endosatario para el cobro recibió el título del falsificador, el momento en que cobró el importe del título del librado o de un firmante, y el momento en que transfirió los fondos que cobró al falsificador. El Grupo de Trabajo convino en que el endosatario para el cobro debería ser responsable si adquirió conocimiento de la falsificación con anterioridad al momento en que transfirió la suma a su mandante. Sin embargo, el endosatario para el cobro debería ser también responsable en el caso de que acreditase la suma en la cuenta de su mandante antes de cobrar el título y adquiriese conocimiento de la falsificación con posterioridad a ello.

[5] *Ibid.*, párr. 32.

C. *Responsabilidad del firmante o del librado que paga el título*

34. Se hizo observar que el librado que no había aceptado la letra de cambio no era responsable del título y que la cuestión de que si el pago efectuado por el librado era correcto y si el librado que efectuó el pago podía cargarlo en cuenta del librador, y de ser así en qué circunstancias, dependía de los arreglos contractuales que hubieren concertado el librador y el librado. Se sugirió que, en vista de que la responsabilidad del librado con respecto al pago o la falta de pago era una responsabilidad que no dimanaba del título en sí, el proyecto de convención no debía ocuparse de ese particular

35. Sin embargo, según otra opinión, el pago efectuado por el librado en relación con un endoso falsificado podía afectar los derechos de la persona cuyo endoso hubiere sido falsificado. Por consiguiente esta cuestión debería incluirse en el proyecto de convención. A este respecto, se hizo referencia al párrafo 2) del artículo 73 en virtud del cual, el pago efectuado por el librado libera a todos los firmantes de su obligación respecto del título.

36. El Grupo de Trabajo tras analizar las distintas cuestiones que se planteaban al respecto, decidió adoptar, para el aceptante, el suscriptor y el librado que pagó el instrumento directamente al falsificador de un endoso, el mismo régimen que el que había convenido en aplicar respecto del endosatario para el cobro (véase el párr. 32 *supra*). Así, pues, si dicho pago se traducía en daños para determinado firmante o para la persona cuyo endoso hubiere sido falsificado, la persona que efectuó el pago no era responsable si lo hizo sin conocimiento de la falsificación, siempre que esta falta de conocimiento no se debiera a su propia negligencia.

D. *Personas con derecho a indemnización*

37. El Grupo de Trabajo hizo notar que, en virtud del párrafo 1) del artículo 23, "cualquiera de los firmantes" tenía "derecho a recibir . . . una indemnización por los daños que haya sufrido como consecuencia de la falsificación". A este respecto se convino en que ese derecho debía, por una parte, concederse también a "la persona cuyo endoso se falsificó". Por otra parte, no debía concederse el derecho a indemnización en virtud del párrafo 1) del artículo 23 a cualquiera de los firmantes del título que sufriese perjuicios por causa de la falsificación, sino solamente a aquellos firmantes que hubiesen firmado el título con anterioridad a la falsificación. Esta limitación estaba justificada porque la idea en que se fundaba el artículo 23 era que debía concederse una indemnización, en primer lugar, a la persona cuyo endoso hubiese sido falsificado y, en segundo lugar, al firmante que se viese privado de la posesión del título. Por ejemplo, si se hurtaba un título en el correo antes de que llegase al tomador, el librador o el firmante tendrían derecho a una indemnización con arreglo al párrafo 1) del artículo 23. Por otra parte, un firmante que firmase el título con posteriordad a su falsificación estaba protegido suficientemente por su derecho a recurrir contra un firmante anterior o, en ausencia de la responsabilidad de un endosante, por su derecho de acción con arreglo al artículo 41.

E. *Conclusiones y decisiones sobre endosos falsificados (párrafos 1) y 2) del artículo 23)*

38. El Grupo de Trabajo examinó la siguiente propuesta de texto preparada por un equipo de trabajo *ad hoc* integrado por los representantes de Francia y el Reino Unido y por los observadores del Canadá y Suiza:

"1) Cuando un endoso sea falso, la persona cuyo endoso se haya falsificado o cualquiera de los firmantes que haya firmado el título antes de la falsificación tendrá derecho a recibir indemnización por los daños que haya sufrido como consecuencia de la falsificación:

"*a)* del falsificador,

"*b)* de la persona a quien el falsificador haya transferido directamente el título,

"*c)* del firmante o del librado que haya pagado directamente el título al falsificador.

"2) Sin embargo, el endosatario para el cobro no incurrirá en responsabilidad en virtud del párrafo 1) si no tenía conocimiento de la falsificación en ninguno de los momentos siguientes:

"*a)* cuando cobró el importe del título, o

"*b)* cuando entregó ese importe a su endosante, si esto ocurrió posteriormente,

siempre que el desconocimiento no se debiera a negligencia de su parte.

"3) Igualmente, el firmante o el librado que pague un título no incurrirá en responsabilidad en virtud del párrafo 1) si, en el momento en que pagó el título, no tenía conocimiento de la falsificación, siempre que el desconocimiento no se debiera a negligencia de su parte.

"4) Salvo en lo que respecta al falsificador, la indemnización prevista en el párrafo 1) no excederá del monto del título más los intereses calculados a la tasa de . . ."

39. Tras un debate sobre la cuestión, el Grupo de Trabajo aprobó la propuesta de proyecto, con sujeción a la siguiente modificación del párrafo 4). El Grupo de Trabajo convino en que la suma que podría recuperarse en virtud del párrafo 1) de una persona distinta del falsificador no debería ser mayor que la suma a que se refieren los artículos 66 y 67. Un representante manifestó su reserva a esta regla, especialmente teniendo en cuenta la tasa de interés que se prevé en el párrafo 2) del artículo 66. Algunos representantes y observadores expresaron la opinión de que la referencia a los artículos 66 y 67 era cuestionable, dado que esos artículos hacían también referencia a cuestiones que no eran pertinentes en el contexto del artículo 23. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que examinase la posibilidad de encontrar una redacción más apropiada que la mera referencia a esos artículos.

40. Se observó que ese régimen exigiría en general una responsabilidad estricta a la persona que tratase directamente con el falsificador, a menos que fuese un endosatario para el cobro o un firmante o el librado que pagase el título. Un representante, formulando su reserva, y un observador expresaron la opinión de que la exigencia de responsabilidad a esa persona, que recibía de buena fe el título del falsificador, era injusta y obstaculizaría la circulación del título internacional.

F. *Endoso por un mandatario sin poder suficiente (párrafo 3) del artículo 23)*

41. Se sañaló que el párrafo 3) del artículo 23 equiparaba el endoso estampado en un instrumento por una persona que actuase en calidad de mandatario sin poder suficiente a un endoso falsificado. Se expresaron distintas opiniones respecto del fundamento de esa equiparación.

42. Según una opinión, la equiparación no estaba justificada porque la mayoría de los casos abarcados en el párrafo 3) del artículo 23 eran de carácter diferente. Aunque era verdad que daba lo mismo que, por ejemplo, un ladrón falsificase la firma del tomador o firmase con su propio nombre y se presentase falsamente como mandatario del tomador, la mayoría de los casos de endoso por mandatario sin poder suficiente debían distinguirse de los casos de falsificación por las razones siguientes. El mandatario sin poder suficiente no era necesariamente una persona desconocida de la persona que recibía el título de sus manos, y podía incluso ser una persona que anteriormente hubiese gozado de plenos poderes o que se excediese en el uso de un poder todavía existente. En tales casos, había menos razones para que la persona que recibiese el título se hallase precabida y no era justo exigir de ella un detallado y prolongado estudio del sistema de organización y demás circunstancias relativas al mandato posiblemente conferido. Se señaló que ello era particularmente cierto en el caso de los endosos para el cobro, dado que el banco que efectuaba el cobro se limitaba a prestar un servicio a su cliente. Algunos partidarios de esta opinión señalaron que era igualmente injusto imponer responsabilidad a una persona por recibir un título que el mandatario sin poder suficiente hubiese endosado, no para el cobro, cuando el endosatario careciese de conocimiento de la falta de poder.

43. La opinión prevaleciente era que había justificación para dar al caso de endoso por mandatario sin poder suficiente el mismo trato que al endoso falsificado. En apoyo de esta opinión, se señaló que las consideraciones de política aceptadas con respecto a los párrafos 1) y 2) del artículo 23 se aplicaban con igual fuerza al párrafo 3). Estaba, pues, justificado que se asignase en último término el riesgo a la persona que tratase directamente con el mandatario sin poder suficiente. Se señaló también que era prácticamente imposible trazar en todos los casos una línea clara entre los endosos falsificados y los endosos por mandatarios sin poder suficiente. Se señaló además que la disposición se aplicaría solamente a los casos en que el mandatario careciese efectivamente de poder suficiente para obligar a su mandante. La disposición no se aplicaría, pues, por ejemplo, cuando el mandatario tuviese un poder aparente o implícito con arreglo a la ley nacional aplicable.

44. El Grupo de Trabajo pidió a un equipo de trabajo *ad hoc* constituido por los representantes de Checoslovaquia, México y Nigeria y los observadores de Noruega y Qatar, que preparase un proyecto de disposición, en forma de artículo separado si así lo estimase pertinente, que hiciese exclusivamente referencia a los endosos por mandatario sin poder suficiente y que podría contener elementos que no figurasen en las normas aplicables a los endosos falsificados.

45. La propuesta de ese equipo de trabajo fue la de reemplazar el párrafo 3) del artículo 23 por el siguiente artículo 23 *bis:*

"1) Cuando un título sea endosado por una persona que actúe en calidad de mandatario pero sin poder suficiente, cualquier firmante o la persona a quien pretenda representar el mandatario sin poder suficiente tendrá derecho a recibir una indemnización por los daños que haya sufrido como consecuencia del endoso:

"*a)* del mandatario sin poder suficiente, y

"*b)* de la persona a quien haya transferido directamente el título el mandatario sin poder suficiente, o

"*c)* del firmante o del librado que haya pagado el título directamente al mandatario sin poder suficiente,

con la excepción, sin embargo, de que la persona a quien se exija indemnización no será responsable a menos que en el momento de la transferencia o el pago, haya tenido [o haya debido tener] conocimiento de que no existía poder suficiente.

"2) Salvo en lo que respecta al mandatario sin poder suficiente, las indemnizaciones previstas en el párrafo 1) no excederán la suma a que se refieren los artículos 66 y 67."

46. Tras examinar esta propuesta, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que la decisión definitiva sobre la cuestión fundamental de si los endosos por mandatario sin poder suficiente debían equipararse a los endosos falsificados no podría adoptarse hasta que no se hubiesen convenido las normas aplicables a los endosos falsificados. En consecuencia, el Grupo de Trabajo pidió al equipo de trabajo *ad hoc* encargado de revisar las normas aplicables a los endosos falsificados (véase el párr. 38 *supra*) que preparase un proyecto revisado de artículo 23 *bis*.

47. El proyecto revisado preparado por este equipo de trabajo *ad hoc*, constituido por los representantes de Francia y el Reino Unido y los observadores del Canadá y Suiza, fue el siguiente:

"1) Cuando un título sea endosado por un mandatario sin poder suficiente para obligar a su mandante, el mandante o cualquier firmante del título

antes de ese endoso tendrá derecho a recibir indemnización por los daños que haya sufrido como consecuencia del endoso:

"*a)* del mandatario,

"*b)* de la persona a quien el mandatario haya transferido directamente el título,

"*c)* del firmante o del librado que haya pagado directamente el título al mandatario.

"2) Sin embargo, el endosatario para el cobro no incurrirá en responsabilidad en virtud del párrafo 1) si no tenía conocimiento de que el endoso no obligaba al mandante en ninguno de los momentos siguientes:

"*a)* cuando cobró el importe del título,

"*b)* cuando entregó ese importe a su endosante, si esto ocurrió posteriormente

siempre que el desconocimiento no se debiera a negligencia de su parte.

"3) Igualmente, el firmante o el librado que pague un título no incurrirá en responsabilidad en virtud del párrafo 1) si, en el momento en que pagó el título, no tenía conocimiento de que el endoso no obligaba al mandante, siempre que el desconocimiento no se debiera a negligencia de su parte.

"4) Salvo en lo que respecta al mandatario, la indemnización prevista en el párrafo 1) no excederá del monto del título más los intereses calculados a la tasa de . . .".

48. Tras un debate sobre la cuestión, el Grupo de Trabajo aprobó este texto de proyecto revisado, con sujeción al perfeccionamiento de su redacción y a la armonización de su párrafo 4) con la disposición correspondiente sobre endosos falsificados (véase el párr. 39 *supra*). Un representante mantuvo la opinión de que la equiparación de los endosos por mandatario sin poder suficiente y los endosos falsificados no estaba justificado, e hizo constar su reserva en relación con el inciso *b)* del párrafo 1.

III. *Responsabilidad de un transferente mediante simple entrega (Artículo 41)*

49. El Grupo de Trabajo examinó el artículo 41 en el contexto de las siguientes cuestiones: *a)* si en el proyecto de Convención se debía reconocer la responsabilidad de personas que transfirieran el título mediante simple entrega, es decir, sin endosarlo; *b)* en ese caso, cuál habría de ser el carácter y la medida de esa responsabilidad, y en qué circunstancias podría apoyarse en esa responsabilidad un tenedor que recibiera el instrumento mediante simple entrega, y *c)* si debería imponerse también a los endosantes la responsabilidad de ciertos vicios del título.

A. *Retención de la disposición relativa a la responsabilidad del transferente mediante simple entrega*

50. Se observó que el derecho relativo a los títulos negociables de los países de *common law* reconocía que, en algunos casos, una persona que transfería un título mediante simple entrega garantizaba que el título estuviera libre de algunos defectos. Se observó además que en los sistemas de derecho civil la responsabilidad del transferente mediante simple entrega en esos casos era materia del derecho general de los contratos o del derecho de la compraventa de mercadería.

51. En vista de que, si la Convención mantenía silencio respecto de ese caso, regirían los derechos nacionales, que diferían en su enfoque, hubo acuerdo general en que la Convención debía establecer normas que regularan esa responsabilidad. La razón sustantiva para dar al tenedor que obtuviera un título mediante simple entrega una acción en contra de su transferente era que, a falta de dicha acción, el tenedor podría carecer de recursos en los casos en que el título que recibiera no fuera el título que esperaba legítimamente haber recibido.

B. *Carácter y medida de la responsabilidad*

52. El Grupo de Trabajo convino además en que un tenedor que recibiera un título mediante simple entrega y de buena fe debía estar en condiciones de confiar en el hecho de que las firmas del título fueran auténticas o autorizadas y de que no se hubiera hecho en él ninguna alteración sustancial. Esa confianza debía protegerse plenamente y no era pertinente a este respecto que la persona que hubiera transferido el título mediante simple entrega tuviera o no conocimiento de los vicios. Por otra parte, la responsabilidad del transferente mediante simple entrega no debía ser estricta en cuanto a las cuestiones establecidas en los incisos *c)* y *d)* del párrafo 1 del artículo 41, a saber, que ningún firmante tuviera alguna acción o excepción válida en contra del transferente y que el título no hubiera sido desatendido por falta de aceptación o de pago. En consecuencia, la responsabilidad respecto de las cuestiones abarcadas en los incisos *c)* y *d)* del párrafo 1 debía condicionarse al conocimiento del transferente. Un representante y un observador sostuvieron que la responsabilidad del transferente debía condicionarse al conocimiento sólo respecto de las cuestiones abarcadas en los incisos *a)* y *b)* del párrafo 1, a saber, las firmas falsificadas o no autorizadas y las alteraciones sustanciales.

53. Hubo acuerdo en el Grupo de Trabajo en que la responsabilidad en virtud del artículo 41 debía pesar sobre el transferente mediante simple entrega sólo con respecto a la persona a quien se hubiera transferido en forma inmediata. Un observador opinó que si el transferente tenía conocimiento de un vicio del título y dejaba de informar a la persona a quien lo hubiera transferido a ese respecto era responsable de fraude y, en tal caso, su responsabilidad debía extenderse a todas las personas a quienes se hubiera transferido posteriormente.

54. Se señaló que la responsabilidad del transferente mediante simple entrega podría definirse en términos de daños y en términos de rescisión del contrato entre el transferente y la persona a quien se hubiera transferido el título. Si la responsabilidad fuera por daños, el tenedor debería demostrar los daños que hubiera sufrido como consecuencia del vicio y, al menos en algunos sistemas jurídicos, estaría obligado a mitigar esos daños. En consecuencia, puede sostenerse que, en los casos en que el tenedor dispusiera de acciones en contra de partes en el título, esas acciones deberían tenerse en primer lugar antes de que se pudiera ejercer el derecho conferido en virtud del artículo 41. Contrariamente, si se concediera el derecho de acción conferido en virtud del artículo 41 en términos de rescisión del contrato, el tenedor podría proceder inmediatamente en contra de su transferente, y, en ese caso, recibiría la devolución de las sumas que hubiera pagado por el título y todos los intereses, como consecuencia de la devolución del título al transferente.

55. El Grupo de Trabajo, tras deliberar, estimó que el artículo 41 no debía abrazar ninguno de los criterios sino que debía redactarse de manera que se diera al tenedor un derecho inmediato de acción en contra de su transferente y dejara abierta la opción de proceder en contra de las partes responsables respecto del título. Se observó que si el tenedor eligiera proceder en primer lugar en contra de una parte responsable en el título todavía conservaría su derecho a proceder con arreglo al artículo 41 si no obtuviera la cantidad total a que tuviera derecho. Se dio el ejemplo siguiente: el suscriptor A libra un pagaré por 1.000 francos suizos al tomador B; B altera fraudulentamente la suma de 1.000 a 2.000 francos suizos, endosa el pagaré en blanco y lo transfiere a C; C entrega el pagaré a D, que no tiene conocimiento alguno de la alteración y es un tenedor protegido. La opinión dominante era que D tenía derecho a recuperar de C la suma de 2.000 francos suizos, desde el momento que se enterase de la alteración y no era pertinente a ese respecto que C, al entregar el pagaré a D, tuviera o no conocimiento de la alteración; con arreglo a otra opinión, sin embargo, esa conclusión era dudosa, ya que el artículo 41 se refería a la cuestión de la responsabilidad por daños. Alternativamente, al vencer el pagaré, D podría ejecutar el pagaré por 1.000 francos suizos contra el sucriptor A y luego recuperar de C, con arreglo al artículo 41, 1.000 francos suizos.

56. El Grupo de Trabajo examinó el siguiente proyecto revisado de artículo 41, preparado por el representante de Francia:

"1. La persona que transfiera un título mediante simple entrega responderá, salvo acuerdo en contrario, ante el tenedor al que transfiere el título de que:

"*a)* No se ha puesto en el título una firma falsificada o no autorizada;

"*b)* El título no ha sido objeto de alteración sustancial;

"*c)* Ningún firmante tiene una acción o excepción válida respecto del título;

"*d)* La letra no ha sido desatendida por falta de aceptación o de pago, o el pagaré no ha sido desatendido por falta de pago.

"2. La garantía prevista en los incisos *a)* y *b)* del párrafo 1 sólo podrá hacerse valer si el tenedor al que se ha transferido el título no tenía conocimiento del defecto relativo al título, independientemente de que la persona que haya transferido el título mediante simple entrega tuviera o no conocimiento de dicho defecto.

La garantía sólo podrá hacerse valer por razón de los vicios mencionados en los incisos *c)* y *d)* del párrafo 1 si, por una parte, la persona que ha transferido el título mediante simple entrega tenía conocimiento del defecto relativo al título y, por otra, el tenedor al que se ha transferido el título no tenía conocimiento de dicho defecto.

"3. El tenedor tendrá la posibilidad, bien de ejercer, antes o después del vencimiento del título, la acción relativa a la garantía mencionada anteriormente, o bien de ejercer, por la suma debida, contra los firmantes obligados en virtud de título, y en la medida en que estén obligados, el recurso previsto en los artículos 55 y siguientes, o de exigir una indemnización a la persona responsable de la falsificación o de la alteración o de la firma no autorizada.

Salvo en el caso de una acción contra la persona responsable de la falsificación o de la alteración o de la firma no autorizada, el tenedor, especialmente cuando se ejerzan acciones múltiples, no podrá percibir una suma total superior al monto del título más los intereses calculados a una tasa de . . ."

57. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de texto revisado a condición de que se mejorara su redacción y se introdujera la modificación siguiente en su párrafo 3). El Grupo de Trabajo acordó que la suma que el tenedor podría recuperar de la persona que había transferido el título mediante simple entrega con arreglo al artículo 41 no debía ser superior a la que pagó o al valor que entregó por el título más los intereses, que, en un caso determinado, podrían ser inferiores al monto del título. Se señaló en ese contexto que, según se preveía en el párrafo 1) del artículo 41, la persona que transfiriera un título mediante simple entrega podría eximirse de responsabilidad o limitar su responsabilidad mediante acuerdo con el tenedor.

58. En lo que respecta a la tasa de interés, una propuesta que se hizo fue la de que dicha tasa fuera la tasa de oferta interbancaria de Londres (LIBOR). El Grupo de Trabajo convino en que la cuestión de la tasa de interés se trataría en su siguiente período de sesiones.

59. Se expresó la opinión de que la responsabilidad de la persona que transfiriera un título mediante simple entrega con arreglo al artículo 41 se debía concebir en función de los daños y no de las garantías que hubiera dado. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que examinara el proyecto de artículo 41 con miras a mejorar, en general, su redacción y a evitar, en particular, referencia alguna al concepto de la garantía,

ya que este término no se utilizaba en todos los sistemas jurídicos.

C. *Extensión del artículo 41 a los endosantes*

60. Se expresaron opiniones divergentes acerca de la cuestión de si la responsabilidad con arreglo al artículo 41 debía extenderse a los endosantes. Según una opinión, el endosante de un título se obligaba a pagar el título en caso de incumplimiento por falta de aceptación o falta de pago a condición de que hubiera habido la presentación y el protesto debidos. En consecuencia, si no se aceptaba el título o no se pagaba por alguna de las dos razones enumeradas en el párrafo 1 del artículo 41, el tenedor obtendría el pago del endosante debido a la obligación de éste. De esta manera no era necesario extender la responsabilidad con arreglo al artículo 41 a los endosantes ya que, incluso sin ese recurso, el tenedor obtendría lo que esperaba recibir al tomar el instrumento.

61. En otra opinión, si no se extendiera el artículo 41 a los endosantes, la responsabilidad de un transferente mediante simple entrega podría en algunos casos ser más onerosa que la del endosante. Aunque era efectivo que un transferente mediante simple entrega no garantizaba la solvencia de las partes anteriores, el derecho de acción de la persona a quien se hubiera transferido el título con arreglo al artículo 41 era un derecho inmediato del que disponía antes del vencimiento, y además no estaba condicionado por algunos pasos procesales que eran necesarios para que surgiera la responsabilidad de un endosante. Además, las consideraciones de política que se habían aceptado respecto de la responsabilidad de un transferente mediante simple entrega, a saber, que la disparidad de los criterios de los diferentes sistemas jurídicos daría lugar a la incertidumbre, se aplicaban también a la responsabilidad de un endosante derivadas del título por los vicios enumerados en el párrafo 1 del artículo 41. A este respecto se manifestó, por ejemplo, la opinión de que la responsabilidad del endosante que hubiera firmado el título "sin responsabilidad" era análoga a la responsabilidad del transmitente por simple entrega.

62. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo no pudo llegar a un consenso sobre esta cuestión. Teniendo en cuenta esa situación, se hizo una propuesta para que, en el caso de que, con arreglo a la opinión dominante, el proyecto de Convención no tratara de la responsabilidad del endosante por los vicios enumerados en el párrafo 1) del artículo 41, sí contuviera en cambio una disposición expresa en el sentido de que la regulación de esa responsabilidad incumbiría a la ley nacional aplicable.

63. En este sentido se pidió a la Secretaría que presentase al Grupo de Trabajo en su próximo período de sesiones un estudio en el que se examinaran las ventajas y los inconvenientes de la inclusión en la Convención de una norma que impusiera al endosante la responsabilidad por las cuestiones indicadas en el párrafo 1) del artículo 41. Se pidió también a la Secretaría que preparase, si lo consideraba oportuno, otros posibles proyectos de disposiciones a este respecto.

IV. *Definición de conocimiento (Artículo 5)*

64. Se expresaron distintas opiniones sobre la definición de conocimiento que se daba en el artículo 5. En virtud de una de ellas, la noción de que una persona tenía conocimiento de un hecho si tenía efectivamente conocimiento de ese hecho o no hubiera podido desconocer su existencia, resultaba inaceptable. El proyecto de Convención debía proporcionar certidumbre y ello sólo podría conseguirse si se estipulara que únicamente el conocimiento efectivo constituye conocimiento a efectos de la Convención. Según otra opinión, debía mantenerse la redacción actual del artículo 5 ya que permitiría a los tribunales deducir las circunstancias de cada caso si una persona había tenido conocimiento de un hecho a pesar de la afirmación que hiciere en contrario. En efecto, podrían surgir situaciones en que la ignorancia de un hecho resultara inexcusable. Además, si la definición de conocimiento se limitaba al conocimiento efectivo, en ciertas circunstancias resultaría en extremo difícil demostrar la existencia de ese conocimiento.

65. Se expresó la opinión de que, incluso si el conocimiento se limitaba a la noción de conocimiento efectivo, los tribunales tendrían todavía la facultad discrecional de deducir ciertas conclusiones de los factores objetivos y concluir que una persona tenía conocimiento de un hecho aunque lo hubiere negado. Por otra parte, la frase "no hubiera podido desconocer su existencia" permitiría al tribunal presumir la existencia de conocimiento en una persona que no tenía conocimiento efectivo de un hecho porque voluntariamente había ignorado los factores pertinentes.

66. El Grupo de Trabajo examinó una propuesta de texto preparada por los representantes de Australia, Checoslovaquia y los Estados Unidos. La propuesta sustituiría, en el artículo 5, las palabras "o no hubiera podido desconocer su existencia" por las palabras "o no la conoce efectivamente por no haber tenido presentes injustificadamente hechos o circunstancias de ella conocidos". Un observador opinó que la definición de conocimiento debía incluir la posibilidad de conocimiento presunto.

67. Tras un intercambio de puntos de vista, el Grupo de Trabajo convino en que, para los fines de la Convención el conocimiento debería ser en principio un conocimiento efectivo; esto incluiría la facultad de los tribunales de deducir de las circunstancias del caso que una persona, a pesar de negarlo, tenía efectivamente conocimiento de un hecho. Sin embargo, la definición debería ir más lejos, sin abarcar la negligencia, pues debería permitir que se atribuyese el conocimiento a una persona que no tuviese efectivamente conocimiento por no haber tenido presentes deliberadamente los hechos pertinentes. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparase para su próximo período de sesiones un proyecto revisado de artículo 5, basado en ese entendimiento.

B. Transferencias electrónicas de fondos

Proyecto de Guía Jurídica sobre las transferencias electrónicas de fondos: informe del Secretario General (A/CN.9/266 y Add.1 y Add.2)[a]

[A/CN.9/266]

1. La Comisión, en su 15.° período de sesiones celebrado en 1982, decidió que la secretaría, en cooperación con el Grupo de Estudio sobre Pagos Internacionales de la CNUDMI, comenzara a preparar una guía jurídica sobre las transferencias de fondos por medios electrónicos[1]. Se decidió que esa guía debería ser una fuente de directrices para los legisladores o juristas que hubiesen de preparar las normas que habían de regir los distintos sistemas. En el 17.° período de sesiones celebrado en 1984, se presentaron a la Comisión varios proyectos de capítulo de la Guía Jurídica, con objeto de que formulasen observaciones de carácter general[2]. La Secretaría informó a la Comisión de que en su 18.° período de sesiones se le presentarían otros dos proyectos de capítulo.

2. En la Comisión hubo acuerdo general en el sentido de que los proyectos de capítulo que la Comisión tenía ante sí representaban un comienzo excelente de la labor en esta esfera y creaban una base que permitiría llegar a un consenso internacional respecto del carácter de los problemas jurídicos involucrados. Se señaló que sería prematuro tratar de formular normas jurídicas uniformes para regular las transferencias de fondos por medios electrónicos antes de que se hubiese llegado a un consenso internacional sobre el tema. Se observó, sin embargo, que si se llegaba a un consenso en la elaboración de la Guía Jurídica, sería tal vez posible elaborar en el futuro unas normas uniformes aplicables a determinados aspectos de las transferencias de fondos por medios electrónicos[3]. Por lo tanto, la Comisión pidió a la secretaría que concluyera los proyectos de capítulo restantes y decidió que en su 18.° período de sesiones consideraría el curso de acción que se habría de emprender al respecto[4].

3. En las adiciones 1 y 2 anexas al presente informe figuran los restantes proyectos de capítulo de la Guía Jurídica: "Carácter definitivo de las transferencias de fondos" y "Problemas jurídicos que plantean las transferencias electrónicas de fondos". La Comisión podría considerar la posibilidad de enviar un conjunto completo de proyectos de capítulo a los gobiernos y organizaciones internacionales interesadas para que formulen sus observaciones, y solicitar a la Secretaría que, en cooperación con el Grupo de Estudio sobre Pagos Internacionales de la CNUDMI, revise los proyectos de capítulo a la luz de las observaciones recibidas a efectos de presentarlos a la aprobación de la Comisión en su 19.° período de sesiones, que se celebrará en 1986.

[a]Para su examen por la Comisión véase el *Informe*, capítulo III B, (primera parte A *supra*).

[1]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 15.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/37/17), párr. 73.

[2]Los proyectos de capítulo figuran en los documentos A/CN.9/250/Add.1 y 4.

[3]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/39/17), párr. 92.

[4]*Ibid.*, párr. 93.

[A/CN.9/266/Add.1]

Capítulo sobre el carácter definitivo de las transferencias de fondos

ÍNDICE

	Párrafos
Nota introductoria	1-3
A. Momento en que las transferencias de fondos adquieren carácter definitivo	4-22
1. Transferencia de crédito	5-20
a) Débito en la cuenta del transmitente	5-7
b) Acreditación de la cuenta del banco del adquirente	8
c) Aviso de la acreditación de la cuenta del banco del adquirente	9
d) Decisión del banco del adquirente de aceptar la transferencia de crédito	10-11
e) Asiento del crédito en la cuenta del adquirente	12-16
f) Asiento de créditos cancelables	17
g) Aviso al adquirente	18-19
h) Pago en efectivo	20
2. Transferencias de débito	21-22

B. Relación entre el carácter definitivo de las transferencias entre clientes y el de las efectuadas entre bancos 23-30

C. Cambios tecnológicos que repercuten en el perfeccionamiento de la transferencia 31-48

1. Tramitación individual de órdenes documentadas 32
2. Procesamiento por lotes 33
3. Procesamiento en directo de datos 34-37
4. Terminales activadas por el cliente 38-40
5. Garantía de pago otorgada por el banco del transmitente 41-43
6. Tarjetas con microcircuitos 44-47
7. Telecomunicación de órdenes de transferencia de fondos de computadora a computadora 48

D. Consecuencias del perfeccionamiento de la transferencia 49-96

1. Normas generales que otorgan prioridad a la transferencia de fondos 49-50
2. Conflictos específicos en materia de prioridad 51-68
   a) Efecto de los derechos de terceros sobre la transferencia de fondos 51-61
      i) Muerte del transmitente 53
      ii) Iniciación de procedimientos para hacer declarar la insolvencia del transmitente 54
      iii) Incapacidad jurídica del transmitente 55
      iv) Embargo de la cuenta del transmitente 56-59
      v) Retirada de la orden de transferencia de fondos por el transmitente 60-61
   b) Avisos dados a un banco 62-68
3. Cancelación de las transferencias de fondos por error 69-80
   a) Cancelación del débito a pedido del transmitente 71-73
   b) Recuperación del crédito en una transferencia de débito a pedido del banco del transmitente 74-76
   c) Recuperación del crédito en una transferencia de crédito 77-78
   d) Derecho del banco a recuperar el crédito mediante la cancelación del asiento 79-80
4. Disponibilidad de fondos 81-91
5. Cumplimiento de la obligación causal 92-96

E. Las normas sobre perfeccionamiento y riesgos inherentes al sistema 97-99

Anexo *Página*

Experiencias nacionales en la reducción de riesgos inherentes al sistema 177

Nota introductoria

1. A menudo se considera que el perfeccionamiento de las transferencias de fondos figura entre los conceptos unificadores importantes del derecho que las rige. En muchos ordenamientos jurídicos se atribuyen importantes efectos jurídicos al momento en que se perfecciona la transferencia. De ahí la inquietud que predomina en los círculos bancarios y jurídicos por determinar si el momento en que una transferencia electrónica de fondos adquiere carácter definitivo es el mismo en que lo adquiere una transferencia de fondos documentada u otro diferente. Además, en los debates sobre las transferencias internacionales de fondos a menudo se ha destacado cuán importante sería que se llegase a un consenso general en lo tocante al momento en que una transferencia electrónica de fondos pasa a ser definitiva.

2. Si se hace un análisis comparado del perfeccionamiento de la transferencia según se concibe en diversos ordenamientos jurídicos, se aprecia que se trata de un concepto impreciso. Pese a que en numerosos sistemas se considera que la transferencia de fondos es definitiva a partir de un momento determinado, diversos aspectos de la transferencia de fondos pueden adquirir ese carácter en momentos diferentes. Las transferencias de fondos a menudo lo adquieren en momentos diferentes con respecto al banco o a los bancos que las realizan, por una parte, y al transmitente y al adquirente, por otra.

3. El presente capítulo se ha redactado sobre la base del criterio de que los diferentes efectos jurídicos que suelen relacionarse con el perfeccionamiento de la transferencia deben abordarse como problemas separados y de que el momento en que cada efecto jurídico se

produce se determina en función de los factores pertinentes según el efecto de que se trate. Además, hay motivos para afirmar que convendría utilizar un enfoque análogo en la preparación de nuevas normas destinadas a regir las transferencias electrónicas de fondos, y en particular de reglas que tengan por objeto regir las relaciones entre los bancos en materia de transferencias internas e internacionales. Por consiguiente, cuando en el presente capítulo se diga que una transferencia de fondos es "definitiva" dicha expresión deberá interpretarse únicamente en el sentido de que es posible que de esa transferencia de fondos dimanen ciertos efectos jurídicos, que no serán necesariamente los mismos que habrían de producirse en algún ordenamiento jurídico determinado.

A. Momento en que las transferencias de fondos adquieren carácter definitivo

4. El momento en el que una transferencia de fondos se convierte en definitiva, o en el que ocasiona determinados efectos jurídicos, suele depender de la adopción de alguna medida concreta por parte de un banco. En los diversos países, existe una larga lista de medidas adoptadas por los bancos que se considera que confieren o pueden conferir carácter definitivo a una transferencia. En los párrafos siguientes se examinan algunas de las más importantes de estas medidas. Las demás suelen ser variantes de las que se analizan.

1. *Transferencia de crédito*

a) *Débito en la cuenta del transmitente*

5. En un país (Francia), se ha sostenido que las transferencias de créditos dentro de un mismo banco o entre dos bancos son definitivas desde el momento en que se debita la cuenta del transmitente, al menos en la medida en que a partir de ese momento el transmitente ya no puede retirar la orden de transferencia. Se ha sugerido que también cabría atribuir carácter definitivo a la transferencia de fondos en caso de iniciación ulterior de procedimientos tendientes a hacer declarar la insolvencia del transmitente. La doctrina justifica la tesis de que una transferencia de crédito es definitiva desde el momento en que se debita la cuenta del transmitente argumentando que en virtud del débito el transmitente enajena los fondos. En la medida en que esta norma se aplica en forma general a los demás efectos de carácter definitivo, cabría concluir que las transferencias de fondos dentro de un mismo banco con múltiples sucursales o entre dos bancos pueden adquirir ese carácter varios días antes de la efectiva acreditación de la cuenta del adquirente.

6. Que se sepa, sin embargo, no hay ningún país en que este razonamiento se aplique a las transferencias entre tres bancos. Para justificar la distinción, se aduce a menudo en Francia que, tratándose de las transferencias entre tres bancos, se considera que los fondos se encuentran en poder de un mandatario del transmitente hasta que el banco intermediario acredita los fondos en la cuenta del banco del adquirente y que hasta ese momento el transmitente puede revocar el mandato.

7. En muchos otros sistemas bancarios las transferencias de fondos no adquieren carácter definitivo en el plano jurídico a ningún efecto si el banco del adquirente no ha tenido la oportunidad de evaluar la aceptabilidad de la liquidación propuesta. En algunos países el que un banco no efectúe la liquidación correspondiente a una transferencia de fondos interna representa una posibilidad real; es más, debido al carácter mismo de las transferencias internacionales de fondos se plantea la posibilidad de que los bancos de los transmitentes extranjeros no estén en condiciones de cumplir sus obligaciones. Con todo, no hay motivo alguno para que la cuestión de la liquidación repercuta en lo definitivo de la operación si la estructura del sistema bancario impide que los bancos de los adquirentes dejen de recibir la liquidación correspondiente y, en particular, si todos los bancos pertenecen al Estado.

b) *Acreditación de la cuenta del banco del adquirente*

8. Si la transferencia de crédito entre los propios bancos adquiere carácter definitivo en el momento en que el banco del transmitente o el banco intermediario acredita la cuenta del banco del adquirente o en que se efectúa la acreditación en una cámara de compensación o por conducto de ésta, y si el crédito ya no puede anularse mediante el retiro de la orden de transferencia de crédito o debido a la incapacidad del banco expedidor para efectuar la liquidación, puede decirse que en el plano jurídico, la transferencia adquiere carácter definitivo simultáneamente con respecto al transmitente y al adquirente, es decir, en el momento en que se efectúa la acreditación de la cuenta del banco del adquirente. En tal caso, la acreditación posterior de la cuenta del adquirente no tendría efecto alguno en el carácter definitivo de la transferencia. A menudo se obtiene un resultado en cierto modo análogo con respecto a las transferencias documentadas cuando el banco expedidor efectúa la liquidación con el banco adquirente adjuntando a la orden de transferencia de fondos una promesa irrevocable que puede cobrar la forma de un cheque o de un pago bancarios.

c) *Aviso de la acreditación de la cuenta del banco del adquirente*

9. Las observaciones antes mencionadas son igualmente válidas si la transferencia de crédito entre los bancos es definitiva desde el momento en que el banco del adquirente recibe el aviso de la acreditación de su cuenta; así, la transferencia adquirirá carácter definitivo con respecto al transmitente y al adquirente en el momento de la recepción del aviso por parte del banco del adquirente.

d) *Decisión del banco del adquirente de aceptar la transferencia de crédito*

10. En numerosos países de derecho anglosajón, las transferencias de crédito pueden adquirir carácter definitivo en el momento en que el banco del adquirente decide aceptar la transferencia de crédito. La decisión puede expresarse mediante cualquier acto que ponga de manifiesto la intención del banco del adquirente y dependerá de la opinión que éste se forme con respecto a

la fiabilidad de la liquidación propuesta para respaldar el saldo acreedor que se le solicita que establezca.

11. Históricamente, la venta de esta norma ha consistido en reducir al mínimo el intervalo que media entre la recepción de la orden de transferencia de fondos y la realización de las comprobaciones necesarias por parte del banco del adquirente y el perfeccionamiento de la transferencia. De resultas de lo anterior, puede que éste haya permitido hacer definitivas las transferencias con el máximo de rapidez posible en los casos en que el banco del adquirente recibía una orden de transferencia de un banco extranjero. La norma presenta una desventaja, a saber, que en caso de litigio se requiere una decisión judicial para determinar si un empleado determinado del banco adoptó o no una decisión subjetiva antes de un momento dado, lo que exige un análisis de las particularidades concretas de cada caso. La regla se formuló por primera vez en épocas pasadas a fin de que se aplicase en lo tocante al pago de letras de cambio y cheques, y es posible que su aplicabilidad sea menor tratándose del perfeccionamiento de las transferencias de fondos en una época en que predominan las telecomunicaciones en línea y la tramitación de las transferencias por lotes.

e) *Asiento del crédito en la cuenta del adquirente*

12. Tratándose de las transferencias de crédito de carácter rutinario que se tramitan por lotes, el banco del adquirente no decide expresamente si procede o no efectuar el pago y con toda probabilidad su primer acto objetivo consistirá en asentar el crédito en la cuenta del adquirente. En muchos sistemas jurídicos se considera que ese acto objetivo convierte en definitiva la transferencia de fondos.

13. Con todo, aunque el asiento del crédito en la cuenta del adquirente constituya un acto objetivo, a menudo no se puede determinar en qué momento se ha efectuado. Cuando se llevan registros contables documentados es posible determinar el orden en que se han asentado los cargos y abonos, aunque más tarde tal vez, resulte imposible determinar el momento exacto en que se asentaron. Cuando por medio de las telecomunicaciones de computadora a computadora se reciben órdenes individuales de transferencias de fondos y éstas se autorizan con miras a su contabilización una vez efectuadas las comprobaciones pertinentes, el momento en que se efectuó la contabilización puede constar en el registro de la operación. Pero tratándose de órdenes de transferencia de fondos documentadas y electrónicas que se tramitan por lotes, generalmente no se deja constancia de ese momento para cada una de ellas. Pese a que desde el punto de vista técnico sería posible hacerlo, cabría poner en duda la conveniencia de exigirlo con el sólo propósito de determinar el momento en que la transferencia de fondos adquiere carácter definitivo. El mismo resultado práctico podría lograrse si se decidiera que la transferencia será definitiva desde el momento en que el lote se introduce en la máquina para su tramitación o en el momento en que se retira de la máquina después de su tramitación, operaciones que probablemente constarán en un registro de procesamiento de datos.

14. Si las operaciones se contabilizan de un día para otro y llevan fecha de asiento del día siguiente, puede plantearse la necesidad de determinar si desde el punto de vista jurídico la contabilización de un crédito fuera de las horas normales de trabajo se hace efectiva de inmediato o en el momento en que se inician las operaciones del próximo día hábil bancario. Esto acarrea problemas en cualquier sistema jurídico que se agudizarán a medida en que la banca tienda a implantar la jornada de 24 horas, no sólo por lo que respecta a las operaciones bancarias internacionales sino también a los servicios bancarios para los consumidores basados en la gama completa de terminales activados por los clientes.

15. Las operaciones que se posdatan en uno o dos días respecto de la fecha de ingreso, a efectos de los intereses, plantean un problema diferente. En muchos países de tradición romanista la transferencia de fondos se perfecciona una vez que se ha contabilizado el crédito y el adquirente puede disponer libremente de los fondos. No obstante, el crédito sólo devenga intereses al adquirente a partir de la fecha fijada al efecto y si éste retira los fondos antes de esa fecha, deberá pagar una suma cuyo monto dependerá del tipo de interés que se aplique a los préstamos, desde la fecha del retiro hasta la fecha a contar de la cual el crédito comienza a devengar intereses. Por consiguiente, en estos países los bancos de los adquirentes que reciben transferencias de crédito antes de la fecha de pago, es decir, la fecha a partir de la cual el adquirente dispondrá libremente de los fondos, pueden asentar el crédito de inmediato con una misma fecha a efectos de los intereses y del pago.

16. En los países de derecho anglosajón es probable que el resultado sea otro. Tratándose de las transferencias que llevan una fecha de pago futura, la práctica habitual consiste en retrasar el asiento del crédito en la cuenta del adquirente hasta la fecha indicada, aunque es posible que la operación se introduzca en la computadora del banco del adquirente con anterioridad en espera de su asiento en la cuenta en la fecha de pago. Por consiguiente, si el perfeccionamiento depende del asiento del crédito en la cuenta del adquirente, la transferencia de fondos no adquirirá carácter definitivo hasta la fecha de pago y el adquirente no podrá disponer de los fondos hasta ese momento.

f) *Asiento de créditos cancelables*

17. En algunos países el asiento de débitos y créditos que quedan sujetos a cancelación durante un plazo determinado en las cuentas de los clientes por parte de los bancos, constituye una práctica bancaria aceptable. Pese a que esta práctica se ha implantado en varios países, su aplicación más notable en lo que respecta a las transferencias internacionales de fondos se relaciona con las transferencias de créditos que se efectúan por conducto del Sistema de cámaras de compensación de pagos interbancarios de Nueva York (CHIPS) y otras cámaras de compensación electrónicas en línea análogas de los Estados Unidos, operaciones cuya liquidación neta se efectúa al finalizar el día o al día siguiente. Puesto que en las normas que rigen el funcionamiento del sistema CHIPS se prevé la posibilidad de que uno o más bancos no efectúen la liquidación correspondiente a sus

respectivos saldos deudores netos, numerosos bancos participantes acreditan las transferencias de créditos entrantes en las cuentas de sus clientes de manera provisional a medida en que se reciben por conducto del sistema CHIPS. No obstante, si no se efectúa la liquidación correspondiente, los créditos pueden cancelarse. Los créditos provisionales y las transferencias de créditos adquieren carácter irrevocable una vez que se ha efectuado la liquidación definitiva. Tratándose de las demás categorías de transferencias de créditos cancelables en virtud de una gama más amplia de factores, los asientos provisionales de créditos en la cuenta del adquirente pueden adquirir carácter irreversible una vez que ha transcurrido el intervalo durante el cual se permite la cancelación de los créditos con arreglo al sistema de que se trate. Pese a que los términos "irreversible" y "definitivo" no son sinónimos, en estos casos suele considerarse que la transferencia se hace definitiva en el momento en que el asiento del crédito adquiere carácter irreversible.

g) *Aviso al adquirente*

18. En diversos sistemas jurídicos se entiende que la transferencia de crédito es definitiva una vez que el adquirente ha recibido el aviso de crédito correspondiente. A partir de ese momento se considera que la información de que se ha efectuado la acreditación en la cuenta del adquirente escapa al control del banco.

19. Esta norma se basa en una práctica que consiste en enviar un aviso de crédito al finalizar el día o al día siguiente cada vez que se asienta un crédito en la cuenta de un cliente. Pero si los terminales activados por los clientes permiten que éstos averigüen tanto el estado como los movimientos recientes de sus respectivas cuentas, la aplicación de la presente norma daría pie a concluir que el crédito adquiere carácter definitivo en el momento en que se contabiliza en la cuenta. Si así fuera, ya no sería necesario enviar un aviso de crédito al adquirente con el fin de dar carácter definitivo a la transferencia.

h) *Pago en efectivo*

20. Cuando el banco del adquirente debe entregar una suma en efectivo al adquirente en su domicilio particular o profesional o en un lugar análogo, como ocurre en la práctica de muchas redes de transferencia de créditos orientadas al consumidor, y en particular en la de aquellas cuya administración compete a los servicios postales, la transferencia de fondos puede adquirir carácter definitivo con la entrega. Parecería pues, que si el adquirente se niega a recibir el dinero no se perfecciona la transferencia. Igual cosa puede ocurrir en caso de que el banco del adquirente deba conservar los fondos a fin de entregarlos al adquirente en efectivo o en su equivalente una vez que éste se haya identificado.

2. *Transferencias de débito*

21. Habida cuenta de que las transferencias de débito son definitivas desde la ejecución de los actos pertinentes por parte del banco del transmitente, quedan sujetas al mismo conjunto general de posibilidades que las transferencias de crédito por lo que respecta al momento en que adquieren carácter definitivo. En otras palabras, la transferencia de fondos puede perfeccionarse en el momento en que el banco del transmitente decide atender la orden de transferencia de débito, en el momento en que el débito se asienta en la cuenta del transmitente, en el momento de la recepción del aviso de débito o, contabilizado el débito en la cuenta de que se trate, una vez que ha transcurrido el plazo durante el cual es posible cancelar el cargo.

22. Sin embargo, hay una excepción importante a la similitud que existe, en general, entre las transferencias de débito y las de crédito por lo que respecta al momento en que pueden adquirir el carácter de definitivas. La acreditación de la cuenta del adquirente no perfecciona la transferencia de débito. Por el contrario, si se acredita la cuenta del adquirente en el momento en que el banco del adquirente inicia la tramitación de la orden de transferencia de débito, por ejemplo, cuando se deposita un cheque, por lo general se tratará de un crédito provisional que podrá cancelarse si la orden es desatendida. Es lo que ocurre incluso en aquellos sistemas jurídicos en que no suele permitirse que el banco de un adquirente cancele un crédito asentado en la cuenta del adquirente tratándose de una transferencia de crédito.

B. Relación entre el carácter definitivo de las transferencias entre clientes y el de las efectuadas entre bancos

23. Las transferencias de fondos entre las cuentas de clientes de diferentes bancos se efectúan mediante transferencias interbancarias de fondos. Si la liquidación de una transferencia de débito se efectúa mediante débitos y créditos provisionales, la transferencia interbancaria de fondos adquiere carácter definitivo con el perfeccionamiento de la transferencia de fondos entre ambos clientes. Si el banco del transmitente efectúa la liquidación mediante una transferencia de fondos distinta, esa transferencia a efectos de liquidación puede perfeccionarse en un momento diferente de aquel en que se perfecciona la transferencia del cliente. No obstante, el sistema jurídico puede disponer que la transferencia del cliente no tiene carácter definitivo y que podrá ser cancelada si no se completa la liquidación.

24. A diferencia de lo que ocurre con la transferencia entre los clientes, el carácter definitivo de la transferencia de crédito entre los bancos plantea importantes problemas teóricos y prácticos. Pese a que tanto las transferencias interbancarias de crédito que los bancos tramitan por lotes (por lo general se trata de órdenes de transferencia de un monto reducido) como las transferencias interbancarias de créditos que se tramitan una por una (por lo general se trata de órdenes de transferencia de sumas importantes), plantean los mismos problemas teóricos, los problemas prácticos se presentan casi exclusivamente en relación con las transferencias que se tramitan una por una.

25. Las transferencias de crédito que se tramitan una por una, en particular las transferencias internacionales de sumas importantes, pueden exigir la participación de hasta seis o siete bancos. Dichos bancos pueden intervenir sucesivamente, como se indica en la figura 4, o algunos de ellos pueden ser bancos que intervienen para efectuar reembolsos. En las transferencias de crédito, cada etapa reviste la mayoría de las características de una transferencia distinta entre los dos bancos que intervienen en dicha etapa. En el documento ISO DIS 7982 esta etapa se denomina "operación de transferencia de fondos". Cada operación de transferencia de fondos requiere una orden de transferencia de crédito distinta, así como medios para efectuar la liquidación. Pero las normas interbancarias que determinan el carácter definitivo de la operación de transferencia de fondos entre los bancos, que representa una etapa de la transferencia de fondos, no aspiran a reglamentar la transferencia en su conjunto.

26. Las normas interbancarias por las que se rige la operación de transferencia de fondos pueden figurar en un acuerdo bilateral entre dos bancos, aunque a menudo se enuncian en acuerdos interbancarios de carácter general o en las normas que rigen el funcionamiento de las cámaras de compensación o de otras redes. Dichas normas se aplican ya sea que el banco expedidor efectúe un pago en nombre propio (por ejemplo, si realiza un pago en el marco de una operación en moneda extranjera relacionada con su propia cuenta) o que lo haga para cumplir una orden de un cliente no bancario o de uno de sus bancos corresponsales. Del mismo modo, las normas se aplican con prescindencia de si el banco receptor tiene la intención de relacionar el crédito con una obligación del banco expedidor o con la de un banco que ha intervenido anteriormente en la cadena, o de asentar el crédito en la cuenta de un cliente no bancario del banco receptor o en la cuenta de uno de sus bancos corresponsales, posiblemente para su acreditación ulterior en la cuenta de uno de los clientes de dicho banco. La fuente original de la transferencia de crédito, el adquirente final y el propósito comercial repercuten en el contenido de algunos campos de datos de la orden de transferencia; sin embargo, no influyen en el procedimiento utilizado para efectuar la operación de transferencia de fondos y menos aún en las normas que determinan en qué momento adquiere carácter de definitiva.

27. Como se indicó en los párrs. 8 y 9, el carácter definitivo de una transferencia de crédito entre el transmitente y el adquirente puede depender del perfeccionamiento de la operación de transferencia interbancaria de fondos. Con todo, en muchos ordenamientos jurídicos se considera que la transferencia de fondos entre transmitente y adquirente sólo adquiere carácter definitivo una vez que se ha efectuado el trámite pertinente por lo que respecta al adquirente, por ejemplo, el envío de un aviso de crédito. Por consiguiente, es posible que medie un intervalo entre el momento en que se perfecciona la operación de transferencia interbancaria de crédito y aquél en que la transferencia de fondos adquiera carácter definitivo por lo que respecta al transmitente y al adquirente. En otros sistemas jurídicos es posible que la operación de transferencia de fondos entre ambos bancos no adquiera carácter definitivo hasta que la transferencia de fondos entre el transmitente y el adquirente se haya perfeccionado con arreglo a la norma pertinente.

28. Cuando intervienen tres o más bancos, las diferencias entre la transferencia de fondos del transmitente al adquirente y la operación de transferencia de fondos entre cada par de bancos se acentúan y adquieren mayor importancia. Las transferencias de sumas importantes entre tres o más bancos a menudo pasan por una cámara de compensación electrónica que se rige por normas precisas en lo tocante al momento en que la transferencia adquiere carácter definitivo con respecto al banco expedidor y al banco receptor. Si tanto el banco expedidor como el receptor intervienen en la transferencia del cliente en calidad de bancos intermediarios, es posible que la transferencia de fondos se perfeccione en lo que respecta a ese segmento de intermediación pese a que uno o más bancos diferentes deban intervenir en la transferencia antes de que ésta se reciba en el banco del adquirente.

29. Hay motivos para pensar que la transformación en definitiva de una operación de transferencia de fondos entre los bancos intermediarios extingue el derecho del banco expedidor a retirar la orden de transferencia. Por consiguiente, una vez que esa operación de transferencia de fondos se haya completado, la recepción ulterior por parte del banco expedidor de un aviso en el sentido de que el transmitente ha retirado la orden no repercutirá en la operación. Por lo mismo, tampoco influirán en ella el aviso del fallecimiento del transmitente, la iniciación del procedimiento de insolvencia en su contra o el embargo de su cuenta. Lo anterior da pie para pensar que, por su parte, el banco que actúa como receptor en la operación de transferencia de fondos tampoco tendría el deber de hacer llegar al adquirente del crédito ningún aviso al respecto, caso de que lo haya recibido. Si así fuera, el perfeccionamiento de una operación de intermediación en una transferencia de fondos también extinguiría los efectos jurídicos de los diferentes avisos mencionados con respecto a la transferencia de fondos en su conjunto. Para evitar ese resultado, tal vez convendría exigir que el banco del transmitente o el banco expedidor enviase el aviso directamente al banco del adquirente.

30. La rápida transformación en definitiva de una operación de transferencia de fondos tiene otro efecto, a saber, el de proteger al proceso de transferencia de fondos ante la posibilidad de que un banco intermediario no efectúe la liquidación correspondiente. Esta cuestión se analiza más adelante en los párrafos 97 a 99 y en el Anexo.

C. Cambios tecnológicos que repercuten en el perfeccionamiento de la transferencia

31. La evolución de la tecnología utilizada para tramitar las órdenes de transferencia documentadas había influido en las normas aplicables al perfecciona-

miento de las transferencias de fondos incluso antes del advenimiento de las técnicas modernas de transferencias electrónicas.

1. *Tramitación individual de órdenes documentadas*

32. Las normas tradicionales en materia de perfeccionamiento se elaboraron en el contexto de la tramitación individual de las órdenes de transferencia de fondos documentadas. La formulación de esas normas tendió a descansar en cuatro supuestos fácticos que eran aceptados, en general, por la mayoría de los sistemas bancarios. Dichos supuestos fácticos eran los siguientes:

a) En cada banco o sucursal bancaria se llevaban registros contables documentados, de las cuentas de los respectivos clientes. Los trámites pertinentes en lo tocante a las normas por que regían el perfeccionamiento (y las normas relativas al plazo dentro del cual el banco debía actuar), se efectuaban en cada sucursal.

b) Cada orden de transferencia de fondos se tramitaba tanto en el banco originario como en el banco destinatario como una partida individual y no como parte de un lote.

c) El flujo de trabajo exigía que cada sucursal comprobara y contabilizara las órdenes según se recibían y éstas debían tramitarse de manera uniforme; la tramitación de las órdenes se completaba con la contabilización de las cuentas y el envío de avisos, cuando procedía. En cualquier momento se podía determinar qué comprobaciones se habían hecho o qué decisiones se habían adoptado con respecto a una orden determinada y en todo momento se podía reconstruir la secuencia de recepción y aceptación de las órdenes mediante el examen de los registros contables.

d) El volumen de las operaciones era relativamente reducido, lo que permitía adoptar todas las medidas necesarias para atender o desatender las órdenes de transferencia de débito y de crédito el mismo día de la recepción. En virtud de las normas que regían el funcionamiento de las cámaras de compensación, la devolución de cualesquiera partida, por ejemplo, de órdenes de transferencia de débito desatendidas, debía efectuarse el mismo día, y las normas aplicables en materia de perfeccionamiento a menudo permitían cancelar los asientos correspondientes ese mismo día, pero no más tarde. Por lo que se refería a las órdenes recibidas demasiado tarde para que pudieran tramitarse el mismo día, se establecía a veces una hora de cierre. En los casos pertinentes, las órdenes recibidas después de la hora de cierre podían tramitarse como si se hubiesen recibido el día siguiente.

2. *Procesamiento por lotes*

33. El empleo de técnicas de procesamiento por lotes modifica varios de los supuestos prácticos en que solían basarse las normas clásicas para determinar el carácter definitivo de la operación:

a) A fin de beneficiarse de la eficiencia operacional que es posible alcanzar mediante la tramitación por lotes de grandes volúmenes de operaciones, se han establecido instalaciones centralizadas de procesamiento de datos. Las sucursales de los bancos ya no llevan registros de cuentas bancarias. Las distintas acciones que culminan en la atención o la desatención suelen estar distribuidas entre el centro de procesamiento de datos y las sucursales.

b) A fin de crear lotes homogéneos que posean las características requeridas, las órdenes se pueden acumular y transportar a la instalación de procesamiento de datos en forma periódica, en algunos casos únicamente al finalizar el día. Las órdenes de transferencia de fondos que deben ejecutarse en una fecha determinada pueden enviarse antes de la fecha de asiento a una cámara de compensación automática o al banco del adquirente para su tramitación anticipada. Ya no existe una relación fija entre el momento en que el banco recibe una determinada orden de transferencia, el momento en que se adopta explícita o implícitamente la decisión definitiva de atender o desatender la instrucción, el momento en que se consignan los asientos en los registros contables y aquel en que se perfecciona la transferencia. Las normas sobre la adquisición de carácter definitivo que se basaban en esa relación fija se vuelven difíciles de aplicar en la práctica.

c) La tramitación por lotes está concebida para dar curso a bajo costo a grandes volúmenes de operaciones más que para acelerar el proceso. Las transferencias de fondos que deben ejecutarse en fecha determinada pueden ser tramitadas anticipadamente por el banco del transmitente, la cámara de compensación automática o el banco del adquirente, a veces muchos días antes de la fecha de perfeccionamiento. Una orden de transferencia de fondos recibida durante el día para su tramitación inmediata puede tramitarse durante la noche. El personal bancario que atiende las cuentas de los clientes no verá hasta el día siguiente los impresos de computadora en que figuran las operaciones realizadas y los nuevos saldos de las cuentas. Por consiguiente, cuando se emplea la tramitación por lotes puede resultar difícil aplicar normas relativas a la ejecución que se basen en el supuesto de que todas las etapas de la tramitación tendrán lugar en un mismo día.

3. *Procesamiento en directo de datos*

34. Con la introducción del procesamiento en directo de datos recobran su validez algunos aspectos de las rutinas que se empleaban anteriormente para tramitar órdenes individuales. Cuando un banco tramita transferencias de fondos en directo, su computadora verifica la autenticidad de la orden y el estado de las cuentas de que se trata, y al mismo tiempo asienta débitos y créditos, provisionales o no. A consecuencia del procesamiento en directo de datos:

a) La anotación en directo de los débitos y créditos en las cuentas desde diversas sucursales, así como desde fuera de los locales bancarios, permite eliminar de las normas (y plazos) relativas al carácter definitivo de las transferencias, las limitaciones que imponía anteriormente la ubicación física del registro de cuentas en un solo lugar;

b) Cada transferencia de fondos se tramita en el propio banco y los asientos se hacen individualmente sin esperar a que se formen lotes con características apropiadas o a que las instrucciones se transporten materialmente al centro de procesamiento de datos. En los registros contables queda consignado permanentemente el orden en que se efectuaron las operaciones en directo, incluida la hora exacta si es preciso.

35. Cuando un sistema de procesamiento en directo de datos permite realizar asientos de débitos y créditos directamente en las cuentas pertinentes, desde el punto de vista de las normas sobre su carácter definitivo la situación práctica parece ser la misma que cuando los asientos se realizan en la forma documentada clásica, es decir, la determinación de si la transferencia de fondos tiene carácter de definitiva a todos los efectos dependería de si la norma pertinente establece que la transferencia ha adquirido dicho carácter en el momento de anotarse el débito o crédito o en otro momento.

36. En otros casos, los sistemas de procesamiento en directo de datos asientan los débitos y créditos en cuentas provisionales. Estas pueden luego refundirse con las cuentas ordinarias, ya sea después de ejecutarse la liquidación interbancaria o en cualquier otro momento que el banco considere apropiado. Entretanto, se puede programar la computadora para que, si es preciso consultar el saldo o el movimiento de la cuenta, presente la cuenta provisional en lugar de la ordinaria, de modo que la existencia de cuentas provisionales puede resultar difícil de percibir incluso para muchos de los empleados del banco. Sin embargo, hasta que los débitos y créditos se refunden en las cuentas ordinarias, la transferencia de fondos puede no tener carácter definitivo conforme a las normas basadas en el momento del asiento.

37. Cuando se combinan el procesamiento en directo y por lotes se hace difícil establecer prioridades entre distintas transferencias de fondos sobre la base del momento del asiento de los débitos o créditos. Asimismo, cabe señalar que las órdenes de transferencia que el banco originario tramita en directo pueden no obstante transmitirse diferidamente por lotes a otro banco o a una cámara de compensación automática. En este caso, es probable que el banco receptor tramite las órdenes por lotes.

4. *Terminales activadas por el cliente*

38. Las terminales sin conexión directa activadas por el cliente almacenan los datos sobre operaciones en dispositivos de memoria de computadora para su posterior procesamiento por lotes. En la mayoría de los casos, seguirían siendo apropiadas las normas ordinarias sobre perfeccionamiento aplicables a órdenes de transferencia que se tramitan por lotes. Sin embargo, es probable que se considere que la entrega de dinero en un expendedor automático de billetes, ya sea en directo o sin conexión, adquiere carácter definitivo en el momento en que se retira el dinero. En este caso, el asiento del débito en la cuenta del cliente constituiría únicamente un trámite contable destinado a dejar constancia de la operación. Ello estaría en armonía con las normas que determinan el momento en que adquieren carácter definitivo los cheques o las órdenes de transferencia de crédito que se atienden mediante pagos en dinero.

39. Si bien los sistemas de puntos de venta en línea permiten asentar de inmediato el crédito en la cuenta del comerciante (adquirente) y el débito en la cuenta del comprador (transmitente), algunos sistemas de puntos de venta que permiten verificar en directo la autenticidad de la orden de transferencia y el saldo de la cuenta del transmitente tardan dos o más días en debitar la cuenta del transmitente, para que éste se beneficie de un período previo al débito análogo al que habría transcurrido anteriormente si hubiera pagado al comerciante con un cheque. También es posible diferir la acreditación al comerciante durante un período que puede ser el mismo que se deja transcurrir antes de debitar la cuenta del transmitente. De ese modo, en la mayoría de los regímenes jurídicos, la aplicación de las normas usuales conduciría a la conclusión de que la transferencia de fondos no adquiere carácter definitivo hasta la correspondiente fecha de asiento.

40. Cuando sólo se ha diferido el asiento del débito cabría considerar, según determinadas normas en la materia, que la transferencia tiene carácter definitivo si se trata de una transferencia de crédito, pero no si la transferencia es de débito. Si sólo se ha diferido el asiento del crédito se obtendría el resultado opuesto. A su vez, la determinación de si la transferencia ha sido de débito o de crédito podría depender de si la orden de transferencia dada desde la terminal del punto de venta hubiese pasado primeramente por el banco del comprador (transferencia de crédito) o por el banco del comerciante (transferencia de débito). Pero si la orden se ha enviado a un conmutador que simultáneamente ha transmitido el crédito al banco del comerciante y el débito al banco del comprador, la transferencia no podría asignarse ni a la categoría de transferencia de débito ni a la de transferencia de crédito, y se perdería esta base analítica para determinar cuándo adquiere carácter definitivo la operación.

5. *Garantía de pago otorgada por el banco del transmitente*

41. Los sistemas de tarjetas de crédito y de cheques garantizados —como el de Eurocheque—, así como los sistemas electrónicos de puntos de venta con débito diferido, están generalmente programados para que, si se han seguido los procedimientos establecidos, se acredite al adquirente (comerciante) la suma contenida en la orden de transferencia de débito aun cuando exista la posibilidad de que dicha orden resulte ser fraudulenta. Esos procedimientos comprenden el requisito de debida identificación del transmitente y en algunos casos el de que el adquirente (comerciante) reciba una autorización del banco del transmitente (o de la red pertinente) antes de proseguir con la operación.

42. La garantía de pago crea un híbrido jurídico en la legislación relativa a transferencias de fondos. Una de las

consecuencias directas de dicha garantía es que, según el acuerdo contractual, el banco del transmitente está irrevocablemente obligado ante el adquirente y su banco a ejecutar la orden de transferencia de débito a su presentación. Otro elemento necesario del contrato es que el transmitente renuncie a todo derecho que de otra manera le asistiría, en virtud de la legislación aplicable a transferencias de fondos, a retirar la orden de transferencia de débito. En los casos en que la legislación de protección del consumidor salvaguarda el derecho del transmitente a revocar la orden de transferencia de débito durante un período determinado, impidiendo que el banco del transmitente pueda durante ese período debitar irrevocablemente la cuenta de éste basándose en esa orden la garantía del banco del transmitente ante el adquirente y su banco está forzosamente sujeta a una limitación análoga.

43. Sin embargo, en los casos en que la garantía del banco del transmitente es total e irrevocable, la situación jurídica podría considerarse equivalente a la resultante de la aceptación de una letra de cambio (o a la certificación de un cheque, en los países en que tal certificación está permitida). Por otra parte, la situación jurídica sería análoga a la que se presenta en muchos regímenes jurídicos en que una transferencia de fondos adquiere su carácter definitivo en el momento en que el banco del transmitente se compromete irrevocablemente a efectuar la liquidación al banco del adquirente mediante, por ejemplo, la emisión al banco del adquirente de su propia orden irrevocable de transferencia de fondos, como un cheque o un pago bancarios. Sobre la base de esta comparación, es dable imaginar que una garantía de pago puede dar lugar a otras consecuencias relacionadas con la adquisición de carácter definitivo, como el hecho de que la suma de la cuenta del transmitente sujeta a embargo se reduciría en un monto igual al de la transferencia garantizada, aun cuando la cuenta no hubiese sido todavía debitada.

6. *Tarjetas con microcircuitos*

44. Como no se ha generalizado todavía el uso de las tarjetas con microcircuitos para las transferencias de fondos, las repercusiones de esta nueva tecnología en la normativa sobre el carácter definitivo de las operaciones deben ser puramente especulativas. No obstante, parecería que si las tarjetas se utilizan simplemente para facilitar un medio de identificación del transmitente más seguro que el disponible en la actualidad, no se verá afectada directamente la ley que rige las transferencias de fondos, incluso las normas sobre su perfeccionamiento. Esto sería cierto tanto si la transferencia de fondos fuese en directo como sin conexión. De igual manera, si se utiliza un sistema sin conexión directa y la tarjeta está programada para autorizar una cantidad dada de compras (sin lugar a dudas con una garantía de pago por parte del banco del transmitente), pero el asiento del débito en la cuenta del transmitente y del crédito en la cuenta del adquirente se efectúa solamente cuando ya se ha hecho la compra, las normas sobre carácter definitivo serían, al parecer, las mismas que se aplicarían cuando existe una garantía de pago.

45. Un tercer procedimiento de transferencia mediante tarjetas con microcircuitos plantea cuestiones más difíciles respecto de las normas pertinentes sobre carácter definitivo. Conforme a este procedimiento, el banco del transmitente carga en la tarjeta un valor determinado. El transmitente puede enviar efectivo a su banco, pero, por lo común, se debita su cuenta por esa suma en el momento en que se carga la tarjeta. A medida que se utiliza la tarjeta para comprar bienes o servicios, el valor disponible en la tarjeta es reducido por los terminales en los puntos de venta de los comerciantes. El banco del adquirente acredita la cantidad de la compra al adquirente (comerciante) en directo o, lo que es más probable, sin conexión directa. Por lo tanto, en virtud de este procedimiento, toda la transferencia de fondos consta de dos etapas, a saber, la carga de la tarjeta con un valor y el empleo del valor contenido en la tarjeta para comprar bienes y servicios. Puede considerarse que estas dos etapas son dos operaciones independientes o una sola operación que se produce en dos momentos distintos. En virtud de cualquiera de estos criterios, el crédito en la cuenta del adquirente tendría carácter definitivo al mismo tiempo, es decir, solamente en el momento de la compra de los bienes o servicios o después. No obstante, el débito en la cuenta del transmitente podría juzgarse definitivo ya fuese en el momento en que se cargase la tarjeta con el valor y se debitase la cuenta, ya en el momento en que se utilizase la tarjeta para comprar los bienes o servicios.

46. Por una parte, podría considerarse que el débito en la cuenta del transmitente adquiere carácter definitivo sin tener en cuenta su utilización de la tarjeta si la carga de la tarjeta por el banco del transmitente y el correspondiente débito de la cuenta del transmitente fuesen considerados como el equivalente de una retirada de efectivo por el transmitente o de una venta a éste de cheques de viajero o fichas no monetarias para su utilización en medios de transporte público o en teléfonos públicos. Aunque el transmitente conserve el mismo valor monetario, éste tiene una forma distinta.

47. En cambio, podría considerarse que la tarjeta constituye una cuenta del transmitente en el banco del transmitente en una forma especial. Si se adopta este criterio sobre la operación, cabría considerar que la tarjeta constituye una cuenta por separado o una modalidad especial de la cuenta original. Si la tarjeta constituyese una cuenta por separado, el débito en la cuenta original adquiriría carácter definitivo cuando se cargase la tarjeta. El débito en la cuenta contenida en la tarjeta que se deriva de la compra de bienes o servicios adquiriría probablemente carácter definitivo en el momento de la compra cuando el saldo del valor en la tarjeta de que dispone el transmitente para su uso fuese reducido por el terminal en el punto de venta. Si la tarjeta constituyese una forma especial de la cuenta original, el débito en la cuenta original adquiriría carácter definitivo en el momento de la compra. En uno y otro caso el valor no utilizado contenido en la tarjeta constituiría un crédito del cliente contra el banco. Parecería que el banco podría compensar sus créditos con ese valor. Además, dicho valor estaría aparentemente comprendido en un eventual embargo de los

créditos del cliente contra el banco, por lo que éste se vería en ese caso obligado a tomar medidas para impedir la ulterior utilización de la tarjeta.

7. *Telecomunicación de órdenes de transferencia de fondos de computadora a computadora*

48. La transmisión de órdenes de transferencia de fondos entre bancos mediante telecomunicación de computadora a computadora no afecta por sí mismo a la conveniencia de las normas sobre su carácter definitivo. No obstante, la disponibilidad cada día mayor y el costo decreciente de las telecomunicaciones de computadora a computadora ha sido una de las causas del gran aumento del volumen de fondos transferidos, especialmente por las redes en las que se mueven sumas importantes. El empleo por los clientes de servicios de gestión de dinero en efectivo, por ejemplo, crea transferencias que no se hubiesen producido en una época anterior. En consecuencia, existe un mayor riesgo para el sistema bancario y para toda la economía que se deriva del gran número de transferencias de fondos que no tienen todavía carácter definitivo. En los párrs. 97 a 99 y en el Anexo a este capítulo se examinan algunas medidas en estudio para hacer frente a este problema.

D. Consecuencias del perfeccionamiento de las transferencias

1. *Normas generales que otorgan prioridad a la transferencia de fondos*

49. Varias normas generales otorgan al adquirente derechos al crédito que resulta de la transferencia de fondos antes de que la transferencia adquiera carácter de definitiva. La más completa de esas normas generales es la norma francesa de que la expedición de un cheque transfiere la provisión al tenedor de un cheque (v.g.: el adquirente). A consecuencia de esta norma, el adquirente prevalece normalmente sobre un tercer demandante cuya demanda contra la cuenta del transmitente hubiese surgido después de la expedición del cheque. No obstante, aunque el adquirente prevalezca sobre terceros demandantes, la propia transferencia de fondos no es definitiva hasta que el cheque haya sido pagado.

50. Una norma general de aplicación más limitada establece que debe permitirse que el banco del transmitente o un banco intermediario cumplimente la transferencia de fondos si se ha comprometido irrevocablemente a atender la orden del transmitente. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si el banco acepta una letra de cambio (o certifica un cheque, si así lo permite la ley aplicable). También puede ocurrir cuando el banco de un transmitente liquida una transferencia de fondos mediante la expedición de su propia promesa irrevocable de pago como, por ejemplo, un cheque bancario o un pago bancario. La política que motiva esta norma es que el banco que se compromete a atender la orden de transferencia de fondos o a pagarla debería poder reembolsarse de la cuenta del transmitente pese a la creación intermedia de derechos de terceros en la cuenta. Al parecer, esta política sería también aplicable a las transferencias de fondos realizadas a través de una cámara de compensación si el banco expedidor garantiza la liquidación al banco receptor y a los planes de garantía de pago de órdenes de transferencia de débito, como se examina en los párrafos 41 a 43.

2. *Conflictos específicos en materia de prioridad*

a) *Efecto de los derechos de terceros sobre la transferencia de fondos*

51. La normativa jurídica que rige las consecuencias para la cuenta del transmitente de la muerte de éste, de la iniciación de procedimientos para hacer declarar su insolvencia o del embargo de su cuenta se encuentra en su mayor parte o por entero fuera de la legislación que rige las transferencias de fondos. Estas normas jurídicas crean derechos a favor de terceros que pueden competir con los derechos reivindicados por el adquirente. En consecuencia, resulta a menudo difícil acomodar la ley que rige el derecho de terceros y la aplicable a la propia transferencia de fondos.

52. El conflicto de prioridades entre el derecho de terceros y los derechos derivados de la transferencia de fondos puede producirse de diversas formas. La ocasión más directa de conflicto se da entre el tercero demandante y el adquirente que afirma que la transferencia de fondos era definitiva antes de que naciese el derecho del tercero. Si el adquirente ya ha utilizado el crédito, su banco puede subrogarse en la pretensión del adquirente. En muchos casos, el conflicto inmediato se produce entre entre el tercero demandante y el banco del transmitente, que pretende que los derechos del tercero en la cuenta del transmitente nacieron después de que el crédito hubiese sido transferido desde esa cuenta. Este aspecto tiene particular importancia cuando el banco del transmitente tiene pocas probabilidades de recuperar el crédito de manos del adquirente.

i) *Muerte del transmitente*

53. En algunos sistemas jurídicos, la muerte del transmitente puede extinguir toda facultad de actuar en nombre suyo o en atención a sus órdenes en el momento en que se produce la muerte. Aunque a menudo se explique esta norma como la extinción automática del mandato entre el transmitente y el banco o bancos que ejecutan la transferencia de fondos, al parecer sería también aplicable en aquellos sistemas jurídicos en que el banco o bancos que efectúan la transferencia de fondos por orden del transmitente no se consideran mandatarios suyos. No obstante, en muchos sistemas jurídicos, la facultad del banco cesa sólo cuando se le notifica el deceso. Además, como en la inmensa mayoría de los casos el transmitente es solvente en el momento de la muerte y la transferencia de fondos suele tener como fin el cumplimiento de una obligación que habría de cumplirse incluso después de su muerte, algunos sistemas permiten que el banco del transmitente continúe atendiendo las órdenes de transferencia de fondos del transmitente durante un tiempo incluso

después de notificada su muerte a menos que reciban contraórdenes de un heredero o, en algunos países, de cualquier persona que pretenda tener interés en la cuenta.

ii) *Iniciación de procedimientos para hacer declarar la insolvencia del transmitente*

54. La incoación de procedimientos de insolvencia contra el transmitente crea una situación jurídica más compleja que su muerte debido a la gran diversidad de las normas que rigen la insolvencia en los distintos países. Esta situación crea problemas jurídicos particularmente difíciles para un adquirente que resida en un país distinto del país en que tienen lugar los procedimientos de insolvencia contra el transmitente. Con todo, un elemento en común con la situación jurídica que se plantea con la muerte del transmitente es que la incoación de los procedimientos de insolvencia extingue normalmente la facultad del banco del transmitente de atender órdenes de transferencia de fondos que no hayan adquirido todavía carácter definitivo. Dada la firme inclinación a conservar los activos restantes del insolvente para distribuirlos entre sus acreedores de conformidad con la prelación legal, en algunos países la facultad del banco del transmitente de atender órdenes de transferencia se extingue cuando se inician los procedimientos dirigidos a declarar la insolvencia, incluso aunque el banco no hubiese recibido aviso de esos procedimientos.

iii) *Incapacidad jurídica del transmitente*

55. Es posible que un transmitente no tenga todavía capacidad jurídica para expedir órdenes de transferencia de fondos o que la pierda por haber sido condenado por ciertos delitos, por ser declarado insano, por habérsele nombrado un administrador judicial o por motivos análogos. Cuando la incapacidad jurídica se deriva de la minoría de edad, la demencia declarada o causas similares, el deseo de proteger de sus propios actos a la persona incapaz puede exigir la revocación de transferencias de fondos que por lo demás parecerían ser definitivas. Cuando el transmitente es jurídicamente incapaz debido a su condena por un delito, parecería incongruente no permitir que el adquirente se beneficiase de una transferencia de fondos en curso de tramitación.

iv) *Embargo de la cuenta del transmitente*

56. Normalmente, el embargo de la cuenta del transmitente surte efecto desde que se notifica al banco del transmitente. Salvo en el caso de la expedición de un cheque en Francia, en virtud de la cual la provisión se traspasa al tenedor del cheque, el embargo tendría normalmente preferencia respecto de una transferencia de débito que no hubiese adquirido carácter definitivo antes de que surtiese efecto la medida judicial. No obstante, cuando el débito de la cuenta del transmitente se asienta primero de forma provisional, el embargo de la cuenta durante el período de revocabilidad puede llegar demasiado tarde incluso aunque no se considere todavía definitiva la transferencia de fondos.

57. En el caso de una transferencia de crédito, en algunos sistemas jurídicos la medida cautelar llegaría demasiado tarde si ya se hubiese debitado la cuenta del transmitente. Pero en otros, puede considerarse que el crédito está todavía sujeto a la medida puesto que la transferencia de crédito no sería definitiva por el mero asiento del débito en la cuenta del transmitente. En ese caso, el banco del transmitente tendría que realizar esfuerzos razonables para evitar el perfeccionamiento de la transferencia de crédito informando al banco del adquirente de la disposición judicial.

58. Pueden plantearse cuestiones de difícil solución sobre la obligación del banco del transmitente respecto de una transferencia de crédito efectuada a través de un banco intermediario. Como el banco del transmitente conoce el nombre del banco del adquirente y todos los detalles de la transferencia, podría enviar el aviso directamente al banco del adquirente. No obstante, como no existe relación directa entre el banco del transmitente y el banco del adquirente cuando se han utilizado bancos intermediarios, tal vez no quede claro qué obligación tendría el banco del adquirente de actuar conforme al aviso enviado por el banco del transmitente. Estos problemas serían especialmente difíciles en el caso de una transferencia internacional de fondos en el que el banco del transmitente y el banco del adquirente estuviesen sujetos a normas distintas sobre el carácter definitivo de las operaciones y segmentos intermedios de la transferencia de fondos hubiesen adquirido carácter definitivo en virtud de las disposiciones que rigen las operaciones de transferencia de fondos entre los bancos intermediarios.

59. En consecuencia, podría suponerse que el banco del transmitente debería tal vez realizar esfuerzos razonables para detener el perfeccionamiento de la transferencia o, de no haber realizado tales esfuerzos, tendría que demostrar que hubieran fracasado.

v) *Retirada de la orden de transferencia de fondos por el transmitente*

60. De conformidad con los principios jurídicos generales, una persona puede retirar (o revocar) órdenes o autorizaciones para actuar que haya dado a otra hasta el momento en que se hayan cumplido las instrucciones o se haya hecho uso de la autorización. Con arreglo a estos principios, en algunos países el transmitente puede retirar de su banco la autorización de atender una orden de transferencia de fondos hasta el momento en que la transferencia sea definitiva. No obstante, la autorización o las órdenes pueden ser irrevocables si así se ha establecido expresamente. Cuando el mandato es en beneficio de un tercero o del mismo mandatario, cabe limitar el derecho del principal a retirar la autorización de actuar para proteger al mandatario o al tercero. Por lo tanto, como una autorización permanente para debitar puede estar concebida en beneficio del adquirente, es posible que el transmitente necesite la aprobación del adquirente para retirar la autorización o que el adquirente necesite que se le dé un aviso apropiado para estar seguro de que puede recibir el dinero que se le debe. Cuando el beneficiario es el mismo banco, la autorización para debitar puede ser irrevocable sin su consentimiento.

61. La retirada por parte del transmitente de una orden de transferencia de fondos ocasiona al banco del transmitente muchos de los mismos problemas que la retirada de la autorización de atender la orden de transferencia por motivo de la aparición de derechos de terceros. En ambos casos, el banco del transmitente debe notificar a su propio personal la retirada de la autorización y, en el caso de una transferencia de crédito, se le puede exigir que trate de notificar al banco del adquirente para que no acredite la cuenta del adquirente.

b) *Avisos dados a un banco*

62. Las normas que extinguen la autorización del banco para actuar al recibir un aviso pueden indicar también la forma del aviso y la información que éste debe contener, la persona que ha de recibir el aviso en nombre del banco y si el aviso tiene efecto inmediato sobre la autorización del banco para actuar o si el banco tiene tiempo de comunicar el aviso interiormente.

63. En algunos sistemas jurídicos, un aviso verbal de la defunción, de la incoación de procedimientos de insolvencia o de la retirada de una orden de transferencia de fondos puede bastar para exigir que el banco detenga toda transferencia en tramitación. El aviso verbal puede ser válido durante un plazo limitado y estar sujeto a confirmación mediante aviso posterior por escrito. En la mayoría de los sistemas jurídicos, un aviso por escrito de la retirada de una orden de transferencia de fondos puede ser informal y transmitirse por telecomunicación. El embargo de una cuenta tendría lugar siempre por escrito en forma legal.

64. En un aviso transmitido a un banco del transmitente de que todas las transferencias de fondos de un transmitente concreto han de detenerse, sólo es preciso indicar con exactitud la cuenta o cuentas afectadas por el aviso. En el caso de una transferencia de crédito en la que se puede exigir al banco del transmitente que notifique a otros bancos la muerte, la iniciación de procedimientos de insolvencia o el embargo, el banco del transmitente dispondría de toda la información pertinente.

65. Un aviso de un transmitente por el que retira solamente una o más órdenes concretas de transferencia de fondos debe ser más preciso, puesto que debe describir la orden u órdenes de transferencia afectadas con precisión razonable, además de identificar la cuenta. Esta exigencia puede plantear graves dificultades cuando se expiden grandes cantidades de órdenes contra la cuenta o cuando los registros de la cuenta se guardan en computadora. No obstante, un aviso que contenga un error tipográfico o de otra índole puede bastar para alertar a un empleado del banco que trabaje con registros de cuentas en forma visible. Sin embargo, dada la semejanza de los datos en muchas órdenes de transferencia, si el aviso de retirada asentado en la computadora no coincide exactamente con la orden en todos los detalles esenciales, es posible que la computadora no pueda localizar la orden en cuestión excepto rechazando en un principio todas las órdenes de transferencia que sean similares a la que se retira y sometiéndolas a examen individual por el personal del banco. Ese procedimiento puede resultar excesivamente costoso.

66. Todos los avisos a un banco que se están examinando surtirían efectos jurídicos sólo desde el momento en que el banco los recibe. Si el banco tiene varias oficinas, posiblemente haya que notificar precisamente aquella donde se mantiene la cuenta. A menos que la persona facultada para recibir el aviso esté en realidad encargada de darle curso, el banco necesitará un plazo razonable para comunicar este aviso dentro de la institución antes de que el mismo produzca algún efecto práctico, con independencia de los efectos jurídicos que pueda generar antes de ese momento. Además, si para dar curso al aviso se necesita comunicarlo a otros bancos, ello podría precisar un plazo adicional. Cabría que la ley tuviese en cuenta esta necesidad de un plazo para comunicar el aviso dentro del banco o a otros bancos al determinar el momento en que dicho aviso produce efectos jurídicos.

67. El plazo que debe concederse al banco para comunicar el aviso antes de que éste comience a surtir efectos jurídicos puede formularse sólo en términos generales, tales como el que necesitaría razonablemente cualquier banco para comunicar el aviso, o el que necesitaría razonablemente un banco, habida cuenta de su sistema de comunicación interna. Con la generalización en los bancos de instalaciones que permiten acceder directamente "en línea" a los registros contables de sus clientes, el plazo que se otorga a todos los bancos para comunicar los avisos se reduciría.

68. Una de las consecuencias de la tramitación en lote y fuera de línea de las órdenes de transferencia de fondos es que se reducen las posibilidades de que el banco (o la cámara de compensación automática) pueda retirar una orden de transferencia concreta del proceso de elaboración, tras recibir un aviso en ese sentido. Como en la mayoría de los sistemas de tramitación en lote fuera de línea no es posible localizar una orden determinada sin incurrir en grandes gastos, las cámaras de compensación automáticas no permiten con frecuencia el retiro de una orden una vez enviado o recibido el dispositivo de memoria de computadora, aunque algunas lo permitan por un plazo antes del comienzo de la elaboración. Del mismo modo, las normas que rigen la presentación de órdenes de transferencia de débito en cumplimiento de autorizaciones permanentes para debitar a menudo no facultan a retirar la autorización dentro de un cierto plazo anterior a la presentación proyectada de una orden de transferencia de débito. Sin embargo, cuando las órdenes de transferencia de fondos en lote están contenidas en discos ópticos, las dificultades mencionadas para localizar órdenes de transferencia de fondos concretas desaparecen. En consecuencia, desde el punto de vista técnico se ha vuelto factible permitir el retiro de la orden dentro de un plazo más largo. Cabría que estas nuevas posibilidades técnicas se tuviesen en cuenta en las normas que rigen el plazo dentro del cual el transmitente o el banco del transmitente pueden retirar la orden de transferencia.

3. *Cancelación de las transferencias de fondos por error*

69. Después de que el banco ha debitado en la cuenta del transmitente o acreditado en la cuenta del adquirente, puede percatarse a continuación que ha cometido un error al transferir los fondos, o que este error ha sido cometido por otro banco u otro de los que intervienen en dicha transferencia. Se plantea la cuestión de determinar si el banco puede rectificar dicho error o si está imposibilitado de hacerlo en virtud de lo definitivo de la transferencia.

70. Las normas jurídicas que postergan el momento en que la transferencia de fondos adquiere carácter definitivo conceden a los bancos un plazo adicional para localizar el problema y desatender la orden antes de que la transferencia se vuelva definitiva. Como se ha señalado precedentemente, una forma de demorar el perfeccionamiento de la operación consiste en permitir que los bancos asienten los débitos y los créditos con carácter provisional hasta que hayan verificado la autenticidad de las órdenes, la exactitud del procesamiento de los datos y la garantía de que el banco recibirá un valor de su parte deudora. Una vez que la transferencia adquiere carácter definitivo, la cancelación de los cargos o abonos asentados por los bancos está sujeta a restricciones en grados diversos.

a) *Cancelación del débito a pedido del transmitente*

71. Si el banco del transmitente había recibido un aviso de que existía fraude en la emisión de las órdenes de transferencia de fondos y consecutivamente las hubiera atendido, responderá normalmente por las pérdidas causadas. Sin embargo, no se exige que el banco del transmitente cancele los débitos en la cuenta del transmitente con respecto a los fondos transferidos que ya han adquirido carácter definitivo. En tales casos, el banco está protegido en mayor o menor medida por principios jurídicos de aplicación general según los cuales la responsabilidad por las pérdidas ocurridas entre el transmitente y el banco recae total o parcialmente en el transmitente. Por ejemplo, si un empleado deshonesto del transmitente ha hecho que se emitiesen una serie de órdenes fraudulentas de transferencia de fondos, el transmitente puede tener el derecho de ordenar al banco que no atienda las órdenes que no se hayan cumplimentado todavía, pero no está facultado para exigirle que cancele los débitos en su cuenta con respecto a las órdenes ya atendidas.

72. Un problema especial se plantea cuando el transmitente notifica a su banco, en debida forma y en tiempo oportuno, que retira la orden de transferencia de fondos, y a continuación el banco del transmitente, por error, cumplimenta esta orden. Otra variante del problema surge cuando el banco del transmitente ya ha expedido la orden de transferencia de crédito al siguiente banco de la cadena antes del retiro de la orden por parte del transmitente, y este banco no toma las medidas necesarias para impedir que el banco del adquirente la atienda. Aun cuando el transmitente puede estar actuando correctamente con arreglo a las normas jurídicas, puede considerarse que esta emisión y retiro ulterior de su orden de transferencia de fondos crea una situación en la que el banco del transmitente está más expuesto que de costumbre al riesgo de cometer un error. Además, si el transmitente debía al adquirente la suma transferida, en muchos sistemas jurídicos el perfeccionamiento de la transferencia de fondos se imputaría al cumplimiento de esa obligación, aun cuando las normas jurídicas permitieran que el transmitente retirara su orden antes de haberse atendido.

73. Un criterio sobre esta situación insiste en que el banco debe cumplir las órdenes correctas de sus clientes. Por ende, cuando una orden de transferencia de fondos se haya retirado en tiempo oportuno y en debida forma, debería exigirse al banco del transmitente que cancelase cualquier débito asentado en la cuenta del transmitente. Además, como no se ha transferido valor alguno de la cuenta del transmitente, habría que anular también cualquier crédito ya asentado en la cuenta del adquirente. De no ser así, el transmitente se beneficiaría con la cancelación de su obligación hacia el adquirente sin que se le asiente el débito correspondiente. La anulación del débito en la cuenta del transmitente y del crédito en la cuenta del adquirente restablece a todas las partes en la situación en que habrían estado si el banco del transmitente hubiera dado curso al retiro de la orden de transferencia de fondos solicitado por el transmitente. Sin embargo, si la transferencia de fondos tenía por fin cancelar una obligación válida del transmitente hacia el adquirente, esta obligación quedaría subsistente y se necesitaría una nueva transferencia de fondos para cancelarla. Por ende, un segundo criterio sostiene que, aunque en principio el banco del transmitente estaría obligado a cancelar el débito en la cuenta del transmitente, si el banco demostraba que el adquirente estaba autorizado frente al transmitente a retener los fondos, podría mantener el cargo en la cuenta del transmitente.

b) *Recuperación del crédito en una transferencia de débito a pedido del banco del transmitente*

74. Si se excluyen las relativamente pocas órdenes de transferencia de débito que se envían al banco del transmitente sólo para su cobro, en general este banco reconoce un crédito provisional por todas las órdenes de transferencia de débito presentadas al banco que las presente. Este crédito provisional no significa que la transferencia de fondos sea definitiva. Por ende, puede cancelarse dicho crédito provisional si la transferencia de débito se desatiende en debida forma y dentro del plazo admisible.

75. Además, en la gran mayoría de los casos en que el banco del transmitente podría haberse negado a atender una orden de transferencia de débito documentada, tiene el derecho de recuperar el crédito del banco que la presentó (y por ende, del adquirente) aun cuando la transferencia de fondos haya adquirido carácter definitivo. La principal excepción es que el banco del transmitente, en la mayoría de los países, no puede recuperar un crédito que se ha vuelto irrevocable en razón de que el saldo de la cuenta del transmitente era

insuficiente cuando se asentó el débito en esa cuenta. Por lo demás, en los países de derecho anglosajón, así como en algunos países de tradición romanística, el banco del transmitente no puede cancelar el crédito concedido a alguna de las partes de buena fe en pago de un cheque o letra de cambio en que figure una falsificación de la firma de su cliente como librador. En estos países el truncamiento de cheques con presentación electrónica plantea el problema de si el banco del transmitente estará sujeto a esta norma general o si debería modificarse la ley para librar de esta responsabilidad al banco del transmitente.

76. Este problema se plantea de manera un poco distinta si se refiere a transferencias de débito realizadas en cumplimiento de una autorización permanente para debitar. Si el banco del adquirente o el adquirente tienen tal autorización, dos supuestos habituales en algunos países, el banco del transmitente no puede saber si la orden de transferencia de débito está debidamente autorizada, a menos que el transmitente presente un reclamo sobre el débito que figura en su cuenta cuando recibe extracto del movimiento de su cuenta que abarque el período de que se trata. Por ende, es común que en estos sistemas el banco del adquirente garantice al banco del transmitente que la orden de transferencia de débito está debidamente autorizada y que reembolsará al segundo en el caso de alguna transferencia impugnada. A su vez, se exige que el adquirente garantice el reembolso al banco del adquirente.

c) *Recuperación del crédito en una transferencia de crédito*

77. En muchos sistemas jurídicos, una vez que la transferencia de fondos toma carácter definitivo, el banco del adquirente no puede cancelar el abono de la cuenta del adquirente basándose en que no ha recibido el saldo de la liquidación. Si en el momento en que el banco del adquirente pone el crédito a disposición de dicho adquirente la liquidación no fuera segura, puede asentarse el crédito con carácter provisional o tomarse otras medidas para impedir que la transferencia de fondo se vuelva definitiva.

78. En varios países en que las transferencias de crédito no han sido la vía normal de las transferencias de fondos interbancarias, se ha puesto en duda la existencia de teorías jurídicas adecuadas que permitan al banco del adquirente recuperar del adquirente el crédito asentado por error. Se habla de un crédito asentado por error, por ejemplo, cuando el banco del adquirente acredita un monto mayor de lo correspondiente, acredita dos veces la misma transferencia o lo hace en una cuenta equivocada. Sin embargo, en la mayoría de los sistemas jurídicos queda claro que, en general, el banco del adquirente puede recuperar los créditos establecidos por error. En algunos sistemas jurídicos, el banco tiene derecho a corregir los créditos asentados erróneamente debitando la cuenta del transmitente aunque el crédito haya adquirido carácter definitivo, pero sólo puede corregir los errores cometidos por un transmitente o un banco expedidor con el permiso expreso del adquirente.

d) *Derecho del banco a recuperar el crédito mediante la cancelación del asiento*

79. En algunos países un banco tiene el derecho de resarcirse de un crédito asentado por error cancelando el abono sin necesidad de permiso expreso del adquirente. Esta facultad puede ejercitarse durante un número limitado de días después de que la transferencia de fondos adquirió carácter definitivo o hasta que se notifique el crédito al adquirente. Excepcionalmente, el derecho unilateral del banco de corregir errores puede no estar sujeto a plazos. Sin embargo, en muchos sistemas jurídicos se permite al banco del adquirente que corrija el error mediante la cancelación del crédito sólo con la autorización expresa del adquirente. Si éste no la concede, el banco del adquirente sólo podría reembolsarse entablando acciones judiciales.

80. El banco del transmitente o el banco intermediario tienen esencialmente el mismo derecho que el banco del adquirente de corregir un error mediante la anulación del crédito. Sin embargo, puede impedirse que el banco anule el crédito al banco receptor sin su permiso, a menos que éste no haya acreditado aún a favor de la parte acreedora o que pueda garantizar el reembolso por esta parte acreedora. En algunos casos, las normas que rigen el perfeccionamiento de las operaciones de transferencia de fondos entre dos bancos intermediarios pueden excluir el reembolso mediante cancelación del crédito, aun cuando la transferencia entre el transmitente y el adquirente no tenga todavía carácter definitivo.

4. *Disponibilidad de fondos*

81. Aunque puede que no exista relación jurídica directa entre el carácter definitivo de la transferencia de fondos y la disponibilidad de los fondos para el adquirente, el carácter definitivo de la transferencia con respecto al adquirente suele ser uno de los factores que determinan el momento en que los fondos quedan disponibles. Es importante también diferenciar entre el momento en que los fondos están disponibles para el banco del adquirente y el momento en que lo están para el adquirente. Debe también distinguirse el momento en que se ponen los fondos a disposición del adquirente del momento en que estos fondos comienzan a devengar intereses. En algunos sistemas bancarios estos dos momentos coinciden, pero en muchos otros los fondos pueden estar disponibles para el uso uno o más días antes de que empiecen a devengar intereses en la cuenta, o pueden empezar a devengar intereses antes de estar disponibles para su utilización por el cliente.

82. Cabe suponer que toda norma sobre disponibilidad concede al banco del adquirente el tiempo suficiente para tramitar las órdenes de transferencia de fondos. En consecuencia, incluso un depósito en efectivo en una cuenta puede no dar el derecho a retirar el crédito resultante hasta el día siguiente, si el comprobante de depósito se contabilizara sólo después del cierre de las actividades. Mediante el uso de terminales en línea en muchas de las actividades de transferencia de fondos, entre ellas la recepción de depósitos pueden suprimirse

en algunos bancos las causas que demoran la puesta a disposición de los fondos. Sin embargo, un depósito en efectivo en un cajero automático, aun cuando el depositante lo registre en línea, no estaría normalmente disponible de inmediato, pues el banco necesita que su personal cuente y verifique el depósito.

83. El momento en que se ponen los fondos a disposición del adquirente suele determinarse con arreglo a las prácticas del banco de este último y raramente está regido por el contrato entre el adquirente y su banco o por las disposiciones de la ley. Sin embargo, en algunos casos y especialmente cuando se trata de cuentas en las que ingresan o de las que egresan transferencias por sumas importantes, o que forman parte de un programa de gestión de caja, pueden negociarse contratos personales que prevean, entre otros asuntos, el momento en que los fondos estarán disponibles para el cliente. En unos pocos Estados, los plazos máximos en que deben estar disponibles los fondos en algunos tipos de transferencias están fijados por la ley.

84. Aunque el adquirente es el principal interesado en poder disponer de los fondos, esto también puede incumbir al transmitente que, por diversas razones, necesite asegurarse de que el adquirente tendrá la libre disposición de los fondos en un momento determinado. El transmitente puede difícilmente determinar el momento en que los fondos estarán disponibles para el adquirente en una transferencia de débito, por ser el segundo quien inicia el proceso de transferencia de fondos con su banco. El transmitente tiene más posibilidades de vigilancia en una transferencia de crédito, pues es quien elige la fecha en que comienza la transferencia de fondos y puede fijar una "fecha de pago".

85. No está claro cuál es la significación jurídica de la fecha de pago en una transferencia de crédito. Como se señaló en las deliberaciones sobre el plazo en que el banco debe dar curso a la orden de transferencia de fondos, si la definición contenida en el documento ISO/DIS/7982, que establece como fecha de pago la "fecha en que se han de poner los fondos a la disposición del beneficiario [adquirente] para su retiro en efectivo", es parte del contrato que rige la transferencia, parecería crear una obligación jurídica del banco del transmitente hacia el transmitente y, tal vez, hacia el adquirente. Esta definición establecería más precisamente una obligación entre el banco del transmitente y el siguiente banco de la cadena, y entre cada par consecutivo de bancos, a través del banco del adquirente. Sin embargo, es posible que en muchos sistemas jurídicos no esté claro si el banco del adquirente puede quedar jurídicamente obligado por la fecha de pago ya sea hacia el transmitente, con quien cabe estimar que el banco no tiene relación jurídica alguna, o hacia el adquirente. Cabe pensar que la obligación del banco del adquirente hacia el adquirente en cuanto al momento en que los fondos deben estar disponibles surge de la relación entre éstos y no de las órdenes emanadas originariamente del transmitente. En todo caso, parecería que el banco del adquirente no debe quedar obligado por la estipulación de una fecha de pago si no ha recibido la orden de transferencia de fondos y la provisión satisfactoria de los mismos con suficiente tiempo, a menos que hubiese asumido una obligación más estricta en debida forma.

86. Una vez que el banco del adquirente en una transferencia de crédito ha recibido la orden de transferencia del crédito y la provisión, los fondos deberían normalmente estar disponibles para el adquirente con prontitud, pues el banco del adquirente ya no corre riesgos en cuanto a su crédito. No obstante, si la orden de transferencia del crédito y la provisión llegan antes de la fecha de pago, es práctica usual en los países de derecho anglosajón que el banco del adquirente postergue el asiento del crédito y la disponibilidad de los fondos hasta la fecha de pago.

87. Las normas sobre disponibilidad de fondos en las transferencias de débito deben distinguir entre aquellas en las que el banco del adquirente concede crédito sólo después que ha recibido aviso de aceptación y de que se le han enviado los fondos, como sucede con muchas letras de cambio, y las órdenes de transferencia de débito para las que se efectúa una liquidación provisional entre los bancos, y sólo se da aviso en caso de desatención. Los adquirentes del primer tipo de orden de transferencia de débito saben que los fondos no estarán disponibles hasta que sus bancos reciban el aviso de aceptación de la orden y el envío de los fondos. En el segundo tipo de orden de transferencia de débito, que abarca el gran conjunto de transferencias de débito documentadas y por medios electrónicos, es más difícil formular normas adecuadas sobre disponibilidad, pues las órdenes se tramitan en bloque durante el proceso de transferencia de fondos. Las normas aplicables, que deberían tomar en cuenta asuntos tales como el plazo antes de que los bancos reciban el saldo de la liquidación, el plazo en que deberían atenderse normalmente las órdenes de transferencia de débito y el plazo en que el banco del adquirente debería recibir normalmente la comunicación de que ha habido desatención, pueden basarse únicamente en los tipos corrientes de órdenes de que se trata y en la experiencia de los que utilizan el sistema.

88. En la mayoría de los sistemas bancarios la provisión de fondos para las órdenes de transferencia de débito de este segundo tipo se hace con débitos y créditos provisionales mediante cuentas interbancarias al efecto. La liquidación puede ser inmediata o demorarse por un plazo determinado, pero siempre puede preverse la fecha en que los fondos estarán disponibles para el banco con respecto a cada lote de órdenes de transferencia de débito de tipo similar.

89. Para las transferencias de débito documentadas, el elemento menos previsible es el plazo en que el banco del adquirente recibirá la comunicación de que ha habido desatención. En algunos países el banco del transmitente, después de recibida la orden de transferencia de débito, puede disponer de un plazo indeterminado para rechazarla. Cuando la propia orden debe regresar por las mismas vías de compensación que se emplearon para presentarla, el plazo de regreso al banco del adquirente, en algunos países, puede tomar varias veces el plazo que

es necesario para su presentación. La demora en poner los fondos a disposición, fundada en una posible desatención de la orden, puede retardar excesivamente la disponibilidad en el caso de la gran mayoría de órdenes que son atendidas, por lo que sería conveniente tomar medidas para reducir este plazo. La garantía del banco del transmitente de que se atenderá la orden elimina la posibilidad de rechazo. El truncamiento del cheque con la presentación electrónica serviría en muchos países para reducir el plazo de presentación. Una vez presentado, el plazo concedido al banco del transmitente para atender o desatender una orden por insuficiencia de fondos debe limitarse rigurosamente. El aviso de desatención podría enviarse por correo o por telecomunicaciones directamente al banco del adquirente (depositario), aun si fuera necesario hacer regresar la propia orden de transferencia de débito por la vía de compensación.

90. Las transferencias del débito por medios electrónicos plantean problemas algo distintos para estimar el plazo en que el banco del adquirente recibirá la comunicación de que ha habido desatención. En general, como se indica en el párrafo 88, la presentación por medios electrónicos de las órdenes de transferencia de débito serviría para reducir el plazo de presentación. Además, puede idearse el sistema de manera tal que se facilite el regreso rápido de las órdenes desatendidas. Sin embargo, cuando una transferencia de débito por medios electrónicos deriva del truncamiento de cheques o del cumplimiento de una autorización permanente para debitar que se halla en posesión del adquirente o del banco adquirente, el banco del transmitente no dispone de medios para verificar la autenticidad de dicha orden de transferencia de débito. Por lo tanto, hasta que el transmitente haya recibido el extracto del movimiento de la cuenta correspondiente y haya vencido el plazo para objetar los débitos no autorizados, conservará la posibilidad de alegar que la orden no estaba autorizada o que no hubo autorización de atender a la orden. En algunos países en que sólo el transcurso del plazo de prescripción hace precluir el derecho del transmitente a alegar que un débito en su cuenta no estaba autorizado, el período de incertidumbre puede extenderse durante años. Por este motivo es aconsejable, siempre que sea posible, que la autorización para debitar se deposite en el banco del transmitente.

91. Cuando el adquirente tiene buena reputación en su banco y hay bastante seguridad de que dicho adquirente podrá rembolsar al banco del transmitente cualquier orden de transferencia de débito desatendida, el banco no incurre en mayores riesgos si pone los fondos a su disposición con alguna anticipación. Por ende, la disponibilidad de los fondos en los casos de transferencias de débito efectuadas en cumplimiento de una autorización permanente para debitar, donde los adquirentes son en general organizaciones importantes y solventes, suele demorar menos que si se trata de otras formas de transferencia de débito.

5. *Cumplimiento de la obligación causal*

92. La obligación causal se cumple en definitiva mediante una transferencia de fondos sólo si el acreedor adquirente tiene el crédito asentado, con carácter irrevocable, en su cuenta. Sin embargo, el momento del cumplimiento de la obligación depende de los términos del contrato u otra fuente de la obligación, de la ley que rige la obligación, y de los procedimientos seguidos para la transferencia de fondos.

93. En un número relativamente escaso de contratos, pero que suelen ser importantes, el transmitente está obligado a poner los fondos a la libre disposición del adquirente en una fecha determinada. En algunos países ha sido usual considerar que las obligaciones primordiales de un banco, tales como el cheque o el pago bancarios, satisfacían la obligación, pero se está generalizando la práctica de emplear la transferencia de crédito con una fecha de pago concreta o incluso un momento determinado en el día.

94. Si en el contrato no está especificado el momento en que los fondos deben estar libremente disponibles, una obligación cumplida mediante transferencia de crédito queda saldada cuando esta transferencia adquiere carácter definitivo con respecto al adquirente. Por lo tanto, cabría esperar que las últimas modificaciones en los procedimientos de transferencia de crédito, debidas a una mayor utilización de las técnicas de la electrónica, habrán de verse reflejadas en las normas de cumplimiento y sobre carácter definitivo de las transferencias. Efectivamente, en algunos casos recientes pareciera que estas últimas se han visto influenciadas por problemas que se han planteado primero en relación con el cumplimiento de la obligación.

95. Como la obligación suele reputarse cumplida cuando la transferencia de crédito adquiere carácter definitivo, entre el transmitente y el adquirente es el primero quien asume el riesgo por las demoras o errores incurridos en el proceso de transferencia de fondos. En algunos países los tribunales han exonerado a los transmitentes de las consecuencias más graves de estas demoras al sostener que los contratos de seguros o similares no podrían extinguirse por atraso en el pago, si el transmitente había tomado, en su debido momento, las medidas adecuadas para transferir los fondos. Si la única consecuencia que acarrea al transmitente el atraso en el pago, debido a demoras en el proceso de transferencia, es la pérdida de los intereses, con frecuencia puede resarcirse de esta pérdida del banco responsable. Pero si la consecuencia es la extinción del contrato, muchas veces se ha liberado a los bancos de la responsabilidad por los daños y perjuicios resultantes.

96. Cuando la obligación principal debe cumplirse mediante una transferencia de débito, el adquirente no puede considerar que hay incumplimiento de la obligación si dispone de los medios para iniciar el proceso de transferencia de débito. Por lo tanto, determinar cuándo quedó cumplida la obligación principal es cuestión que raramente se plantea en el caso de las transferencias de débito en que es el adquirente quién emite la orden de transferencia, como es el caso de las letras de cambio libradas por el adquirente contra el transmitente o el banco del transmitente o de las transferencias de débito efectuadas en cumplimiento de

una autorización permanente para debitar. Del mismo modo, en el caso de un cheque, el adquirente no puede considerar que hay incumplimiento de la obligación una vez que entra en posesión del cheque. En algunos países se plantea la cuestión de determinar si el transmitente puede quedar obligado hacia el adquirente por los intereses cuando, debido a la fecha en que se envió el cheque, el adquirente recibe el crédito sólo después de la fecha en que el pago era exigible. Sin embargo, en todos los casos de transferencia de débito es el adquirente quien soporta el riesgo con respecto al transmitente por las demoras o errores en el proceso de transferencia de fondos. Aunque la orden de transferencia de débito debe atenderse cuando se presente para que la obligación causal quede irrevocablemente cumplida, el momento en que se la atiende no tiene importancia práctica con relación a la obligación causal.

E. Las normas sobre perfeccionamiento y riesgos inherentes al sistema

97. Por riesgo inherente al sistema se entiende el peligro de que todo el sistema bancario en su conjunto se vea gravemente perjudicado por el incumplimiento de uno o más bancos en hacer la liquidación por las transferencias que han efectuado. El incumplimiento de efectuar la liquidación deriva casi siempre de problemas externos al proceso de transferencia de fondos. No obstante, el reciente establecimiento de cámaras de compensación electrónicas en línea para la liquidación neta de sumas importantes, por conducto de las cuales los bancos participantes con frecuencia envían en el mismo día órdenes de transferencia de fondos por más del total de su capital y excedentes, aumenta el riesgo de que al final del día el banco acuse un saldo deudor que no puede liquidar. Además, cuanto más grande es este saldo deudor que el banco no liquida, más importantes son las repercusiones sobre los otros bancos de la cámara de compensación, el sistema bancario y la economía en general.

98. La capacidad de un sistema bancario para enjugar el incumplimiento de un banco en hacer la liquidación depende no sólo de la importancia del saldo deudor que no liquida, sino también del prorrateo de las pérdidas entre los otros participantes en el sistema de transferencia de fondos, que incluyen los clientes de los bancos interesados que no son bancos. Las normas que asignan la pérdida a los participantes en el sistema de transferencia de fondos abarcan las que rigen el perfeccionamiento de las transferencias. A su vez, las normas que rigen el carácter definitivo de las transferencias de fondos por sumas considerables afectan apreciablemente los mercados financieros y las operaciones comerciales cuantiosas para las que se efectúan estas transferencias.

99. El debate sobre el problema ha tomado carácter público en los Estados Unidos, donde funcionan varios sistemas que tramitan en directo sumas importantes. El hecho de que estos sistemas tengan diferentes normas sobre perfeccionamiento se traduce en distintas posibilidades y técnicas para limitar el riesgo del sistema. También el problema se ha planteado en el Reino Unido donde la índole del sistema bancario ha permitido enunciar todavía otras soluciones al problema. Como en el debate debe forzosamente tratarse la cuestión para cada país por separado, se la ha situado en el anexo al presente capítulo.

ANEXO

Experiencias nacionales en la reducción de riesgos inherentes al sistema

A. *Naturaleza del problema*

1. *Generalidades*

1. Las transferencias electrónicas de sumas importantes, que en la actualidad suelen ser transferencias de crédito, pueden, por diversas razones, constituirse en ocasión de riesgo. La más evidente es que el monto de cada transferencia, el monto total de las transferencias efectuadas en un día y, lo que es más importante, la cuantía de los saldos netos deudores o acreedores que cada banco tiene en otro banco o en el sistema bancario en general durante un día o al cabo de él han aumentado considerablemente. Otra razón importante es que, como los transmitentes están más interesados en que se efectúen rápidamente sus transferencias de sumas importantes, éstas suelen hacerse como transferencias en el día. En consecuencia, se ha reducido el tiempo disponible antes de la liquidación y los bancos tienen menos que antes para movilizar los fondos necesarios para cubrir sus saldos deudores. Es posible que los bancos extranjeros, o sus sucursales locales, tengan más dificultades que los bancos nacionales para financiar sus saldos, en especial si no pueden obtener crédito del correspondiente banco central.

2. *Liquidación por el banco corresponsal*

2. Las transferencias de crédito importantes efectuadas mediante corresponsalías interbancarias pueden permitir una liquidación rápida, sistema que entraña poco o ningún riesgo en la mayor parte de los casos. Cuando el banco receptor recibe al mismo tiempo un valor del banco expedidor y la orden de transferencia de crédito, que es lo que sucede generalmente cuando los bancos tienen cuentas en otro banco, el banco receptor puede conceder inmediatamente un crédito irrevocable a la parte acreedora sin correr riesgo alguno. Si el banco receptor no recibe inmediatamente un valor, tal vez tenga derecho a retrasar la atención de la orden de transferencia hasta que reciba el valor correspondiente, se proporcione una garantía o una fuente solvente garantice el reembolso. Como de la transferencia de fondos no resulta una prórroga no garantizada del crédito, el banco receptor no corre ningún riesgo ni existe, por consiguiente, riesgo alguno inherente al sistema. Pero esta conclusión está sujeta a la importante salvedad de que, cuando el banco receptor es el banco que administra la cuenta y las órdenes de debitar o acreditar la cuenta del banco expedidor, es decir el banco del titular de la cuenta, son enviadas o recibidas por diversos departamentos del banco receptor, además del departamento encargado de las transferencias de fondos, este banco sólo podrá adoptar decisiones fundadas con respecto al crédito si todos sus departamentos le comunican rápidamente todas las operaciones. Cuando se trata de grandes sumas de dinero, tal vez sea necesario que las operaciones de todos los departamentos se asienten en la cuenta en tiempo real.

3. Algunas corresponsalías interbancarias exigen que el banco receptor conceda un crédito irrevocable a la parte acreedora antes de recibir el valor correspondiente. Ello puede ocurrir, por ejemplo, porque por las modalidades de la transferencia de fondos, determinados bancos envíen más órdenes de transferencia de fondos de las que reciben en las primeras horas del día y reciben más de las que envían en las últimas horas del día. Si bien estos bancos pueden tener regularmente saldos acreedores considerables al término del día, también pueden tener saldos deudores considerables durante él. En este caso, la transmisión de transferencias de crédito importantes por conducto de la corresponsalía interbancaria puede hacer que el sistema entrañe un riesgo apreciable.

3. *Liquidación neta*

4. La red de liquidación neta, en muchos aspectos, consiste en la organización de una serie de corresponsalías entre cada par de los bancos que la integran a través de un solo conmutador. Pero existen varias características institucionales que pueden aumentar el riesgo del sistema frente a la simple corresponsalía interbancaria. Dado que no existe un mecanismo en la red de liquidación neta por el que el banco expedidor entregue dinero al banco receptor antes de la liquidación, necesariamente, en algún momento del día, uno de los bancos tendrá con el otro banco un saldo deudor. Además, como la creación de un saldo deudor se produce al recibirse las órdenes de transferencia de crédito, así como con el envío de órdenes de transferencia de débito, ningún banco de la red puede saber hasta el fin del día si terminará éste con un saldo deudor o acreedor en cualquiera de los otros bancos, aunque supiera el total de créditos que enviará al otro banco durante ese día. En consecuencia, si un banco adopta la política de no conceder crédito irrevocable por una transferencia de crédito hasta que sepa si hay fondos, sólo podría dar curso a las órdenes que reciba en la medida en que ya hubiera enviado órdenes de transferencia de crédito al otro banco. Otra política posible, que permitiría a los bancos receptores conceder inmediatamente crédito irrevocable a una mayor proporción de las órdenes de transferencia de crédito que reciban, sería que cada uno de los bancos estableciera un límite máximo con respecto al saldo deudor neto que cada uno de los demás bancos participantes podrá tener en él en cualquier momento. El banco que recibiera órdenes por las que el saldo deudor del banco expedidor superara el límite pre-establecido tendría que devolver esas órdenes al banco expedidor para que las presentara nuevamente después que se hubiese reestablecido el saldo de este último. Si la red funciona mediante un conmutador central, éste podría programarse para que devolviera las órdenes al banco expedidor sin que tuviera que hacerlo el propio banco receptor.

4. *Liquidación neta real*

5. Si las transferencias diarias de fondos se liquidan mediante una red de transferencia de fondos sobre la base del saldo neto real, es decir, estableciendo un único saldo deudor o acreedor para cada banco participante por el valor total de todas las órdenes de transferencia de fondos que hubiere expedido a todos los demás bancos participantes o recibido de ellos, pero en caso de incumplimiento de uno de los bancos de su obligación de liquidar, las pérdidas se distribuyen sobre la base del saldo neto deudor o acreedor de ese banco con cada uno de los demás bancos participantes, el riesgo inherente al sistema será el mismo que el de la red de liquidación neta. Pero si las pérdidas se imputan a toda la red y se distribuyen entre los bancos participantes, aplicando varias de las fórmulas posibles de distribución de pérdidas, a menudo sólo podrá estimarse la pérdida que soportarán los otros bancos después del cierre de la liquidación. Con arreglo a algunas fórmulas, el banco que tuviese un saldo acreedor en sus propias operaciones bilaterales con el banco que incumple podría, sin embargo, tener que compartir las pérdidas. Ello a su vez significaría que los bancos que hubieran podido liquidar fácilmente si la liquidación se hubiera efectuado en circunstancias normales, tal vez no podrían hacerlo debido a la pérdida que han sufrido por el incumplimiento del primer banco. Este efecto acumulativo resultante del incumplimiento de uno de los bancos de su obligación de liquidar aumenta el riesgo inherente al sistema.

5. *Medios disponibles para reducir los riesgos inherentes al sistema*

6. Una política encaminada a reducir el riesgo tendrá tres objetivos principales: limitar la posibilidad de que un banco no efectúe la liquidación; limitar el efecto de ese incumplimiento para los demás bancos, en todo el sistema bancario y en la economía en general, y asegurar el funcionamiento continuo y regular del sistema de transferencia de fondos. Estos objetivos pueden estar en oposición. Las técnicas fundamentales disponibles para reducir el riesgo del sistema, sea en las redes de liquidación neta, sea en las de liquidación neta real, pueden clasificarse en cinco grupos:

a) La participación de las redes de liquidación neta o de liquidación neta real puede limitarse de diversas formas. Limitándose el número de bancos, pues cuanto menor sea, será menos probable que cualquiera de los bancos incumpla su obligación de liquidar. Puede establecerse que sólo participarán los bancos cuya solvencia sea indiscutible. Se puede prohibir la participación de los bancos extranjeros, que no puedan liquidar en moneda local, o autorizarlos sólo hasta cierto punto, o bien, si ofrecen garantías adicionales de su capacidad de cumplir sus obligaciones.

b) Puede limitarse el riesgo monetario que corre cada uno de los bancos o toda la red. Cabe establecer límites para los saldos deudores netos bilaterales que han de liquidarse en el día entre cada uno de los pares de bancos. O bien, fijar topes para los saldos acreedores netos en el día que limiten la cuantía de la deuda de cualquiera de los bancos a toda la red. Si en un país hay más de una red de transferencia electrónica o documentada, podría aplicarse el tope fijado para los saldos acreedores en el día al débito neto de cada uno de los bancos en el conjunto de las redes.

c) Es posible también reducir a un mínimo el tiempo entre la expedición de la primera orden de transferencia de fondos a través de la red y la liquidación, a fin de limitar la posibilidad de que los hechos acaecidos antes de esta última provoquen un incumplimiento.

d) Los bancos pueden rehusarse a poner los fondos a disposición de su parte acreedora hasta que se haya efectuado la liquidación. Ello protege al banco receptor en caso de incumplimiento de la obligación de liquidar, a costa de demorar la disponibilidad de fondos para la parte acreedora. Dado que la parte acreedora posiblemente necesite los fondos para hacer sus propias transferencias ese mismo día, como ocurriría en particular si la misma parte acreedora fuese un banco, toda la red podría llegar a paralizarse por escasez de fondos hasta que éstos se obtuvieran después de la liquidación. O bien, los bancos receptores pueden poner los fondos a disposición de la parte acreedora, reservándose el derecho de cancelar el crédito si no se liquida. De esta forma se protege al banco receptor en proporción a la solvencia de la parte acreedora, desplazando el riesgo de pérdida del banco receptor a la parte acreedora.

e) Una institución financiera apropiada, que podría ser el banco central o un fondo de seguro privado o público, puede

garantizar el saldo deudor de cada uno de los bancos participantes. La protección del sistema alcanza su máxima eficacia si la institución financiera de garantía puede proporcionar inmediatamente los fondos necesarios. En otro caso, el sistema padecerá de una escasez de líquido que tal vez impida a otros bancos cumplir con sus compromisos.

B. *Experiencias nacionales*

7. En esta sección se describe la experiencia de tres países que han adoptado diferentes criterios para limitar el riesgo inherente al sistema en sus redes de transferencia electrónica de sumas importantes.

1. *Francia*

8. El 16 de octubre de 1984 comenzó a funcionar una red de transferencia de sumas importantes de computadora a computadora denominada Système automatique de gestion intégrée par télétransmission de transactions avec imputation de règlements "Etranger" (SAGITTAIRE). Como en un principio SAGITTAIRE se concibió como una ampliación en el país de la S.W.I.F.T., sólo pueden participar en él los bancos que son miembros o usuarios de la S.W.I.F.T. Pero el empleo de SAGITTAIRE se ha extendido de modo que pueda ofrecer un vínculo interno para, fundamentalmente, cualquier tipo de transferencia internacional de fondos que se efectúe en francos franceses. Actualmente no es asequible para las transferencias de fondos exclusivamente nacionales, aunque se ha decidido que podrá utilizarse para los pagos derivados de operaciones en el mercado monetario.

9. Si bien SAGITTAIRE opera como si fuera un servicio de corresponsalía del Banco de Francia, éste sirve sólo como agente del grupo de bancos participantes. Los bancos participantes expiden órdenes de transferencia de fondos al Banco de Francia por conducto de SAGITTAIRE con una de las tres fechas de asiento, es decir, ese mismo día, el día bancario siguiente o dos días bancarios después. La "pseudo-cuenta" del banco expedidor se debita inmediatamente de conformidad con la fecha de asiento pertinente, se acredita la "pseudo-cuenta" del banco receptor con arreglo a la fecha de asiento pertinente, y se envía la orden de transferencia al banco receptor.

10. La fecha de asiento termina a las 12.00 horas en cada día hábil bancario completo (a las 10.00 horas en los días parcialmente hábiles), es decir una fecha de asiento correspondiente al miércoles 4 de marzo, corre de las 12.00 horas del martes 3 de marzo a las 12.00 horas del miércoles 4 de marzo.

11. Al término del día hábil bancario, es decir a las 17.30 horas en los días completos, se asientan los débitos y créditos, resultantes de las operaciones de SAGITTAIRE indicadas en la "pseudo-cuenta" y correspondientes a esa fecha de asiento, en la cuenta que cada uno de los bancos participantes tiene en el Banco de Francia, junto con los débitos y créditos correspondientes a la cuenta de ese banco resultantes de otras operaciones bancarias. Pero como el Banco de Francia no permite que ningún banco tenga en su cuenta un saldo deudor, los asientos no se efectúan si de hacerlo hubiese de quedar un saldo deudor en la cuenta de uno de los bancos. Si a las 11.30 horas de la mañana siguiente no se cubre el saldo deudor, el Banco de Francia está autorizado a cancelar los asientos de débitos resultantes de las operaciones con el SAGITTAIRE, así como los créditos correspondientes, en orden inverso a la recepción de las órdenes, hasta que se elimine el saldo deudor.

12. En consecuencia, si hubiera algún motivo para dudar de la situación financiera de uno de los bancos expedidores, las órdenes de transferencia más peligrosas para el banco receptor serían las que pasasen por conducto del SAGITTAIRE inmediatamente antes de las 12.00 horas, mientras que las más seguras serían las que se efectuaran con una fecha de asiento posterior o se transmitieran inmediatamente después de las 12.00 horas. Sin embargo, dado que todos los bancos participantes son de propiedad pública, es muy improbable que se incumpla la obligación de liquidar. Las normas de SAGITTAIRE no especifican cuándo el banco receptor debe acreditar a su parte acreedora. Pero, según la doctrina francesa corriente, el crédito es irrevocable cuando el banco receptor lo asienta en la cuenta de la parte acreedora (y no en su "pseudo-cuenta"), incluso si el banco no se reembolsara nunca por la transferencia de fondos.

2. *Reino Unido*

13. El Sistema de Cámaras de Compensación de Pagos Automáticos (Clearing House Automated Payment System: CHAPS) es una red de transferencias en el día de créditos importantes que vincula los 12 bancos de liquidación, incluso el Banco de Inglaterra. Se trata de un complemento en el plano nacional, y, en definitiva, de un sustituto, de la Town Clearing, que es la red especializada de base documental de transferencias de fondos considerables que se circunscribe a la ciudad de Londres. Recientemente se ha adoptado una decisión por la que podrán participar en la liquidación del CHAPS y en la Town Clearing así como en otros mecanismos de compensación, los bancos que satisfagan los siguientes cinco criterios:

a) Voluntad y capacidad de cumplir los requisitos de funcionamiento técnico de las cámaras de compensación y de observar las normas de la entidad de compensación de que se trate;

b) Capacidad de establecer servicios de cuenta de liquidación en el Banco de Inglaterra;

c) Aceptación de una participación equitativa en la cobertura de los gastos de funcionamiento;

d) Pago de un precio razonable de ingreso; y

e) Capacidad de satisfacer un volumen mínimo de las operaciones de compensación de que se trate.

Varios bancos, incluidas las representaciones en Londres de bancos extranjeros, procuran entrar en el CHAPS y en la Town Clearing a efectos de liquidación. Los bancos que no efectúen liquidaciones pueden enviar las órdenes de transferencia de fondos por conducto del CHAPS sólo si mantienen una corresponsalía con un banco de liquidación.

14. Los bancos que reciben órdenes de transferencias de crédito por conducto del CHAPS deben poner en el día los fondos a disposición de la parte acreedora. Esta norma tiene por objeto aumentar la utilidad del CHAPS para el mundo comercial y financiero. El banco de liquidación expedidor, a su vez, tiene la obligación de reembolsar al banco de liquidación receptor el valor de los fondos transferidos, aunque la parte que les dio la orden no les reembolse. Las transferencias efectuadas a través del CHAPS son incondicionales e irrevocables.

15. Por consiguiente, el funcionamiento correcto del CHAPS, depende de la confianza en la solvencia del banco expedidor. Esta confianza se ha asegurado en el pasado restringiendo el número de los bancos participantes y recurriendo al Banco de Inglaterra para llevar a cabo las operaciones finales de liquidación interbancaria del CHAPS. En la actualidad la liquidación se efectúa al término del día sobre la base del saldo

neto real transfiriendo los saldos de los bancos de liquidación a las cuentas que tienen en el Banco de Inglaterra. Con el nuevo plan, "los criterios prudenciales que deberán satisfacerse para participar en la liquidación de cualquier cámara de compensación [incluso el CHAPS] deben sujetarse a un requisito previo, a saber, que los miembros mantengan una cuenta en el Banco de Inglaterra que, con el acuerdo expreso del Banco, podrá utilizarse a los fines de la liquidación en esa cámara de compensación"[1].

3. *Estados Unidos*

16. En los Estados Unidos funcionan actualmente cuatro redes en línea de transferencias de crédito importantes. Se dividen, por motivos de conveniencia, en dos grupos. El primero está integrado por Fedwire, gestionado por el Sistema de la Reserva Federal, Fedwire permite a los 14.000 bancos de los Estados Unidos, y a otras instituciones que reciben depósitos, que mantienen saldos de cuenta en su Banco de la Reserva Federal regional, que transfieran esos saldos a otros bancos o instituciones de depósito. En efecto, el Fedwire funciona como un servicio de corresponsalía bancaria para todo el sistema bancario.

17. El segundo grupo de redes en línea de transferencias de crédito está integrado por tres redes privadas. La Clearing House Association de Nueva York posee y gestiona el CHIPS. Hay más de 100 bancos participantes autorizados a presentar para el pago sus órdenes de transferencia de crédito a los demás bancos participantes, de los que varios son sucursales de Nueva York de bancos extranjeros. La Chicago Clearing House Association posee y gestiona el Sistema de Liquidación Electrónica de Cámaras de Compensación (Clearing House Electronic Settlement System: CHESS). Participan seis grandes bancos. CashWire es una parte de BankWire, una red nacional de telecomunicaciones, propiedad de un consorcio de 180 bancos estadounidenses, de los que 17 aplican el sistema de liquidación de CashWire. Además, las transferencias de sumas importantes se efectúan por conducto de las corresponsalías interbancarias, que están muy desarrolladas en los Estados Unidos tanto para las operaciones nacionales como para las internacionales.

a) *Fedwire*

18. Las normas que rigen Fedwire estipulan que la transferencia de crédito entre el banco expedidor y el banco receptor es definitiva y que el banco receptor tendrá los fondos a su disposición cuando el Banco de la Reserva Federal regional que le corresponda le notifique el crédito. La notificación del crédito se envía mediante telecomunicaciones a los bancos que están en línea con Fedwire y a los que no lo están se les puede notificar por teléfono, télex o por correo. Las normas de Fedwire exigen que el banco receptor acredite a su parte acreedora rápidamente después de recibir la notificación, pero no definen cuándo se considerará que el crédito ha sido otorgado rápidamente ni pretenden fijar el momento en que la transferencia será definitiva con respecto a la parte acreedora.

19. Como resultado de las órdenes de transferencia de crédito que un banco expide por conducto del Fedwire y de las demás medidas que puede adoptar que repercuten en su cuenta, tal vez tenga en su Banco de la Reserva Federal regional un saldo deudor durante el día o al final del día. En particular, muchos bancos solicitan préstamos por una noche a otros bancos del mercado interbancario y de fondos los devuelven al banco prestamista a la mañana siguiente. Los bancos prestatarios, que en general son los grandes bancos de los centros monetarios, suelen tener grandes saldos deudores durante el día en las cuentas que tienen en su Banco de la Reserva Federal regional, que se convierten en saldos acreedores al final del día. Como en el caso de cualquier banco corresponsal, el Banco de la Reserva Federal puede rechazar las órdenes de transferencia de crédito de un banco que tenga un saldo deudor hasta que ese banco reciba fondos suficientes para restablecer un saldo acreedor en la cuenta u ofrezca garantías de algún otro tipo. Pero si resulta un saldo deudor, el Banco de la Reserva Federal soporta todo el riesgo de la falta de reembolso. Por consiguiente, además de proteger al banco receptor, las normas del Fedwire impiden que todo el sector bancario y no bancario sufran las consecuencias inmediatas de la falta de liquidación por parte de un banco expedidor.

20. El resultado de la norma del Fedwire sería el mismo para cualquier banco corresponsal que se rigiera por una norma análoga sobre el carácter definitivo de la operación, es decir, soportaría el riesgo si atendiera en forma irrevocable una orden de transferencia de crédito, con lo que el banco expedidor tendría un saldo deudor en su cuenta en el banco corresponsal. Pero si el banco expedidor no reembolsa a un banco corresponsal de propiedad privada, existe la posibilidad de que el banco corresponsal también incumpla, lo que tendría potencialmente un efecto en cadena en todo el sistema bancario. El riesgo no se presenta en el Fedwire dado que el banco corresponsal es el banco central.

b) *Redes privadas*

i) *Normas de liquidación en las redes privadas*

21. Las tres redes efectúan la liquidación comunicando a su banco de la Reserva Federal regional los saldos netos reales deudores o acreedores correspondientes a todas las operaciones de sus miembros. Los bancos con saldo deudor transfieren fondos a una cuenta especial de compensación para esa red, en general mediante una transferencia Fedwire de su cuenta en el Banco de la Reserva Federal. Una vez que todos los bancos con saldos deudores han transferido los fondos que deben, el Banco de la Reserva Federal transfiere las sumas pertinentes por conducto de Fedwire a las cuentas de los bancos que tienen saldo acreedor. La cuenta especial de compensación no tiene saldos deudores o acreedores después de efectuada la liquidación. Una de las condiciones que fijaron los bancos de la Reserva Federal al establecer los mecanismos de liquidación con las tres redes fue que no asumirían ningún riesgo con respecto a la liquidación por la existencia de las cuentas de compensación.

22. Los bancos participantes en el CHIPS se dividen en liquidadores y no liquidadores. Los bancos no liquidadores deben liquidar cualquier saldo deudor neto en uno de los bancos liquidadores, y recibir cualquier liquidación de crédito neto por conducto de ese banco. Los bancos liquidadores liquidan, mediante la cámara de compensación en el Banco de la Reserva Federal, el saldo neto deudor o acreedor resultante de sus propias transferencias de fondos y de las de todos los bancos no liquidadores para los que efectúen liquidaciones.

23. Las normas de CHESS son análogas a las de CHIPS pues autorizan a uno de los participantes a liquidar por conducto de otro banco liquidador en lugar de hacerlo a través de la cuenta que tiene en el Banco de la Reserva Federal.

ii) *Incumplimiento de la obligación de liquidar*

24. Si cualquier banco incumple la obligación de liquidar al término del día su saldo deudor resultante de las transferencias

[1] Payment Clearing Systems: Review of Organization, Membership and Control (Members of the Bankers Clearing House, London, 1984), apéndice 1, pág. 20.

CHIPS o CHESS, se retiran de la liquidación todas las operaciones dirigidas a ese banco y que parten de él y se calculan nuevos saldos para los bancos restantes. Dado que es posible que otros bancos no puedan liquidar debido a su nuevo saldo deudor, estas normas prevén como último procedimiento deshacer toda la liquidación. En ese caso, los bancos participantes tendrán que organizar la liquidación de las operaciones del día sobre una base bilateral y fuera del ámbito de aplicación de las normas vigentes. CHESS define ese procedimiento como un medio administrativo para prestar asistencia a las instituciones sobrevivientes que tengan créditos pendientes.

25. Si bien en CashWire la liquidación se efectúa normalmente sobre la base del saldo neto real deudor o acreedor de cada uno de los bancos con respecto a las operaciones que haya efectuado durante todo el día por conducto de CashWire, en el caso en que cualquiera de los bancos incumpla su obligación de liquidar, el resto de la liquidación se efectúa mediante pares de bancos sobre la base de una liquidación neta. Por consiguiente, cada banco corre el riesgo de que no se le reembolse el monto neto de las órdenes de transferencia de crédito que ha recibido ese día de otro banco por conducto de CashWire, si superan las órdenes de transferencia de crédito que él mismo ha enviado a ese banco.

iii) *Normas de las redes privadas sobre el carácter definitivo de las operaciones*

26. Las transferencias CHIPS son definitivas cuando se envían al banco receptor, en el sentido de que el banco expedidor no puede retirar la orden de transferencia de crédito. Pero como existe la posibilidad de que los bancos receptores no reciban la liquidación con respecto a las transferencias efectuadas por conducto de CHIPS, no están obligados a dar curso a las órdenes de transferencia de fondos o a conceder un crédito irrevocable a los adquirentes u a otras partes acreedoras hasta que la liquidación sea definitiva.

27. Las transferencias por conducto de CHESS y CashWire son definitivas para los bancos expedidores y receptores, cuando estos últimos las han recibido. El banco expedidor no puede retirar la orden de transferencia de crédito.

c) *Métodos examinados para reducir el riesgo inherente al sistema*

28. La comunidad bancaria americana se ha ocupado de limitar el riesgo que puede entrañar el sistema por el reciente aumento de los incumplimientos de los bancos. Con respecto a la posibilidad de incumplimiento de la obligación de liquidar, el 29 de marzo de 1984, la Junta de Gobernadores del Sistema de la Reserva Federal solicitó que se presentaran observaciones sobre diversas propuestas para reducir el riesgo en las redes de transferencia de sumas importantes. Se recibieron más de 200 observaciones. En los siguientes párrafos se exponen los principales métodos sugeridos por la Reserva Federal o en las respuestas que se recibieron.

i) *Límites al crédito neto bilateral*

29. En virtud de este método cada uno de los bancos determinaría la cuantía máxima del crédito neto que está dispuesto a conceder en el día a cualquier otro banco a raíz de las transferencias de fondos efectuadas por conducto de la red. Ese límite sería flexible, y cada banco lo adaptaría según consideraciones relativas a la economía en general, a las opiniones con respecto a la situación económica que el otro banco tuviera en ese momento o en función de necesidades comerciales inmediatas. Dado que un banco que tenga un saldo razonable con cada uno de otros muchos bancos podría tener en conjunto un saldo deudor que superara sus recursos, este método tal vez ofrezca pocas posibilidades de reducir el riesgo de que un banco incumpla su obligación de liquidar. Pero al hacer que este incumplimiento sólo tuviera consecuencias para otro banco determinado, estos límites bilaterales al crédito neto podrían reducir el riesgo inherente al sistema.

30. Cada una de las tres redes privadas de transferencias de sumas importantes exige que los bancos participantes establezcan límites bilaterales a los créditos netos que conceden a cada uno de los demás bancos participantes con respecto a las transferencias de fondos que se efectúen por conducto de esa red. Estos límites se supervisan mediante las computadoras de la red, basándose en el tiempo real. Si un banco determinado desea fijar bilateralmente un límite de crédito para otro banco, aplicable al conjunto de los sistemas, tendrá que encargarse de supervisar la situación.

31. Los límites bilaterales al crédito neto no son aplicables como tales a Fedwire o a las corresponsalías interbancarias privadas. Pero se logra el mismo resultado fijando el límite al saldo deudor que cualquier de los bancos puede tener durante el día en el Banco de la Reserva Federal o en el banco corresponsal privado.

ii) *Tope al saldo deudor neto del expedidor*

32. Un tope con respecto al saldo deudor neto del expedidor limita las órdenes de transferencia de crédito que un banco puede expedir a todos los demás bancos por las que se supere el importe que recibe de ellos. Actualmente en CashWire se aplican topes del 50% del capital. CHIPS está examinando activamente topes basados en un porcentaje del total de los límites bilaterales al crédito que cada uno de los bancos participantes fija a un banco determinado.

33. Al restringir el monto de las órdenes de transferencia de crédito que un banco puede expedir por encima de la suma recibida, y aplicar esa restricción constantemente durante el día, se reducen las probabilidades de que un banco incumpla la obligación de liquidar así como las consecuencias de ese incumplimiento. Pero si los topes al saldo deudor neto del expedidor se aplican por separado a cada una de las tres redes privadas, se ha estimado que un banco podría expedir un monto neto total demasiado elevado. Por consiguiente, otra posibilidad sería establecer un único tope al saldo deudor neto del expedidor aplicable al conjunto de las redes.

34. Si bien parece clara la utilidad de los topes a los saldos deudores netos del expedidor para reducir el riesgo, se teme que un efecto negativo podría consistir en obstaculizar el sistema de transferencia de fondos. El banco que no hubiera recibido aún suficientes transferencias de fondos de otros bancos podría encontrarse en la imposibilidad de dar curso a los pedidos de transferencia de fondos de sus clientes. En particular, los bancos que hubieran solicitado préstamos por una noche tal vez descubrirían que habían alcanzado su tope de saldo deudor neto simplemente al devolver a la mañana siguiente los fondos solicitados. A fin de reducir esta posibilidad, los bancos podrían retrasar el envío de las órdenes de transferencia de fondos a otros bancos hasta las últimas horas del día, lo que retrasaría en general todo el sistema de transferencia de fondos, con la posibilidad de que se acumularan muchas órdenes para tramitar al final del día.

iii) *Carácter definitivo garantizado de la atención por parte del banco receptor*

35. La atención al adquirente tendrá carácter definitivo una vez terminada la transferencia interbancaria por conducto de los bancos corresponsales (sea con transferencias de fondos

entre dos bancos o entre tres bancos, como en Fedwire), pues el banco del adquirente dispondrá automáticamente del contravalor. En una red de liquidación neta, el carácter definitivo de la atención para el adquirente se asegura obligando al banco receptor a acreditar a su parte acreedora haya o no recibido la liquidación, según la norma que se aplica en CashWire y CHESS.

36. Al garantizar lo definitivo de la atención del banco receptor se impide que el sector no bancario de la economía sufra el efecto del incumplimiento de la obligación de liquidar, con lo que se protegen los mercados financieros y la economía en general. Podría preverse que los bancos receptores limitasen automáticamente sus riesgos frente a los bancos expedidores que consideren de solvencia dudosa disminuyendo el límite bilateral al crédito neto que han establecido. Por otra parte, se ha sugerido que al otorgar esa garantía tal vez los bancos receptores se vean obligados a aumentar sus honorarios para resarcirse por tener que soportar un riesgo mayor, y estarían menos dispuestos a recibir transferencias de fondos.

iv) *Garantía de los saldos deudores por el banco central*

37. Un medio para reducir el riesgo del sistema, que hasta la fecha se ha evitado cuidadosamente, es que la Reserva Federal y otras entidades bancarias oficiales garanticen las obligaciones de los participantes en el sistema además de los depósitos pequeños ya protegidos. El cierre reciente de varios bancos pequeños y medianos y el rescate de un gran banco por las entidades bancarias ha hecho que éstas busquen otros procedimientos para reducir el riesgo inherente al sistema.

v) *Seguro para garantizar los saldos deudores*

38. La garantía de los saldos deudores resultante de las redes de liquidación podría también cubrirse mediante un fondo de seguro público o privado, análogo a los fondos de seguro que cubren los pequeños depósitos en los bancos y en otras instituciones que los reciben. Una de las estimaciones que se ha hecho es que el costo de la prima sería aproximadamente de 1,90 dólares por cada millón en transferencias de fondos.

[A/CN.9/266/Add.2]

Capítulo sobre problemas jurídicos que plantean las transferencias electrónicas de fondos

ÍNDICE

Página

Introducción 184

Problema 1 ¿Exige la evolución de las transferencias electrónicas de fondos que se introduzcan modificaciones importantes en la legislación? 185

Problema 2 ¿A qué categorías de operaciones financieras debe aplicarse la legislación sobre transferencias de fondos? 186

Problema 3 ¿Debería tener en cuenta la legislación que rige la transferencia de fondos el papel cada vez más importante que desempeña el sistema de transferencia de fondos en la tramitación de transferencias de fondos entre bancos? 187

Problema 4 ¿Deben regirse por las mismas normas las transferencias de fondos entre el transmitente y el adquirente y las operaciones de transferencias de fondos por las que se tramite la transferencia de fondos? Si algunas de las normas pudieran ser diferentes, ¿deberían reflejarse las diferencias en la ley o incluirse en acuerdos interbancarios? 187

Problema 5 ¿Deben elaborarse normas internacionalmente convenidas para regir las transferencias electrónicas internacionales de fondos? 188

Problema 6 ¿Deben elaborarse normas internacionalmente convenidas sobre los conflictos de leyes relativos a las transferencias electrónicas internacionales de fondos? 190

Problema 7 ¿Otorgan las normas sobre el valor probatorio el mismo grado de seguridad jurídica al registro de transferencia de fondos guardado en forma legible por computadora que a los registros documentados? 190

Problema 8 ¿Es preciso modificar la ley para permitir el truncamiento de cheques, letras de cambio y otras órdenes de transferencia de débito en el banco depositario? 191

Problema 9 ¿Obliga el desarrollo de las técnicas de transferencia electrónica de fondos a modificar la ley que rige el secreto bancario? 192

Página

Problema 10 ¿Deben los bancos concertar contratos por escrito con sus clientes que estipulen los derechos y deberes de los clientes y de los bancos respecto de las transferencias electrónicas de fondos? 193

Problema 11 ¿Deben imponerse restricciones a las autorizaciones permanentes para debitar? 193

Problema 12 ¿Debe imponerse algún requisito legal en cuanto a la forma de autenticación necesaria en una transferencia electrónica de fondos? 194

Problema 13 ¿Debe exigirse a los bancos expedidores que se adhieran a formatos modelo cuando envíen órdenes de transferencia de fondos? 194

Problema 14 ¿Debe exigirse un formato único para todas las tarjetas de débito y crédito utilizadas en un país para la transferencia electrónica de fondos? 195

Problema 15 ¿Dónde debe considerarse situada la cuenta del cliente a los efectos de las normas jurídicas aplicables a las transferencias de fondos? 195

Problema 16 ¿Debe limitarse la obligación de un banco del transmitente, en una transferencia de crédito, a enviar una orden adecuada de transferencia de crédito al banco receptor correspondiente, o debe considerarse que la obligación del banco del transmitente consiste en encargarse de que la orden del transmitente se cumpla? 195

Problema 17 ¿Es responsable el banco del adquirente ante el transmitente, ante el banco expedidor o ante el adquirente del cumplimiento adecuado de sus obligaciones en relación con una transferencia de crédito? 196

Problema 18 ¿Deberían las empresas públicas de telecomunicaciones, los servicios privados de comunicación de datos, las redes electrónicas de transferencia de fondos y las cámaras de compensación electrónicas ser responsables de las pérdidas imputables a errores o fraudes cometidos en relación con una orden de transferencia de fondos? 197

Problema 19 ¿Debe exonerarse a un banco de toda responsabilidad por errores o demoras en las transferencias de fondos ocasionados por fallas del equipo físico o la dotación lógica de las computadoras? 197

Problema 20 ¿Debe considerarse responsable a un banco ante su cliente por haber asentado un débito o un crédito en una cuenta de conformidad con el número de cuenta indicado en la orden de transferencia de fondos recibida, si el nombre a que está la cuenta no coincide con el nombre que figura en la orden de transferencia de fondos? 198

Problema 21 Cuando se trata de determinar si un débito en la cuenta del transmitente fue autorizado por él o se efectuó por error suyo, ¿debe recaer la carga de la prueba sobre el banco o sobre el cliente del banco? 198

Problema 22 ¿En quién debe recaer la carga de la prueba por lo que respecta al origen del error o fraude causantes de pérdidas en la realización de la transferencia de fondos, en el cliente o en los bancos utilizados? 199

Problema 23 ¿Debe exigirse que se pongan los fondos a disposición del adquirente dentro de plazos específicos a contar desde la recepción por el banco del transmitente de una orden de transferencia de crédito? De ser así, ¿cómo debería determinarse este plazo? 200

Problema 24 ¿Con qué frecuencia debería un banco enviar un estado de cuenta a sus clientes? 201

Problema 25 ¿Qué plazo deberá darse al cliente para notificar a su banco los asientos incorrectos en su cuenta? 201

Problema 26 ¿Debe existir un procedimiento claramente articulado para corregir errores? 202

Problema 27 ¿Deben el transmitente o el adquirente recuperar los intereses perdidos por la demora de una transferencia de fondos? 202

Página

Problema 28 ¿Deben el transmitente o el adquirente resarcirse por las pérdidas debidas a diferencias en los tipos de cambio, resultantes de la demora en las transferencias de fondos? 203

Problema 29 ¿En qué circunstancias debería imputarse al banco la responsabilidad por el daño emergente? 204

Problema 30 ¿Convendría o no que la responsabilidad interbancaria dimanante de los reembolsos que se efectúen con retraso o de las transferencias erróneas de fondos se rigieran por normas especiales? 205

Problema 31 ¿Qué efectos debe tener el hecho de que una transferencia de fondos o una operación de transferencia de fondos adquiera carácter definitivo? 206

Problema 32 ¿Deben adquirir carácter definitivo las transferencias de fondos para uno o todos los fines cuando sucede un determinado acontecimiento o en un momento particular del día? 206

Problema 33 ¿Qué efecto debe tener en una transferencia de crédito entre dos clientes el hecho de que una operación de transferencia de fondos entre dos bancos haya adquirido carácter definitivo? 207

Problema 34 ¿Debe influir la garantía de atención de la orden de transferencia de fondos por parte del banco del transmitente al momento en que la transferencia de fondos adquiere carácter definitivo? 208

Problema 35 ¿Debe existir una norma determinada que contemple si el banco del adquirente, al que se han expedido los fondos para su entrega al adquirente previa identificación, conserva los fondos para el transmitente o para el adquirente? 209

Problema 36 ¿Debe depender el momento en que se cumple la obligación principal mediante una transferencia de fondos de los medios que emplee el banco para efectuar la transferencia? ¿Debe ser el momento del cumplimiento el momento en que la transferencia de fondos adquiere carácter definitivo? 209

Problema 37 ¿Deben contemplar las normas que rigen las transferencias de fondos la posibilidad de que uno de los bancos incumpla su obligación de liquidar? 210

Problema 38 ¿Puede adquirir carácter definitivo la transferencia de fondos fuera del horario normal de trabajo? 210

Problema 39 ¿Cuándo debe considerarse que asienta un débito o un crédito en una cuenta? 211

Problema 40 ¿En qué orden de prioridad debe considerarse que se han efectuado los diversos asientos en una cuenta? 211

Problema 41 ¿Tendrá el banco derecho a recuperar un crédito asentado por error, cancelando un asiento en la cuenta de la parte acreedora? 212

Introducción

1. Los capítulos anteriores de esta Guía Jurídica han descrito la relación existente entre la evolución de las transferencias electrónicas de fondos y el sistema de transferencias de fondos documentadas en el contexto del régimen jurídico aplicable a las transferencias de fondos. En el presente capítulo se exponen en forma de preguntas varios problemas jurídicos dimanantes de esa evolución a fin de que se examinen en la preparación de las nuevas normas que requiere la implantación de las transferencias electrónicas de fondos. La mayoría de los problemas suscitan preguntas concretas en cuanto a la norma jurídica adecuada y se basan en el examen efectuado en los capítulos anteriores. Varios suscitan cuestiones de política general. A continuación de cada pregunta figura un breve comentario que indica varios factores que pueden influir en la decisión que se ha de adoptar con respecto a la pregunta formulada.

2. Los comentarios contienen referencias a las partes de los capítulos anteriores que conciernen particular-

mente a la pregunta formulada, así como a algunos documentos ajenos a la Guía Jurídica. Los capítulos mencionados se han abreviado en la forma siguiente:

"Terminología" (A/CN.9/250/Add.1)	Terminología
"El sistema de transferencia electrónica de fondos en general" (A/CN.9/250/Add.2)	TEF en general
"Acuerdos para transferir fondos y órdenes de transferencia de fondos" (A/CN.9/250/Add.3)	Acuerdos
"Fraude, errores, tramitación incorrecta de órdenes de transferencia y responsabilidad consiguiente" (A/CN.9/250/Add.4)	Responsabilidad
"Carácter definitivo de la transferencia de fondos" (A/CN.9/266/Add.1)	Carácter definitivo

Problema 1

¿Exige la evolución de las transferencias electrónicas de fondos que se introduzcan modificaciones importantes en la legislación?

Comentario

1. Como los procedimientos fundamentales de transferencia de fondos siguen siendo los mismos independientemente de que el medio de comunicación sea documentado o electrónico, podría preverse que la legislación aplicable a las transferencias de fondos documentadas continuaría siendo básicamente adecuada para las transferencias electrónicas de fondos. Sin embargo, como las transferencias electrónicas de fondos no se efectúan en forma idéntica a las transferencias de fondos documentadas, cabe esperar que se modifique la legislación para ajustarla a los nuevos procedimientos. En los párrafos siguientes se sugieren algunos de los elementos principales que afectarían el grado en que la ley aplicable a las transferencias de fondos documentadas pudiera necesitar adaptarse a fin de facilitar las transferencias electrónicas de fondos.

2. Como la mayor parte de las transferencias electrónicas de fondos se hace mediante transferencia de crédito, es probable que en los países en que las transferencias de fondos se han hecho en gran medida mediante cheques haya escasas normas jurídicas que puedan aplicarse directamente. Aunque la presente Guía Jurídica ha señalado con frecuencia la identidad o el carácter comparable de las normas que rigen la transferencia de débito y de crédito, las normas preparadas para la emisión, cobro y pago de cheques, con sus elementos de negociabilidad, no son aplicables a la transferencia de crédito sin modificaciones importantes.

3. La eliminación de todos los elementos de negociabilidad de las transferencias electrónicas de débitos, salvo para las transferencias que entrañen el truncamiento de los cheques, letras de cambio u otras órdenes de transferencia de débitos negociables, presenta la oportunidad de unificar o armonizar la legislación sobre transferencia de débitos con la legislación sobre transferencias de créditos. Tal vez se prevea ya algún grado de armonización en las normas aplicables a las redes de transferencias electrónicas de fondos que se encargan de ambos tipos de transferencias de fondos. Puede presentarse una oportunidad más importante para armonizar la legislación cuando se vuelva a examinar la ley que rige las transferencias de fondos con miras a su aplicación a las transferencias electrónicas de fondos.

4. Aun en los países que tienen una estructura jurídica satisfactoria para las transferencias de créditos documentadas, la nueva tecnología requiere un ajuste de la legislación con respecto a algunas materias como los plazos en que hay que adoptar diversas medidas, el problema de si a un banco, cámara de compensación o red de comunicación le incumbe o no la responsabilidad derivada de fallas en la computadora, el momento en que una transferencia de fondos se perfecciona y las consecuencias del perfeccionamiento. Las modificaciones de este carácter de las normas jurídicas vigentes no afectan su estructura, pero puede modificar su contenido en un grado importante.

5. Aunque la falta de negociabilidad en las transferencias electrónicas de fondos presenta la oportunidad de simplificar la legislación mediante la armonización de la legislación sobre transferencias de débitos y créditos, el desarrollo técnico de varias formas distintas de efectuar transferencias de fondos, y los cambios continuos en la tecnología, pueden dar lugar a nuevas subdivisiones en la legislación. Tal vez sea útil distinguir entre transferencias de fondos tratadas por lotes y transferencias de fondos enviadas una por una mediante telecomunicaciones, entre operaciones que utilizan tarjetas de débito y las que emplean tarjetas de crédito, entre las transferencias iniciadas en terminales activados por un cliente y aquéllas en que la comunicación electrónica se inicia en un banco. En cierta medida, estas distinciones pueden expresarse satisfactoriamente en contratos entre el banco y su cliente y en las normas interbancarias aplicables a distintos tipos de redes de transferencia de fondos. Sin embargo, en algunos casos tal vez sea necesario que estas distinciones se expresen en la ley aplicable a las transferencias de fondos. Si el número de normas especiales que resulten de esas distinciones es pequeño, pueden preverse en la legislación general sobre transferencias de fondos. Si la cantidad de normas especiales es demasiado grande, quizá sea preferible que se adopten leyes especiales, como las que hay actualmente para las transferencias de débitos y créditos. En todo caso, seguirá siendo necesario que existan normas que rijan las transferencias de fondos documentadas, sobre todo aplicables a los cheques y letras de cambio.

6. Algunas cuestiones que se plantean en el contexto de las transferencias electrónicas de fondos son comunes a todas las formas de tratamiento automático de datos y

las normas jurídicas también pueden ser comunes a todas esas operaciones. Entre esas cuestiones se destaca el valor probatorio de los registros de computadora de las órdenes de transferencias de fondos enviadas y recibidas en forma legible por computadora y de los registros de cuentas almacenados en esa forma. Reviste particular interés la admisibilidad de la autenticación empleada en las transferencias electrónicas de fondos. En algunos casos, las reglas relativas a estas materias pueden encontrarse en la legislación que rige las transferencias de fondos y no en las leyes de aplicación general.

7. El aumento simultáneo de transferencias electrónicas de fondos y de transferencias internacionales de fondos de gran valor y de pequeño valor origina la normalización internacional de procedimientos de transferencias de fondos y un interés creciente en la unificación y armonización internacional del derecho aplicable. La presente Guía Jurídica constituye un paso importante en esa dirección. Una medida ulterior sería la preparación de normas que regularan aspectos de las transferencias internacionales de fondos de un modo apropiado. Otra medida daría lugar a la unificación o armonización de algunos aspectos del derecho interno, especialmente en relación con los aspectos de las transferencias de fondos que son la prolongación interna de una transferencia internacional de fondos.

Problema 2

¿A qué categorías de operaciones financieras debe aplicarse la legislación sobre transferencias de fondos?

Referencias

"Cafacter definitivo", párrs. 44 a 47

Problema 4, párr. 5

Comentario

1. En varios países, las instituciones que reciben depósitos y que anteriormente no estaban autorizadas para hacer transferencias de fondos en nombre de sus clientes han sido actualmente autorizadas para efectuarlas. No obstante, en algunos países la legislación sobre transferencias de fondos se ha aplicado únicamente a las transferencias hechas mediante débito y crédito a cuentas corrientes en un banco, ya que el término "banco" se define en forma restringida en la ley pertinente. Las transferencias de fondos hechas mediante débito a una cuenta corriente en otros tipos de instituciones que reciben depósitos, incluidas las transferencias de fondos hechas mediante débito a cuentas en el sistema postal, se han regido muchas veces por otro conjunto de normas, aun cuando éstas eran con frecuencia las mismas o análogas en su contenido de fondo a las normas aplicables a las transferencias de fondos hechas por intermedio de bancos. Si se estimase conveniente, no habría dificultades técnicas para aplicar el mismo conjunto de normas jurídicas a las transferencias de fondos realizadas por intermedio de todas las demás instituciones que reciben depósitos.

2. Además de cuentas en instituciones que reciben depósitos, los clientes pueden tener saldos acreedores en muchos otros tipos de instituciones financieras, como corredores de bolsa, agentes comerciales o compañías de seguros. En algunos países ya se ha permitido a los clientes transferir esos saldos acreedores, en su totalidad o en parte, a cuentas que otras partes mantienen en la misma institución, en una institución diferente del mismo tipo o en un banco. Esta práctica en desarrollo plantea importantes cuestiones monetarias y reglamentarias con respecto a los sistemas bancarios y de transferencias de fondos en general. Asimismo, plantea la cuestión de determinar si esas transferencias de saldos en cuentas, si es que se autorizan, deben regirse por la legislación sobre transferencias de fondos o si se ha de aplicar un régimen jurídico diferente. Si se aplica otro régimen jurídico, será necesario que se examinen muchos de los problemas jurídicos idénticos o análogos a los previstos en la legislación sobre transferencia de fondos.

3. Se puede estimar que una operación con tarjeta de crédito no constituye una transferencia de fondos a los efectos de aplicación de la pertinente legislación sobre transferencia de fondos, por ejemplo a las consecuencias de una operación fraudulenta o al carácter definitivo del débito, ya que de ordinario se considera que el débito es una prolongación del crédito al que se pueden aplicar algunas normas sobre el crédito personal que debe posteriormente reembolsarse mediante un crédito de otra cuenta del cliente. La legislación sobre transferencias de fondos tal vez se ha de considerar como aplicable únicamente al reembolso del débito del cliente y, quizá, al reembolso del comerciante y otro aceptante de la tarjeta.

4. Sin embargo, cuando se tiene la cuenta en un banco u otra institución que recibe depósitos, puede considerarse adecuado incluir esas operaciones en la categoría de transferencias de fondos, sobre todo porque las operaciones con tarjeta de débito sobre cuentas de los bancos quedarían claramente comprendidas en la categoría de transferencias de fondos. Si las operaciones con tarjeta de crédito sobre cuentas en bancos se consideran transferencias de fondos, se plantea la cuestión de determinar si las operaciones con tarjeta de crédito que determinan un débito en una cuenta que se tiene en una institución que no es ni un banco ni otro tipo de institución que recibe depósitos también deben someterse a las disposiciones de la legislación sobre transferencias de fondos. En la decisión puede influir el hecho de que el papel de la tarjeta de crédito o los comprobantes electrónicos (órdenes de transferencia de débito) pasen por los cauces bancarios o fuera de éstos. Sin embargo, esta base para adoptar una decisión podría perturbarse por cambios ulteriores en los procedimientos de compensación.

5. Un problema algo similar puede plantearse por el empleo de tarjetas con microcircuito a las que el banco ha asignado valor antes de su entrega al cliente. La entrega al cliente de la tarjeta valorada y el débito de su cuenta pueden considerarse como una transferencia de fondos consumada equivalente a la venta de cheques de viajero. La utilización de la tarjeta pondrá en marcha un

procedimiento de reembolso por el banco al comerciante que puede estimarse como una forma de transferencia electrónica de débito análoga al cobro del cheque de viajero. Sin embargo, si la tarjeta valorada se considerara una forma especial de cuenta en el banco, la entrega de dicha tarjeta proporcionaría simplemente al cliente un medio de utilizar esa cuenta. No obstante, las consecuencias para el banco y el cliente derivadas de la entrega de la tarjeta valorada a este último podrían quedar adecuadamente comprendidas en la legislación sobre transferencia de fondos en la misma forma en que las consecuencias que se derivan para el banco y el cliente de la entrega de cheques, tarjetas de débito u otros dispositivos para utilizar la cuenta también quedan comprendidas en la legislación sobre transferencias de fondos.

Problema 3

¿Debería tener en cuenta la legislación que rige la transferencia de fondos el papel cada vez más importante que desempeña el sistema de transferencia de fondos en la tramitación de transferencias de fondos entre bancos?

Referencias

"Terminología", párrs. 1 a 7

"TEF en general", párrs. 1 a 5

"Responsabilidad", párrs. 56 a 60

Problemas 13, 16, 18, 22, 23

Comentario

1. Hasta hace poco tiempo, el sistema de transferencia de fondos vigente en la mayoría de los países no restringía significativamente el criterio de los bancos para seleccionar los métodos utilizados en las transferencias de fondos. El menor volumen de transferencias de fondos permitía que cada orden de transferencia de fondos se atendiera como un caso particular que exigía que cada banco de la cadena decidiera concretamente la forma de tramitarla.

2. Algunas novedades tecnológicas recientes han dado pie a la creación de redes especializadas de comunicaciones y transferencias de fondos y a una consiguiente normalización de muchos aspectos de los procedimientos de tramitación de transferencias de fondos. A través de estas redes se da curso a grandes cantidades de transferencias de fondos y el diseño global del sistema de transferencias de fondos determina la rapidez, precisión y seguridad del trámite.

3. Uno de los factores que determinan la medida en que la ampliación de las funciones del sistema podría reflejarse expresamente en la legislación que rige la transferencia de fondos es el grado de fragmentación del sistema bancario. Cuando hay sólo unos pocos bancos con muchas sucursales, a cada banco corresponde una importante proporción de las transferencias de fondos que tramita todo el sistema. El banco tendrá forzosamente la responsabilidad del funcionamiento de la computadora en una sucursal determinada, así como del sistema de transmisión entre sucursales. Dado que con mucha frecuencia desempeñaría al mismo tiempo la función de banco del transmitente y banco del adquirente, se eliminaría la mayoría de los problemas jurídicos que se planteen en la transmisión de las órdenes de transferencia de fondos de un banco a otro. Por lo tanto, podría no haber una diferencia importante entre las normas aplicables al banco como entidad individual y las aplicables al banco como participante de la entidad mayor que es el sistema de transferencia de fondos.

4. Cuando el sistema bancario está fragmentado y hay una gran cantidad de bancos que tramitan transferencias de fondos, es naturalmente mayor la diferencia entre el banco como entidad individual y el banco como participante del sistema de transferencia de fondos. Este hecho puede engendrar dos situaciones diferentes. Por un lado, puede ser más importante que la ley reconozca abiertamente que el banco opera en el contexto del sistema de transferencia de fondos. Por otro lado, los bancos podrían resistirse a aceptar la pérdida del grado correspondiente de independencia que suponga dicho reconocimiento.

5. La fragmentación del sistema bancario tiene especial importancia en relación con las transferencias internacionales de fondos. No solamente ocurre que muchos bancos de todos los países participan en la ejecución de transferencias de fondos, sino también que las diferentes prácticas bancarias y las distintas normas jurídicas han tendido a aislar a los bancos entre sí. Sin embargo, puede estimarse que es precisamente en la esfera de las transferencias internacionales de fondos donde las prácticas de los distintos bancos están cambiando más radicalmente para adecuarse a los requerimientos tecnológicos de determinadas redes de transferencias de fondos y del sistema de transferencias de fondos en su conjunto.

6. La ley puede reconocer de muchas maneras el importante papel que desempeña el sistema en la transferencia de fondos. Pueden reconocerse los acuerdos interbancarios, incluidas las normas que rigen el funcionamiento de las cámaras de compensación, como un medio fundamental de suministro de normas al sistema. Esas normas, o la propia ley, pueden considerar a una sola parte responsable ante el cliente por errores o fraudes que ocurran en cualquier punto del sistema. Puede exigirse a los bancos que apliquen procedimientos normalizados para participar en ciertas redes de transferencias de fondos. Si un banco sufre pérdidas como resultado de fallas en el diseño del sistema o en su aplicación, puede tener derecho a ser reembolsado por el sistema en su conjunto o por otros bancos participantes.

Problema 4

¿Deben regirse por las mismas normas las transferencias de fondos entre el transmitente y el adquirente y las operaciones de transferencias de fondos por las que se tramite la transferencia de fondos? Si algunas de las normas pudieran ser diferentes, ¿deberían reflejarse las diferencias en la ley o incluirse en acuerdos interbancarios?

Referencias

"Carácter definitivo", párrs. 23 a 30

Problema 2, párrs. 3 y 4

Problema 5

Comentario

1. Las operaciones de transferencia de fondos entre bancos que tramiten una transferencia de fondos interbancaria entre un transmitente y un adquirente pueden considerarse de dos maneras. El principio tradicional que se aplica en la mayoría de los países es que las operaciones de transferencia de fondos se subordinan a las transferencias de fondos. Los acuerdos interbancarios, en lo que respecta a las transferencias de fondos, sirven fundamentalmente para regir las relaciones técnicas entre los bancos y no afectan, o no deberían afectar, los derechos jurídicos del transmitente y el adquirente. Un segundo enfoque, que se observa más claramente en el caso de las transferencias de créditos que se transmiten individualmente por telecomunicaciones, es considerar que la principal actividad que se realiza es la operación de transferencia de fondos entre el banco expedidor y el banco receptor. Las transferencias de créditos entre bancos cumplen varias funciones, de las cuales la ejecución de las órdenes del cliente es sólo una. El hecho de que una determinada operación de transferencia de fondos se hiciera de conformidad con las órdenes del cliente tendría interés operacional para el banco del transmitente, dado que este banco tendría que debitar la cuenta del cliente que fuera del caso. Sin embargo, no tendría ningún interés operacional para los bancos intermediarios, excepto en la medida en que se utilizase un tipo particular de mensaje y ciertos campos de datos de las órdenes de transferencias de fondos tuvieran información que habría que transmitir al banco siguiente.

2. Dado que los bancos tratan cada operación de transferencia de fondos como una operación bancaria completa y separada, cabría esperar que surgieran problemas jurídicos -como el relativo al momento en que la transacción adquiere carácter definitivo, o el de la responsabilidad por errores-, del mismo modo que se plantean en relación con las propias transferencias de fondos. A falta de otras normas, cabría esperar que se aplicaran las aplicables a las transferencias de fondos. Sin embargo, podría argumentarse que las normas apropiadas para una operación de transferencia de fondos entre dos bancos difieren en cierta medida de las normas pertinentes para una transferencia de fondos entre dos clientes no bancarios, incluso si la operación de transferencia de fondos se hace para atender la transferencia de un cliente.

3. Si para regir las operaciones de transferencia de fondos se deseara tener normas distintas de las aplicables a las transferencias de fondos entre clientes del banco, podría estudiarse cuál de las posibilidades siguientes es preferible: que las normas formen parte de la ley general que rige las transferencias de fondos; que se incluyan en una sección especial de la ley que rige las relaciones interbancarias; o que sean objeto de acuerdos interbancarios. Como argumento favorable a la adopción de las normas en forma de ley cabe señalar el hecho de que, como podría esperarse que las normas que rigen las operaciones de transferencia de fondos tuvieran repercusiones sobre la transferencia del cliente, éstas deberían concebirse de manera tal que no lesionaran sus derechos jurídicos. Por lo tanto, sería conveniente que se sometieran a examen público como se hace normalmente con los proyectos de ley. Un argumento a favor de adoptar las normas en forma de acuerdos interbancarios es que las normas apropiadas para regir las distintas redes de transferencias de fondos podrían ser distintas. Además, teniendo en cuenta la naturaleza técnica de muchas de las normas y la necesidad de modificarlas a medida que la tecnología y las prácticas bancarias pertinentes evolucionan, podría resultar más conveniente que las normas tuvieran un carácter más flexible. Podría considerarse también que cualquier repercusión que tuvieran sobre los clientes del banco no sería mayor que la de las normas o prácticas bancarias que rigen en la actualidad los aspectos técnicos de las operaciones de transferencia de fondos.

4. Podría estudiarse cuidadosamente los beneficios que entrañaría la existencia de normas convenidas que rigiesen algunos aspectos de las operaciones de transferencias internacionales de fondos de gran valor. Como las normas nacionales que rigen las transferencias interbancarias, y que por otro lado también podrían aplicarse en gran medida a las transferencias internacionales, difieren unas de otras en aspectos importantes, cabría esperar que la unificación o armonización de estas normas en la medida de lo posible tuviese importantes resultados positivos.

5. Cuando se trata de operaciones internacionales con tarjetas de crédito y débito la situación difiere ligeramente. Antes de que las tarjetas emitidas en un país se acepten en otro, siempre se celebran acuerdos interbancarios que rigen los aspectos tanto técnicos como jurídicos de la cuestión. Cada uno de estos acuerdos se aplica concretamente a una red. Por lo tanto, en la mayoría de los países ya hay en vigencia varios acuerdos interbancarios que rigen el uso internacional de las tarjetas de crédito y débito. Dado que por razones técnicas las órdenes de transferencia de fondos mediante tarjetas de crédito y débito se tramitan actualmente por canales especiales, hay poco conflicto con otras formas de transferencias internacionales de fondos. Ahora bien, si sigue aumentando el volumen de esa forma de transferencia internacional de fondos, podría estudiarse su relación con el régimen jurídico que rige otras formas de transferencias internacionales de fondos.

Problema 5

¿Deben elaborarse normas internacionalmente convenidas para regir las transferencias electrónicas internacionales de fondos?

Referencias

Proyecto de convención sobre letyras de cambio internacionales y pagarés internacionales (A/CN.9/211)

Problema 4

Problema 6

Comentario

1. Una vez que el transmitente da a su banco la orden de transferir fondos al adquirente en un banco de un país extranjero, se ha iniciado una transferencia internacional de fondos, que entraña un alto grado de interacción de instituciones nacionales e internacionales. La transferencia de fondos entre el transmitente y el adquirente es en sí misma internacional. La primera y la última acción, es decir, la orden del transmitente de proceder a la transferencia de fondos, el débito en su cuenta por el banco del transmitente y el crédito en la cuenta del adquirente, son en sí mismas acciones nacionales idénticas a las que corresponden a una transferencia nacional de fondos. Para que la transferencia sea internacional se requieren una o más operaciones de transferencia de fondos entre bancos de diferentes países, así como la posibilidad de que haya una o más operaciones de transferencia de fondos en el país del transmitente y en el país del adquirente.

2. La situación tiene cierta analogía con el transporte de mercancías desde un punto en el interior de un país a otro punto en el interior de otro país, en el sentido de que la actividad económica única del usuario puede llevarse a cabo mediante porteadores nacionales en los dos países así como mediante uno o más porteadores internacionales. Existe una tensión entre la necesidad o el deseo de que haya regímenes jurídicos distintos que rijan cada uno de los segmentos nacionales e internacionales del transporte y la necesidad o el deseo de que haya un único régimen jurídico que rija el transporte en su totalidad. En el contexto del transporte de mercancías el deseo de que un único régimen jurídico se aplique al transporte en su conjunto ha conducido a la adopción del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías. Sin embargo, este Convenio no reemplaza a los regímenes jurídicos que rigen en los distintos segmentos, sino que sirve más bien para coordinar algunos de sus efectos jurídicos.

3. Como actualmente no hay normas aplicables a la transferencia internacional de fondos, con excepción de las normas de la S.W.I.F.T que rigen aspectos de la transmisión de una orden de transferencia de fondos en esa red y las normas de la red para las operaciones con tarjetas de crédito y débito que se usan internacionalmente, la consecuencia de que una transferencia de fondos sea internacional o de que una o más de las operaciones requeridas por la transferencia de fondos sea internacional, es que las normas del conflicto de leyes se referirán a la ley sustantiva de uno de los países interesados. Esa ley puede tener o no normas especiales que rijan las transferencias internacionales de fondos o, aunque no tenga normas expresamente dedicadas a la cuestión, puede reconocer las diferencias inherentes en una transferencia internacional de fondos. Entre las diferencias importantes está el hecho de que una parte de la transferencia de fondos se tramita en un país extranjero de conformidad con las leyes y la práctica bancaria locales.

4. El criterio básico adoptado en el proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, preparado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, ha sido el de considerar que el proyecto de convención debe regir las órdenes de transferencia de fondos dadas por el transmitente y todas las operaciones de transferencia de fondos necesarias para ejecutar dicha orden. Sin embargo, cabe observar que el proyecto de convención especifica que en su ámbito de aplicación no entran ciertos problemas jurídicos relativos a las letras de cambio. Es especialmente interesante el hecho de que los derechos y obligaciones de un banco intermediario que endose la letra se regirán por la convención aun cuando la letra de cambio les haya llegado por intermedio de un banco de su propio país. Esto es consecuente con la opinión tradicional recogida en el Problema 4 según la cual las operaciones interbancarias tendientes a ejecutar una orden de transferencia de fondos de un particular se subordinan a la transferencia de fondos. Si se aplicara el mismo criterio en el contexto de la transferencia electrónica de fondos, la operación de transferencia de fondos entre el banco nacional del transmitente y el banco nacional intermediario se regiría por normas internacionales. Esto sería especialmente importante para las redes nacionales de transferencia electrónica de fondos que aseguren el nexo nacional en la transferencia internacional de fondos.

5. El artículo 1 referente al ámbito de aplicación limita las posibles consecuencias del proyecto de convención al disponer que la Convención se aplica solamente si las partes la han elegido como norma rectora mediante el uso de una letra de cambio que contenga las palabras "letra de cambio internacional (Convención de . . .)". Por lo tanto, no se aplicaría a todas las letras de cambio utilizadas en las operaciones internacionales entre partes en Estados contratantes. Podría introducirse una restricción análoga en las normas que rijan la transferencia electrónica de fondos a nivel internacional, en cuyo caso, la orden de transferencia de fondos enviada por el banco del transmitente y por todos los bancos intermediarios debería incluir esa información.

6. Otro recurso menos drástico que el utilizado en el proyecto de convención sería el de hacer que las relaciones entre el transmitente y el adquirente por un lado, y todos los bancos que participan en la cadena de transferencia de fondos por el otro, se rigieran por normas internacionalmente convenidas, pero que las operaciones de transferencias de fondos interbancarias se rigieran por la legislación nacional pertinente, complementada por los acuerdos interbancarios aplicables. Si se adoptara este criterio, habría que decidir qué texto se aplicaría en el caso en que las normas internacionales confirieran derechos al transmitente o al adquirente ante uno de los bancos, pero la ley pertinente o el acuerdo interbancario tuvieran disposiciones contrarias en lo que respecta a una operación destinada a ejecutar una transferencia de fondos. Por ejemplo, las normas internacionales podrían conceder el derecho de cancelar una orden de transferencia de fondos hasta el momento en que la cuenta del adquirente hubiera sido irrevocablemente acreditada, pero las normas que rigen una red de transferencia de fondos por la cual pasa la transferencia de fondos podría limitar las posibilidades

de que el banco expedidor cancelara una orden de transferencia de fondos (véase problema 33).

Problema 6

¿Deben elaborarse normas internacionalmente convenidas sobre los conflictos de leyes relativos a las transferencias electrónicas internacionales de fondos?

Referencia

Problema 5

Comentario

1. A falta de un régimen jurídico de aceptación general que rija las transferencias electrónicas internacionales de fondos, podría estudiarse la posibilidad de formular normas de aceptación internacional sobre conflictos de leyes.

2. El aspecto de la ley sobre transferencias de fondos que puede beneficiarse en mayor medida de normas jurídicas convenidas internacionalmente es la relación del transmitente con el adquirente y la relación de ambos con los bancos que ejecutan la transferencia de fondos. Las dificultades pueden ser especialmente graves cuando la transferencia de fondos se realiza en la moneda de un tercer país y los bancos de ese país intervienen como bancos intermediarios o como bancos de reembolso. La dificultad sustantiva más patente que podría subsanarse mediante normas sobre conflictos de leyes internacionalmente convenidas es la falta de acuerdo acerca de si un banco intermediario tiene obligaciones directas respecto del transmitente (quizá en calidad de agente del transmitente nombrado por el banco expedidor) o si las obligaciones del banco intermediario se limitan al banco expedidor con el que mantiene una relación particular contractual. Aunque este problema puede plantearse más a menudo en relación con la responsabilidad por errores o demoras, podría plantearse también en relación con asuntos del tipo de si el transmitente o el banco del transmitente podría ordenar directamente a un banco intermediario con el que no mantuviese relación particular contractual que se abstuviese de seguir tramitando una orden de transferencia de fondos que el banco intermediario haya recibido de otro banco intermediario.

3. Los problemas de conflicto de leyes relativos a las operaciones de transferencias de fondos son quizá más fáciles de resolver, puesto que cada operación de transferencia de fondos constituye un sencillo trámite bilateral. Unicamente podría quizá cuestionarse la orden de transferencia electrónica de fondos enviada de un país a otro, mientras que las transacciones internas de transferencias de fondos antes y después de la operación internacional estarían regidas, según cabe presumir, por el derecho interno.

4. Si hubieran de elaborarse normas sobre conflictos de leyes, la comunidad bancaria no podría, al parecer, hacerlo con eficacia. Cabría esperar que los tribunales ejecutaran los acuerdos interbancarios en los que figurasen normas sustantivas que rigiesen la relación entre los bancos, así como una cláusula de elección de ley que rigiese la relación bilateral de los dos bancos en una operación de transferencia de fondos. Ahora bien, es menos probable que hiciesen cumplir las disposiciones de elección de ley de un acuerdo interbancario preparado para su aprobación por la comunidad bancaria en su conjunto que tuviese el propósito de facilitar normas para todos los conflictos posibles que pudiesen surgir en las diversas operaciones de transferencia de fondos. Tampoco es probable que hiciesen cumplir normas sobre conflictos de leyes preparadas por el sector bancario que rigiesen las relaciones del transmitente y el adquirente con los bancos que ejecutan la transferencia.

5. Por lo tanto, si se estima conveniente que los Estados adopten normas convenidas internacionalmente sobre conflicto de leyes en relación con transferencias electrónicas internacionales de fondos, la mejor solución sería que las elaborase un órgano internacional apropiado.

Problema 7

¿Otorgan las normas sobre el valor probatorio el mismo grado de seguridad jurídica al registro de transferencia de fondos guardado en forma legible por computadora que a los registros documentados?

Referencias

Valor jurídico de los registros computadorizados: informe del Secretario General (A/CN.9/265)

Problemas 21, 22

Comentario

1. Aunque las normas sobre el valor probatorio no forman parte de la ley de transferencias electrónicas de fondos, para que las transferencias electrónicas nacionales o internacionales de fondos puedan efectuarse con seguridad jurídica, las normas relativas al valor probatorio deben otorgar a los datos de los registros bancarios guardados en forma legible por computadora u obtenidos de asientos computadorizados el mismo valor jurídico que a los datos que se guardan o reproducen en forma documentada. En consecuencia, se ha dedicado a la cuestión del valor probatorio una proporción importante de muchos estudios nacionales sobre los aspectos jurídicos de las transferencias electrónicas de fondos.

2. Según los resultados de una encuesta llevada a cabo por la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, parece ser que en una mayoría de países los registros guardados en computadoras tienen valor probatorio en caso de litigio. En los países de derecho anglosajón, la norma habitual es que los registros de computadoras tienen valor probatorio únicamente si el proponente del registro demuestra ciertos hechos sobre el registro y el sistema de computadora. Lo más importante es que el sistema haya

sido diseñado correctamente y gestionado con suficiente aptitud para que la posibilidad de que los datos almacenados en los registros sean incorrectos quede reducida a un mínimo. En algunos países de derecho anglosajón se admiten con menos requisitos los registros de instituciones financieras. En países con otros sistemas jurídicos no es necesario demostrar que el sistema está diseñado y gestionado correctamente para que un registro de computadora tenga valor probatorio. No obstante, en todos los sistemas jurídicos se puede recusar la exactitud de un registro de computadora porque, entre otras cosas, el sistema de la computadora no estaba diseñado o gestionado correctamente.

3. En varios países con una lista exhaustiva de tipos de pruebas admisibles, los registros de computadoras son admisibles en litigios comerciales pero puede que no sean admisibles en litigios no comerciales. Dado que esta última categoría puede abarcar la mayoría de operaciones efectuadas mediante distribuidores automáticos de billetes, ventanillas automáticas y terminales en el punto de venta, los posibles problemas que se plantean para la transferencia electrónica de fondos en esos países pueden ser de importancia. En concreto, cuando un cliente no comercial niega haber hecho uso de un terminal activado por el cliente, puede resultar difícil o imposible que un banco demuestre que lo hizo si sólo recurre al registro de computadora de la operación (véase el problema 21). En unos cuantos países en los que existen requisitos legales sobre la información corroborante que ha de facilitarse a un tribunal para que éste pueda determinar si se admite como prueba un registro de computadora, los requisitos legales han sido redactados en términos de tratamiento de datos en la modalidad por lotes y pueden plantearse dificultades al utilizar registros de computadoras en los que se creó una orden de transferencia de fondos en una computadora y se transmitió a otra mediante la entrega de un dispositivo de memoria de computadora o mediante telecomunicaciones.

4. No parece haber todavía ninguna experiencia relativa al posible valor probatorio que los registros de computadora creados en un país tengan en los tribunales de otro país en las mismas condiciones que los registros de computadora creados en este segundo país. Cualquier dificultad en esta esfera tendría graves repercusiones para las transferencias electrónicas internacionales de fondos.

5. El truncamiento de órdenes de transferencia de crédito o de débito documentadas y la transmisión de los datos indispensables por medios electrónicos pueden plantear cuestiones sobre el valor probatorio del registro de computadora en el banco que efectúa el truncamiento o en un banco receptor en comparación con el valor probatorio de la orden documentada. Muchos países pueden exigir una copia material permanente de las órdenes documentadas originales, pero cabe también que permitan que se conserve en micropelícula la copia material.

Problema 8

¿Es preciso modificar la ley para permitir el truncamiento de cheques, letras de cambio y otras órdenes de transferencia de débito en el banco depositario?

Referencias

"Acuerdos", párrs. 13 a 18

Convenio por el que se establece una Ley Uniforme referente a las letras de cambio y pagarés a la orden (Ginebra, 7 de junio de 1930)

Convenio por el que se establece una Ley Uniforme en materia de cheques (Ginebra, 19 de marzo de 1931)

Comentario

1. Al parecer, en los países en que los bancos truncan cheques u otras órdenes de transferencia de débito, lo han hecho sin modificar la ley aplicable al caso. Parece ser que los bancos han determinado que los ahorros derivados del truncamiento son mayores que las pérdidas que sufrirían ocasionalmente al no ajustarse a las exigencias legales adoptadas antes de que el truncamiento fuese posible. Según parece, en un cierto número de países la preocupación acerca de las posibles pérdidas derivadas del truncamiento de cheques sin cambio en las exigencias legales ha sido un factor significativo para poner freno a esta innovación. Por lo tanto, en todos los países en que se está examinando seriamente el truncamiento de cheques también deberían tenerse en cuenta las enmiendas de la ley sobre cheques y letras de cambio para suprimir las pérdidas de los bancos que puedan producirse y que no estén justificadas por la política pública.

2. El riesgo más importante que se plantea como consecuencia del truncamiento de cheques es que el banco librado no puede verificar la autenticidad de la firma del librador antes de pagar el cheque. Esta situación no constituiría un gran cambio con respecto a la situación actual en muchos países donde los bancos no comparan firmas en la inmensa mayoría de cheques. Además, el librador de gran número de cheques puede proporcionar al banco librado una lista, en papel o en cinta magnética, de los números y los importes de todos los cheques librados, lo cual permite al librado proceder a una verificación sustancial de la autenticidad de los cheques que han sido truncados. Por lo tanto, parece razonable que el banco librado continúe cargando con el riesgo de que un cheque truncado pueda no ser auténtico. Como alternativa, podría cambiarse la ley para disponer, por ejemplo, que el banco librado pudiese debitar la cuenta del librador aunque la firma del librador no fuese auténtica si el cheque estuviera girado en un cheque numerado suministrado al librador por su banco y el librador no hubiese notificado al banco que el cheque numerado se había extraviado. Esta solución reproduciría esencialmente la norma generalmente adoptada respecto de las tarjetas de débito y las tarjetas de crédito.

3. En la mayoría de los países en que la ley dispone, al parecer, que un cheque puede cumplimentarse únicamente si se presenta físicamente al banco librado, las disposiciones pueden interpretarse a menudo en el sentido de que lo que debe presentarse son los datos que figuran en el cheque y no el cheque material como portador de los datos. Cuando no sea posible o aceptable esta interpretación, podría modificarse la ley para permitirla. Esta cuestión puede plantearse también con relación a la presentación del cheque dentro de plazos de tiempo aplicables y el plazo disponible después de la desatención para presentar aviso de desatención o protesta.

4. En unos pocos países, el banco librado tiene la obligación de verificar que el cheque no ha sido presentado antes de la fecha que figura en él y, a la inversa, que el cheque no haya perdido su validez por ser demasiado viejo. Estas verificaciones puede realizarlas con la misma facilidad el banco que efectúa el truncamiento y, al parecer, la acción más razonable sería que los bancos conviniesen en que toda pérdida en que incurra el banco librado en sus relaciones con el librador sería reembolsada por el banco que efectúa el truncamiento. De igual modo, el banco que efectúa el truncamiento está en las mismas condiciones que el banco librado para determinar si el cheque ha sido alterado materialmente y marcarlo para que no pueda ser presentado por segunda vez.

5. Cuando se precisa un protesto en un cheque desatendido, parecería razonable modificar la ley de manera que el protesto o su equivalente pudiera efectuarse de otra manera apropiada. Igualmente, cuando deben devolverse cheques cancelados al librador antes de que empiecen a entrar en vigor plazos en los cuales el librador puede notificar al banco sobre débitos incorrectos en su cuenta, podría modificarse la ley para eliminar esta norma.

6. Los Estados partes en los Convenios de Ginebra sobre letras de cambio y sobre cheques infringirían las obligaciones que esos instrumentos les imponen en el caso de que modificasen su legislación para facilitar el truncamiento.

Problema 9

¿Obliga el desarrollo de técnicas de transferencias electrónicas de fondos a modificar la ley que rige el secreto bancario?

Referencias

Convención para la protección de las personas en relación con el proceso automático de datos personales (Estrasburgo, 28 de enero de 1981).

Directrices sobre la protección de la vida privada y la transmisión transfronteriza de datos personales (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, París, 23 de septiembre de 1980)

Comentario

1. El secreto bancario es uno de los aspectos más importantes del debate público en curso sobre violaciones de la intimidad facilitadas por el almacenaje de datos en computadoras, el enlace de las computadoras mediante telecomunicaciones y la posibilidad de acceso remoto a ellas. Una preocupación complementaria importante es que los datos relativos a operaciones bancarias puedan poner al descubierto modelos subyacentes de actividad económica. En consecuencia, algunos Estados desean limitar las corrientes transfronterizas de datos por las que se transmite esa información a otros Estados para su elaboración o utilización.

2. En muchos países, los bancos tienen la obligación profesional de mantener los asuntos de sus clientes en secreto, excepto en la medida en que la revelación de información es autorizada por el cliente o exigida por el Estado de conformidad con las disposiciones legales pertinentes. La violación de su obligación profesional puede dar lugar a sanciones penales o a responsabilidad con su cliente por los perjuicios consiguientes. Anteriormente, una revelación no autorizada solía ser un acto deliberado del banco o de uno de sus empleados. Si se tiene en cuenta que ahora la revelación no autorizada puede ser consecuencia del acceso a la computadora del banco de una persona no autorizada o de la interceptación de órdenes de transferencia de fondos teletransmitidas, podría quizá estudiarse si los bancos tienen una obligación más amplia de establecer un sistema de seguridad para la transmisión de órdenes de transferencia de fondos y su almacenaje que limite la posibilidad de tal acceso.

3. La comodidad con que se realizan las transferencias internacionales de fondos mediante telecomunicaciones facilita la ocultación de transferencias de fondos efectuadas por motivos tales como el pago de operaciones ilegales, la evasión de impuestos o la evitación de controles cambiarios mediante el rápido movimiento de los fondos a través de una serie de cuentas en distintos lugares. Las autoridades públicas de cierto número de países han intentado contrarrestar esas actividades mediante una investigación más minuciosa de los registros bancarios de transferencias de fondos, inclusive en ciertos casos los registros de cuentas de bancos o sucursales en países extranjeros. En algunos casos, las solicitudes de información sobre registros de cuentas de bancos o sucursales extranjeros dirigidos a los bancos o gobiernos extranjeros han sido rechazados por razón del secreto bancario o por considerar que la entrega de la información solicitada constituiría un acto de espionaje económico.

4. Los argumentos en pro del fortalecimiento del secreto bancario ante las amenazas suplementarias que plantea el empleo de computadoras, así como los argumentos en pro del mayor acceso a registros bancarios en investigaciones de delitos, y la creciente cooperación internacional en esta esfera, tienen suma importancia en la actualidad. No obstante, cabe suponer que la resolución del debate sobre estos y otros temas

afines se produzca en un foro más amplio que el dedicado a transferencias electrónicas de fondos o incluso a la banca en general.

Problema 10

¿Deben los bancos concertar contratos por escrito con sus clientes que estipulen los derechos y deberes de los clientes y de los bancos respecto de las transferencias electrónicas de fondos?

Referencia

"Acuerdos", párrs. 1 a 11

Comentario

1. Existen distintas tradiciones en diferentes países sobre la necesidad de contratos por escrito. En los países en que los contratos por escrito no son habituales, se suele recurrir a la tradición y a la práctica bancarias para dar contenido al acuerdo entre las partes.

2. No obstante, cabe pensar que, cuando se trata de nuevas técnicas de transferencias de fondos y, especialmente, de las transferencias electrónicas de fondos, la tradición y la práctica bancarias no puedan proporcionar el contenido necesario para atender a muchas de las cuestiones que puedan plantearse. Al parecer, los bancos exigen siempre un acuerdo por escrito antes de expedir tarjetas de crédito o tarjetas de débito. Al parecer, no se exigen siempre contratos por escrito antes de permitir a los clientes participar en programas de gestión de efectivo y otras transferencias de cantidades importantes de fondos, aunque puedan resultar especialmente útiles a este respecto, ya que algunos aspectos del acuerdo entre el banco y el cliente pueden ser distintos de un cliente a otro.

3. Salvo en lo que respecta a ciertos aspectos de los contratos negociados para transferencias de fondos por sumas importantes, los acuerdos entre bancos y clientes son redactados por los bancos y presentados a sus clientes como condición para la apertura de una cuenta. Las técnicas de que se dispone para limitar los posibles abusos de tales contratos de adhesión son distintas en diversos países.

Problema 11

¿Deben imponerse restricciones a las autorizaciones permanentes para debitar?

Referencia

"Acuerdos", párrs. 21 a 23

Comentario

1. Aunque una autorización permanente para debitar es analíticamente lo mismo que una autorización a un banco para atender letras de cambio designadas libradas contra el transmitente y domiciliadas en el banco, existen diferencias operativas que pueden dar lugar a problemas. El más importante es que la cobranza de letras de cambio se utiliza únicamente para asegurar el pago de una parte comercial, mientras que el empleo más extendido de autorizaciones permanentes para debitar tiene la finalidad de cobrar periódicamente cantidades debidas por consumidores. Una segunda diferencia importante es que la autorización para atender una letra de cambio puede dirigirse únicamente al banco del transmitente, mientras que, en algunos países, la autorización permanente para debitar puede enviarse también al banco del adquirente o incluso al adquirente.

2. Cabe pensar que una autorización permanente para debitar debería presentarse al banco del transmitente, ya que así el banco del transmitente podría verificar la existencia de la autorización antes de atender la orden de transferencia de débito recibida del banco del adquirente o del propio adquirente (en una operación con un solo banco). Ahora bien, aun en el caso de que la autorización permanente para debitar esté domiciliada en el banco del transmitente, no hay seguridad plena de que la orden de transferencia de débito preparada por el adquirente refleje adecuadamente la obligación debida en la operación precedente. Por consiguiente, cabría pensar que, en todos los casos, el transmitente debería tener pleno derecho, durante un período de tiempo determinado, a exigir la revocación del débito si afirma que no es correcto. La revocación del débito reactivaría, evidentemente, la obligación del transmitente de pagar la deuda precedente. Se podría estudiar la conveniencia de imponer una sanción al transmitente que exigiera la revocación del débito cuando existiera una autorización válida y el transmitente no tuviese razón fundada alguna para pensar que el importe del débito era incorrecto.

3. Los acuerdos interbancarios relativos a las autorizaciones permanentes para debitar deberían contener la garantía, por parte del banco del adquirente, de reembolsar al banco del transmitente cualesquiera débitos que haya tenido que revocar por orden del transmitente. El banco del adquirente debería poder disfrutar de una garantía análoga por parte del adquirente.

4. Cuando se presenta una transferencia de débito con cierta frecuencia y periodicidad por una suma constante, el transmitente puede planificar con facilidad sus activos líquidos. Cuando la transferencia no tiene carácter periódico, no es frecuente o la cantidad fluctúa, es posible que el transmitente, especialmente si se trata de un transmitente no comercial, no pueda planificar sus activos líquidos como es debido. La importancia de este problema depende en gran parte del grado en que los transmitentes, especialmente los no comerciales, puedan tener saldos de débito en sus cuentas a tipos de interés razonables. Cuando esta preocupación sea significativa, se puede estudiar la posibilidad de exigir que el adquirente, el banco del adquirente o el banco del transmitente notifiquen al transmitente la fecha y la cantidad del débito próximo con suficiente antelación para que pueda ajustar sus activos líquidos. También podría estudiarse la posibilidad de permitir que el transmitente retirase su orden antes de que se asentase el débito.

Problema 12

¿Debe imponerse algún requisito legal en cuanto a la forma de autenticación necesaria en una transferencia electrónica de fondos?

Referencias

"Acuerdos", párrs. 26 a 39

Problema 21

Comentario

1. Al parecer, ningún país exige que una orden de transferencia de fondos tenga forma escrita. Por este motivo, los bancos han podido utilizar diversas formas de técnicas de transferencia electrónica de fondos, entre ellas el télex, las telecomunicaciones de computadora a computadora, la entrega de dispositivos de memoria de computadora y, en algunos países, órdenes verbales por teléfono, sin necesidad de una orden expresa impuesta por la ley. A falta de legislación que autorice la transferencia electrónica de fondos, parece que no existe un requisito general de que una orden de transferencia de fondos debe autenticarse.

2. Cabe pensar que sería conveniente exigir por ley que todas las órdenes de transferencia de fondos, incluso las que estén en forma electrónica, deben ser autenticadas. No obstante, también podría pensarse que es innecesario, ya que un banco no podría asentar un débito en una cuenta a menos que tuviese una orden de transferencia de fondos en una forma de la que pudiera depender en caso de controversia posterior. Esto constituiría un incentivo suficiente para que los bancos ejerciesen cuidado al utilizar técnicas de transferencias de fondos cuando la autenticación es débil o no existe. Además, en muchos países, los supervisores bancarios considerarían una práctica imprudente que los bancos transfiriesen fondos atendiendo órdenes que no se hubiesen autenticado adecuadamente.

3. Así como se estimó conveniente exigir por ley la autenticación de las órdenes de transferencias electrónicas de fondos, también podría considerarse conveniente indicar qué tipo de autenticación sería legalmente aceptable. De ese modo no sólo se limitarían las autenticaciones a los tipos que el legislador estimara suficientemente seguros, sino que se garantizaría asimismo la posibilidad de recurrir a una autenticación del tipo exigido para autorizar un débito en la cuenta del transmitente, si de otro modo hubiese dudas sobre este aspecto.

4. No obstante, cabe pensar que resulte impracticable determinar en cualquier forma significativa en la legislación el modo en que deba autenticarse una orden de transferencia electrónica de fondos. En contraste con la autenticación de una transferencia documentada, en que si se desea se puede dar una lista razonablemente exhaustiva de medios de autenticación, entre ellos la firma, hay innumerables formas de autenticar un mensaje enviado por telecomunicaciones. Teniendo en cuenta la rapidez con que evoluciona la tecnología, se puede prever que algunos métodos actuales de autenticación se irán debilitando, en tanto que se pueden anticipar formas nuevas y más seguras de autenticación.

5. Por todo ello, cabría considerar que cualquier disposición legal relativa a la autenticación de una orden de transferencia electrónica de fondos estipularía poco más que la autorización del empleo de medios adecuados para el tipo de orden de que se trate. Se podría abordar por separado lo relativo a la responsabilidad por pérdidas causadas por la autenticación fraudulenta o errónea y también lo relativo a la parte a la que incumbe la carga de la prueba en cuanto a si la autenticación fue genuina o no.

Problema 13

¿Debe exigirse a los bancos expedidores que se adhieran a formatos modelo cuando envíen órdenes de transferencia de fondos?

Referencias

"Acuerdos", párrs. 47 a 54

ISO/DIS 7746/1.2, Banking-Standard telex formats for inter-bank payment messages—Part 1: Transfers

Comentario

1. Hay dos formas en que un banco expedidor puede no ajustarse a un formato modelo: No utilizar el tipo de mensaje adecuado cuando se dispone de más de un tipo de mensaje, o no incluir toda la información necesaria para el proceso automatizado, como sería el caso de utilizar erróneamente abreviaturas u otras designaciones normalizadas, colocar la información en el lugar inadecuado, o colocarla en el lugar destinado a la información adicional cuando tenga que ir en un campo de datos determinado. No constituye una violación de las normas del formato el hecho de que se incluya información incorrecta, como el importe incorrecto de la transferencia, cuando la información incorrecta está en el campo de datos correcto.

2. Las normas de la S.W.I.F.T. y de redes análogas determinan el formato que hay que observar para cada tipo de mensaje. La única cuestión pendiente es la consecuencia que afectará al banco expedidor por no ajustarse al formato. En cambio, aun cuando las normas sobre formatos para órdenes de transferencias de fondos enviadas por télex han pasado a constituir una norma internacional, que en la actualidad están en una fase avanzada de preparación y se ciñen estrechamente a las normas sobre formatos de la S.W.I.F.T., no adquirirán por ello fuerza legal. A menos que esas normas sobre formato adopten el carácter de reglas de buena práctica bancaria, sólo podrán adquirir fuerza legal mediante la imposición de requisitos legales o reglamentarios que se tendrían que cumplir, o mediante acuerdo de las partes.

3. Las consecuencias jurídicas para un banco expedidor que no utilice las normas sobre formato adecuado pueden ser dobles. El banco podría ser responsable de todos los errores en que incurriesen los bancos subsiguientes y que podrían proceder de la no utilización

del formato. Podría permitirse la exención de responsabilidad basada en que un banco subsecuente fue negligente porque debía haber entendido correctamente el mensaje, pero cabe estimar que debe ser rara la exención por ese motivo. La segunda consecuencia de no utilizar las normas sobre formatos podría ser el pago de una tasa uniforme por parte del banco expedidor al banco receptor por su esfuerzo encaminado a corregir el error del banco expedidor. Si de ordinario los bancos receptores reclamasen la tasa, esta norma podría tener la consecuencia útil de que los bancos expedidores tratasen de ser más cuidadosos y ajustarse a las normas sobre formatos, en beneficio de todos los interesados.

Problema 14

¿Debe exigirse un formato único para todas las tarjetas de débito y crédito utilizadas en un país para la transferencia electrónica de fondos?

Referencia

"Acuerdos", párr. 54

Comentario

1. El empleo de un formato único incrementa las posibilidades de intercambiar órdenes de transferencia de fondos y de compensarlas por conducto de un solo canal de compensación. Permite asimismo el uso compartido de terminales mediante tarjetas expedidas por distintos bancos y otros emisores de tarjetas, aunque el acuerdo sobre un formato común no entraña necesariamente un uso compartido. Si el Estado exige o estimula un formato único, lo hace de ordinario con el propósito de establecer el uso compartido.

2. El interés del Estado en el uso compartido puede consistir en la creación de un sistema nacional de tarjetas electrónicas de débito o crédito. En algunos países se ha postergado la propuesta de redes de terminales de puntos de venta mientras se adopta una decisión sobre un formato único y servicios compartidos porque los comerciantes al detalle desean tener solamente un terminal en cada caja registradora. Es posible que tanto el ramo de comercio al detalle como el Estado deseen garantizar que un emisor de tarjetas no pueda establecer una posición dominante en los sistemas de puntos de venta en virtud de un formato que no permita la utilización de tarjetas de otros emisores de tarjetas.

Problema 15

¿Dónde debe considerarse situada la cuenta del cliente a los efectos de las normas jurídicas aplicables a las transferencias de fondos?

Referencias

"Acuerdos", párrs. 79 a 81

"Carácter definitivo", párrs. 62 a 68

Comentario

1. Mientras que la cuenta del cliente se llevaba exclusivamente en forma documentada, la norma habitual era que la cuenta del cliente se consideraba situada, a efectos jurídicos, en el lugar en que se conservaba con fines contables. Si un banco tenía múltiples sucursales, de ordinario se mantenían cuentas de clientes en cada sucursal y, por consiguiente, estaban situadas en la sucursal a los efectos jurídicos.

2. Si un banco posee un centro de proceso de datos centralizado al cual deben llevarse las órdenes de transferencias de fondos para procesarlas, cabe pensar que ha desaparecido el fundamento de la antigua norma y que, al menos para algunos fines, el centro de proceso de datos centralizado podría considerarse como el lugar donde se encuentran las cuentas del cliente. Si un banco tiene acceso a distancia a la unidad del proceso de datos desde las terminales de alguna o de todas sus sucursales, dentro de una misma jurisdicción legal, a fin de que la información correspondiente pueda ingresar a la cuenta desde esos terminales distantes, tal vez ya no sea pertinente preguntar dónde se encuentra la cuenta del cliente, puesto que cualquiera de dichas ubicaciones, o todas ellas, pueden servir por un igual. Sin embargo, cuando las órdenes de transferencias de fondos documentadas se envían a la sucursal en que se abrió la cuenta a los efectos de cotejar las firmas antes de que la transferencia de fondos adquiera carácter definitivo, cabe pensar que la cuenta debe seguir ubicada en la sucursal, aun cuando los datos de la transferencia de fondos puedan registrarse en la cuenta desde uno o más lugares distintos.

3. El problema de la ubicación de los registros de las cuentas puede ser pertinente para determinar el lugar en que deba presentarse la orden de transferencia de débito para su atención, el lugar al que haya de enviarse un crédito, el lugar en que el transmitente de una orden de transferencia de débito pueda notificar a su banco la revocación de la orden y el lugar en que puedan entregarse las notificaciones judiciales y resoluciones de embargo que afecten a una cuenta. En el caso de dichas notificaciones y embargos de cuentas, la ley pertinente puede determinar un lugar en que deba entregarse la notificación o resolución del proceso judicial o la persona a quien deba entregarse, que no necesita estar relacionada con el lugar donde se conserva la cuenta.

Problema 16

¿Debe limitarse la obligación de un banco del transmitente, en una transferencia de crédito, a enviar una orden adecuada de transferencia de crédito al banco receptor correspondiente, o debe considerarse que la obligación del banco del transmitente consiste en encargarse de que la orden del transmitente se cumpla?

Referencias

"Responsabilidad", párrs. 56 a 60, 100

Problemas 3, 22, 30

Comentario

1. Este problema se refiere únicamente a la cuestión de la parte responsable del cumplimiento de la orden de transferencia de fondos. No trata ni de la norma de conducta de la que cualquier banco determinado o el sistema bancario en general debe reputarse responsable ni de los perjuicios que el transmitente podría cobrar por la ejecución inadecuada. El alcance de la obligación del banco del transmitente tiene una importancia particular en las transferencias internacionales de crédito y en las transferencias internas de crédito en sistemas bancarios fragmentados en que una transferencia de crédito puede pasar por varios bancos, sistemas de comunicaciones o cámaras de compensación entre el banco del transmitente y el banco del adquirente.

2. Como el transmitente sólo trata con el banco del transmitente, tiene escasos medios independientes para determinar por qué no se llevó a cabo en forma adecuada una transferencia de fondos y es poca la presión que puede ejercer sobre un banco distante o extranjero para llegar a un acuerdo con él en cuanto a las pérdidas, cabría pensar que el banco del transmitente debe reputarse responsable ante el transmitente por la ejecución adecuada de la transferencia de fondos. Esta conclusión tal vez se apoyaría en el hecho de que los bancos participan en la preparación del sistema de transferencia de fondos en su totalidad y que el banco del transmitente decide de ordinario los bancos intermediarios que ha de utilizar. Cuando el banco del transmitente no es responsable, por lo general debe ser reembolsado por la pérdida, ya sea asignando finalmente la pérdida al banco responsable o al sistema en su conjunto. Cabría prever que una consecuencia de esta norma sería que los bancos podrían aumentar la presión sobre los demás bancos que suelen cometer errores que causan pérdidas a que mejorasen sus procedimientos. También podría estimularse la unificación ulterior de las normas y prácticas bancarias para las transferencias internacionales como un medio complementario para reducir las pérdidas resultantes de errores y demoras.

3. No obstante, cabría asimismo pensar que no sería razonable que se reputara al banco del transmitente responsable por los errores ocurridos en otros bancos. Así es, en particular, en el caso de errores causados por el banco del adquirente, ya que rara vez el banco del transmitente tiene opción alguna para escoger al banco del adquirente. Pero, aun en el caso de que el banco del transmitente tenga derecho a obtener el reembolso, no siempre podrá lograrlo del banco responsable situado en otro país debido a los reglamentos sobre control de cambios u otros análogos, en vista de lo cual cabría considerar que no se debe exigir al banco del transmitente que soporte los riesgos de la falta de reembolso. Además, tal vez se reputaría responsable al banco del transmitente ante éste en virtud de las normas bancarias y jurídicas de su país, mientras que el banco del país en que ocurrió el problema puede haber seguido prácticas bancarias distintas a las de su país. Esto plantea la cuestión de determinar si la obligación del banco del transmitente debe limitarse a la obligación de prevenir al transmitente respecto de las distintas prácticas bancarias que conocía o debía haber conocido.

4. Como alternativa a esa responsabilidad está el que cada banco haya de responder directamente ante el transmitente de desempeñar sus obligaciones en relación con la orden de transferencia de fondos. Estos dos enfoques suelen estar determinados o expresados por los conceptos de representación o relación particular de las partes contratantes. Cabe pensar que la aplicación uniforme de cualquiera de estos conceptos en un sistema jurídico nacional establezca una base jurídica para que el transmitente repute responsable al banco del transmitente o al banco causante del problema. Sin embargo, puede observarse que en las transferencias internacionales es posible que el transmitente no pueda reputar responsable al banco intermediario por falta de relación contractual. En consecuencia, quizá se estime conveniente disponer de una norma precisa y uniforme, sobre todo en las transferencias internacionales de fondos.

5. Se podría estudiar también la conveniencia de encarecer las tarifas aplicables a las transferencias de fondos, a cambio de lo cual el banco del transmitente aceptaría un mayor grado de responsabilidad por pérdidas resultantes de errores o demoras de otras partes del sistema de transferencia de fondos, así como de sus propios errores o demoras.

Problema 17

¿Es responsable el banco del adquirente ante el transmitente, ante el banco expedidor o ante el adquirente del cumplimiento adecuado de sus obligaciones en relación con una transferencia de crédito?

Referencias

"Responsabilidad", párr. 93

"Carácter definitivo", párrs. 5 a 20

Comentario

1. En una transferencia de crédito puede considerarse que el banco del adquirente está en una situación jurídicamente ambigua. Por una parte, su contrato con el cliente lo obliga a recibir transferencias para abonarlas a la cuenta. A este respecto, el banco del adquirente parecería contractualmente responsable ante el adquirente por el cumplimiento adecuado de sus obligaciones tan pronto como haya recibido la orden de transferencia de crédito del banco expedidor. Toda demora por su parte en procesar la orden debe ser compatible con esa obligación contractual. Por otra parte, como la transferencia de fondos no adquiere carácter definitivo ni el transmitente cumple sus obligaciones con el adquirente hasta que el banco del adquirente ejecute el acto necesario para dar carácter definitivo a la operación, el banco del adquirente podría tener una obligación con el transmitente (o el banco expedidor) de actuar en forma rápida y precisa para ejecutar ese acto.

2. Un método para determinar qué parte ha de reputar responsable al banco del adquirente por no ejecutar adecuadamente la orden de transferencia de fondos sería

determinar el momento antes del cual el banco del adquirente actúa en nombre del transmitente (o del banco expedidor) y después del cual actúa en favor del adquirente. Ese momento podría ser aquel en que la transferencia de fondos adquiere carácter definitivo. O también podría parecer razonable que el banco del adquirente fuese responsable tanto ante el transmitente (o el banco expedidor) como ante el adquirente.

Problema 18

¿Deberían las empresas públicas de telecomunicaciones, los servicios privados de comunicación de datos, las redes electrónicas de transferencia de fondos y las cámaras de compensación electrónicas ser responsables de las pérdidas imputables a errores o fraudes cometidos en relación con una orden de transferencia de fondos?

Referencias

"Responsabilidad", párrs. 23, 24, 68 a 73, 78 a 81
Problema 16

Comentario

1. La cuestión de si las empresas públicas de telecomunicaciones deben seguir siendo exoneradas de toda responsabilidad por las pérdidas imputables a la pérdida o demora de los mensajes o a cualquier alteración de su contenido ha vuelto a plantearse a causa de los cambios ocurridos en la naturaleza de los servicios ofrecidos y también como consecuencia de que en algunos países se privatizaron estos servicios o se derogaron las reglamentaciones que regían su funcionamiento. Ahora bien, si la empresa no se hace responsable de la pérdida, cabría preguntarse si la responsabilidad debe recaer sobre el transmitente o sobre uno de los bancos. Como argumento a favor de que sea el transmitente quien asuma la pérdida se encuentra el hecho de que la transferencia de fondos se hace en su beneficio y que la pérdida no es imputable a ninguna parte que pueda considerarse responsable. El argumento a favor de que la responsabilidad incumba a uno de los bancos, estriba en que éstos están en perfectas condiciones para designar a un sistema de transferencia de fondos que utilice los servicios de empresas públicas, de modo que se señalarían a la atención del banco expedidor o del receptor cualesquiera demoras o errores, lo cual permitiría ponerles remedio rápidamente. Entre los bancos que podrían considerarse responsables de las pérdidas están el banco del transmitente, sobre todo si este banco es responsable de la ejecución adecuada de toda la transferencia de fondos, y el banco expedidor de la orden que se perdió, demoró o fue alterada.

2. Los servicios privados de comunicación de datos, las redes electrónicas de transferencia de fondos y las cámaras de compensación electrónicas pueden estipular en el contrato con los bancos participantes que su responsabilidad por la pérdida, demora o alteración de la orden de transferencia de fondos es limitada o nula. Cabe pensar que la distribución contractual de las pérdidas entre esas entidades y los bancos participantes no tiene por qué infringir el orden público. Sin embargo, habría que estudiar si la consecuencia de estas disposiciones contractuales no es la de imputar la pérdida al transmitente. Podría afirmarse que en este caso es menos lógico que el transmitente se haga cargo de la pérdida que en los casos en que la pérdida ocurre con una empresa pública, dado que las redes y las cámaras de compensación son parte integrante de la industria bancaria y que los bancos pueden decidir si usarán o no los servicios privados de comunicación de datos para enviar las órdenes de transferencia de fondos.

3. Podría considerarse que las empresas de telecomunicaciones, los servicios de comunicación de datos, la red de transferencia electrónica de fondos o la cámara de compensación electrónica deben hacerse responsables de las pérdidas ocasionadas por el fraude cometido por sus empleados. Sin embargo, también cabría argumentar que la responsabilidad del empleador por las acciones de sus empleados debería ser limitada, especialmente cuando se trate de actos ilícitos. Se podría distinguir entre pérdidas resultantes de un fraude cometido por la posibilidad de acceso a registros de cuentas o al equipo como parte de la relación laboral -en cuyo caso sería responsable el empleador- y las pérdidas resultantes de un fraude que haya sido posible por los conocimientos que el empleado haya adquirido en el curso de su trabajo, de lo cual no sería responsable el empleador.

Problema 19

¿Debe exonerarse a un banco de toda responsabilidad por errores o demoras en las transferencias de fondos ocasionados por fallas del equipo físico o la dotación lógica de las computadoras?

Referencia

"Responsabilidad", párrs. 64 a 67

Comentario

1. Aunque el equipo físico y el soporte lógico de las computadoras de los bancos han alcanzado en los últimos años un alto nivel de fiabilidad, a veces se cometen errores y las transferencias de fondos se pierden, se demoran o sufren alteraciones por fallas de la computadora. Por un lado, puede argumentarse que los problemas técnicos de esta índole exceden el control de un banco y que el banco debe ser exonerado de toda responsabilidad por cualquier pérdida ocasionada al cliente como resultado de dicha falla. Cuando tienen la opción de hacerlo, los bancos suelen incluir una cláusula a tal efecto en los contratos con sus clientes.

2. Por otro lado, puede considerarse que el grado de fiabilidad de la computadora es tal que ésta debe ser tratada del mismo modo que el resto del equipo utilizado por los bancos. Las fallas de la computadora pueden ser resultado de inadecuaciones del equipo o la dotación lógica o de un mantenimiento deficiente, por lo que cabe reducir las consecuencias de dichas fallas si se planifica de antemano, lo cual quiere decir, por ejemplo, que se cuente con equipo adicional, de generadores de corriente

para casos de emergencia, y que haya planes para efectuar las transferencias de fondos por otros medios y lograr, en general, una pronta acción del banco. En consecuencia, puede considerarse que no se justifica una exoneración generalizada de la responsabilidad, pero que una exención de responsabilidad por fallas de la computadora podría estar justificada en casos en los que el banco no hubiese podido evitar la falla o paliar sus consecuencias.

Problema 20

¿Debe considerarse responsable a un banco ante su cliente por haber asentado un débito o un crédito en cuenta de conformidad con el número de cuenta indicado en la orden de transferencia de fondos recibida, si el nombre a que está la cuenta no coincide con el nombre que figura en la orden de transferencia de fondos?

Referencia

"Acuerdos", párrs. 44 a 46

Comentario

1. En la orden de transferencia de fondos pueden identificarse las cuentas que han de debitarse y acreditarse mediante el nombre del titular, el número de cuenta, o ambos. Los bancos que llevan el registro de las cuentas de los clientes mediante el procesamiento automático de datos normalmente usan sólo el número de cuenta para hacer el trámite. Este puede ser el único medio viable cuando las órdenes se procesan por lote. Sin embargo, cuando la orden se ha transmitido individualmente por telecomunicaciones debería ser posible verificar el nombre de la cuenta.

2. No es probable que ningún sistema jurídico nacional exija autorización legislativa para asentar débitos y créditos utilizando exclusivamente el número de cuenta. Sin embargo, puede considerarse útil indicar si el banco debe hacerse responsable de cualquier pérdida ocasionada si el nombre de la parte que debía ser debitada o acreditada de conformidad con la orden de transferencia de fondos no correspondía al nombre de la cuenta. El nombre que figura en la orden y el nombre de la cuenta pueden no coincidir por fraude o error, incluido error del transmitente, o porque el transmitente no sabía el nombre correcto de la cuenta.

3. Una norma totalmente a favor del creciente uso del procesamiento automático de datos sería la de exonerar de toda responsabilidad al banco cuando asienta un débito o un crédito de acuerdo con el número de cuenta que figura en la orden de transferencia de fondos recibida, aun cuando el asiento se haya hecho en una cuenta con un nombre distinto del que figura en la orden. El responsable por las pérdidas sería el transmitente o el banco que introdujo por primera vez el número de cuenta incorrecto en la orden de transferencia de fondos. La norma a tal efecto podría formularse diciendo que, en caso que haya conflicto entre el número de cuenta y el nombre de la cuenta, debe prevalecer el número de cuenta.

4. Puede argumentarse también que cabría esperar que el banco verificara el número y el nombre de la cuenta para así poder descubrir cualquier posible discrepancia. En especial, podría procederse de este modo en el caso de las transferencias de fondos de gran valor recibidas por telecomunicaciones. Si el banco decide asentar los débitos y los créditos tomando exclusivamente como dato el número de cuenta, lo hace en beneficio propio, por lo que el cliente no debe sufrir las consecuencias que pueda acarrear. Si se adopta este criterio, podría tratar de determinarse si corresponde al banco del adquirente o al banco del transmitente hacerse cargo de la pérdida cuando la discrepancia fue ocasionada por error del transmitente o fraude de uno de sus empleados. Lo usual en tal caso sería probablemente hacer que el riesgo de toda pérdida recayera sobre el transmitente. Si la pérdida se asignara al banco del adquirente, equivaldría a reconocer que ésta podía haberse evitado si el banco hubiera procedido en la forma pertinente.

Problema 21

Cuando se trata de determinar si un débito en la cuenta del transmitente fue autorizado por él o se efectuó por error suyo, ¿debe recaer la carga de la prueba sobre el banco o sobre el cliente del banco?

Referencias

"Responsabilidad", párrs. 13 a 21

Problema 7

Comentario

1. La cuestión de la carga de la prueba entraña litigio. Si incumbe al cliente demostrar que no estaba autorizado un débito asentado en su cuenta y no puede demostrarlo ni hacer responsable al banco de demostrar que el débito estaba autorizado, el cliente no conseguirá hacer prosperar su reclamación. Si, por el contrario, es el banco el que tiene que demostrar que el débito estaba autorizado, aumentan las probabilidades de que el cliente tenga éxito en su reclamación.

2. En el problema 7 se señaló que en casi todos los países se aceptan los registros de computadoras como prueba de las operaciones que se efectúan con ellas. Aunque todos los sistemas jurídicos que aceptan el valor probatorio de los registros de computadoras permiten que una parte impugne la exactitud del registro demostrando que la existencia de fallas en el diseño o mantenimiento del sistema de computadoras o que la utilización de procedimientos inadecuados para asentar los datos impide garantizar la exactitud de los registros, en la mayoría de los casos en que se trata de determinar si una orden de transferencia de fondos ha sido electrónicamente autorizada en la debida forma, el cliente se encuentra ante la imposibilidad práctica de cuestionar el sistema o los procedimientos utilizados en relación con la computadora del banco. Esto se aplica especialmente para las transferencias de fondos de monto reducido, pero también se aplicaría a la mayoría de las transferencias de fondos de un valor elevado.

3. En muchos casos en que el cliente alega que la transferencia de fondos iniciada mediante un terminal activado por el cliente no fue autorizada, las circunstancias que rodean el hecho pueden corroborar su reclamación o, inversamente, suscitar serias dudas acerca de su validez. Sin embargo, cuando las circunstancias concurrentes no apoyan la reclamación del cliente o suscitan serias dudas al respecto, el hecho de que la cuenta pueda debitarse suele depender de que la carga de la prueba recaiga sobre el cliente o sobre el banco. El ejemplo actual más corriente lo suministra el uso de los distribuidores automáticos de billetes, pero la cuestión también puede plantearse frecuentemente en las operaciones realizadas en el punto de venta. En ambos casos la parte que emite la orden de transferencia de fondos se lleva consigo el dinero o los bienes y no deja más huella que la orden de transferencia de fondos. Un caso menos frecuente, pero más importante en sí mismo, es el de las transferencias fraudulentas de sumas cuantiosas en el que la determinación de la identidad de la parte fraudulenta podría tener importancia para imputar la responsabilidad de la pérdida al banco o a su cliente.

4. Puede argumentarse que es tan poco probable que el registro de la cuenta que ha de debitarse esté equivocado por causa de un error no detectado de la computadora o porque un tercero tuvo acceso fraudulentamente a la computadora sin que mediara negligencia ni complicidad del cliente, que es razonable que la carga de la prueba recaiga sobre el cliente cuando se trata de demostrar lo contrario. Este argumento es el que fundamenta las cláusulas incluidas en muchos contratos entre el banco y el cliente con arreglo a las cuales este último se hace responsable de todas las operaciones iniciadas con su tarjeta de débito u otros dispositivos que den acceso a su cuenta, salvo si denuncia que ha perdido la tarjeta o que se ha vulnerado de algún otro modo el medio de acceso.

5. Sin embargo, cabe considerar que el acceso fraudulento a los terminales activados por el cliente es un problema común y serio respecto del cual la industria bancaria debe asumir la responsabilidad ante sus clientes. Puede incluso suponerse que la industria bancaria tiene la obligación de concebir formas de acceso a la computadora mediante terminales activados por los clientes que sean tan seguros que la negligencia ordinaria del cliente no baste para hacerlas vulnerables. También podría considerarse que, a menos que se disponga de esas formas de acceso seguras, la industria bancaria sólo debe instalar los terminales activados por el cliente con gran cautela. Esto podría llevar a la conclusión de que el banco de que se trate no debe permitir el débito en la cuenta del cliente a menos que pueda demostrar que el acceso a la computadora es tan seguro que sería imposible, o casi imposible, que la orden se haya dado sin la intervención del cliente. En la actualidad la consecuencia de este hecho sería probablemente que el banco no podría debitar la cuenta de su cliente a menos que las circunstancias que rodearan el hecho indicaran que el fraude podía imputarse al cliente. Sin embargo, a medida que se disponga de formas de autenticación más seguras en los terminales activados por el cliente, cabe esperar que los bancos puedan asumir la carga de la prueba con mayor éxito.

Problema 22

¿En quién debe recaer la carga de la prueba por lo que respecta al origen del error o fraude causantes de pérdidas en la realización de la transferencia de fondos, en el cliente o en los bancos utilizados?

Referencias

"Responsabilidad", párr. 59

Problemas 7, 16, 21

Comentario

1. Este problema puede plantearse principalmente de dos maneras. La primera es el caso del cliente que alega que afirma haber dado una orden de transferencia de fondos, pero el banco no tiene constancia de ello. Aunque los casos más frecuentes de pérdida se plantearán sin duda con respecto a órdenes enviadas presuntamente mediante un terminal activado por el cliente, desde su establecimiento, una vez que estén generalizadas las transferencias de fondos a partir de ventanillas automáticas o de terminales de telepago aparecerán inevitablemente problemas vinculados con asuntos tales como la expiración de los contratos de seguro por falta de pago de la prima debida. Cabría esperar que en la mayoría de los casos en que la orden se enviara mediante un terminal ubicado en el establecimiento del cliente, su computadora habrá guardado una constancia de la transferencia. El problema se centraría entonces en determinar qué parte, el cliente o el banco, asume el riesgo por la pérdida del mensaje. En el caso de una ventanilla automática o un terminal de telepago, el cliente no dispondrá con frecuencia de recibo documentado o registro de computadora para demostrar la transferencia. Si se carece de este recibo o registro, y, en el caso de un cliente no comerciante, no se observan prácticas metódicas de administración que acrediten su reclamación, cabe pensar que es el cliente quien debe soportar la carga de la prueba.

2. Un segundo planteo del problema sería el caso de que la orden de transferencia de fondos se perdiese o demorase, o contuviese un error al llegar al banco del adquirente, sin que pueda determinarse con claridad el origen del problema. En el caso de que la norma elegida haga responsable al banco del transmitente del debido cumplimiento de la integridad de la transferencia de fondos, puede preverse que asume la carga de probar que la pérdida, demora o error se produjeron de un modo que lo exonere de responsabilidad (véase el problema 16). Cuando la norma elegida no impone dicha responsabilidad al banco del transmitente, puede preverse que corresponde al transmitente la carga de probar cuál es el banco responsable por la pérdida, demora o error. Normalmente, un rastreo contable debería bastar para identificar el banco donde se produjo el problema. Sin embargo, las constancias que permiten este rastreo contable estarían bajo el control

absoluto de los bancos, y puede que en una transferencia internacional de fondos algunos de estos bancos sean extranjeros, con lo que aumentan las dificultades para obtener la información. Si los registros del banco no concuerdan, el transmitente no dispone de otros medios para satisfacer su obligación de aportar la prueba. Además, puede suceder que el transmitente deba demostrar que la pérdida, demora o error se produjeron por negligencia u otra conducta culpable imputable al banco de que se trata, en cuyo caso cabe esperar que se le imponga la carga de la prueba en cuanto a la causa del problema.

Problema 23

¿Debe exigirse que se pongan los fondos a disposición del adquirente dentro de plazos específicos a contar desde la recepción por el banco del transmitente de una orden de transferencia de crédito? De ser así, ¿cómo debería determinarse este plazo?

Referencias

"Acuerdos", párrs. 55 a 78

Problemas 16 y 27 a 29

ISO/DIS 7746/1.2, Banking-Standard telex formats for inter-bank payment messages — Part 1: Transfers

ISO/DIS 7982/1, Bank telecommunication—Funds transfer messages—Vocabulary and data elements (revisado el 14 de noviembre de 1984)

Comentario

1. En este problema se trata únicamente de determinar si debe existir una fecha límite para completar las transferencias de crédito y, de ser así, sobre qué base debe establecerse y qué bancos serían responsables si no se la respetase. No se refiere al período de cobro pendiente que puede crearse en las transferencias de crédito, pues este período puede alargarse o acortarse con respecto al plazo exigido para la efectivización de la transferencia de crédito, estableciéndose que los intereses comenzarán a correr en una fecha anterior o posterior a la del asiento.

2. Para que el transmitente dé la orden de transferencia de crédito con anticipación, a fin de respetar las fechas límites de pago, deberá saber cuánto tiempo será necesario para que el adquirente tenga los fondos a su disposición. Los bancos están cada vez más habilitados a calcular con precisión el tiempo necesario para completar las transferencias de crédito interbancarias, pues en este aspecto las técnicas de transferencia de fondos por medios electrónicos son más fiables que las transferencias de crédito documentadas. Esto vale tanto para las transferencias de crédito internas como para las internacionales.

3. Cabe pensar que, si los bancos del transmitente ofrecen un servicio que prevé poner los fondos a disposición del adquirente en una determinada fecha de pago, los transmitentes tenderán a tener presente ese hecho al planificar sus operaciones. En tal caso, el transmitente podrá muy bien tener una base para reclamar si sufre pérdidas que pueden haber ocurrido a causa de una demora injustificada.

4. Se puede estimar que debe exigirse al banco del transmitente que dé curso a la orden de transferencia de crédito que haya recibido, dentro de un plazo limitado procedente para el tipo de transferencia de fondos de que se trata. Si se considerara necesario, debería ser posible convenir fechas límites normalizadas para todos los tipos de órdenes de transferencia de créditos en un país. En estas fechas límites deberían tenerse en cuenta, por cierto, las causas normales de demora que impiden que se complete cualquier transferencia de fondos dentro del plazo óptimo. Si se trata de una transferencia de crédito dentro de un mismo banco, debe considerarse a este banco responsable de la ejecución de la transferencia dentro del plazo adecuado. Podría aplicarse un plazo distinto si la cuenta del adquirente estuviera domiciliada en otra sucursal dentro o fuera del país en que el transmitente tiene su cuenta, y la elaboración de datos de la cuenta del adquirente se hubiera realizado en un establecimiento diferente del que se ocupa de la cuenta del transmitente.

5. En una transferencia de fondos en que intervienen dos o más bancos, parecería que cada uno de los bancos que recibe la orden tiene también la obligación de darle curso dentro de un plazo limitado. Si el banco receptor recibiera la orden de transferencia de fondos por conducto de una red, el plazo podrá estar fijado por las normas de la red. En los demás casos, ese plazo puede establecerse según la práctica bancaria, por un acuerdo interbancario o por ley. Puede considerarse que el banco receptor tiene esta obligación frente al transmitente o al banco expedidor. En todo caso, habría mayores probabilidades de que sea exacto el cálculo del tiempo para la transferencia de fondos en su integridad.

6. Como el transmitente debe depender de su banco para obtener la estimación del tiempo necesario para la transferencia de los fondos y servir como punto inicial para todo el sistema de transferencia de fondos, parecería adecuado examinar si el banco debería ser jurídicamente responsable de que las transferencias de fondos se efectúen sin demoras. Por otra parte, el banco del transmitente no puede vigilar las actividades de los otros bancos de la cadena, e incluso rara vez puede ni siquiera designar el banco del adquirente (véase el Problema 16).

7. Cuando el transmitente especifique una fecha de pago, es decir, la fecha en que los fondos se ponen a disposición del adquirente, la obligación genérica del banco del transmitente o de los demás bancos de la cadena se vuelve más específica. Cabría entender que la aceptación de una orden de transferencia de fondos con indicación de una fecha de pago crea una obligación contractual a cargo del banco transmitente de poner los fondos a disposición del adquirente para esa fecha. Como mínimo, podría pensarse que el banco del transmitente estaría obligado a hacer figurar la fecha de pago en su orden de transferencia de fondos al siguiente

banco de la cadena. Sin embargo, como los formatos normalizados de mensajes para las órdenes de transferencias de fondos por télex y de computadora a computadora no contienen un espacio para la fecha de pago, este dato tendría que figurar en el espacio destinado a la información para el receptor. Puede también observarse que el término "fecha de pago", que había figurado en los anteriores proyectos del léxico propuesto para utilizarse en las telecomunicaciones bancarias, se ha eliminado en las versiones más recientes.

8. Podría pensarse que, cuando el transmitente no hubiera concedido suficiente tiempo como para estar seguro de respetar la fecha de pago, el banco del transmitente estaría igualmente obligado a comunicar este hecho al transmitente. Además, si un banco receptor no está obligado a acreditar a su parte acreedora antes de haber recibido los valores, el banco del transmitente, como banco expedidor, estaría obligado a suministrar este valor a su banco receptor con bastante antelación para que este banco actúe dentro del plazo necesario.

Problema 24

¿Con qué frecuencia debería un banco enviar el estado de cuenta a sus clientes?

Referencia

"Responsabilidad", párrs. 47 a 50

Comentario

1. Un banco y su cliente pueden convenir en que se comunique el estado de cuenta con mayor frecuencia de lo que exige la ley. Esto valdría especialmente para las cuentas comerciales, en que a menudo el estado de cuenta se comunica diariamente. Por consiguiente, este problema se refiere solamente a la exigencia mínima que pudiera imponer la ley.

2. En los sistemas bancarios en que se envía al cliente un aviso cada vez que se asienta un débito o un crédito en una cuenta, ese aviso hace las veces de estado de cuenta. En otros sistemas bancarios, en que no se transmite automáticamente este aviso de débito o crédito, cabría esperar normalmente estados de cuenta periódicos. Sin embargo, la exigencia mínima adecuada podría variar según los diferentes tipos de cuentas y los distintos niveles de actividad de la cuenta. En algunos casos, como cuando se trata de una cuenta secreta e identificada sólo con un número, el envío por correo de cualquier confección periódica del estado de cuenta podría considerarse inconveniente para el cliente. Así pues, cabría concluir que la frecuencia de la confección de estados de cuenta es un asunto que debería dejarse a lo que convengan los bancos y sus clientes.

3. Sin embargo, puede también pensarse que, por lo menos para ciertos tipos de cuenta, sería procedente que la ley estableciera exigencias mínimas. Esto sucedería muy probablemente con las cuentas no comerciales en países en que el aviso de débito o crédito no sea necesario para que dicho débito o crédito adquieran carácter definitivo. Podría pensarse que esto reviste una importancia cada vez mayor por haber crecido el número de personas que se sirven de sus cuentas bancarias para las transferencias de fondos. Cabe suponer que es menos probable que estas personas lleven registros adecuados de dichas transferencias. Cuando el transmitente tiene pleno derecho durante un determinado período para exigir la revocación de una transferencia de débito en virtud de una autorización permanente para debitar, el adquirente tendrá interés en saber que el transmitente ha recibido aviso del débito y que ha empezado a transcurrir el plazo para la revocación. Además, habida cuenta del incremento de fraudes que se han denunciado como consecuencia de la utilización de terminales activados por el cliente, cabe pensar que está justificado pedir que se confeccionen con relativa frecuencia estados de cuenta como medio para descubrir el fraude.

4. Si la ley exige la presentación del estado de cuenta, cabría determinar si éste debe plasmarse en un documento y enviarse al cliente, o si se cumple esta exigencia poniéndose este estado de cuenta a disposición del cliente en el banco. En particular, el estado de cuenta podría estar disponible gracias a la utilización de un terminal activado por el cliente, en su domicilio o lugar de trabajo, o mediante una ventanilla automática.

Problema 25

¿Qué plazo deberá darse al cliente para notificar a su banco los asientos incorrectos en su cuenta?

Referencia

"Responsabilidad", párrs. 51 a 54

Comentario

1. En algunos países el plazo para que el cliente notifique a su banco los asientos incorrectos que figuren en su cuenta forma parte de la legislación que rige las transferencias de fondos. En otros países, el plazo viene determinado por las normas generales de derecho. En cualquier caso, el plazo debe estar en conformidad con los procedimientos bancarios corrientes.

2. El plazo total de que dispone un cliente bancario para notificar al banco los asientos incorrectos de su cuenta, a partir del momento en que se hace el asiento, está determinado por el hecho que da lugar a que comience a contar el plazo y por la duración del mismo. El plazo podría comenzar cuando se hace el asiento. En algunos países, de conformidad con las normas generales de derecho, el plazo comienza cuando el banco confecciona el balance regular de la cuenta, que puede ser semestral o anual. Sin embargo, cabe pensar que sea más adecuado que el plazo comience cuando el banco entregue al cliente un estado del movimiento de su cuenta en el que aparezca el asiento, ya que así es como el cliente se entera de su existencia. Si el estado de cuenta se hace llegar al cliente a través de un terminal de computadora accionado por el propio cliente, cabría

pensar que el plazo debiera empezar a contar a partir del momento en que apareciese el asiento en el terminal a petición del cliente. Si no se envía ningún estado de cuenta al cliente o si éste no dispone de ningún estado a través de un terminal de autoaccionamiento, el plazo podría comenzar a contar cuando el banco, a petición del cliente, informase a éste de haber hecho el asiento en su cuenta.

3. Cuando el plazo con que cuenta el cliente para notificar a su banco un asiento incorrecto se halle limitado únicamente por el reglamento sobre limitaciones o por el plazo de prescripción, por ejemplo, el plazo para incoar acción judicial, el plazo de notificación suele durar varios años y a veces mucho más. Sin embargo, tal vez parezca apropiado que el plazo de notificación sea más corto y se mida en meses en lugar de en años. Especialmente cuando el adeudo asiento tenga trazas de haber ocurrido por motivo de fraude o por haberse cargado la cuenta incorrecta, la rápida notificación al banco puede permitir a éste seguir la pista de la parte fraudulenta o corregir su error mediante el asiento de la cantidad que corresponda en la cuenta correcta.

4. Podría estudiarse la conveniencia de establecer plazos diferentes para distintos tipos de cuenta o para distintos tipos de clientes. Cabría estimar, por ejemplo, que para notificar al banco un asiento incorrecto los clientes comerciales debieran disponer de un plazo más corto que el que se diera a los clientes no comerciales, ya que es de suponer que los clientes comerciales verifican antes y con más cuidado los estados de sus cuentas. Además, el volumen medio de cada una de las transferencias de fondos comerciales es mayor que el de las transferencias de fondos no comerciales, lo que aumenta la importancia de que se encuentren con prontitud cada uno de los errores o fraudes.

5. Cabe estimar que el plazo de que dispone un cliente bancario para notificar un asiento incorrecto deba regirse por una norma imperativa y no pueda ser objeto de reducción mediante acuerdo entre los bancos y sus clientes. Sin embargo, cabe pensar también que pudiera ser conveniente que las partes pudiesen ajustar el plazo legalmente prescrito a las circunstancias relativas a la cuenta y a su movimiento, especialmente en el contexto de las cuentas comerciales o de las redes de transferencias de fondos de gran valor.

Problema 26

¿Debe existir un procedimiento claramente articulado para corregir errores?

Referencia

"Responsabilidad", párr. 55

Comentario

1. Dado que los clientes de un banco pueden formular preguntas sobre un cierto número de asientos que se hayan podido anotar incorrectamente en su cuenta ya sea por error o como resultado de fraude, todo banco contará necesariamente con un procedimiento para investigar y resolver tales errores. En algunos bancos el procedimiento puede ser la notificación oral y oficiosa; pero en otros muchos, y especialmente en los que manejan gran número de cuentas y asientos, el procedimiento tiende a ser escrito y reglamentario.

2. Cabe estimar, por consiguiente, que todo banco tenga un procedimiento escrito para corregir errores. Y se podría estimar también que dicho procedimiento contenga un mínimo determinado de requisitos con respecto al plazo que el banco tiene para responder al cliente que formule preguntas y a la información que debe contener la respuesta. Cabe pensar asimismo que los procedimientos del banco para corregir errores se pongan en conocimiento de sus clientes de manera apropiada.

3. Teniendo en cuenta que el error o el fraude en una transferencia de fondos a menudo entraña la participación de otros bancos, aparte de aquel en el que el cliente formule la pregunta, cualquier procedimiento adoptado por un solo banco tendrá necesariamente un ámbito reducido. Podría tropezarse con dificultades cuando los otros bancos implicados se hallasen en otros países y adoptasen diferentes criterios con respecto a la investigación y corrección de errores o a la notificación de un supuesto fraude.

4. Por lo tanto, cabe estimar que pudieran establecerse acuerdos interbancarios con respecto a los procedimientos de resolución de errores. Tales acuerdos podrían incorporarse dentro de las normas sobre redes de transferencia de fondos, adoptadas por asociaciones bancarias o a través de acuerdos bilaterales entre los bancos corresponsales. Cabría esperar que las disposiciones de tales acuerdos relativas a las transferencias de fondos de poco valor fueran muy diferentes de las que se refieren a acuerdos relativos a transferencias de gran valor.

5. En algunos países podría ser útil prever en la ley los procedimientos exigidos para corregir errores. Especialmente con respecto a las cuentas no comerciales, cabe estimar que los procedimientos imperativos de resolución de errores constituyen una medida importante de protección para los clientes bancarios, que de otra forma se encontrarían en situación desventajosa para discutir con su banco sobre un supuesto error por parte de éste. Sin embargo, también se puede suponer que todo procedimiento de resolución de errores previsto en la ley pudiera ser demasiado general para proteger bien a los clientes del banco, o tan detallado que diera lugar a gastos innecesarios. Así pues, es posible asimismo que en la mayoría de los países la experiencia haga innecesaria la legislación sobre este asunto.

Problema 27

¿Deben el transmitente o el adquirente recuperar los intereses perdidos por la demora de una transferencia de fondos?

Referencias

"Acuerdos", párrs. 55 a 78
"Responsabilidad", párrs. 92 a 95
Problemas 23, 30

Comentario

1. En el problema 23 se abordaba el tema de si se debía exigir al sistema bancario que efectuase una transferencia de crédito a favor del adquirente dentro de unos plazos determinados una vez que el banco del transmitente hubiese recibido instrucciones de transferir los fondos. Se encontraba implícita en esta pregunta la cuestión de la naturaleza de los daños que podrían surgir por no ajustarse el sistema bancario al plazo previsto. El tipo de perjuicio más frecuente debido a la demora en el pago de una cantidad determinada es el relativo a los intereses.

2. A este respecto debe tenerse en cuenta que, como quedaba implícito en la alusión que se hacía en el párrafo 1 del problema 23, en algunos sistemas bancarios se van cargando intereses implícitos en el programa de la transferencia de fondos aplicando al transmitente como fecha de interés el día 1 y acreditando al adquirente como fecha de interés el día 3. Este cargo implícito en concepto de interés no se aplica en otros sistemas bancarios donde se aplica al débito y al crédito la misma fecha de intereses, a saber, el día 3. Sin embargo, en ambos casos si la transferencia se demora y el crédito se asienta con fecha de interés a partir del día 5, el adquirente habrá perdido dos días de interés.

3. Cuando se demora una transferencia de fondos de gran cuantía, la pérdida de intereses que sufre el adquirente puede ser considerable. No obstante, en algunos sistemas bancarios puede ser tan difícil determinar cuál de los distintos tipos de interés es el apropiado para resarcir al adquirente como determinar el tipo de interés adecuado para indemnizar al banco del adquirente en caso de demora (véase el Problema 30). Una solución sería la de aplicar al transmitente el tipo de interés que hubiese recibido en su cuenta. Esta es la solución implícita en el procedimiento de antedatar el crédito, mencionado en el párrafo 4 *infra*. Otra solución sería la de relacionar el tipo de interés empleado para calcular la indemnización al adquirente con el tipo de interés empleado para la compensación interbancaria, tal como se describe en el problema 30.

4. Aunque es el adquirente el que sufre la pérdida en concepto de interés, no queda clara la cuestión de quién debe resarcirle. Cabría pensar que el transmitente debería resarcir al adquirente si la demora en asentar el crédito constituyera incumplimiento del contrato que lo fundamenta. Si así fuera, y si la demora no tuviese lugar en el banco del transmitente, surgiría la cuestión de si el transmitente podría solicitar reembolso y a cuál de los bancos. Si la demora se produjera en el banco del adquirente, éste banco debería tal vez resarcir al adquirente por dicha demora fundándose en el contrato de cuenta preexistente. Sin embargo, si la demora resultase haber ocurrido en otro lugar de la cadena de la transferencia de fondos, incluido el banco del transmitente, tal vez no pudiese el adquirente reclamar directamente contra esa parte. Una práctica que reduce los problemas teóricos consiste en antedatar la fecha en que comienza a devengar intereses el crédito en la cuenta del transmitente a la fecha correcta, ajustando los intereses y gastos bancarios a la cantidad que se hubiese abonado si no se hubiese demorado la transferencia. En la mayoría de los casos este procedimiento resarciría suficientemente al adquirente por la demora.

5. En la gran mayoría de las transferencias de poco valor demoradas no cabría esperar reclamaciones en concepto de indemnización por intereses perdidos. Las cantidades reclamadas serían pequeñas y los adquirentes que reciben transferencias de poco valor no suelen tener conocimiento de la fecha exacta en que la transferencia de fondos comienza a devengar intereses. Si la demora en hacer definitivas las transferencias de poco valor más allá de los límites establecidos constituyera un grave problema en el sistema bancario, podría estudiarse la posibilidad de recurrir a soluciones administrativas que eliminasen este efecto de la demora sobre el adquirente. Una de estas soluciones podría ser la de disponer que la fecha de interés aplicable al débito en la cuenta del transmitente y la fecha de interés aplicable al crédito en la cuenta del adquirente, sean la misma, o bien que esas dos fechas queden separadas por un número determinado de días.

Problema 28

¿Deben el transmitente o el adquirente resarcirse por las pérdidas debidas a diferencias en los tipos de cambio, resultantes de la demora en las transferencias de fondos?

Referencias

"Acuerdos", párrs. 55 a 78
"Responsabilidad", párrs. 96 y 97
Problemas 23, 27

Comentario

1. Al igual que en las reclamaciones por la pérdida de intereses, las reclamaciones por pérdidas debidas a diferencias en los tipos de cambio sólo pueden realizarse si el momento de la transferencia de los fondos es tan preciso que el instante en que se haya efectuado el cambio de divisas queda claramente determinado o es perfectamente determinable. En un momento en el que no son insólitos los tipos de cambio flotantes, con fluctuaciones diarias de varios puntos entre las principales monedas comerciales, la determinación exacta de la hora o incluso del minuto en que se realizó el cambio de la divisa podría ser pertinente en ciertos casos.

2. Dejando aparte la influencia de operaciones de cobertura que emprendan las partes, el transmitente

puede sufrir una pérdida por diferencias en los tipos de cambio si está obligado a efectuar el pago en una moneda extranjera y la moneda en que mantiene su cuenta se devalúa con respecto a la moneda de pago entre el momento en que debió efectuarse el cambio y el momento en que éste se efectúa realmente. Del mismo modo, el transmitente puede sufrir una pérdida por diferencias en los tipos de cambio si la moneda de pago es una moneda extranjera que se devalúa con respecto a la moneda en que mantiene su cuenta entre la fecha en que se debió efectuar la conversión y la fecha en que se efectuó realmente. El hecho de que ha habido una pérdida debida a diferencias en los tipos de cambio, y la cuantía de esa pérdida, podrían determinarse mediante una compra posterior de la divisa de que se tratase por parte del transmitente o del adquirente, según sea del caso. Si la moneda en que se mantiene la cuenta en la que se acredita la transferencia es la misma que la moneda extranjera de pago, el transmitente no sufre pérdida alguna por fluctuaciones de los tipos de cambio mientras se efectúa la transferencia. Con todo, tal vez convendría considerar la cuestión de si procede o no que se acceda a una reclamación para el reembolso de las pérdidas por diferencias en los tipos de cambio si el adquirente tenía la intención de vender la moneda extranjera sin demora tras recibirla o si tenía el deber de hacerlo con arreglo a las normas sobre control de cambios y si el transmitente conocía esa intención u obligación.

3. Si las pérdidas ocasionadas por fluctuaciones de los tipos de cambio dimanan de demoras en un banco que interviene antes que el banco del adquirente, los problemas con que se tropieza para determinar quién tendría que indemnizar al adquirente por las pérdidas sufridas y el modo en que tendría que hacerlo, son los mismos que se plantean en relación con el reembolso de las pérdidas de intereses ocasionadas por una demora (véase el problema 27).

4. Si no se autoriza reembolso alguno de las pérdidas por diferencias en los tipos de cambio, el transmitente y el adquirente deben aplicar el tipo de cambio vigente en la fecha en que la conversión se efectuó realmente. Si se conviniera en que dichas pérdidas deben reembolsarse, tal vez podría considerarse la cuestión de si el cliente, es decir, el transmitente o el adquirente, según el caso, debería tener la posibilidad de elegir entre el tipo de cambio vigente en la fecha en que debió efectuarse la conversión y el tipo de cambio vigente en el momento en que se efectuó realmente. Otra posibilidad consistiría en disponer que deberá aplicarse el tipo de cambio vigente en el momento en que debió efectuarse la conversión. En este último caso, los bancos tendrían derecho a aplicar ese tipo de cambio a la transacción incluso si el tipo de cambio fluctúa en favor del cliente antes de que se efectúe la conversión. Como se indicó en el párr. 97 del capítulo relativo a la responsabilidad, en el proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, se da al tenedor del instrumento la posibilidad de elegir la fecha "a fin de protegerlo contra toda pérdida que pueda sufrir como consecuencia de la especulación hecha por el firmante obligado".

Problema 29

¿En qué circunstancias debería imputarse al banco la responsabilidad por el daño emergente?

Referencias

"Responsabilidad", párrs. 98 a 100
Problemas 16, 23

Comentario

1. Pese a que los daños causados en caso de demora o error en la tramitación de una orden de transferencia de fondos normalmente se pueden indemnizar íntegramente mediante el pago de intereses, o de una suma correspondiente a las pérdidas sufridas debido a diferencias en los tipos de cambio o la realización de ajustes financieros análogos, en algunos casos el hecho de no dar carácter definitivo a la transferencia de fondos en la fecha prevista puede ocasionar un daño emergente al transmitente de resultas de la cancelación de un contrato, que lo haga incurrir en pena o pérdida de derechos, daños cuya magnitud será mucho mayor que cualquier indemnización calculada en función de los intereses.

2. Puede considerarse que, con arreglo a la norma general, el banco no debería asumir la responsabilidad por unas consecuencias que no previó ni podía razonablemente prever. Puesto que las demoras en la ejecución de las transferencias de fondos sólo acarrean pérdidas de ese tipo en contadas ocasiones, incluso cuando se trata de transferencias de sumas importantes, los casos de imputación de responsabilidad por daños emergentes serán tan poco frecuentes como aquéllas. Podría opinarse que este principio tiene en cuenta la escala de tasas aplicables a las transferencias de fondos, toda vez que suelen ser éstas muy bajas, de modo que no permitirán hacer frente siquiera a las ocasionales reclamaciones para la indemnización de los importantes daños que las demoras pueden ocasionar.

3. Con todo, hay casos en que el banco transmitente conoce tanto el propósito de la transferencia como los efectos que dimanarían de cualquier demora o error en su tramitación. Posiblemente se opinará que en tales casos cabría aplicar las normas generales sobre responsabilidad. Si se adoptara este enfoque, el banco transmitente sería responsable del daño emergente ocasionado por sus propios errores o demoras en la tramitación de la transferencia de fondos. Ahora bien, por otra parte, los bancos tienen frecuentemente un amplio conocimiento de los asuntos de sus clientes, conocimiento que no se pone a disposición del departamento encargado de las transferencias de fondos. Cabría preguntar quién habrá de estar en posesión de los conocimientos necesarios dentro del banco para que se pueda imputar a éste responsabilidad por el daño emergente.

4. Si el banco del transmitente fuera responsable respecto de la totalidad de la operación de transferencia de fondos, incluidas las acciones de otros bancos (véase el problema 16), sería responsable del daño emergente

ocasionado por cualquier demora o error en la tramitación de la transferencia de fondos. No obstante, si el banco del transmitente fuera responsable de sus propias acciones únicamente y si la demora o el error se verificase en un banco que interviene más tarde en la cadena de transmisión, se plantearía la cuestión de saber si la información que obra en poder del banco del transmitente debería obligar al banco que interviene con posterioridad o si éste podría ampararse en el argumento de la imprevisibilidad.

5. Cabe observar que en la práctica bancaria actual el banco del transmitente no suele explicar al banco receptor las consecuencias que podrían sobrevenir si la orden de transferencia de fondos se tramitara con retraso. Con todo, no hay motivo objetivo alguno que obligue al banco del transmitente a comunicar la información. Podría opinarse que el banco del transmitente debería indicar al menos la fecha de pago en la orden de transferencia de fondos (véase el problema 23). Por otra parte, podría opinarse que si se indicara la fecha de pago, los bancos que estuvieran llamados a intervenir más tarde en la cadena de transmisión, sabrían que el hecho de no poner los fondos a disposición del adquirente a más tardar en esa fecha podría ocasionar ciertos efectos comerciales, aunque desconocieran el carácter preciso de esas consecuencias.

6. Podría opinarse que convendría implantar un sistema uniforme que el transmitente podría utilizar para notificar al banco del transmitente que la necesidad de dar carácter definitivo a la transferencia de fondos a tiempo reviste especial importancia. Podría cobrarse una tasa adicional en vista de que la transferencia de fondos tendría que tramitarse con arreglo a un procedimiento especial para operaciones prioritarias. Parecería que un procedimiento de esa índole sería de la máxima utilidad en las transferencias internacionales de fondos, ya que es en éstas donde son mayores las posibilidades de que ocurra una demora o un error y en las que se plantean mayores problemas a la hora de obtener una indemnización de daños importantes de un banco intermediario que ha dejado de cumplir sus obligaciones, aunque también podría utilizarse en las transferencias de fondos dentro de un país.

Problema 30

¿Convendría o no que la responsabilidad interbancaria dimanante de los reembolsos que se efectúen con retraso o de las transferencias erróneas de fondos se rigieran por normas especiales?

Referencia

Problema 16

Comentario

1. Además de las pérdidas que un error del banco expedidor puede ocasionar a los clientes del banco (el transmitente y el adquirente), también puede sufrir una pérdida el banco receptor. Pese a que las normas generales del derecho deberían servir de base para determinar los casos en que cabe imputar responsabilidad y para calcular el monto de la pérdida, es posible que dichas normas no den resultados enteramente satisfactorios si se aplican a las situaciones que se plantean en la esfera bancaria sin interpretación. Es más, las normas generales del derecho varían de un país a otro y podría considerarse que la aplicación de las normas sobre conflictos de leyes para determinar el monto de la indemnización pertinente no daría resultados satisfactorios en el caso de operaciones rutinarias de cálculo del monto de las indemnizaciones. Así, podría considerarse conveniente formular normas interbancarias especiales para las transferencias internacionales de fondos.

2. Si se exigiera al banco receptor que indemnizara a la parte acreedora las pérdidas sufridas por ésta de resultas de errores o demoras ocurridos antes de la recepción de la orden de transferencia de fondos por parte del banco receptor, cabría esperar que el banco expedidor reembolsara la pérdida al banco receptor. Se podría elaborar un acuerdo interbancario aplicable a ese reembolso. Un problema previo sería el de decidir si un acuerdo de esa naturaleza debería abarcar materias que en otro caso caerían en la esfera de los principios generales del derecho. Entre otras cuestiones estarían las siguientes: ¿Procedería o no que el banco expedidor reembolsara al banco receptor si el error se debió a la acción de un banco que intervino antes en la cadena? ¿Debería el banco expedidor reembolsar al banco receptor el monto íntegro de la indemnización pagada por el banco receptor o tendría éste que justificar el pago de la indemnización mediante la presentación de una orden judicial o de un laudo arbitral? Si la indemnización que se hubiera pagado al adquirente correspondiera únicamente a los intereses, ¿procedería o no que el banco del adquirente recuperara esos intereses a título de reembolso, además de los intereses interbancarios a que se hace referencia en el párrafo siguiente? Si en una transferencia de crédito el banco del transmitente es responsable ante el transmitente de la ejecución en debida forma de la transferencia de crédito en su conjunto, como se sugiere en el problema 16, se plantean problemas análogos que podrían abordarse en un acuerdo interbancario.

3. Cuando el banco receptor ha acreditado la cuenta de la parte acreedora según lo solicitado y no ha sido reembolsado en la fecha indicada, la parte acreedora no sufre pérdida alguna, pero el banco receptor sufre una pérdida de intereses. Del mismo modo, cuando un banco expedidor pide a un banco receptor que rectifique un error del banco expedidor mediante el asiento de un crédito en la cuenta de la parte acreedora en una fecha anterior a la fecha de recepción de la orden, el banco receptor ha desperdiciado la oportunidad de invertir los fondos que debería haber recibido en una fecha anterior. Si un banco envía una orden de transferencia de crédito a un banco equivocado y si más tarde éste revoca el crédito abonado en la cuenta de su parte acreedora y devuelve los fondos al banco expedidor, se plantea la situación contraria: el banco receptor ha tenido la oportunidad de utilizar unos fondos pese a que no debería haber tenido derecho a hacerlo. En algunos sistemas jurídicos el banco receptor puede quedar

obligado a reembolsar al banco expedidor en virtud de alguna teoría sobre el enriquecimiento injusto, o algo parecido, pese a que el error lo haya cometido el banco expedidor.

4. En numerosos sistemas bancarios puede haber más de un tipo de interés susceptible de aplicarse a la indemnización interbancaria. En el caso de las transferencias internacionales de fondos, no cabe duda de que habría más de un tipo de interés aplicable. Así, podría opinarse que convendría que las normas interbancarias especificaran las circunstancias en que un banco debería pagar a otro unos intereses determinados a título de indemnización y que sería útil proporcionar fórmulas adecuadas para calcular el monto de los intereses. Es más, la rectificación de errores exige mucho tiempo. Teniendo en cuenta lo anterior, se podría opinar que las normas interbancarias deberían especificar la suma que el banco expedidor tendría que pagar al banco receptor a título de indemnización de los problemas que la rectificación le ocasione y de las horas de trabajo que dedicara a efectuar la rectificación.

Problema 31

¿Qué efectos debe tener el hecho de que una transferencia de fondos o una operación de transferencia de fondos adquiera carácter definitivo?

Referencia

"Carácter definitivo", párrs. 49 a 96

Comentario

1. Los efectos de que una transferencia de fondos adquiera carácter definitivo varían de unos países a otros. Los efectos jurídicos del carácter definitivo en algunos países pueden producirse antes o después del perfeccionamiento con arreglo a las normas que, sobre el particular, se aplican en otros, y en un mismo país el perfeccionamiento puede acarrear esos efectos en diferentes momentos según el tipo de transferencia de fondos de que se trate. De ahí que no sea posible elaborar una lista de los efectos que cabría atribuir al carácter definitivo susceptible de aplicarse universalmente; sólo se pueden enumerar los efectos que por lo general se atribuyen al hecho de que las transferencias de fondos alcancen carácter definitivo. Cada país debe determinar el momento preciso en que cada transferencia de fondos acarrea determinados efectos.

2. Los efectos que con mayor frecuencia se atribuyen al carácter definitivo son los siguientes:

a) Disminuye el saldo en la cuenta del transmitente y ya no pueden impedir que se efectúe la transferencia de fondos a la muerte del transmitente, la iniciación de un proceso por insolvencia en su contra, su incapacitación legal subsiguiente al embargo de su cuenta, la compensación por parte de su banco o la decisión del transmitente de revocar la orden de transferencia;

b) Aumenta el saldo acreedor del adquirente y sus fondos pueden ser objeto de demandas judiciales por parte de sus acreedores;

c) El adquirente tiene derecho a retirar los fondos y puede comenzar a obtener intereses (o a dejar de pagar intereses sobre el previo saldo deudor);

d) Puede prohibirse al banco del adquirente que debite la cuenta del adquirente sin su autorización para resarcirse los gastos en que incurriera a raíz de la rectificación de créditos que supuestamente se hubieran abonado por error en su cuenta;

e) Puede extinguirse la obligación anterior del transmitente para con el adquirente.

3. Al parecer, se producen esencialmente las mismas consecuencias con respecto a las cuentas que uno de los bancos tiene en otro cuando una operación de transferencia de fondos celebrada entre dos bancos adquiere carácter definitivo. Pero ello también puede traer aparejada la obligación del banco receptor de acreditar la cuenta de su parte acreedora, pagar intereses sobre el nuevo saldo que resulte, notificar el crédito al adquirente o expedir una nueva orden de transferencia de fondos al próximo banco en la cadena de transmisión y poner los fondos a disposición de la parte acreedora.

Problema 32

¿Deben adquirir carácter definitivo las transferencias de fondos para uno o todos los fines cuando sucede un determinado acontecimiento o en un momento particular del día?

Referencia

"Carácter definitivo", párrs. 4 a 48

Comentario

1. La transferencia de fondos puede adquirir carácter definitivo cuando se produce un acontecimiento determinado, p. ej., el asiento del débito o del crédito en la cuenta pertinente, un acontecimiento común a un gran número de transferencias de fondos, p. ej., la introducción en la computadora de un dispositivo de memoria que contiene órdenes de transferencia de fondos para su tramitación, o en un momento determinado del día, p. ej., la medianoche del día en que se recibe la orden de transferencia de fondos o en el que se asienta el crédito o el débito. Si la transferencia de fondos adquiere carácter definitivo cuando acaece un acontecimiento determinado, la norma considera cada una de las transferencias de fondos como una operación única. Si el carácter definitivo lo adquiere cuando sucede un acontecimiento común a un gran número de transferencias de fondos o en un momento determinado del día, la norma ubica cada transferencia de fondos en el ciclo normal de proceso de datos para el tipo de transferencia de fondos de que se trate.

2. Si bien algunos países quizá consideren conveniente establecer un acontecimiento o momento pertinente como el momento en el que adquirirán carácter definitivo todos los tipos de transferencias de fondos y para todas las consecuencias, otros países tal vez estimen preferible que determinadas transferencias de fondos

adquieran carácter definitivo, para algunos o para todos los fines, cuando se produce determinado acontecimiento, y otras, sólo en determinado momento del día.

3. El único acontecimiento que probablemente en todos los países dará carácter definitivo a todos los tipos de transferencia de fondos y con respecto a todas las consecuencias es la entrega de efectivo por el banco del transmitente (transferencia de débito) o el banco del adquirente (transferencia de crédito), en cumplimiento de una orden de transferencia de fondos. Pero cuando el que entrega el efectivo es un tercer banco, con o sin recurso, la transferencia de fondos no se considera definitiva hasta que el banco del transmitente o el banco del adquirente, según sea el caso, la hayan atendido. A la luz de estas normas anteriores, se puede analizar si la transferencia de fondos adquirirá carácter definitivo cuando el adquirente retire efectivo de un distribuidor automático de billetes en un sistema autónomo compartido, donde el banco que mantiene el distribuidor no es reembolsado y el débito no se asienta sino más tarde en la cuenta del cliente.

4. Parece que algunos tipos de transferencia de fondos requieren que se fijen diversos acontecimientos o momentos para las distintas consecuencias que de ella se derivan. Por ejemplo, el transmitente pierde el derecho de retirar la orden de transferencia de fondos una vez dada, si la orden es de un tipo de órdenes cuya atención garantiza el banco del transmitente. Como generalmente se busca la certidumbre y se desea que las transferencias electrónicas de sumas importantes adquieran pronto carácter definitivo, las normas de las redes suelen establecer que la orden de transferencia de fondos no podrá ser revocada por el banco expedidor (o por la parte que le da la orden) después que fue enviada. En el caso de una red de liquidación neta, o de liquidación neta real, la transferencia de fondos puede adquirir carácter definitivo en el momento en que tiene lugar la liquidación, en el sentido de que ya no hay más posibilidad de que se devuelva al banco expedidor por una falta de liquidación, si bien en otras redes las normas tal vez requieran que se asiente inmediatamente un crédito irrevocable en la cuenta de la parte acreedora.

5. Si las órdenes de transferencia de fondos se tramitan por lotes, podría considerarse deseable que las normas sobre el carácter definitivo establecieran un momento determinado del día en el que las transferencias de fondos adquirirán carácter definitivo, pues ese tipo de tramitación no se presta, como la tramitación separada de cada orden, para que se fije que un acontecimiento único ocurrido durante ese período determinará el carácter definitivo. Pero si se desea adoptar el criterio del acontecimiento único, se ha sugerido que se trate de un acontecimiento fácil de identificar, tal como la introducción en la computadora del dispositivo de memoria que contenga el lote de órdenes de transferencia de fondos.

6. Más aún, tal vez se considere deseable, como en algunos países, permitir que el proceso de datos tenga lugar siguiendo algún orden conveniente para el banco. Si se autoriza, puede considerarse conveniente permitir que el banco asiente todos los débitos y créditos independientemente de los saldos de las cuentas o de otros motivos que tenga para negarse a atender la orden de transferencia de fondos y anular los asientos que más tarde decida que no debe atender. Si se prefiere esto, también puede considerarse que es conveniente establecer un plazo máximo, que probablemente se calcularía mejor si expirara en determinado momento del día, durante el que el banco podría anular los asientos

Problema 33

¿Qué efecto debe tener en una transferencia de crédito entre dos clientes el hecho de que una operación de transferencia de fondos entre dos bancos haya adquirido carácter definitivo?

Referencias

"TEF en general", párrs. 26 a 28

"Carácter definitivo", párrs. 23 a 30, 58, 61, anexo

Problema 4

Comentario

1. La relación entre el carácter definitivo de una operación de transferencia de fondos celebrada entre dos bancos y una transferencia de crédito entre el transmitente y el adquirente se plantea como una de las más importantes cuestiones jurídicas que se han de contemplar al diseñar redes de transferencia de sumas importantes y en la posible preparación de normas que rijan las transferencias internacionales de fondos.

2. La cuestión parece no haber suscitado preocupación mientras las transferencias electrónicas de sumas importantes se hacían sólo por telégrafo o télex entre un número relativamente reducido de grandes bancos con corresponsalías bien organizadas. En muchos países se consideraban las transferencias interbancarias sólo como actos que ejecutaban las órdenes del transmitente. Por consiguiente, cuando el banco del adquirente daba curso a la orden de transferencia de fondos, era natural concebir que estaba atendiendo la orden del transmitente, aun si el telegrama o el télex habían sido expedidos por el banco del transmitente o por un banco intermediario.

3. Entre las normas de las diversas redes de transferencia electrónica de sumas importantes que se han organizado para aprovechar la tecnología de computadora a computadora hay normas que prevén cuándo las operaciones de transferencia de fondos efectuadas a través de esa red adquieren carácter definitivo. Estas normas tienen al parecer dos objetivos principales. El primero es proteger la liquidación. Aunque este objetivo puede parecer particularmente importante con respecto a las redes de liquidación neta o de liquidación neta real donde deshacer una liquidación podría causar dificultades inmensas, tal vez en realidad tenga más importancia para una red operada por un banco corresponsal, incluso un banco central. Quizá sea evidente que una liquidación neta debe ser irreversible

para todos los bancos participantes. Pero a falta de normas en la legislación general sobre transferencias de fondos que prevean el momento en que una operación de este tipo adquiere ese carácter, la operación podría anularse a pedido del transmitente. En consecuencia, el banco corresponsal tendría que anular el crédito en la cuenta del banco receptor. Esto podría dejar en la cuenta un saldo deudor inaceptable para el banco corresponsal.

4. El segundo motivo por el que en una red se deben adoptar normas sobre el carácter definitivo es el de asegurar al banco receptor que el crédito que ha recibido es irreversible. Con esa seguridad, el banco puede también otorgar un crédito irrevocable a su parte acreedora, que puede ser el adquirente u otro banco.

5. La primera consecuencia de la norma sobre el carácter definitivo es que en la operación de transferencia de fondos el banco expedidor no puede retirar su orden una vez que la ha enviado por conducto de la red. En consecuencia, el transmitente pierde también el derecho a retirar la orden de la red. Sin embargo, si la transferencia de fondos aun no ha adquirido carácter definitivo con respecto al adquirente, el transmitente puede tener aún el derecho de retirar su orden con respecto a toda la transferencia de fondos. Por consiguiente, podría preguntarse si el banco receptor en la operación de transferencia de fondos estará obligado a transmitir la notificación del retiro de la orden de transferencia de fondos. En caso negativo, ha de examinarse si el transmitente o el banco del transmitente tendrán el derecho a pasar por alto a los bancos intermediarios que participaron y dar directamente órdenes al banco del adquirente. La cuestión es particularmente delicada porque puede plantearse con más frecuencia en las transferencias internacionales de fondos, en las que pueden entrar en juego las legislaciones de fondo y de procedimiento de varios países.

6. Aunque el problema puede plantearse más a menudo con respecto al retiro de una orden de transferencia de fondos a pedido del transmitente, la misma cuestión puede surgir con respecto a la notificación de la muerte del transmitente, el inicio de los procedimientos de insolvencia contra él, el embargo de su cuenta u otras actuaciones jurídicas que interferirían la ejecución de la transferencia de fondos.

7. Si puede detenerse la transferencia de fondos pasando por alto al banco receptor en la operación de transferencia de fondos y dando la notificación requerida a un banco posterior en la cadena, o directamente al banco del adquirente, tal vez sea necesario establecer un procedimiento para reembolsar a los diversos bancos, que también pasaría por alto al banco receptor en la operación de transferencia de fondos. Si el banco receptor tuviera que reembolsar a los bancos expedidores, la operación de transferencia de fondos no habría tenido carácter definitivo. A este respecto, la norma sobre el carácter definitivo en una red difiere de las normas de algunas cámaras de compensación por las que un cheque no aceptado puede devolverse por conducto de la cámara de compensación dentro de determinado plazo, y una vez expirado ese plazo sólo fuera de la cámara de compensación.

8. Por otra parte, cada red de transferencia de fondos debe necesariamente establecer un procedimiento para la devolución de las órdenes de transferencia de crédito a pedido del banco del transmitente, porque hubiere cometido un error, o a iniciativa del banco del adquirente, cuando no pudiera dar curso a la orden, por ejemplo, porque no existiera esa cuenta. Como al parecer esas devoluciones no alteran el principio del carácter definitivo de la operación original de transferencia de fondos, quizá deba considerarse que tampoco lo alteran las devoluciones resultantes del tipo de notificaciones examinadas.

9. Si se llega a la conclusión de que el carácter definitivo de una operación de transferencia de fondos entre bancos intermediarios tiene el efecto de detener la notificación de estas diversas causas de terminación de la transferencia de fondos antes de que adquiera carácter definitivo, en realidad el resultado con respecto a estos asuntos es que la transferencia de fondos adquirirá carácter definitivo al mismo tiempo que la operación correspondiente.

Problema 34

¿Debe influir la garantía de atención de la orden de transferencia de fondos por parte del banco del transmitente al momento en que la transferencia de fondos adquiere carácter definitivo?

Referencia

"Carácter definitivo", párrs. 41 a 43

Comentario

1. Si bien la garantía de la atención por parte del banco del transmitente suele asociarse con las transferencias documentadas de débito, tales como los cheques garantizados y las tarjetas de crédito, también puede relacionarse con las transferencias electrónicas de débito o crédito. En particular, cualquier sistema en el punto de venta con débito diferido probablemente garantice el crédito al adquirente (comerciante) una vez que este último haya recibido la autorización de celebrar la operación.

2. Una de las consecuencias inmediatas de la garantía de atención es que caduca el derecho del transmitente de retirar la orden de transferencia de fondos. Si la garantía se considera equivalente a la aceptación de una letra de cambio (o a la certificación de un cheque, donde esto se autoriza), también puede pensarse que se producirán otras consecuencias relacionadas con el carácter definitivo. El asiento subsiguiente del débito en la cuenta del transmitente no sería impedido por su muerte, por el comienzo de los procedimientos de insolvencia, por el embargo de su cuenta, por la compensación por el banco, ni por la incapacidad jurídica del transmitente. Tal vez se estime que la obligación principal se cumple al dar la orden garantizada. Pero es evidente que el

adquirente no tendría derecho a disponer de los fondos hasta que la orden sea presentada para su atención o hasta el momento en que se deban poner los fondos a disposición, según el acuerdo del sistema de terminales en el punto de venta.

Problema 35

¿Debe existir una norma determinada que contemple si el banco del adquirente, al que se han expedido los fondos para su entrega al adquirente previa identificación, conserva los fondos para el transmitente o para el adquirente?

Referencia

"Acuerdos", párr. 4

Comentario

1. Esta cuestión se diferencia de la cuestión general del carácter definitivo de la transferencia de fondos, pues esta última no puede ejecutarse acreditando la cuenta del adquirente. Además, en la mayoría de los casos no existen relaciones contractuales anteriores entre el adquirente y el banco del adquirente por las que este último deba mantener los fondos recibidos para que el adquirente disponga de ellos en el futuro.

2. Si bien la práctica de ordenar a un banco que pague una suma de dinero en efectivo a una determinada persona previa identificación, constituye un porcentaje sumamente reducido de todas las transferencias de fondos, tal vez valga la pena establecer una norma concreta al respecto. En la mayoría de los casos, se trata de transferencias de pequeñas sumas de dinero que se hacen por conducto del sistema postal de transferencia de fondos, pero tampoco son raras las transferencias bancarias de sumas importantes. Es común que el adquirente no se presente personalmente durante determinado período. Ello aumenta la posibilidad de que antes de que el adquirente se identifique, el transmitente desee retirar la orden de transferencia de fondos o que ocurra algún acontecimiento, tal como la insolvencia del transmitente o un proceso judicial contra su cuenta.

3. Podría considerarse que la transferencia de fondos no adquiere carácter definitivo hasta que el adquirente se presente personalmente y reclame el cobro en efectivo. En ese caso, el banco del adquirente conservaría los fondos siguiendo las instrucciones del transmitente y sujeto a cualquier reclamación que se haga contra los haberes del mismo.

4. Sin embargo, también podría estimarse que, una vez que el banco del adquirente haya notificado a éste que puede disponer de los fondos, el transmitente habría cumplido su obligación frente al adquirente. Como el transmitente habría perdido todo control sobre esos fondos, éstos quedarían a riesgo del adquirente. El tratamiento que se aplicaría a esos fondos sería el mismo que en el caso en que se hubieran depositado en una cuenta del adquirente en ese banco.

Problema 36

¿Debe depender el momento en que se cumple la obligación principal mediante una transferencia de fondos de los medios que emplee el banco para efectuar la transferencia? ¿Debe ser el momento del cumplimiento el momento en que la transferencia de fondos adquiere carácter definitivo?

Referencias

"Carácter definitivo", párrs. 41 a 43, 92 a 96

Problema 35

Comentario

1. Especialmente en las operaciones con sumas importantes, las partes pueden establecer en el acuerdo de base el momento en que se cumple la obligación principal mediante una transferencia de fondos. A falta de acuerdo al respecto entre las partes, las normas jurídicas pertinentes suelen establecer el momento del cumplimiento en relación con el tipo de transferencia de fondos y los procedimientos seguidos por los bancos. Por ello, en el derecho que rige las transferencias de fondos, aunque quizá también en el derecho que rige la obligación anterior, se pueden encontrar normas jurídicas sobre el cumplimiento de esa obligación.

2. Cabría preguntarse si, teniendo en cuenta que las prácticas bancarias pertinentes a las transferencias de fondos cambian, no habría que estudiar si las normas que determinan el momento en que se cumple la obligación principal siguen siendo adecuadas. La cuestión puede tener más importancia en los países donde las transferencias de fondos se han hecho generalmente mediante cheques y tal vez no sean claras las normas relativas al cumplimiento de una obligación mediante una transferencia de crédito. Además, las normas aplicables a los cheques quizá no puedan aplicarse en su totalidad a las formas electrónicas de transferencia de débito, tales como las que se hacen en cumplimiento de una autorización permanente para debitar.

3. Tal vez se estime que en los países donde las transferencias de fondos consisten generalmente en transferencias de crédito, las normas tradicionales podrían aplicarse sin dificultades en el nuevo contexto. Ello podría pensarse especialmente en el caso de que la obligación anterior se cumpla en el momento en que la transferencia de fondos adquiere carácter definitivo, al menos si este último momento es claro en virtud de la legislación pertinente y de los medios corrientes para efectuar transferencias de fondos. Pero cuando las normas sobre el cumplimiento de la obligación dependen de un acto particular del banco, tal vez porque sea ese acto el que haya determinado el carácter definitivo de la transferencia de fondos, podría juzgarse conveniente revisar esas normas para decidir si los bancos deben seguir adoptando esa medida o si sería más adecuada otra. Por ejemplo, si la obligación principal se cumple cuando se asienta el crédito en la cuenta del adquirente, podría analizarse en qué momento se considerará que se abona el crédito si el procesamiento se hace por lotes.

4. Se ha registrado un gran aumento de los tipos de transferencia de fondos en los que el banco del transmitente garantiza la atención de la orden. Incluso si la orden misma aún no ha sido atendida, la garantía del banco sumada a la obligación del transmitente puede estimarse razón suficiente para considerar que se ha cumplido la obligación principal.

Problema 37

¿Deben contemplar las normas que rigen las transferencias de fondos la posibilidad de que uno de los bancos incumpla su obligación de liquidar?

Referencia

"Carácter definitivo", párrs. 97 a 99, anexo

Comentario

1. En los países donde existe una clara posibilidad de que un banco nacional incumpla su obligación de liquidar transferencias de fondos, las normas jurídicas prevén la necesidad de distribuir la pérdida resultante del incumplimiento. El examen del riesgo inherente al sistema señala que, en algunos países, la creación de redes en línea de transferencias de sumas importantes ha aumentado ese riesgo hasta el punto de que se han adoptado o contemplado nuevas medidas.

2. En los países donde se considera improbable que un banco nacional incumpla su obligación de liquidar y donde las redes en línea, existentes o futuras, de transferencia de sumas importantes no aumentarían ese riesgo, no es preciso que las normas prevean necesariamente esa posibilidad. Si en forma imprevista se produce ese incumplimiento tendrían que aplicarse normas destinadas a otros fines, por ejemplo, el incumplimiento de un banco extranjero de su obligación de liquidar una transferencia internacional de fondos.

3. La distribución entre los bancos de las pérdidas resultantes de que uno de ellos incumpla su obligación de liquidar una transferencia internacional de fondos tal vez dependa de la legislación de cualquiera de los países de que se trate. Si el incumplimiento se relaciona con una operación de transferencia de fondos por conducto de una red electrónica, tal vez esa red tenga disposiciones especiales sobre la distribución de las pérdidas. Estas también pueden distribuirse aplicando disposiciones sobre el carácter definitivo que tal vez contengan la ley que rige las transferencias de fondos o los acuerdos celebrados entre los bancos.

4. Si bien los acuerdos interbancarios, al determinar la distribución de las pérdidas entre bancos, pueden afectar los derechos del transmitente o del adquirente que no sea un banco, de ellos no se deducirían normas para determinar si un banco puede transmitir al cliente que no sea un banco las pérdidas resultantes del incumplimiento de liquidar. Pero cabe prever que si el banco del adquirente soporta el riesgo de que su banco expedidor incumpla la obligación de liquidar, y si este riesgo es significativo, tendrá que encontrar medios para no asentar un crédito irrevocable en la cuenta del adquirente antes de que la liquidación adquiera carácter definitivo.

Problema 38

¿Puede adquirir carácter definitivo la transferencia de fondos fuera del horario normal de trabajo?

Referencia

"Carácter definitivo", párrs. 13 y 14, 32

Comentario

1. La actividad bancaria tiende hacia un día de 24 horas para el cumplimiento de muchas de sus funciones y ello puede influir en el momento en el que una transferencia de fondos adquiere carácter definitivo. En lo que concierne a las órdenes de transferencia de fondos documentadas solía terminarse el procesamiento de datos después de cerrar el banco al público, pero antes de la salida del personal por la tarde. A menudo se ha considerado que las partidas recibidas después de algún momento límite, en las últimas horas del día, se habían recibido al día siguiente y han sido tramitadas con las operaciones de ese día. Cualquiera haya sido la norma específica sobre el carácter definitivo, éste se adquiría durante el horario normal de trabajo para el personal del banco. Quizá en algunos países esta práctica ha tenido el carácter de una norma jurídica.

2. En la actualidad, en muchos bancos se siguen procesando los datos durante la noche. En varios casos, los actos que determinan el carácter definitivo tienen lugar fuera del horario normal de trabajo. Con el acceso en muchos lugares y durante las 24 horas del día a terminales activados por el cliente, las órdenes de transferencia de fondos pueden ingresar tanto en horas de la noche como del día, y si el sistema es un sistema completamente en línea, muchas de esas operaciones se pueden ejecutar inmediatamente. Por consiguiente, cabe la posibilidad de que las transferencias de fondos iniciadas durante el día desde un banco situado en una determinada zona horaria adquieran carácter definitivo durante la noche en otra zona horaria. Esto puede suceder también en el caso de transferencias internas de fondos realizadas en países que cruzan varias zonas horarias. Cabría prever que la aplicación normal de las disposiciones sobre el carácter definitivo llevaría a la conclusión de que esas transferencias de fondos han adquirido carácter definitivo en ese momento. Aunque desde un punto de vista sería un resultado normal, alteraría la modalidad que se prevé corrientemente de que las transferencias de fondos se tramitan y adquieren carácter definitivo durante el horario normal de trabajo.

3. Debe también señalarse que en los países donde se autoriza la revocación de los asientos deudores o acreedores durante determinado plazo, éste puede expirar fuera del horario normal de trabajo, p. ej. a medianoche, con lo que la transferencia de fondos adquiriría carácter definitivo en ese momento.

4. Pueden plantearse problemas especiales cuando una transferencia de fondos en línea de computadora a computadora adquiere carácter definitivo un determinado día en el banco expedidor, pero, debido a las diferencias horarias, adquiere ese carácter el día anterior, o el día siguiente, en el banco del adquirente.

Problema 39

¿Cuándo debe considerarse que asienta un débito o un crédito en una cuenta?

Referencia

"Carácter definitivo", párrs. 8, 33, 36

Comentario

1. Las normas sobre el carácter definitivo suelen basarse en el momento en que se asienta el débito o el crédito en la cuenta correspondiente, dado que hasta ahora se trataba de un acto objetivo que parecía indicar que se había decidido atender la orden y que el transmitente había transmitido al adquirente la solicitud de cobro.

2. Las modernas técnicas de procesamiento de datos han restado claridad a ese acto, así como valor simbólico. A menudo, los bancos asientan los datos en las cuentas lo antes posible después de que reciben la orden de transferencia de fondos, reservándose la posibilidad de revocarlos durante un plazo en el que pueden decidir si la atenderán o no. Si la ley no autoriza la revocación de un asiento contable, éste puede efectuarse en una cuenta provisional que sólo más tarde se fusionará con la cuenta permanente. Cuando las órdenes se comunican al banco para que éste las ejecute uno, dos o más días después, también podrán asentarse inmediatamente en la cuenta provisional, indicando su fecha de vigencia, momento en el que se fusionará con la cuenta real. Antes de que se empleara la computadora, estas operaciones no eran técnicamente viables.

3. Podría considerarse que el momento en que el débito o el crédito se asientan en la cuenta es el momento en el que se asientan en la cuenta provisional, o el momento en que ésta se fusiona con la cuenta real. Pero cabe pensar que si se considera que el asiento tuvo lugar en el momento en que se registró en la cuenta provisional se le estaría dando un valor jurídico, que es precisamente lo que se trata de evitar. Además, parece obvio que el empleo de una cuenta provisional tiene por objeto dar al banco la misma oportunidad de revocar el asiento que tienen los bancos de los países donde los asientos se consideran específicamente revocables durante un plazo determinado.

4. Pero cabe observar que ambos criterios no dan el mismo resultado con respecto al momento en que se asienta el crédito o el débito en la cuenta, o bien, para ser más precisos, al momento en que adquiere carácter definitivo. En los sistemas jurídicos en los que es posible revocar el asiento durante un plazo determinado, el asiento se convierte automáticamente en irrevocable a la expiración del plazo y el momento es un momento determinado. Donde el asiento del débito o el crédito depende de la fusión de la cuenta provisional con la cuenta real, el asiento -y su carácter definitivo- dependen del acto de fusión de las cuentas. Puede suponerse que este acto consiste en un acto humano que actualiza el registro de la computadora. Aunque cabe esperar que este acto tenga lugar todos los días aproximadamente en el mismo momento, éste podría variar por diversas razones. Naturalmente, la fusión también podría ser supuesta o, si es necesaria una actualización del fichero, podría ponerse en marcha automáticamente con un mecanismo de relojería, salvo que haya habido una intervención del hombre para retrasar la fusión. Todas estas posibilidades disminuyen la claridad del concepto del asiento del débito o del crédito en una cuenta.

5. Además, hay dificultades para saber en qué momento han ingresado en la cuenta los asientos por lotes de un dispositivo de memoria de computadora. En la medida en que el asiento representa la decisión de atender la orden, sería mejor considerar que el asiento tuvo lugar en el momento en que el dispositivo de memoria se introdujo en la máquina para su procesamiento, o incluso cuando estaba preparado y listo para esa operación. Al parecer, el momento en que la computadora llega a una partida determinada del lote, incluso si la computadora lo registrara, tendría escasa importancia para los derechos de las diversas partes en la orden o la cuenta.

Problema 40

¿En qué orden de prioridad debe considerarse que se han efectuado los diversos asientos en una cuenta?

Referencias

"Carácter definitivo", párrs. 32 a 37

Problemas 38 y 39

Comentario

1. Cuando una sola persona efectuaba a mano todos los asientos, era evidente el orden en que habían tenido lugar y era lógico basar en él las diversas normas de prioridad. En la actualidad, los débitos y créditos proceden de varias fuentes diferentes y pueden asentarse en diferentes formas. Las partidas basadas en documentos que se reciben personalmente o por correo pueden expedirse al centro de procesamiento de datos, sea para que se asienten directamente en la cuenta o para que se introduzcan en un dispositivo de memoria de computadora que más tarde se utilizará para asentarlas en las cuentas correspondientes. Por otra parte, el empleado que recibe personalmente la partida o que abre la correspondencia puede introducir por teclado los datos de una terminal en su lugar de trabajo. Las órdenes pueden proceder de ventanillas automáticas en línea o fuera de línea. Si bien el banco podría considerarlas idénticas a los fines de la fecha de intereses, tal vez haya una diferencia de uno o más días en la fecha en que se asienten efectivamente en la cuenta. Las

órdenes documentadas y las órdenes electrónicas que llegan por lotes de otros bancos o de cámaras de compensación pueden tener calendarios de procesamiento distintos de los de las demás partidas que tramite el banco. Las partidas individuales de sumas considerables que llegan por telecomunicaciones pueden asentarse directamente en las cuentas. Las partidas que se reciben para procesarlas en una fecha posterior pueden asentarse en cuentas provisionales, que se fusionarán a las cuentas reales en determinado momento que sea conveniente para el centro de procesamiento de datos.

2. Aunque siempre es posible establecer prioridades basándose en el orden en que se asentaron en la cuenta los débitos y créditos de las diversas órdenes, podría estimarse que en las circunstancias actuales esta práctica no da necesariamente resultados satisfactorios. Pero es difícil saber cuál sería la mejor base para fijar prioridades. Se presentan por lo menos tres posibilidades: considerar que se han procesado antes las partidas de menor monto, de modo que se pueda atender el mayor número posible; asignar a todas las partidas la misma prioridad, de modo que se distribuyan a prorrata, o permitir que el banco decida el orden en que asentar las partidas.

3. Una red puede tener una norma por la que si un banco incumple su obligación de liquidar, todos los créditos con respecto a ese banco seguirán siendo válidos, pero los débitos, es decir las órdenes de transferencia de crédito expedidas por ese banco o las órdenes de transferencia de débito que reciba, se atenderán en el orden en que se transmitieron por conducto de la cámara de compensación. Esta norma no plantea dificultades relacionadas con el presente examen cuando las partidas se transmiten a través de la cámara de compensación como partidas individuales. En efecto, ofrece la ventaja de alentar a los bancos a confiar en las órdenes de transferencia de crédito que reciben en las primeras horas del día, y a otorgar el crédito a sus clientes, dado que esas órdenes tendrán gran prioridad en caso de que el banco expedidor incumpla la obligación de liquidar. Pero, si la liquidación se efectúa mediante el asiento de débitos y créditos en las cuentas que tienen los bancos en el banco central, o en otro único banco liquidador, y se presentan al banco central otras partidas, distintas de las que se reciben por conducto de la red, para que se debiten en la cuenta del banco que incumple, tendrá que adoptarse una decisión, análoga a la que se describe en el párrafo 2, con respecto a la prioridad de las partidas recibidas por conducto de la red que han de debitarse en la cuenta del banco que incumple frente a las demás partidas que también deben debitarse en la misma cuenta.

Problema 41

¿Tendrá el banco derecho a recuperar un crédito asentado por error, cancelando un asiento en la cuenta de la parte acreedora?

Referencia

"Carácter definitivo", párrs. 79 y 80

Comentario

1. El medio más eficaz que tiene un banco para recuperar un crédito que asentó erróneamente en la cuenta de su parte acreedora es cancelar el asiento debitando la cuenta. Este método es sobre todo eficaz si se trata de la cuenta del adquirente que no sea un banco en el banco del adquirente o de la cuenta del banco receptor *(loro)* en el banco expedidor.

2. Se puede autorizar la cancelación del crédito sin duda alguna si éste aún no es irrevocable, sea porque en ese país es posible revocar los créditos durante un plazo determinado después de que se han asentado en la cuenta, o porque el crédito se asentó en una cuenta provisional que aún no ha sido fusionada con la cuenta real. Ahora bien, una vez que el crédito es irrevocable en virtud de la legislación pertinente, cabe considerar que sólo se debería permitir con cautela la cancelación de un crédito asentado erróneamente debitando la cuenta sin autorización previa de la parte acreedora. En algunos países se permite que el banco del adquirente cancele un asiento de crédito efectuado por error suyo, pero no cuando el error es del transmitente o del banco del transmitente.

III. NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL: CONTRATOS INDUSTRIALES

A. Sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional

1. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional acerca de la labor realizada en su sexto período de sesiones (Viena, 10 a 20 de septiembre de 1984) (A/CN.9/259)[a]

ÍNDICE

	Párrafos
INTRODUCCIÓN	1-11
CARACTERISTÍCAS Y CALIDAD DE LAS OBRAS	12-35
TERMINACIÓN, ACEPTACIÓN Y RECEPCIÓN	36-62
ASIGNACIÓN DE RIESGOS DE PÉRDIDAS O DAÑOS	63-75
DAÑOS Y PERJUICIOS	76-84
INDEMNIZACIÓN CONVENIDA Y CLÁUSULAS PENALES	85-99
SEGURO	100-113
SUBCONTRATACIÓN	114-132
GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO	133-152
OTROS ASUNTOS Y LABOR FUTURA	153-154

Introducción

1. En su 11.° período de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional decidió incluir en su programa de trabajo un tema titulado "Las consecuencias jurídicas del nuevo orden económico internacional" y estableció un Grupo de Trabajo para que se ocupara de ese tema[1]. En su 12.° período de sesiones, la Comisión designó a los Estados miembros del Grupo de Trabajo[2]. En su 13.° período de sesiones, la Comisión decidió que el Grupo de Trabajo estuviera compuesto por todos los Estados miembros de la Comisión[3]. Integraron el Grupo de Trabajo los 36 Estados siguientes: Alemania, República Federal de, Argelia, Australia, Austria, Brasil, Cuba, Checoslovaquia, China, Chipre, Egipto, España, Estados Unidos de América, Filipinas, Francia, Guatemala, Hungría, India, Iraq, Italia, Japón, Kenya, México, Nigeria, Perú, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Centroafricana, República Democrática Alemana, República Unida de Tanzanía, Senegal, Sierra Leona, Singapur, Suecia, Trinidad y Tabago, Uganda, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia.

2. En su primer período de sesiones, el Grupo de Trabajo recomendó a la Comisión, para su posible inclusión en su programa, entre otros, el tema relativo a la armonización, unificación y examen de las disposi-

[a]Para su examen por la Comisión, véase el Informe, capítulo IV (primera parte, A, *supra*).

[1]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 11.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/33/17), párr. 71.

[2]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 12.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/34/17), párr. 100.

[3]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 13.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/35/17), párr. 143.

ciones contractuales que se incluyen corrientemente en los contratos internacionales en la esfera del desarrollo industrial[4]. En su 13.° período de sesiones, la Comisión convino en asignar prioridad a la labor relativa a esos contratos y pidió al Secretario General que realizase un estudio sobre los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales[5].

3. Los estudios[6] preparados por la secretaría fueron examinados por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones segundo y tercero[7]. En su tercer período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la secretaría que iniciase, de conformidad con la decisión adoptada al efecto por la Comisión en su 14.° período de sesiones[8], la redacción de una Guía Jurídica sobre cláusulas contractuales relativas a contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales[9]. En esa Guía Jurídica se han de individualizar los problemas jurídicos que se plantean en dichos contratos, sugiriendo posibles soluciones para ayudar a las partes, especialmente a las que procedan de países en desarrollo, en sus negociaciones[10].

4. En su cuarto período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de la estructura de la Guía Jurídica y varios proyectos de capítulo preparados por la secretaría[11] y pidió a la secretaría que acelerara la preparación de la Guía Jurídica[12]. En su quinto período de sesiones el Grupo de Trabajo examinó algunos otros proyectos de capítulo y una nota sobre la forma de presentación de la Guía[13]. Hubo acuerdo general en que debía proseguirse con toda celeridad la labor de elaboración de la Guía Jurídica y en que se celebrasen cada año, siempre que fuese posible, dos períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, con objeto de acelerar esa labor[14].

5. El Grupo de Trabajo celebró su sexto período de sesiones en Viena, del 10 al 20 de septiembre de 1984. Estuvieron representados todos los miembros del Grupo de Trabajo salvo Argelia, Cuba, Chipre, Guatemala, Hungría, India, Nigeria, República Centroafricana, República Unida de Tanzanía, Senegal, Sierra Leona, Singapur y Trinidad y Tabago.

6. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Argentina, Bulgaria, Canadá, Chile, Ecuador, Finlandia, Indonesia, Países Bajos, Qatar, República de Corea, República Dominicana, Santa Sede, Suiza, Tailandia y Venezuela.

7. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Órganos de las Naciones Unidas*

Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial

b) *Organizaciones intergubernamentales*

Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano,
Comisión de las Comunidades Europeas

c) *Organizaciones internacionales no gubernamentales*

Asociación Internacional de Abogados
Cámara de Comercio Internacional
Federación Internacional de Ingenieros Consultores y
Organización Internacional para el Progreso.

8. El Grupo de Trabajo eligió los siguientes miembros de la Mesa:

Presidente: Sr. Leif SEVON (Finlandia)*

Relator: Sra. Jelena VILUS (Yugoslavia)

9. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí, para su examen, los proyectos de capítulo de la Guía Jurídica para la redacción de contratos de construcción de obras industriales sobre "Daños y perjuicios" (A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4), "Indemnización convencional y cláusulas penales" (A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.5), "Características y calidad de las obras" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1), "Terminación y recepción provisional y definitiva de las obras" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2), "Asignación de riesgos de pérdidas o daños" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3), "Seguro" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4), "Subcontratación" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5), y "Garantía del cumplimiento" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6).

10. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Examen de algunos proyectos de capítulo de la Guía Jurídica para la redacción de contratos de construcción de obras industriales.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

11. El Grupo de Trabajo procedió al examen de los proyectos de capítulo en el orden que se expone a continuación.

Características y calidad de las obras[15]

12. Se observó en general que habría que volver a examinar el capítulo con el objeto de acortarlo y dar mayor coherencia a la terminología.

[4] A/CN.9/176, párr. 31.

[5] Véase la nota 3.

[6] A/CN.9/WG.V/WP.4 y Add.1-8, y A/CN.9/WG.V/WP.7 y Add.1-6.

[7] A/CN.9/198, párrs. 11-80, y A/CN.9/217, párrs. 13-129.

[8] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/36/17), párr. 84.

[9] A/CN.9/217, párr. 130.

[10] Véase la nota 8.

[11] A/CN.9/WG.V/WP.9 y Add.1-4.

[12] A/CN.9/234, párrs. 51 y 52.

[13] A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.5; A/CN.9/WG.V/WP.11 y Add.1-4 y 6-9.

[14] Véase A/CN.9/247, párr. 132.

*El Presidente fue elegido a título personal.

[15] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1.

13. Se observó que sería difícil incluir disposiciones ilustrativas en este capítulo, ya que trata de las características y calidad de obras de distintos tipos, lo que a su vez exigiría distintos tipos de descripción de las características y calidad. Por otra parte las cuestiones jurídicas de que trata este capítulo no necesitan en general aclararse con disposiciones ilustrativas. Sin embargo se sugirió que las cuestiones tratadas en la sección E ("Grado de confidencialidad de especificaciones, planos y otros documentos técnicos") sí eran adecuadas para incluir disposiciones ilustrativas. También se sugirió que el texto podría acortarse y aclararse mediante la utilización de modelos de algunos de los tipos de documentos citados. Otra sugerencia fue que se incluyera en el capítulo una lista-guía de los tipos de documento que podrían prepararse en ocasión de un contrato (por ejemplo, documento principal del contrato, llamado a licitación, oferta, planos, especificaciones, estados de dimensiones) y que dicha lista-guía ayudaría a las partes a determinar qué documentos debían formar parte del contrato.

14. Hubo acuerdo general en el sentido de que la Guía recomendara que el documento principal del contrato debía determinar claramente cuáles eran los documentos relativos a las características y calidad de las obras que formaban parte del contrato. Se sugirió que, dada la gran cantidad de documentos preparados por distintas personas en distintas oportunidades a los efectos del contrato, la Guía recomendara que los asesores jurídicos de las partes examinasen todos los documentos para que existiera coherencia entre ellos y determinar cuáles formaban parte del contrato. También se sugirió que el contrato especificara en detalle las características y calidad exigidas, ya que si estos detalles no estaban determinados la ley que rige la interpretación del contrato podría restringir su ámbito de aplicación con respecto a sus características y calidad.

15. Se observó que, en los contratos complejos, las disposiciones relativas a las características y calidad de la construcción podían figurar en varios documentos largos, que estuvieran materialmente separados del documento principal del contrato. En consecuencia, debía velarse para que esos documentos separados quedasen incorporados, por vía de remisión, a los documentos principales del contrato.

16. Se expresó la opinión de que la expresión "llave en mano" no tenía una significación establecida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, y que las obligaciones impuestas a un contratista con la simple utilización de esa expresión no resultaban claras. Por lo tanto, era necesario especificar claramente las obligaciones asumidas por el contratista en virtud de tal contrato. La obligación para el contratista de cumplir obligaciones que eran habituales o necesarias, habida cuenta de la finalidad del contrato, podía no ser suficiente para identificar las obligaciones del contratista, por lo que las partes debían tratar de formular una descripción más precisa de las obligaciones residuales de un contratista en un contrato llave en mano.

17. Se señaló que la definición de las características de la construcción mediante la referencia a una maqueta podía dar lugar a dificultades, ya que la maqueta podía ser modificada, dañada o destruida, resultando difícil comprobar qué era lo contenido en la maqueta original. Por otra parte, podía ser difícil resolver en una maqueta todos los puntos dudosos.

18. Se señaló que el término "calidad" se utilizaba en el capítulo en dos sentidos. Primero se usaba para indicar la índole de los materiales o servicios, y en segundo lugar para indicar el nivel de excelencia de esos materiales o servicios. Se propuso que, en una nueva redacción del capítulo, se estableciera una diferencia entre esos dos sentidos.

19. Hubo amplio acuerdo en que la utilización de expresiones tales como "de primera clase" para indicar un nivel de excelencia ocasionaba incertidumbre. Se sugirió que las descripciones podían ser más precisas en términos de propiedades o características de los materiales o servicios de que se tratase (por ejemplo, la resistencia del acero que se debía emplear). Se observó también que las palabras "nuevos y por lo menos de calidad comercial normal" parecían haber adquirido cierto grado de significación establecida en la práctica comercial.

20. Se expresó la opinión de que hacer la descripción general de la índole de los materiales y servicios tanto en el documento principal del contrato como en las especificaciones podía dar lugar a incongruencias. Por lo tanto, podría ser preferible incluir tales descripciones únicamente en las especificaciones. Ahora bien, se observó que sería preciso describir en cierta medida, en el documento principal del contrato, la construcción que se iba a realizar y que era posible que en esa descripción hubiese que hacer una breve referencia al nivel de excelencia. Hubo acuerdo en que, si bien en el capítulo debían describirse los diversos tipos de especificaciones, no debían usarse en él los términos especificaciones de "funcionamiento" y especificaciones de "diseño".

21. Se observó que era compleja la posible relación entre la índole de las especificaciones que habían de incluirse en las convocatorias de licitación y los métodos de fijación de precios, y que podría ser mejor ocuparse de ella en el capítulo de la Guía relativo a los procedimientos de licitación.

22. Se observó que el término "norma podía entenderse en uno de dos sentidos. Podía referirse a los requisitos jurídicos de seguridad relacionados con el equipo o los materiales que habían de suministrarse, o podía referirse a descripciones ya aprobadas de las características del equipo o los materiales que habían de suministrarse fijados por entidades técnicas profesionales o asociaciones comerciales. Las partes gozarían normalmente de autonomía en lo que respecta a la adopción de este segundo tipo de normas. Sin embargo, se observó también que el país del comprador podía tener sus propias normas vinculantes relativas a las obras que fuesen a construirse en su territorio.

23. En este contexto, se expresó la opinión de que el término "ley aplicable" era ambiguo porque podía

referirse a la ley aplicable al contrato, o a la ley del país comprador o del contratista que impusiera el uso de ciertas normas relativas al equipo o los materiales. Convenía que en la Guía se utilizase este término con precisión.

24. Se observó que cuando se conviniera la utilización de normas, esas normas deberían definirse claramente (por ejemplo, haciendo referencia al país o la entidad que sancionó la norma y a su fecha de emisión). Se observó asimismo que la imposición, en la convocatoria de licitación, de ciertas normas, que el contratista habría de satisfacer, pudiera retraer la participación de contratistas no familiarizados con esas normas.

25. Con respecto a las posibles incongruencias entre los planos y las especificaciones suministradas por el comprador, se observó que el comprador debería estar obligado a resolver en breve plazo toda incongruencia que se le señalase. Además, debería obligarse al comprador a sufragar todos los gastos que esa incongruencia ocasionase al contratista.

26. Con respecto a la aprobación por el comprador de los planos detallados preparados por el contratista, se sugirió que dicha aprobación podía no ser siempre necesaria o practicable, en vista de los frecuentes cambios requeridos en el curso de la construcción. Además, en el caso de ciertas técnicas de construcción rápida (denominadas a veces en inglés "fast track"), las características detalladas de las obras y los planos se iban preparando y conviniendo a medida que los trabajos progresaban. Por ello, de exigirse la aprobación de los planos por el comprador, ésta debería darse en un plazo muy breve. El comprador debería correr con las consecuencias que acarrease toda demora en la aprobación (por ejemplo, debería sufragar los gastos resultantes o conceder una prórroga para la terminación de las obras). Se observó también que si el comprador aprobaba, en forma explícita o tácita, los planos detallados, debería no tener derecho posteriormente a exigir cambios en esos planos ni en la construcción efectuada conforme a esos planos aprobados.

27. Se observó que podía suceder que los planos fuesen preparados conjuntamente por ambas partes y que las partes debían considerar cómo se habrían de corregir los errores en dichos planos y cómo se asignaría la responsabilidad al respecto.

28. Se observó que, si las especificaciones y los planos suministrados por el comprador eran imprecisos e insuficientes, el comprador no sólo debería asumir la obligación de sufragar los gastos incurridos por el contratista como resultado de esos errores, sino que debería también hacerse cargo de los gastos incurridos por el contratista por concepto de cualquier interrupción en el cumplimiento del contrato resultante de esos errores.

29. Se expuso la opinión de que, incluso cuando las partes celebraban un contrato en el que las obligaciones asumidas por el contratista se especificaban en términos de resultados concretos (por ejemplo: un contrato "llave en mano"), el comprador debería asumir la responsabilidad de los errores (por ejemplo, omisión de una parte de la construcción, o especificación de equipos, materiales o servicios que no fueran adecuados) cometidos en las especificaciones y planos facilitados por él. Si un comprador deseaba evitar dicha responsabilidad, debía obligar al contratista a preparar las especificaciones y planos. Ahora bien, si el comprador deseaba suministrar las especificaciones y planos podía obligar al contratista a notificarle los errores que éste descubriera o debiera descubrir y el contratista correría con las consecuencias de una falta de notificación.

30. Se acordó que la sección D ("Prelación de documentos") debía colocarse inmediatamente después de la sección B ("Determinación de las características y calidad de las obras en los documentos contractuales"). Se sugirió asimismo la posibilidad de modificar el título de la sección D para recoger las modificaciones sugeridas respecto al alcance de esta sección.

31. Se señaló que la Guía debía destacar con mayor claridad la posibilidad de incongruencias entre los diversos documentos que constituyen un contrato complejo, y llamar la atención sobre la necesidad de hacer cuanto fuera necesario para eliminar tales incongruencias.

32. Se señaló la dificultad de establecer normas categóricas respecto a cuál de los documentos contractuales había de prevalecer en caso de incompatibilidad. Si bien desde el punto de vista de un jurista posiblemente fuera preferible que prevalecieran las especificaciones escritas del contrato principal sobre unos planos consistentes en diagramas, los ingenieros posiblemente preferirían lo contrario. Fue ampliamente aceptada la idea de que posiblemente fueran varios los factores que hubiera que tener en cuenta para determinar qué documento había de prevalecer (por ejemplo, qué documento recogía el último acuerdo de las partes, la naturaleza del conflicto entre los documentos, o qué documento guardaba una relación más directa con el tema en cuestión). Posiblemente fuera preferible recomendar que los documentos se interpretaran en primera instancia como mutuamente explicatorios, y en caso de conflicto irreconciliable se remitiera la cuestión a una forma expedita de solución de controversias.

33. Hubo amplio acuerdo en que los problemas relativos a la confidencialidad de las especificaciones, planos y otros documentos técnicos necesitaban un tratamiento más extenso. Se sugirió que, en relación con dichos documentos, era necesario examinar tres conceptos distintos, a saber, propiedad, derechos de autor y confidencialidad.

34. Se expresó la opinión de que el concepto de confidencialidad podía suscitar varias dificultades. Debía alentarse a las partes a identificar claramente los documentos que quisieran que permanecieran confidenciales, el alcance de la confidencialidad deseada y la duración de dicha confidencialidad. Se observó que podía suceder que el alcance de la confidencialidad estuviese regulado mediante leyes vinculantes, que

obligaran además a las partes a revelar el contenido de los documentos a las autoridades públicas del país del comprador o del país del contratista. También podían surgir dificultades en relación con la cláusula relativa a la confidencialidad si el contrato se extinguía o si el comprador deseara más adelante emplear a otro contratista para modificar o mejorar las obras, o si hubiera necesidad de revelar documentos confidenciales en las acciones judiciales entre las partes. Debería asimismo aconsejarse a las partes que preveyeran remedios a los que la parte agraviada podría recurrir en el caso de violación de la confidencialidad.

35. Se acordó que una vez terminada la nueva redacción del texto del capítulo, se examinara el resumen para que concordara el texto con el resumen.

Terminación, aceptación y recepción[16]

36. Se expresó la opinión de que debían modificarse los conceptos de terminación y aceptación. Podía considerarse que la terminación tenía lugar cuando el contratista cumplía su obligación de construir las obras y las pruebas de terminación mecánica se habían concluido en forma satisfactoria. El concepto de aceptación podía incluir la aprobación de la construcción de las obras, por parte del comprador incluso si en algunas situaciones esa aprobación era sólo presunta.

37. Se sugirió que se empleara en el capítulo una terminología más coherente y que se hiciera más evidente la secuencia en la que tenían lugar las pruebas, la terminación, la recepción y la aceptación. Se sugirió que se incluyera en el capítulo el examen de las pruebas de terminación mecánica que ahora figuraba en el capítulo sobre "Inspección y pruebas".

38. Se observó que en la práctica de la construcción, en general, la recepción de las obras seguía a la terminación, y que la aceptación tenía lugar tras un período de funcionamiento a prueba satisfactorio. Se sugirió que se volviera a redactar el proyecto de capítulo, en particular el párrafo 1, a fin de reflejar esta práctica.

39. Se planteó la cuestión de si era aconsejable distinguir entre recepción y aceptación. La opinión predominante fue de que esa distinción era conveniente, dado que la recepción y la aceptación podían ocurrir en diferentes momentos y tener consecuencias diversas.

40. Se sugirió que se volviera a redactar el párrafo 4 a fin de aclarar que el plazo para la terminación de la construcción podía comenzar cuando se hubieran producido todos los hechos pertinentes que se mencionaban en ese párrafo. Según otra sugerencia, debía modificarse el apartado *d)* a fin de sugerir que el plazo para la terminación de la construcción podía comenzar a correr en la fecha en la que el comprador entregara al contratista un diseño, planos o documentos descriptivos de suficiente calidad.

[16] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2.

41. Se expresó la opinión de que debía subrayarse en la Guía la importancia del plazo para la terminación y el calendario, y que debía recomendarse a las partes determinar esas cuestiones en el propio contrato, y no aplazar el acuerdo sobre ellas hasta después de la conclusión del contrato. Se sugirió que podía autorizarse al comprador a ordenar al contratista que acelerara los trabajos de construcción si pareciese que iba a incumplirse algún plazo. Se sugirió además que el comprador pudiera establecer fechas límite para completar ciertas fases del proceso de construcción, pero que debiera ser el propio contratista quien fijaba el calendario de la construcción y determinaba esas fechas límite. La responsabilidad del contratista debía quedar limitada al cumplimiento de esas fechas límite y a la satisfacción de cualquier costo adicional que la demora ocasionase al contratista. Según otra sugerencia, el plazo para la terminación podría someterse a una condición y, si esta condición se cumpliese, podrían aplicarse las normas por las que se regía la concesión de una prórroga del plazo para la ejecución en el caso de existir un impedimento exonerante. Se sugirió que se examinase a fondo el método de cálculo de la prórroga del plazo para la terminación de que trata el párrafo 14.

42. Se manifestó la opinión de que debía suprimirse la sección B, 3, que trata de la prórroga del plazo para la terminación, dado que las situaciones en las que esa prórroga debía producirse estaban recogidas en otros capítulos. No obstante, la opinión predominante fue que era conveniente mantener esos párrafos en este capítulo dado que podría leerse el capítulo independientemente de los otros. Se formuló una sugerencia en el sentido de que la cuestión del calendario (sección B, 2) debería ventilarse en otro capítulo.

43. Se hizo una sugerencia en el sentido de que las razones para la prórroga del plazo para la terminación, examinadas en el párrafo 12 *b)*, no debían limitarse a las reglamentaciones administrativas dictadas después de la conclusión del contrato. Se expresó la opinión de que debería otorgarse automáticamente, al contratista que lo desease, una prórroga en todos los casos descritos en el párrafo 13. Se sugirió también que el párrafo 13 debía eliminarse, o ponerse en consonancia con el tratamiento de este tema hecho en el capítulo sobre indemnización convencional y cláusulas penales.

44. Se expresó la opinión de que las partes debían acordar el establecimiento de un mecanismo especial que facilitase la rápida solución de controversias en lo que concierne al plazo para la terminación y el calendario, así como las controversias surgidas en lo que respecta a los resultados de las pruebas de funcionamiento.

45. De acuerdo con una opinión, la Guía debía tratar de las consecuencias de la prórroga del plazo para la ejecución en materia de seguro, garantías reales y costos. Según otra opinión, esas cuestiones no debían estudiarse en ese capítulo; cabía, no obstante, remitirse a los capítulos que trataban de esos temas.

46. Se manifestó una opinión de que la última frase del párrafo 18 debía tratar no sólo de la demora sino

también de los costos en que podría incurrirse en relación con ésta.

47. Se sugirió que la Guía podía recomendar la firma en el momento de la terminación de las obras de un acta que fijase el estado de éstas.

48. Se manifestaron opiniones discrepantes en lo que concierne a las consecuencias de la demora imputable al comprador en la realización de las pruebas de terminación mecánica. Según una opinión, en ese caso habría que presumir que la terminación había tenido lugar, y debía empezar a correr el período de garantía. Según otra opinión, la única consecuencia debía ser que el comprador quedase obligado a indemnizar al contratista por las pérdidas que éste hubiese sufrido como resultado de la demora.

49. Se opinó que correspondería examinar la armonización de lo dispuesto en el párrafo 17, en el sentido de que las pruebas de terminación mecánica podrían considerarse satisfactorias aunque se descubriese que faltaban ciertos elementos, y lo dispuesto en el párrafo 20, según el cual las pruebas de funcionamiento podrían considerarse satisfactorias si las obras estaban exentas de defectos graves. Se sugirió que no sería aconsejable indicar que el comprador podía autorizar que se efectuasen las pruebas de funcionamiento antes de haberse efectuado las pruebas de terminación mecánica.

50. Se insistió en la importancia de las formalidades conexas con la realización de pruebas de terminación mecánica o de funcionamiento, y en la necesidad de observar estas formalidades en algunos casos. Se sugirió que se distinguiese entre la participación en dichas pruebas de una organización de inspección elegida por las partes y la inspección llevada a cabo por una organización reguladora en virtud de normas jurídicas imperativas, necesaria en algunos países antes de poner en funcionamiento las obras.

51. Se hizo notar que convendría que se exigiera al contratista el suministro de cierta documentación (por ejemplo, manuales de funcionamiento y mantenimiento) en la etapa de las pruebas de terminación mecánica o de funcionamiento. Se consideró que la expresión del párrafo 19, "demostrase de cualquier otra manera" era demasiado imprecisa, y que la Guía debería esforzarse por prever otros métodos posibles de prueba.

52. Se sugirió que este capítulo tratara de la aceptación provisional. Se opinó que debería desalentar el uso de la aceptación provisional, a menos de que el contrato especificara cuándo ésta tiene lugar y qué consecuencias trae aparejadas. Se hizo notar que en la práctica la expresión "aceptación provisional" se utilizaba a veces como sustituto de la expresión "recepción".

53. Se expresaron diversas opiniones con relación a las consecuencias de la omisión de realizar pruebas de funcionamiento. Según una opinión, esta omisión entrañaría una aceptación presunta. Según otra, las consecuencias serían más limitadas. Se sugirió que el contrato fijara un plazo en el cual debían realizarse las pruebas de funcionamiento, y previera también las consecuencias de la omisión en realizar dichas pruebas dentro de ese período.

54. Se propuso que en la Guía se indicara lo que debería contener un protocolo de aceptación y que un formulario ilustrativo de protocolo podría ser de utilidad. Se observó que podía resultar útil para distinguir entre la aceptación unilateral por parte del comprador y la firma por ambas partes del protocolo de aceptación, el cual podía contener el acuerdo de las partes acerca de los elementos ausentes que se habrían de suministrar y los defectos que se deberían subsanar.

55. Se señaló que la aceptación presunta podía producirse también en algunos casos distintos de aquéllos en los que no se realizaron las pruebas de funcionamiento por razones imputables al comprador. Además de las consecuencias de la aceptación mencionadas en los párrafos 29 a 31, la Guía podría tratar de las consecuencias de la aceptación en cuestiones tales como la garantía del funcionamiento, el seguro y el pago del precio. Se sugirió que en el párrafo 31 se mencionara que convendría que comenzase a correr un período de garantía con relación a una parte de las obras cuando esa parte era aceptada por el comprador.

56. Se acordó que en este capítulo se trataría solamente de la recepción de la planta durante la construcción y de la recepción de las obras terminadas, y no de la recepción de equipo y materiales antes de su incorporación a las obras. Se observó que el empleo del término "posesión" en la definición de recepción podía dar lugar a diferentes interpretaciones, según los distintos sistemas jurídicos. Se sugirió la posibilidad de que se emplearan los términos "posesión física" o "control". En cuanto a la entrega de equipo y materiales, se recomendó el empleo de la terminología de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).

57. Se sugirió que se volviera a redactar el párrafo 36 a fin de evitar la interpretación de que el contratista estaba obligado a dar todas las instrucciones al personal del comprador necesarias para el manejo de las obras. Se señaló que, para la asignación de los gastos durante el período de funcionamiento a prueba, no siempre era necesario seguir el principio indicado en el párrafo 36. Se expresó la opinión de que la responsabilidad del contratista durante el período de funcionamiento a prueba podría depender de si el contratista debía capacitar al personal del comprador.

58. Se expresó el parecer de que en el título de la sección D, 1, c se debía hacer referencia a la extinción del contrato por el comprador debido a incumplimiento de las obligaciones del contratista. Se sugirió que en el párrafo 37 se evitara hacer referencia al concepto de extinción parcial del contrato. Asimismo, se sugirió que se estudiaran las repercusiones de la extinción sobre las garantías, ya fuera en el capítulo titulado "Extinción" o en el capítulo en que se examinaba la garantía.

59. Se sugirió que se volviera a redactar el párrafo 38 a fin de sugerir que si el comprador tomaba el partido

mencionado en ese párrafo, podría tener lugar la recepción. Asimismo, se sugirió que se hiciera referencia a los capítulos titulados "Incumplimiento" y "Traspaso de riesgos".

60. Se sugirió que podría no necesitarse un protocolo de recepción en los casos en que la aceptación tuviera lugar y fuera seguida inmediatamente por la recepción. Asimismo, se sugirió que se examinara con más detalle el protocolo de recepción.

61. Se señaló que, dado los párrafos 40 y 41 no trataban de la recepción de la planta durante la construcción o de las obras terminadas, las cuestiones que se examinaban en esos párrafos se examinaran en otros capítulos.

62. Se formularon diversas sugerencias para mejorar el texto de este capítulo. Se convino en que el Grupo de Trabajo examinase la nueva versión de este capítulo en alguna fecha cercana, que sería el momento de reconsiderar la terminología utilizada.

Asignación de riesgos de pérdidas o daños[17]

63. Se acordó que el título actual de este capítulo ("Asignación de riesgos de pérdidas o daños") pasara a ser "Traspaso de riesgos". Se formuló la observación general de que se podría mejorar el texto del capítulo, y se señalaron a la atención de la secretaría sugerencias concretas en ese sentido. Se expresó la opinión de que el capítulo debía tratar únicamente de las pérdidas o daños en el equipo, los materiales, la planta durante la construcción y las obras terminadas, que obedecieran a hechos fortuitos o a actos de terceros de los que ninguna de las partes fuera responsable. No obstante, se observó que podría resultar conveniente hacer referencia en este capítulo a otros capítulos de la Guía que trataran de las pérdidas o daños en el equipo, los materiales o la planta durante la fase de construcción o una vez terminadas las obras, que fuesen imputables a alguna de las partes o a terceros de los que una de las partes fuera responsable. Se expresó la opinión de que quienquiera que fuera responsable del riesgo de pérdidas o daños debería estar facultado para controlar la situación que pudiese dar lugar a esas pérdidas o daños.

64. Se sugirió que en la sección A ("Observaciones generales"), se suprimiera la primera oración del párrafo 3, y que en su lugar se indicara en dicho párrafo que, con frecuencia, en muchos sistemas jurídicos, las normas relativas al traspaso de riesgos se formulaban con referencia a contratos de venta, y no preveían necesariamente algunos de los problemas especiales que se planteaban en relación con los contratos de obras. Asimismo, se sugirió que en la sección A se indicara que, conforme a las recomendaciones formuladas en este capítulo, el momento del traspaso del riesgo con respecto al equipo, los materiales o la planta durante la fase de construcción o una vez terminadas las obras podría no coincidir, en algunos casos, con el momento de la transmisión de la propiedad.

[17] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3.

65. Se expresó la opinión de que el examen que se hacía en este capítulo de la relación entre el traspaso de riesgos y la responsabilidad por funcionamiento defectuoso era poco claro y debía omitirse. Las cuestiones relativas a la responsabilidad por funcionamiento defectuoso debían tratarse en el capítulo titulado "Incumplimiento".

66. Se sugirió que se volviera a redactar el párrafo 8 a fin de dejar aclarado que ese párrafo se refería a la cuestión del traspaso de riesgos, y no se refería al efecto de los impedimentos exonerantes. La distinción que se hacía en el párrafo 2 entre estas dos cuestiones debía formularse con mayor claridad. Asimismo, se expresó la opinión de que en la práctica las partes no excluían de los riesgos de pérdidas o daños asumidos por el contratista todos los hechos mencionados en el párrafo 8, y que el párrafo debía modificarse en consecuencia.

67. Se sugirió que se incluyera en esta sección un párrafo que tratara de la relación del traspaso de riesgos con cuestiones conexas tratadas en otros capítulos, tales como el seguro y la transmisión de la propiedad. Se sugirió también que tal vez se podría considerar la posibilidad de modificar el orden de algunos párrafos de esta sección, a fin de facilitar su comprensión.

68. Se expresó la opinión que en el capítulo en cuestión se debía indicar la relación entre la asunción del riesgo con respecto al equipo y materiales suministrados por el contratista para incorporarlos a las obras (sección B) y la asunción del riesgo con respecto a la planta durante la fase de construcción y una vez terminadas las obras (sección D). Se señaló que era preciso volver a examinar la importancia para el traspaso de riesgos con respecto a equipo y materiales de que el personal del contratista estuviera presente en el emplazamiento de las obras en el momento del suministro de dichos equipos y materiales. Se observó que a veces resultaba difícil estipular que el traspaso de riesgos debía tener lugar en un momento en que fuera posible verificar las condiciones en que se encontraban el equipo y los materiales, y también se observó que en la práctica no era frecuente que se estipulara el traspaso de riesgos en el momento en que se hubieran realizado los trámites de aduana en la frontera del país del que se exportaban el equipo y los materiales.

69. Se sugirió que se hiciera hincapié en la necesidad de formular normas sobre el traspaso de riesgos con respecto a los contratos de obras que fueran diferentes de las normas relativas a los contratos de venta, puesto que un contratista no cumplía las obligaciones adquiridas en virtud de un contrato de obras con la simple entrega de equipo y materiales, sino mediante el empleo de tal equipo y materiales a los fines de la construcción. Por consiguiente, en general, el contratista debía asumir el riesgo de pérdidas o daños en el equipo y los materiales.

70. Se observó que podría convenir aclarar el concepto de "incorporación" de equipo y materiales en las obras, y, en particular, dejar aclarado en qué momento tenía lugar dicha incorporación. Asimismo, se observó que el enfoque adoptado en los apartados *a)* a *c)* del párrafo 15, en que se señalaban diversos momentos posibles para el

traspaso de riesgos, y el enfoque adoptado en el párrafo 16 de determinar el momento del traspaso de riesgos de conformidad con las INCOTERMS, no eran enfoques sustancialmente distintos, sino diferentes métodos de formular un mismo enfoque.

71. Se expresaron diferentes opiniones en relación con quién debía ser la persona que asumiera el riesgo de pérdidas o daños en la planta cuando la construcción se asignaba a varios contratistas. Según una opinión, era viable que cada uno de los contratistas asumiera el riesgo correspondiente a la parte construida por él. Según otra opinión, ese enfoque no era viable, al menos en aquellos casos en los que se utilizaban en la construcción de una parte de la planta equipo y materiales suministrados por un contratista y servicios suministrados por otro contratista, y en esos casos el comprador debía asumir el riesgo. Se sugirió que en la mayoría de los casos el momento en que correspondía traspasar el riesgo era el momento de recepción de las obras y no el de la aceptación.

72. Se planteó la cuestión de si los puntos analizados en la sección E ("Consecuencias de la asunción del riesgo") no debían tratarse en otro capítulo. Predominó, sin embargo, la opinión de que correspondía estudiar estos puntos en este capítulo.

73. Se consideró la obligación de la parte que asumía el riesgo respecto de los bienes de reparar las pérdidas o daños comprendidos en ese riesgo. Recibió amplio apoyo la sugerencia de que, si así lo pedía el comprador, el contratista estuviese obligado a reparar, a costa del comprador, las pérdidas o daños en los bienes cuyo riesgo este último había asumido. No obstante, se expresaron reservas sobre si el comprador debía estar obligado en esos casos a reparar las pérdidas o daños si no había pedido al contratista que lo hiciera. A este respecto, se manifestó la opinión de que era preciso aclarar el significado del término "reparar". Se sugirió también que había que destacar la obligación del comprador de pagar el precio de los bienes perdidos o dañados respecto de los cuales soportaba el riesgo. Se observó que, si bien en la sección E se sugería que la obligación del contratista de reparar las pérdidas o los daños en los bienes cuyo riesgo corría por cuenta del comprador terminaría con la expiración del período de garantía, otro posible enfoque era hacer que la obligación terminara con la recepción o la aceptación de las obras por el comprador.

74. Se sugirió que no se hiciera distinción alguna con respecto al plazo durante el cual debían repararse las pérdidas o daños entre la parte que cargaba con el riesgo y la otra parte. Cualquiera que fuera la parte obligada, a tenor del contrato, a reparar las pérdidas o daños, correspondía que lo hiciera lo más rápidamente posible. Se sugirió además que convenía que se mencionase el derecho a utilizar equipo dañado pero aún utilizable en tanto que ese equipo no hubiese sido reparado o sustituido.

75. Se sugirió que se suprimieran las dos últimas oraciones del párrafo 25, ya que la cuestión allí tratada no se relacionaba primordialmente con el traspaso del riesgo.

Daños y perjuicios[18]

76. Se sugirió que en este capítulo figurase un examen de la relación entre daños y perjuicios y otras sanciones, tales como indemnización convencional y cláusulas penales así como otras formas de indemnización susceptibles de pago por una parte. El mencionado examen debía hacer referencia a la existencia de tales sanciones en situaciones en que se produjera un incumplimiento de contrato así como en situaciones en que no se produjera tal incumplimiento.

77. Se formuló una sugerencia en el sentido de que el capítulo debía hacer referencia a los tipos de pérdidas que las partes debían tomar en consideración en la elaboración de disposiciones contractuales sobre daños y perjuicios. Se expresaron diversas opiniones con respecto a los tipos de pérdidas que debían dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios. Según una opinión, debían indemnizarse únicamente los tipos de pérdidas que estuvieran especificados en el contrato. Se sugirió que se suprimiese la palabra "todas", que figuraba en la primera frase del párrafo 5. De acuerdo con otra opinión, el contrato debía estipular que todas las pérdidas dieran lugar a una indemnización de daños y perjuicios, excepto las excluidas de forma expresa en el contrato. Se hizo la sugerencia de que convendría indicar en la Guía que existía la posibilidad de que la parte perjudicada no recibiese una indemnización razonable si se incluían en el contrato demasiadas disposiciones limitando este derecho. Se observó que la cuantía de los daños y perjuicios que el contratista pudiera estar obligado a indemnizar en virtud del contrato podía tener influencia en el precio de éste. Se sugirió que la Guía aconsejara a las partes que en la redacción de las disposiciones contractuales sobre daños y perjuicios, éstas tuvieran en cuenta normas de derecho interno relativas a daños y perjuicios. Se sugirió que, como un enfoque posible, las partes tal vez deseasen apoyarse en esas normas de derecho interno, salvo en la medida en que esas normas no fuesen adecuadas para el contrato en cuestión. En este último caso, el contrato podría establecer diferentes normas, a menos que las normas de derecho interno tuviesen carácter preceptivo.

78. Tuvo gran aceptación el principio de que una parte que incumple una obligación estipulada en un contrato había de pagar daños y perjuicios a menos que el incumplimiento se debiera a un impedimento exonerante. Se sugirió que las partes tal vez deseasen estipular los casos en que no había que pagar daños y perjuicios. No obstante, se expresó la opinión de que tal vez sólo fuese posible redactar una disposición contractual de esa naturaleza en términos que fuesen demasiado generales. Se convino en eliminar la disposición ilustrativa contenida en la nota 2.

79. Se examinaron diversos enfoques relativos a los casos en que la parte perjudicada debía indemnizar a un

[18] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4.

tercero por incumplimiento del contrato por la otra parte. Se convino que se suprimiera el párrafo 7.

80. Se observó que podía suceder que la reducción por la parte perjudicada de sus pérdidas estuviese regulada por normas de derecho imperativo interno. Se sugirió que se considerara dicha reducción como una obligación de la parte perjudicada, y no como una limitación de los daños y perjuicios. No obstante, se sugirió también que la determinación de los tipos de pérdidas que debían dar lugar a indemnización de daños y perjuicios, estudiados en los párrafos 5 a 8, podrían tener el efecto de limitar la cuantía de los daños y perjuicios, y que debía reestructurarse el capítulo en consecuencia. Se formuló otra sugerencia en el sentido de que se volviera a redactar el párrafo 11 y la nota 3 para que no cupiera la interpretación de que si una parte tomaba medidas para reducir sus pérdidas, sería no obstante indemnizada por la totalidad de éstas.

81. Se suscitó la cuestión de determinar si el concepto de la no previsibilidad de los daños se refería a los tipos o a la cuantía de esas pérdidas. Se examinaron diversos enfoques con respecto al momento que debía considerarse indicado para determinar la previsibilidad. Se sugirió que la Guía llamase la atención de las partes sobre esos enfoques. Se hizo una sugerencia en el sentido de que las partes podrían acordar informarse entre sí sobre toda modificación de las circunstancias que pudiera influir en la cuantía de los daños en caso de incumplimiento. Se observó que si el momento del incumplimiento del contrato era el indicado para determinar la imprevisibilidad, tal vez fuese difícil cerciorarse del momento en que se produjera ese incumplimiento en casos distintos de la demora.

82. Se intercambiaron diversas opiniones con respecto a las pérdidas indirectas o consecuenciales. Se destacó que los conceptos de tales pérdidas diferían según los diversos ordenamientos jurídicos. Se formuló la sugerencia de que se suprimiesen las dos últimas frases del párrafo 14. Se sugirió además incluir en la Guía una disposición ilustrativa que tratase de las pérdidas indirectas o consecuenciales.

83. Se observó que en la mayoría de los contratos de obras la cuantía de la indemnización por daños exigible por una parte en el caso de incumplimiento por la otra parte era limitada, y que esa práctica debía reflejarse o bien en el párrafo 15 o en la sección de observaciones generales. Se observó que con arreglo a normas jurídicas internas e internacionales, la responsabilidad de un transportista estaba limitada a un importe determinado. Se sugirió que se aconsejara a ambas partes tener esas normas en cuenta al redactar las disposiciones del contrato relativas a limitación de daños y perjuicios. Se observó asimismo que, en la práctica, la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios estaba en ocasiones limitada al importe pagado por el seguro, o a ese importe y un porcentaje del precio, y se acordó que la Guía llamase la atención de las partes sobre esos enfoques.

84. Se sugirió que la última sección del capítulo, concerniente a daños en las personas y en los bienes de terceros, tratase de la responsabilidad contractual por esos daños. No obstante, se observó que en determinados ordenamientos jurídicos las normas preceptivas de derecho podrían limitar la distribución interna de responsabilidad por esos daños entre las partes. Se observó que si bien el contrato no podía limitar la obligación del contratista o el comprador de indemnizar a terceros por esos daños, en determinados ordenamientos jurídicos las terceras personas podían beneficiarse de disposiciones contractuales por las que se ampliaban sus derechos a recibir esa indemnización. Se formuló una sugerencia en el sentido de que la Guía debía examinar las responsabilidades conjuntas y solidarias del contratista y del comprador por daños en las personas y en los bienes de terceros. Se sugirió que el requisito del párrafo 18 en virtud del cual el comprador ha de notificar al contratista la demanda presentada por un tercero se limitase a los casos en que el comprador tratara de que el contratista participara en las negociaciones o en las actuaciones judiciales en relación con esa demanda.

Indemnización convenida y cláusulas penales[19]

85. Se sugirió que al inicio del capítulo se señalara a la atención el hecho de que en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos había normas imperativas que regían la indemnización convenida y las cláusulas penales, por lo que la elección de la ley aplicable al contrato era sumamente importante con respecto a esas cláusulas.

86. Se expresó la opinión de que debía examinarse la relación entre este capítulo y el capítulo sobre "Daños y perjuicios". Se observó que ambos se referían a la indemnización pagadera en caso de incumplimiento, y que la cuestión de la limitación de la responsabilidad era pertinente a ambos. A este respecto se sugirió que la Guía debía contener una sección que examinara la relación existente entre los daños y perjuicios y la indemnización convenida y las cláusulas penales, así como el relieve que las partes desearan asignar a estas sanciones.

87. Se observó que el pago de primas constituía un método eficaz para estimular el cumplimiento, y que este capítulo debía contener una referencia al capítulo que trata de las cláusulas que estipulan el pago de una prima.

88. Se tomó nota de que en algunos ordenamientos jurídicos el término pena se refería a una suma convenida pagadera en caso de incumplimiento de una de las partes y que tenía por objeto compelerla al cumplimiento, mientras que en otros ordenamientos jurídicos tenía un significado más amplio, e incluía las sumas convenidas simplemente a título de indemnización. Cada vez que se utilizara este término en la Guía, convenía que su significado fuese claro.

89. Se observó que, en la práctica, se utilizaban en ocasiones cláusulas de indemnización convenida provi-

[19] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.5.

sionales, por lo que en la Guía debía señalarse que existía este uso. En virtud de una tal cláusula, una de las partes debería pagar, en caso de incumplimiento, una suma convenida. Pero esta cláusula estipulaba además que, aun cuando ocurriese el incumplimiento y se pagase la suma, esa suma debería reembolsarse a la parte que la hubiese pagado si ésta parte podía evitar más adelante que ese incumplimiento ocasionase pérdidas.

90. Se expresó la opinión de que era preciso aclarar la finalidad de la indemnización convenida y las cláusulas penales descritas en el apartado *b)* del párrafo 2 de este capítulo.

91. Se hizo hincapié en que la Guía debía concentrarse en su objetivo fundamental de ayudar a las partes a redactar un contrato. Por ello, si bien convenía señalar a la atención de las partes aquellas divergencias entre las normas de los diversos ordenamientos jurídicos relativas a la indemnización convenida y las cláusulas penales que convenía que las partes tuviesen presentes al redactar tales cláusulas, no era necesario describir la razón de ser de esas normas. Tampoco era aconsejable referirse a las normas corrientes de interpretación, puesto que estas normas podían variar según los ordenamientos jurídicos. A este respecto se expresó la opinión de que la Guía no debería afirmar que cuando se estipulase una suma por cumplimiento defectuoso que no fuera demora, el comprador podía reclamar tanto la suma convenida como el cumplimiento, ya que en algunos ordenamientos jurídicos esto no estaba permitido.

92. Hubo amplio acuerdo con respecto a la referencia que hace este capítulo a que en muchos ordenamientos jurídicos, para que exista obligación de pagar una indemnización convenida o una pena no sólo se ha de haber incurrido en determinado incumplimiento sino que se debe ser además responsable de ese incumplimiento. Hubo acuerdo general en que la indemnización convenida o la cláusula penal que estipulara que el contratista debe pagar la indemnización convenida o la pena, incluso si su incumplimiento fue causado por el comprador, sería manifiestamente injusta e inaceptable. Sin embargo, hubo divergencia de opiniones con respecto a la posibilidad de enunciar en la Guía que las partes tal vez desearan estipular que el contratista debería pagar la indemnización convenida o la pena aun cuando su incumplimiento se debiese a un impedimento exonerante. Se expresó la opinión de que tales cláusulas no se daban en la práctica y de que una tal cláusula sería injusta para el contratista. Según otra opinión, sí había ejemplos, en la práctica, de tales cláusulas, que puede que no fuesen injustas con respecto a ciertos tipos de impedimentos exonerantes. Además, dado que el tema en cuestión se relacionaba con la determinación de cuál de las dos partes inocentes debía soportar el riesgo de las pérdidas causadas por un impedimento exonerante, las partes deberían poder convenir libremente la asignación de ese riesgo a una u otra de las partes. Se convino en que la Guía debía indicar que en casos excepcionales se encontraban cláusulas por las que una de las partes se obligaba a pagar una indemnización convenida o una pena aunque no fuera, por ningún otro concepto, responsable de las consecuencias del incumplimiento.

93. Se sugirió que "Modos de aumentar la eficacia de la indemnización convenida y de las cláusulas penales" sería un título más apropiado para la sección C ("Aumento de la eficacia de las cláusulas de indemnización convenida y de las cláusulas penales") del capítulo. También se sugirió que debía procurarse que el párrafo 9 fuera más conciso y más claro.

94. Con respecto a la sección D ("Limitación de la suma convenida") se convino en que en el contexto de la indemnización convenida y de las cláusulas penales el término "limitación" podría tener más de un significado y que debía procurarse emplear una terminología clara. Con respecto al párrafo 14, se observó que se refería a dos criterios de limitación del resarcimiento que era preciso distinguir. El primer criterio era que el contrato estipulara que, cuando se fijara una indemnización convenida o una pena mediante recargos (por ejemplo un importe determinado por unidad de demora) que no podían superar determinado límite, no era posible ningún otro resarcimiento adicional, una vez alcanzado ese límite. Otro criterio era que, si bien una vez alcanzado ese límite no era posible el cobro de indemnizaciones convenidas o penas, el comprador podría probar positivamente que había sufrido otras pérdidas, y cobrar una indemnización por ellas.

95. Se señaló que en la sección E ("Cobro de la suma convenida") se sugería la posibilidad de que se formulasen cláusulas contractuales previendo que el comprador podría cobrar al contratista la suma convenida por virtud de indemnización convenida deduciendo esa suma de las sumas que el propio comprador debía al contratista. Se hizo notar que en algunos ordenamientos jurídicos y en algunos países se regulaba todo lo relativo a la deducción a través de normas de derecho imperativo y otros requisitos. Se observó además que en algunos ordenamientos jurídicos esas normas hacían que resultase impracticable introducir cláusulas relativas a la deducción de la índole aquí sugerida. Por ejemplo, cabía que el tribunal estuviese facultado para decretar una reducción de la suma convenida como pena, por lo que una tal deducción de la suma convenida podía ser anulada posteriormente si ese tribunal reducía la suma convenida. Se hizo notar, por el contrario, que en otros ordenamientos jurídicos funcionaban cláusulas relativas a la deducción. Se convino en que se señalara a la atención de las partes la necesidad de que formulasen cláusulas de deducción tras haber examinado las normas jurídicas vigentes al efecto, y demás requisitos exigidos.

96. Se sugirió que, incluso en aquellos casos en los que se pudiesen utilizar cláusulas relativas a la deducción en el marco de la ley aplicable, convenía que la Guía describiese tales cláusulas como un enfoque posible. Se observó además que convenía examinar la colocación en otro capítulo (por ejemplo en el capítulo relativo a las garantías del cumplimiento) la técnica mencionada en la sección E para lograr una mayor certidumbre con respecto al cobro de la suma convenida mediante la concesión de una garantía.

97. Se expresó la opinión de que debería formularse más claramente la posibilidad prevista en el párrafo 16,

es decir, que resultase inaplicable, por razón de ciertas circunstancias, la fecha fijada para iniciar el cómputo de la demora y las consecuencias que ello tendría (es decir, la inaplicabilidad de la indemnización convenida o de la cláusula penal por concepto de demora). Se observó además, que si bien, en tales circunstancias, el contratista quedaría obligado, en algunos ordenamientos jurídicos, a cumplir en un plazo razonable, era posible que esto no fuese así en otros ordenamientos jurídicos.

98. Se expresó la opinión de que la sección G ("La extinción del contrato y la indemnización convenida y las cláusulas penales") debería limitarse a prestar asesoramiento sobre la redacción de una cláusula por la que se regulase el efecto de la extinción sobre la indemnización convenida o la cláusula penal, y dejar las demás cuestiones, como la referente al cobro de la indemnización tras la extinción, para ser tratadas en el capítulo relativo a la "Extinción". Se sugirió además revisar la redacción y la estructura de esta sección a fin de simplificarla.

99. Hubo acuerdo de que este capítulo debía no sólo llamar la atención de las partes sobre las "Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida en razón de la falta de cumplimiento" aprobadas por la Comisión en su 16.° período de sesiones[20], sino indicar además que esas normas podían servir de base para resolver los problemas, a menudo difíciles, que se planteaban al redactar cláusulas de indemnización convenida y cláusulas penales.

Seguro[21]

100. Se expresó la opinión de que este capítulo debía reflejar un mayor equilibrio en lo que respecta a las obligaciones respectivas del contratista y del comprador de tomar el seguro. Además, se opinó que, en razón de la amplia variedad de contratos a los cuales era aplicable la Guía Jurídica, convenía evitar que este capítulo estatuyese sobre cómo deberían resolverse en el contrato cuestiones específicas relativas al seguro; más bien, el proyecto de capítulo debería llamar la atención de las partes sobre los criterios posibles que podrían tener presentes en relación con tales cuestiones.

101. Se sugirió que convendría examinar en este capítulo los diversos tipos de riesgos que con frecuencia se presentaban en la construcción de obras industriales. Se opinó que debería aconsejarse a las partes que tomasen conocimiento de los tipos de seguros disponibles y de los riesgos contra los que podrían asegurarse, así como de los riesgos que habitualmente estaban excluidos de la cobertura del seguro. Se formularon sugerencias en el sentido de incluir en este capítulo disposiciones ilustrativas en relación con el seguro que se habría de contratar. Se opinó incluso que correspondía prevenir a las partes de que podría no ser posible tomar un seguro contra todo riesgo, y de que cabía que el costo del seguro contra ciertos riesgos resultase excesivo en razón de la magnitud de éstos. Se expresó la opinión de que convendría asesorar a las partes para que consideraran quién soportaría los riesgos que no estuviesen cubiertos por el seguro. Se hicieron otras sugerencias en el sentido de que convenía señalar en este capítulo algunas de las razones por las que el comprador debía estar interesado en que el contratista tomase un seguro contra ciertos riesgos que corrían por cuenta del contratista, pese a que sería el propio comprador quien, en última instancia, pagase el precio de ese seguro.

102. Se sugirió que se instruyese al comprador acerca de la conveniencia de consultar, en la etapa previa a la licitación, un corredor de seguros internacionales o un consultor de gestión de riesgos sobre los seguros disponibles en el mercado, y sobre el seguro que sería necesario en el contrato. Se propuso asimismo que se aconsejase al comprador que estudiara si no le resultaría menos oneroso contratar por sí mismo ciertos tipos de seguro, en lugar de pedirle al contratista que lo hiciera. Otras opiniones sugirieron que el capítulo podría referirse a las posibilidades de autoseguro y de autoseguro parcial por parte del contratista, al seguro contra riesgos políticos y al seguro de feliz término. Sin embargo, según otras opiniones, no correspondería examinar estas posibilidades en la Guía.

103. Se expresó la opinión de que debía señalarse en este capítulo la conveniencia de que en las pólizas de seguro se consignaran los nombres del contratista y del comprador como partes aseguradas, a fin de evitar las dificultades y gastos inherentes a la subrogación del asegurador contra la parte cuyo nombre no hubiese omitido. Se sugirió examinar en este capítulo las razones por las que el comprador podía tener interés en que el contrato exigiera la cobertura mediante seguros de riesgos y responsabilidades del contratista.

104. Se opinó que convendría recomendar en este capítulo que se tomara el seguro con un asegurador con capacidad financiera para asegurar los riesgos, y que fuera aceptable para ambas partes. Según otra opinión, convendría que en este capítulo se examinasen las ventajas e inconvenientes de contratar un seguro lo más amplio posible con un solo asegurador, en lugar de hacerlo con varios. Se expresó otro punto de vista según el cual sería conveniente que en este capítulo se examinasen los medios de reajustar el monto del seguro tomado, a fin de tener en cuenta la inflación. Otra opinión fue que debería aconsejarse a las partes que exigiesen que el producto del seguro fuera pagadero en moneda libremente convertible o en una moneda concreta (por ejemplo, la moneda en que se expresó el precio del contrato).

105. Con respecto al seguro de las obras terminadas, se opinó que cabría aconsejar a las partes que consideraran si este seguro sería exigible durante todo el período de garantía. Se opinó que cuando varios contratistas participaban en la construcción, era conveniente que

[20] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 16.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/38/17), Anexo I.

[21] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4.

cada uno de ellos asegurara la porción de la planta en construcción y las obras terminadas de la que era responsable. Según otra opinión, no correspondería obligar a uno de varios contratistas a asegurar la planta y las obras en su totalidad, por haber simplemente coordinado la labor de construcción de los otros contratistas.

106. Con respecto al seguro de materiales y equipos que habrían de incorporarse a las obras, se expresó la opinión de que el interés del comprador por tener en vigor dicho seguro no comenzaba antes del momento en que se hubiesen expedido dichos elementos. Se hizo notar también que, en la práctica, los materiales y equipo en tránsito hacia el lugar se aseguraban en una póliza de seguro de transporte separada. Si se planteaba una controversia sobre si la pérdida o los daños se produjeron en el equipo o los materiales durante el transporte o en algún otro período, era práctica habitual que los aseguradores que cubrían estos períodos se repartiesen, por igual, el pago de la indemnización por la pérdida o los daños. Se hizo otra sugerencia, en el sentido de aconsejar en este capítulo a ambas partes que se asegurasen contra aquellas pérdidas o daños de equipo o materiales que, llegado el caso, cada una de ellas habría de sufragar.

107. Con respecto al seguro del equipo y las herramientas del contratista, se opinó que este seguro por lo general sólo interesaba al contratista. Se sugirió que se aconsejara a las partes que consideraran si era necesario que el contrato exigiese este seguro; de ser así, correspondía que el contratista cargara con el costo consiguiente. Se sugirió además que se tuviera en cuenta en este capítulo, las dificultades que podían surgir si se exigía a un contratista extranjero que tomara ese seguro con un asegurador del país del comprador.

108. Con respecto al seguro de responsabilidad, se sugirió que convendría especificar en este capítulo cuáles eran los plazos de cobertura aconsejables para cada uno de los diversos tipos de este seguro. En este sentido, se opinó que el plazo de cobertura del seguro de responsabilidad por los productos debería guardar relación con el plazo de prescripción aplicable.

109. Se sugirió asimismo que se advirtiera a las partes sobre la posibilidad de que no hubiera seguro de responsabilidad profesional disponible para aquellos contratistas que se hacían cargo, a la vez, del diseño y construcción de las obras.

110. Se opinó que el capítulo debía ocuparse de la conveniencia o la necesidad de que cada una de las partes contrataran un seguro para indemnizar las lesiones de los trabajadores. Según otra opinión, se debería aconsejar a las partes que exigieran este seguro, en particular con respecto a los trabajadores del país en que se construían las obras.

111. Con relación a la prueba del seguro, se opinó que habría que establecer en el contrato un plazo en el cual el contratista debía aportar esa prueba al comprador. Según otra opinión, el contrato debería también obligar al comprador a suministrar prueba al contratista de cualquier seguro que aquél estuviese obligado a tomar. Se sugirió que el contrato autorizase a las partes a recibir la prueba del seguro directamente de manos del asegurador de la otra parte. Además, se sugirió que en el contrato se obligara a las partes a dar instrucciones al asegurador con quien habían contratado el seguro a que notificara a la otra parte si no se pagaba la prima.

112. Según una opinión, el comprador debería poder extinguir el contrato si el contratista no tomaba el seguro que se le había exigido. Según otra, esa omisión no sería causa de extinción, pero el comprador podría reclamar daños y perjuicios por cualquier pérdida que hubiera sufrido como consecuencia de la omisión.

113. Se opinó que si el contrato facultaba al comprador a tomar, con cargo al contratista, el seguro que éste no hubiese tomado pese a estar obligado a hacerlo, ese mismo contrato debería obligar al comprador a notificar por anticipado al contratista su intención de tomar el seguro. Según otra opinión, el contratista respondería sólo por los gastos razonables en que hubiera incurrido el comprador para obtener ese seguro.

Subcontratación[22]

114. Se sugirió que este capítulo recomendase a las partes que prestasen especial atención a las disposiciones sobre subcontratación al negociar o redactar sus contratos de obras, pues un tratamiento inadecuado de esta cuestión podría acarrear problemas relativos a la construcción o calidad de las obras. Se expresó una opinión en el sentido de que convenía clarificar el alcance con que el término "subcontratación" se empleaba en este capítulo, a fin de no confundir las entidades incluidas en este término con las que no lo estaban. Por ejemplo, había que distinguir a los subcontratistas de los proveedores.

115. Se examinó si existía algún vínculo jurídico entre el comprador y el subcontratista. Según una opinión, no debería existir vínculo jurídico alguno entre estas entidades. Según otra, este criterio era demasiado tajante. En apoyo de esta última opinión, se observó que en algunos ordenamientos jurídicos, podía darse un vínculo jurídico entre el comprador y el subcontratista respecto de cuestiones especiales. Por ejemplo, era posible que un comprador pudiese dirigir su acción directamente contra un subcontratista por el incumplimiento de ciertas obligaciones. Según otros ordenamientos, existía una relación tripartita entre el contratista, el comprador y el subcontratista. También era posible que surgiese, en algunos casos, un vínculo jurídico entre el comprador y el subcontratista en virtud de ciertas cláusulas del contrato, como las que facultaban al comprador a elegir o participar en la elección del subcontratista o las que lo facultaban a dirigir su acción directamente contra el subcontratista, y las que permitían que el comprador pagase directamente al subcontratista.

[22] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5.

116. Se expresaron opiniones relativas a la responsabilidad del contratista frente al comprador por los actos u omisiones del subcontratista. A este respecto, se sugirió señalar diversos enfoques a la atención de las partes. Según un primer enfoque, el contratista sería plenamente responsable ante el comprador por los actos u omisiones del subcontratista. Según otro, la responsabilidad del contratista quedaría limitada o excluida si el contratista no eligió libremente al subcontratista.

117. Hubo una opinión de que el contrato debía autorizar la comunicación directa entre los subcontratistas y el comprador sólo en lo que respecta a cuestiones técnicas o relativas al diseño o calidad de las obras. De acuerdo con otra opinión, la solución de tales cuestiones por un subcontratista con el comprador sería únicamente válida si no afectaba a otras obligaciones del contratista cuya ejecución no correspondiese a ese subcontratista. Además, de acuerdo con esta opinión, el contratista debería quedar exento de responsabilidad respecto de aquellos actos que se adoptasen como resultado de tales comunicaciones. Hubo sugerencias de que el contratista debería tener derecho a estar presente en las conversaciones entre el comprador y un subcontratista, y de que el contrato debería obligar al comprador a informar al contratista de toda comunicación entre el comprador y un subcontratista. Se sugirió también que este capítulo hiciese referencia a la necesidad que podía tener un subcontratista, en determinadas situaciones, de recibir información del comprador.

118. Se hicieron sugerencias de que convendría examinar en este capítulo supuestos como la sustitución de un subcontratista por otro, la agrupación de empresas para la subcontratación, y la subcontratación sucesiva. Se sugirió incluir el párrafo 3 de la disposición ilustrativa 1 en una cláusula general de indemnización del comprador por el contratista.

119. Con respecto al derecho del contratista a subcontratar, se propusieron diversos enfoques para su inclusión en este capítulo. Según uno de estos enfoques, el contratista debería poder subcontratar libremente. Según otro, el derecho del contratista a subcontratar debería estar restringido, por lo que resultaban apropiadas las observaciones al respecto de los párrafos 7 y 8 de este capítulo. Se hizo una sugerencia de que no debería permitirse que el contratista subcontratase una parte demasiado importante de las obras. Se observó que tal vez fuese difícil especificar en el contrato qué obligaciones del contratista no podían subcontratarse. Se sugirió, por ello, que sería preferible que el contrato prohibiese la subcontratación de las obligaciones del contratista, a excepción de aquellas que el propio contrato especificase que el contratista podría subcontratar. Se observó también que, en la práctica, se solía prohibir la subcontratación de obligaciones relativas al diseño.

120. Se examinó el tema de la selección de los subcontratistas. Hubo una sugerencia de que debían especificarse más claramente los tres enfoques de esta cuestión mencionados en el capítulo. Se sugirió también que el capítulo examinase los tres enfoques, e indicase las ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

121. Se formuló la opinión de que convenía aconsejar a las partes que designasen, siempre que fuese posible, a los subcontratistas en el contrato de obras. Se expresó también la opinión de que debía aconsejarse a las partes que no convenía supeditar la elección por el contratista de los subcontratistas, tras la conclusión del contrato, a la aprobación del comprador. De acuerdo con esta opinión, este enfoque era peligroso en los contratos de obras, ya que si el comprador se oponía a un subcontratista, tal vez no hubiese otro que proponer. Además, este enfoque podría dar lugar a una interrupción de las obras. También se dijo, respecto a este enfoque, que si el comprador controlaba la subcontratación, debería abonar todo precio adicional a que ello diese lugar.

122. Se sugirió que, cuando la elección del subcontratista por el contratista, tras la celebración del contrato, estuviese sujeta a la aprobatión del comprador, debería obligarse al contratista a presentar una copia del subcontrato al comprador, juntamente con toda otra información que el comprador pudiera necesitar en relación con la subcontratación propuesta. Se hizo notar, sin embargo, que puede que no siempre sea posible para el contratista informar al comprador sobre el precio del subcontrato.

123. Se sugirió además que, en los casos a que hacía referencia el párrafo anterior, el contratista debería consultar con el comprador y recabar su opinión y, si éste daba su aprobación, suministrar los materiales mencionados.

124. Se hizo notar también que las circunstancias mencionadas en el párrafo 11, por las que el comprador tendría interés en la elección del subcontratista, se darían siempre, incluso en casos en los que el comprador no había de participar en la elección del subcontratista. Además, esas circunstancias se aplicaban también al contratista.

125. Se propuso que la Guía insistiese en la importancia de la cooperación y comunicación entre las partes, cualquiera que fuese el enfoque elegido para la elección de los subcontratistas. Se hizo la sugerencia de incluir las condiciones del contrato principal en el subcontrato a fin de obligar al subcontratista a satisfacer los niveles exigidos en el contrato principal. Se sugirió asimismo que se aconsejara a las partes a que conviniesen en un mecanismo para resolver rápidamente sus controversias relativas a la elección de subcontratistas.

126. Se convino en que este capítulo debía ocuparse del sistema de designación, puesto que era uno de los mecanismos que las partes podían considerar para la elección de los subcontratistas. Ahora bien, no convenía alentar la utilización de este sistema, y convenía señalar los peligros inherentes a su empleo. Se indicó, por ejemplo, que en algunos ordenamientos jurídicos, podía suceder en algunos casos, que un subcontratista

designado con el que el comprador hubiese negociado, sostuviese que se había llegado a un acuerdo entre el comprador y el subcontratista. En este caso, el comprador podría encontrarse obligado por el subcontrato de designación si el contratista no empleaba al subcontratista designado. Además, el comprador podría tener que soportar la pérdida o el daño derivado de una prestación defectuosa por parte del subcontratista designado. Según otra opinión, el sistema de designación era satisfactorio en la medida en que se concedía al contratista el derecho de oponerse al subcontratista designado por el comprador. Se insistió en las razones enunciadas en el párrafo 24 y en la consideración de que la legislación nacional pudiera exigir, en ocasiones, el empleo de subcontratistas locales.

127. Con respecto a las causas por las que el contratista podría oponerse a un subcontratista designado por el comprador, se sugirió que, además de las causas examinadas en el párrafo 22, se hiciese referencia al supuesto de que, en virtud de la política comercial de su propio país, el contratista sólo pudiera subcontratar con subcontratistas de determinados países. Se sugirió asimismo que debería facultarse al contratista a oponerse a un subcontratista designado si éste no estaba suficientemente calificado para ejecutar la obra o no fuese capaz de indemnizar plenamente al contratista de las pérdidas o daños que sus actos u omisiones podían ocasionar al contratista. Como un posible método para resolver la causa de oposición a que se refiere el apartado *a)* del párrafo 22 (a saber, si el subcontratista no asumiera con respecto al contratista obligaciones comparables a las impuestas al contratista frente al comprador) se sugirió limitar los daños pagaderos por el contratista al comprador a la indemnización que el contratista pueda conseguir del subcontratista designado. Ahora bien, según otra opinión, este método no era satisfactorio, ya que no resolvía la situación en la que un contratista incurriese en responsabilidad frente a un tercero por actos u omisiones del subcontratista, y en la que el subcontrato no hubiese previsto suficiente indemnización para el contratista ante esta responsabilidad. En una tal situación, la responsabilidad del contratista frente al tercero no estaría limitada por el contrato de obras.

128. Se expresó la opinión de que la responsabilidad del contratista por los actos u omisiones de un subcontratista designado, mencionada en el párrafo 24, era uno de los enfoques que debían ser examinados en este capítulo. Ahora bien, según otra opinión, el capítulo podría mencionar este enfoque, pero no recomendarlo. Se sugirió que el capítulo examinase también el enfoque según el cual el comprador asumía la responsabilidad por los actos y omisiones de un subcontratista designado. Se expresó asimismo la opinión de que si el contratista se negaba a contratar, sin razón suficiente, a un subcontratista designado, el contratista debería responder ante el comprador de toda pérdida derivada de esa negativa.

129. Se manifestaron opiniones discrepantes acerca de la responsabilidad del contratista si un subcontratista designado interrumpía el subcontrato o si se extinguía el subcontrato. Según una opinión, el comprador debería asumir las pérdidas y gastos asociados con la interrupción de la obra y la contratación de un nuevo subcontratista en aquellos casos en que el contratista no hubiese incurrido en falta. Se sugirió, por ello, suprimir las dos últimas frases del párrafo 25. Sin embargo, de acuerdo con otra opinión, la solución contenida en esas frases era satisfactoria si había sido convenida por las partes.

130. Se sugirió que la Guía indicase, como posible solución de los problemas suscitados por el sistema de designación, que el comprador tal vez desearía contratar por sí mismo al subcontratista.

131. Se propusieron diversos enfoques para que el comprador pudiese interponer directamente su acción contra el subcontratista con respecto a determinadas cuestiones, tales como obligaciones de confidencialidad y obligaciones de garantía. Según un enfoque, el subcontrato impondría obligaciones de garantía al subcontratista; según otro enfoque, el contratista podría ceder al comprador todos sus derechos de garantía contra el subcontratista, en cuyo caso el contratista dejaría de ser responsable frente al comprador. Esas mismas obligaciones serían impuestas al contratista en el contrato de obras. Algunos ordenamientos jurídicos autorizarían en tales casos al comprador a interponer una demanda contra el subcontratista en nombre del contratista por incumplimiento de tales obligaciones. Según otro enfoque, el comprador, el contratista y el subcontratista serían partes en un acuerdo tripartito que contendría esas obligaciones. Según otro enfoque más, la cuestión de si el comprador podía reclamar directamente contra un subcontratista se resolvería con arreglo al derecho interno.

132. Con respecto a la cuestión de determinar cuándo los pagos directos hechos por el comprador a un subcontratista podrían estar justificados, se sugirió que el contrato estipulase que como condición para recibir pagos del comprador por la obra ejecutada, el contratista estaría obligado a proporcionar al comprador la prueba de que los pagos previos efectuados por el comprador al contratista con respecto a la obra subcontratada se habían destinado al subcontratista. A falta de esas pruebas, o de una explicación satisfactoria de por qué esos pagos previos no se habían destinado al subcontratista, el comprador podría pagar al subcontratista directamente y deducir esos pagos de la cantidad debida al contratista. Ahora bien, se observó que la capacidad del comprador para pagar directamente al subcontratista y deducir esas sumas de las cantidades debidas al contratista podría alterar las relaciones entre el comprador y el contratista. Se expresó la opinión de que debería informarse al comprador que este mecanismo entrañaba un grave riesgo y podía comprometer al comprador en controversias entre el contratista y sus subcontratistas. Se sugirió que se volviese a examinar la última frase del párrafo 30 en función de la posibilidad de que la situación prevista en esa frase se produjese en la práctica.

Garantías de cumplimiento[23]

133. Se expresó la opinión de que este capítulo debería hacer hincapié en los gastos que podían entrañar los diversos sistemas de prestación de garantías. Convendría que las partes ponderasen si, dada la reputación y la situación financiera de un contratista, no bastaría con unas garantías mínimas. Si hubiera que ofrecer garantías, el capítulo debería aconsejar que se examinaran los costos comparativos de los distintos sistemas con miras a evitar gastos innecesarios. Se señaló en particular que, un sistema en el que un banco otorgaba una garantía de cumplimiento monetario, confirmada por otro banco, podría dar lugar a un gasto considerable.

134. Se observó que convenía limitar el número de las remisiones a otros textos efectuados en este capítulo. En los casos en que tales textos contenían información o acuerdos contractuales pertinentes, era preferible ofrecer esa información o esos acuerdos en el propio capítulo. Si se hacía remisión a otros documentos, debería tratarse de textos aceptados de un modo u otro por la Comisión.

135. Se expresaron opiniones divergentes sobre el uso que se hacía de las garantías en la práctica contractual, especialmente de las garantías de cumplimiento. Según una opinión los compradores exigían esas garantías únicamente en algunas regiones, mientras que conforme a otra, eran exigidas en muchas regiones, y en todos los casos cuando el contrato de obras se financiaba con fondos de una institución internacional de desarrollo.

136. Se manifestó el parecer de que la descripción de la garantía de oferta, contenida en el párrafo 5, tal vez no coincidiera con la manera como esas garantías funcionaban en la práctica. Se sugirió además que la terminología empleada en este capítulo fuese clara y consecuente. Por ejemplo, habría que evitar la posible confusión entre una garantía de cumplimiento y una garantía de calidad relacionada con el cumplimiento. Se hizo notar, además, que la expresión "garantía de cumplimiento" se utilizaba en el capítulo para denotar dos tipos diferentes de garantía (distinguidos allí como "garantía de cumplimiento monetario" y "fianza de cumplimiento"). En consecuencia, siempre que se usara la expresión "garantía de cumplimiento" debía aclararse en qué sentido se empleaba. Se sugirió también que cabía mejorar la presentación en el capítulo tratando por separado las garantías de cumplimiento monetario y las fianzas de cumplimiento.

137. Por lo que se refiere a la elección de los garantes, se expresó la opinión de que había que alentar a las partes a ponerse de acuerdo sobre los garantes correspondientes antes de firmar el contrato. Si no se había hecho esa elección antes de la conclusión del contrato y el comprador rechazaba luego el garante escogido por el contratista, podría resultarle difícil a este último hallar otro garante aceptable para el comprador. Se expresó la opinión de que tal vez no fuera necesario, para la adecuada protección del comprador, insistir en un garante de su propio país y que podría bastar una garantía de un banco u otra institución financiera de primer orden, posiblemente de un país que no fuera el del comprador ni el del contratista. Se opinó, a este respecto, que, incluso si el comprador insistía en una garantía de un banco de su país, en la práctica ese banco podría a veces obtener una contragarantía de un banco extranjero, con objeto de asegurarse la disponibilidad de moneda convertible suficiente para hacer frente al posible pago de las obligaciones derivadas de la garantía otorgada. Se hizo ver, asimismo, que las partes tenían que examinar si el garante poseía suficiente capacidad financiera para satisfacer las obligaciones contenidas en la garantía. Se sugirió que se indicara en el capítulo que, en algunos casos, el comprador podía pedir una garantía oficial para respaldar las obligaciones asumidas por el contratista.

138. Se expresó la opinión de que, si bien se utilizaban con frecuencia las expresiones garantías "independientes" y "accesorias", se utilizaban asimismo los términos garantías "condicionales" e "incondicionales", y que tal vez fuese oportuno mencionar también en el capítulo ese segundo uso. Se expresó la opinión de que habría que reconsiderar el empleo del término "independientes".

139. Se observó que además de los posibles pactos relativos a la reclamación fundada en las garantías a la primera petición examinada en el capítulo, éste podría describir otros sistemas posibles que pudiesen ayudar a proteger los intereses tanto del comprador como del contratista. Uno de ellos sería estipular en la garantía que el garante no estaba obligado a pagar al comprador inmediatamente que éste lo pidiera, sino sólo después de transcurrido un plazo determinado. El lapso permitiría que se celebrasen negociaciones entre el comprador y el contratista con miras a la solución de la controversia que les oponía. Otro posible pacto sería que el garante pagase la suma de dinero, a la primera petición del comprador, confiándola en manos de un tercero que podría retenerla como depositario hasta que se solucionase la controversia entre comprador y contratista. También se podría estipular en el contrato de obras que el comprador debe avisar al contratista antes de formular una petición de pago, o que debe dar al contratista tiempo para subsanar los supuestos defectos antes de presentar una petición. La inobservancia de esas condiciones contractuales podría imponer al comprador una responsabilidad contractual frente al contratista. Además, si se estipulasen tales condiciones contractuales, en determinados ordenamientos jurídicos los tribunales podrían impedir al comprador exigir que se hiciese efectiva la garantía en caso de incumplimiento de esas condiciones.

140. Se expresó la opinión de que, aun cuando la garantía de que se trate fuese una garantía a la primera petición, el garante podía no estar obligado en todos los casos a pagar sobre la base de la simple afirmación del comprador en el sentido de que había habido incumplimiento por parte del contratista. El capítulo podría indicar que algunas jurisdicciones han desarrollado determinadas restricciones muy limitativas al

[23] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6.

derecho del comprador a reclamar la garantía (por ejemplo, cuando la demanda se hiciere de forma fraudulenta). Se observó también que podría ser útil distinguir claramente entre la relación entre comprador y garante, y la relación entre comprador y contratista. Si bien una petición injusta formulada al amparo de una garantía a la primera petición obligaría al garante a pagar, permanecerían intactos los derechos del contratista frente al comprador por incumplimiento de las disposiciones contractuales relativas a la petición de la garantía.

141. En lo que respecta a la última frase del párrafo 18, se expresó la opinión de que, si bien habitualmente las partes tenían un interés común en que el contrato llegara a buen fin, no obstante, en determinadas circunstancias, esto podría no ser suficiente para disuadir de un abuso de los derechos emanados de una garantía a la primera petición. En consecuencia, hubo acuerdo en que debía suprimirse esta frase.

142. Se expresó la opinión de que era preciso aclarar la sugerencia contenida en el capítulo de que el comprador podría estipular en su convocatoria a licitación los garantes que estaría dispuesto a aceptar. Una posibilidad sería que el comprador estipulase la identidad de los garantes que estaría dispuesto a aceptar. No obstante, dado que muchos contratistas tal vez no pudiesen obtener los garantes designados, tal vez fuese conveniente estipular sólo tipos de garantes aceptables (por ejemplo, los que otorgasen garantías monetarias de cumplimiento o los que proporcionasen fianzas de cumplimiento). Se expresó asimismo la opinión de que exigir que la oferta venga acompañada de una certificación de un presunto garante donde éste indique su disposición a dar una garantía de cumplimiento tal vez no fuese un enfoque útil, dado que en determinados ordenamientos jurídicos no se podría hacer cumplir el compromiso contenido en el certificado.

143. Se observó que el capítulo sugería en el párrafo 19 que, cuando la garantía se diese después de la conclusión del contrato, las partes debían convenir acerca del derecho del comprador a percibir daños y perjuicios en caso de que no se otorgase la garantía. No obstante, se observó que, con respecto a este recurso, el comprador debía considerar atentamente qué valor tendrían para él esos derechos no garantizados a la indemnización de daños y perjuicios frente a un contratista extranjero, la cuantía de los daños y perjuicios que hubiese realmente sufrido, y las posibles dificultades que llevaría consigo la obtención de un laudo contra el contratista extranjero.

144. Se observó que la moneda de pago pertinente conforme a una garantía de reembolso y a una garantía de ejecución (párrafo 20) sería habitualmente la moneda en la que se debía pagar el precio del contrato. Se observó también que la referencia hecha en el párrafo 23 a la responsabilidad del garante de pagar los gastos y los daños y perjuicios sufridos por el comprador era innecesaria, dado que el comprador en la práctica reclamaría una suma global con base en la garantía, y no estaba obligado a probar que había incurrido en gastos o sufrido daños y perjuicios.

145. Se sugirió que en la sección B.2 ("Seguridad de cumplimiento resultante de las condiciones de pago") se hiciese una referencia al capítulo sobre el "Precio", en el que se tratarán detenidamente las condiciones de pago.

146. Se opinó que el párrafo 36 no reflejaba suficientemente la práctica corriente en algunas regiones en lo que respecta a abonar al contratista las sumas pendientes del precio total del contrato. Se hizo notar que las condiciones de pago a menudo estipulaban que el 50% de la suma insoluta debía pagarse a la terminación de las obras, y el 50% restante, a la expiración del período de garantía.

147. Se sugirió que sería útil indicar las condiciones en las que podía ser adecuado que en un contrato se exigieran tanto el aseguramiento del cumplimiento del contratista mediante garantías como la seguridad resultante de las condiciones de pago o sólo una forma de aseguramiento. Se indicó asimismo que, para el caso de haberse estipulado ambas formas de seguridad, el capítulo debería tratar la cuestión de las opciones que podrían presentarse al comprador a la hora de exigir las garantías.

148. Se observó que la sección C ("Seguridad de pago por el comprador") podría examinarse nuevamente para conseguir un equilibrio entre esa sección y la sección B ("Seguridad del cumplimiento del contratista"). En particular, el capítulo debía hacer notar en el párrafo 39 que podría ser preferible para el contratista que le abriera la carta de crédito a su favor un banco de su país y que, además de los problemas del control de cambios, el contratista podía tropezar con otras dificultades administrativas para obtener el pago. Además, en vez de exigir una carta de crédito renovable, como se menciona en el párrafo 40, habría que pensar en la posibilidad de abrir una carta de crédito por el monto del precio total del contrato. Se hizo notar que el objetivo de un mejor equilibrio podría lograrse haciendo mayor hincapié en la sección C en los criterios alternativos que podrían adoptarse, más bien que en recomendaciones específicas.

149. Se señaló que el simple hecho de que las obras estuviesen financiadas por un organismo internacional de crédito u otra institución de prestigio podía no ser suficiente garantía de pago para el contratista. Conforme a ciertos acuerdos contractuales, los pagos debían efectuarse sólo contra la certificación del debido cumplimiento de los trabajos, extendida por un ingeniero que fuera empleado del comprador o cuyo nombramiento dependiera de su autorización. Podrían presentarse entonces circunstancias en las que no se produjera la certificación adecuada, y la institución financiadora no pudiese efectuar el pago. Un método para resolver esta dificultad podría ser que el derecho del contratista a obtener el pago dependiera de un procedimiento en que no interviniera el comprador.

150. Se observó que las partes tal vez desearan prever las consecuencias que se producirían si el comprador omitía o demoraba la apertura de la carta de crédito, según lo exigido por el contrato. Se observó asimismo que había que describir en la sección C el sistema de

pago diferido adoptado algunas veces en el financiamiento de los contratos de obras, conforme al cual el crédito para la construcción era otorgado por el contratista o por alguien en su nombre, y el comprador se obligaba a efectuar el pago diferido durante un período convenido entre las partes.

151. Se sugirió que se hiciera una referencia a los métodos de solución de controversias que podrían adoptarse, tanto cuando se plantearan diferencias en cuanto a la garantía que debía ofrecer el contratista por el cumplimiento de sus obligaciones, como a la que debía ofrecer el comprador por el pago del precio.

152. Hubo acuerdo general en el sentido de que las garantías reales (sección D) no eran de gran importancia para ninguna de las partes como medio de asegurar el debido cumplimiento por la contraparte. Se hizo notar que el tema era complejo y difícil de tratar sucintamente. Se observó que las garantías reales en favor del comprador sobre las maquinarias de construcción del contratista habían perdido importancia, pues con frecuencia estas maquinarias estaban arrendadas por el contratista y no le pertenecían. Se convino en que no se justificaba tratar el tema en una sección separada del capítulo, pero que se podrían anotar los contenidos de la presente sección que se refieren a este tema en los lugares correspondientes de otras secciones del capítulo. Se opinó, sin embargo, que el capítulo podría referirse asimismo a la reserva de la propiedad y a las hipotecas. Se expresó además la opinión de que convenía recordar a las partes que sería aconsejable que se procurasen asesoramiento jurídico independiente sobre la legislación aplicable a las garantías reales sobre bienes sitos en otros países.

Otros asuntos y labor futura

153. Se hizo notar que podrían ser necesarios dos nuevos períodos de sesiones del Grupo de Trabajo para concluir las deliberaciones sobre la mayoría de los proyectos de capítulo que habían de figurar en la Guía Jurídica. Varios de estos proyectos deberían de estar preparados para el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo que, con arreglo a la decisión de la Comisión, se celebraría del 8 al 19 de abril de 1985 en Nueva York[24].

154. El secretario de la Comisión declaró que la secretaría presentaría al séptimo período de sesiones del Grupo de Trabajo un texto revisado del proyecto de esbozo de la estructura de la Guía Jurídica (A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.1) y que esta revisión reflejaría las deliberaciones del Grupo de Trabajo y contendría algún reajuste y la amalgamación de algunos capítulos, según la secretaría pudiera considerar procedente. La secretaría presentaría también al octavo período de sesiones del Grupo de Trabajo una nueva versión de los capítulos sobre "Terminación, aceptación y recepción" y sobre "Selección del tipo de contrato", ya que los proyectos originales habrían de ser sensiblemente modificados a la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

[24]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/39/17), párr. 154.

2. Proyecto de Guía Jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de obras industriales: informe del Secretario General (A/CN.9/WG.V/WP.13 y Add. 1-6)

ÍNDICE

	Párrafos	*Página*
[A/CN.9/WG.V/WP.13]		
INTRODUCCIÓN	1-5	231
[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1]		
CARACTERÍSTICAS Y CALIDAD DE LAS OBRAS		
RESUMEN		232
A. Observaciones generales	1-2	233
B. Determinación de las características y calidad de las obras en los documentos contractuales	3-4	233

	Párrafos	Página
C. Descripción de las obras	5-26	234
1. Características de la construcción	5-9	234
2. Calidad de las obras	10-22	234
a) Descripciones generales	11	234
b) Especificaciones	12-16	234
c) Normas	17-19	235
d) Planos	20-22	235
3. Responsabilidad por imprecisión o insuficiencia de las especificaciones y planos	23-26	236
D. Prelación de documentos	27	236
E. Grado de confidencialidad de especificaciones, planos y otros documentos técnicos	28-29	237

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2]

TERMINACIÓN, ACEPTACIÓN Y RECEPCIÓN

RESUMEN		237
A. Observaciones generales	1-2	238
B. Terminación de la construcción	3-19	238
1. Plazo para la terminación de la construcción	3-7	238
2. Calendario de la construcción y la terminación	8-11	239
3. Prórroga del plazo para la terminación	12-16	239
4. Comprobación de la terminación: pruebas fisicomecánicas de terminación	17-19	240
C. Aceptación	20-31	241
1. Momento de la aceptación	24-25	241
2. Protocolo de aceptación	26-27	241
3. Efectos jurídicos de la aceptacióon	28-31	242
D. Recepción	32-41	242
1. Recepción por el comprador	33-38	242
a) Recepción después de la terminación de la construcción por uno de varios contratistas	34	242
b) Recepción para la puesta en marcha a prueba	35-36	242
c) Recepción en caso de extinción del contrato	37	243
d) Recepción en caso de terminación de la construcción por otro contratista por cuenta y riesgo del contratista	38	243
2. Protocolo de recepción	39	243
3. Recepción por el contratista	40-41	243

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3]

ASIGNACIÓN DE RIESGOS DE PÉRDIDAS O DAÑOS*

RESUMEN		243
A. Observaciones generales	1-10	244
B. Equipo y materiales suministrados por el contratista para incorporarlos a las obras	11-16	245
C. Equipo y materiales suministrados por el comprador para incorporarlos en las obras	17-19	246
D. La planta durante la construcción y las obras terminadas	20-22	246
E. Consecuencias de la asunción del riesgo	23-24	247
F. Herramientas y maquinaria del contratista que se utilizarán en la construcción	25	247

	Párrafos	Página
[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4]		
SEGURO		
RESUMEN		247
A. Observaciones generales	1-8	248
B. Seguro de bienes	9-23	249
1. Seguro de la planta durante la construcción y de las obras terminadas	11-18	249
2. Aseguramiento de los materiales y el equipo que se incorporarán a las obras	19-22	250
3. Seguro de la maquinaria y las herramientas del contratista	23	250
C. Seguro de responsabilidad	24-32	251
D. Comprobación del seguro	33	252
E. Falta de contratación de seguros por parte del contratista	34-35	252
[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5]		
SUBCONTRATACIÓN		
RESUMEN		252
A. Observaciones generales	1-6	253
B. Derecho del contratista a subcontratar	7-8	254
C Elección de los subcontratistas	9-25	254
D. Facultad del comprador de reclamar directamente al subcontratista	26	257
E. Pago del cumplimiento de subcontratistas	27-31	257
[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6]		
GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO		
RESUMEN		258
A. Observaciones generales	1-3	259
B. Seguridad del cumplimiento del contratista	4-36	259
1. Garantías	4-32	259
a) Garantías de cumplimiento: función	6-8	260
b) Garantías de reembolso: función	9	260
c) Elección de los garantes	10-11	260
d) Carácter de la obligación del garante	12-18	261
e) Plazo para dar la garantía	19	262
f) Alcance de la responsabilidad según la garantía	20-23	262
g) Efectos de las modificaciones del contrato	24-27	262
h) Duración de la garantía	28-32	263
2. Seguridad de cumplimiento resultante de las condiciones de pago	33-36	264
C. Seguridad de pago por el comprador	37-42	264
D. Garantías reales	43	265

[A/CN.9/WG.V/WP.13]

Introducción

1. El Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, en su segundo período de sesiones, decidió pedir a la secretaría que comenzase la preparación de una Guía Jurídica sobre contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales[1]. En su 14.° período de sesiones, la Comisión aprobó esta decisión del Grupo de Trabajo y decidió que la Guía

[1] A/CN.9/198, párr. 92.

determínase los problemas jurídicos que se plantean en esos contratos y sugiriese posibles soluciones para ayudar a las partes, especialmente a las que proceden de países en desarrollo, en sus negociaciones[2].

2. Después de haber terminado en su segundo[3] y tercero[4] período de sesiones el examen de un estudio presentado por la secretaría sobre las cláusulas utilizadas en contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales[5], el Grupo de Trabajo, en su tercer período de sesiones, pidió a la secretaría que presentase al Grupo de Trabajo un esbozo de la estructura de la Guía y algunos proyectos de capítulo.

3. En su cuarto período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó el esbozo de la estructura de la Guía y los proyectos de capítulo sobre "Selección del tipo de contrato", "Exoneración" y "Cláusulas de gravosidad"[6]. Hubo acuerdo general de que la estructura de la Guía era aceptable en su conjunto. También hubo reconocimiento general de que, a medida que progresaba el trabajo, podría resultar necesaria una reorganización de la estructura y se dejó a la discreción de la secretaría la forma de tal reorganización. Se estimó asimismo que el contenido de los proyectos de capítulo era generalmente aceptable, y se formularon sugerencias para perfeccionarlos.

4. En su quinto período de sesiones el Grupo de Trabajo examinó los proyectos de capítulo sobre "Extinción del contrato"[7], "Inspección y pruebas", "Incumplimiento"[8], "Cláusulas de modificación", "Cesión" y "Suspensión de la construcción" así como una nota sobre el formato de la Guía[9]. Se formularon sugerencias relativas al perfeccionamiento de los proyectos de capítulos y a las disposiciones ilustrativas contenidas en los mismos. Se intercambiaron algunas observaciones generales sobre el proyecto de capítulo relativo a "Daños y perjuicios"[10] y se aplazó el examen de este proyecto de capítulo y del proyecto de capítulo sobre "Indemnización convenida y cláusulas penales"[11] hasta el sexto período de sesiones.

5. El presente informe contiene en sus adiciones seis proyectos de capítulo preparados por la secretaría: "Características y calidad de las obras", Add.1; "Terminación y recepción provisional y definitiva de las obras", Add.2; "Asignación de riesgos de pérdidas o daños" (titulado anteriormente "Traspaso de riesgos"), Add.3; "Seguro", Add.4; "Subcontratación", Add.5 y "Garantías del cumplimiento", Add.6.

[2]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/36/17), párr. 84.

[3]/A/CN.9/198.

[4]A/CN.9/217.

[5]A/CN.9/WG.V/WP.4 y Add.1-8, A/CN.9/WG.V/WP.7 y Add. 1-6.

[6]A/CN.9/WG.V/WP.9 y Add .1-4.

[7]A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.5.

[8]A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.1-3.

[9]A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.6-9.

[10]A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4.

[11]A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.5.

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1]

Características y calidad de las obras

Resumen

Conviene que el contrato describa con exactitud y detalladamente las obras que habrán de construirse y, en concreto, sus características y calidad. A estos efectos, la práctica de los contratos ha creado documentos contractuales especiales (párrafo 1). Los principales documentos en que se describen las características y calidad son el documento principal del contrato, las especificaciones y los planos. Pueden emplearse también otros documentos, como, por ejemplo, aquéllos donde se enumeran las normas aplicables en la construcción (párrafo 3). Las partes deberían determinar los documentos que forman parte del contrato entre aquéllos que se ocupan de las características y calidad de las obras (párrafo 4).

La descripción básica de las características de la construcción que ha de efectuarse tendrían que consignarse en el documento principal del contrato (párrafo 5). Igualmente, este documento debería definir los tipos principales de prestación que incumben al contratista (por ejemplo: diseño, ingeniería civil) y las partidas principales de construcción que han de ejecutarse (por ejemplo: fabricación de generadores) (párrafos 5-6). En un contrato llave en mano, el contratista puede estar obligado a llevar a cabo toda la construcción que sea habitual, o que sea necesaria, teniendo en cuenta el destino final de las obras (párrafo 8).

Las especificaciones y los planos, deberían contener, en su conjunto, información completa sobre la calidad y una descripción técnica completa de las obras que se han de construir. La manera más apropiada de transmitir cierta información puede ser en las especificaciones, mientras que los planos son más aptos para reflejar información de otro tipo (párrafo 10).

En las especificaciones puede describirse con arreglo a un criterio técnico la calidad del equipo, los materiales y los servicios que han de emplearse para la construcción (las denominadas especificaciones de "diseño"). Otra posibilidad es que las especificaciones describan con arreglo a un criterio técnico el funcionamiento exigible del producto terminado, sin describir en detalle cómo ha de lograrse este funcionamiento (las denominadas especificaciones de "funcionamiento") (párrafo 12). En las especificaciones pueden enumerarse las secciones de la obra que aquéllas abarcan (párrafo 13). El grado de detalle que contengan las especificaciones será variable. Por ejemplo, las especificaciones de "diseño" contendrán descripciones detalladas (párrafo 14), como ocurrirá también con las especificaciones del trabajo de construcción (párrafo 15).

Puede facilitarse la redacción de especificaciones mediante la utilización de normas preparadas por entidades profesionales. Tales normas definen las

características de ciertos equipos o materiales. La utilización de esas normas ofrece una garantía de calidad mediante procedimientos uniformes de pruebas e inspección. Las normas que se empleen deberían resultar familiares al comprador (párrafos 17-19).

Los planos indican de forma diagramática las diversas partes que componen las obras. Los planos pueden ser suministrados por el comprador o su ingeniero consultor (párrafo 20). El contrato puede obligar al contratista a informar al comprador de toda incongruencia que llegue a descubrir entre las especificaciones y los planos (párrafo 21). Cuando el contrato obligue al comprador a suministrar planos básicos y al contratista a preparar planos detallados atendiendo a estos planos básicos, tendría que contener un mecanismo para garantizar que los planos detallados se ajusten a los planos básicos (párrafo 22).

El contrato debería ocuparse del problema de la responsabilidad por imprecisión o insuficiencia de las especificaciones y los planos. En principio, convendría que la parte que suministre especificaciones y planos imprecisos o insuficientes respondiese de los datos contenidos en los mismos (párrafos 23-24). En algunos casos, puede omitirse de las especificaciones y planos suministrados por el comprador una parte subsidiaria de la construcción. Si las obligaciones del contratista en materia de construcción han sido definidas en función de la consecución de un resultado determinado, y no están limitadas por remisión a los planos y especificaciones, el contratista responderá del logro del resultado (párrafo 25).

Las partes deberían determinar qué documento, entre los varios relativos a las características y calidad de las obras, ha de prevalecer en caso de incongruencia. En principio, el documento principal del contrato tendría que predominar sobre los demás. Con respecto a las especificaciones y planos, la decisión sobre cuál se ha de preferir puede depender del aspecto de la construcción de que se trate (párrafo 27).

El contrato debería determinar hasta qué punto tiene carácter confidencial la información contenida en los documentos preparados por una de las partes a efectos de la construcción entregados a la otra parte. Las partes pueden estimar conveniente estipular que, por regla general, la parte que prepare documentos conservará su propiedad. Los documentos pueden utilizarse para los fines con que se han preparado, pero no deberán comunicarse a terceros sin el consentimiento de la otra parte. En ciertas circunstancias, no obstante, el comprador puede tener interés en obtener la propiedad de documentos técnicos preparados por el contratista (párrafos 28-29).

* * *

A. *Observaciones generales*

1. En los contratos de obras, es sumamente importante describir con precisión el objeto del contrato, que suele consistir en una combinación de ingeniería civil, construcción, la fabricación, entrega y montaje del equipo, y el suministro de los materiales. Por una parte, la descripción debe ser lo suficientemente amplia para que abarque las características de la totalidad de las obras (finalidad, capacidad y demás características principales) y, por la otra, lo bastante detallada como para definir la calidad y otras características de los detalles técnicos. Para lograrlo, la práctica de la contratación ha perfeccionado métodos descriptivos especiales y un sistema peculiar de documentos contractuales.

2. Las disposiciones contractuales de cada caso determinarán cuál de las partes ha de suministrar los diversos documentos contractuales. Si el comprador solicita ofertas para la construcción de las obras, debe adjuntar a su convocatoria de licitación documentos en los que se describan las obras que han de construirse. Si un licenciante tiene que suministrar un proceso para que se utilice en las obras, deberá proporcionar los documentos que permitan al contratista construir la parte de las obras relacionada con la utilización del proceso. En un contrato llave en mano, el comprador puede indicar únicamente las principales características y capacidades funcionales de las obras que desea que se construyan y el contratista quedará obligado a suministrar las especificaciones y planos que definan la calidad de las obras.

B. *Determinación de las características y calidad de las obras en los documentos contractuales*

3. Las características y calidad de las obras suelen plasmarse en varios tipos de documentos. El documento principal del contrato contendrá una descripción básica de las obras que han de construirse y puede contener estipulaciones generales acerca de su calidad. Los detalles técnicos de las obras que se construyan, su calidad, y la manera exacta en que ha de efectuarse la construcción figuran en documentos contractuales que suelen titularse "especificaciones" y "planos". Las disposiciones descriptivas de la calidad del equipo, los materiales y los servicios figuran en especificaciones, y en los planos aparecen representaciones gráficas del uso a que se piensan destinar el equipo, los materiales y los servicios. En algunos contratos, especialmente cuando intervienen trabajos de ingeniería civil y construcción, existe a menudo otro tipo de documento (denominado en ocasiones "estado de dimensiones" o "cubicación de obra") que contiene detalles complementarios de las características de la obra que se ha de ejecutar. También pueden ser pertinentes otros documentos para determinar las características y calidad de la obra, por ejemplo, listas de normas aplicables en la construcción.

4. Algunos de los documentos antes citados versan principalmente sobre obligaciones jurídicas, mientras que otros se concentran en normas técnicas y detalles de ingeniería. No obstante, todos estos documentos tienen importancia jurídica porque en su conjunto determinan contractualmente las características y calidad de las obras. Las partes deberían determinar con toda claridad

qué documentos, entre los que se ocupan de las características y calidad de las obras, forman parte del contrato de obras. Puede ser recomendable tal determinación, puesto que las prescripciones de la ley aplicable que determinan los documentos que forman parte de un contrato pueden resultar inapropiadas para un contrato de obras.

C. *Descripción de las obras*

1. *Características de la construcción*

5. La descripción básica de la construcción que ha de efectuarse en virtud de un contrato de obras debería consignarse al comienzo del documento principal del contrato. Tendrían que definirse igualmente, en el mismo documento, los tipos principales de prestación que incumben al contratista, como, por ejemplo, el suministro del equipo, el diseño, la fabricación, la instalación, las pruebas y la entrega de los elementos mecánicos y eléctricos, el transporte, la ingeniería civil, la construcción y el mantenimiento.

6. Además, las partes deberían consignar en el documento principal del contrato una enumeración más pormenorizada de las principales partidas de construcción que han de ejecutarse, como, por ejemplo, la fabricación o suministro de generadores, turbinas, estructuras para alojar turbinas, u hornos, o la construcción de edificios administrativos. En esa enumeración más detallada se pueden consignar también las características técnicas básicas de las partidas enumeradas.

7. Convendría que en el documento principal del contrato figurase una exposición de las condiciones en las que se supone que han de alcanzarse la capacidad y los objetivos funcionales de las obras. En algunos contratos de obras, la descripción exacta de tales condiciones (por ejemplo, el consumo de electricidad necesario, o la combinación precisa de materias primas que constituirían el insumo) puede ser muy extensa, y posiblemente no resulte práctico incluirla en su totalidad en el documento principal del contrato. En tales casos, la descripción de esas condiciones que figura en otros documentos tendría que estar vinculada con toda claridad a la descripción básica que aparece en dicho documento principal.

8. La descripción básica de las obras puede complementarse, especialmente en un contrato llave en mano, mediante una disposición adicional que obligue al contratista a efectuar toda la construcción que, sin estar descrita expresamente, sea no obstante habitual o necesaria, habida cuenta del destino final de las obras. Es posible que el simple uso de la expresión "llave en mano" para describir el contrato no resulte suficiente para imponer tal obligación al contratista, puesto que la expresión quizá no tenga un significado establecido en algunos regímenes jurídicos. Tal disposición evitará controversias sobre la parte que debe correr con los costos de pequeñas partidas de material o de trabajo que se hayan olvidado durante las negociaciones o no hayan sido consideradas dignas de mención especial.

9. A la descripción de la labor que ha de realizar el contratista puede seguir una enumeración del equipo y los materiales o de la construcción o ingeniería civil a cargo de terceros, en aquellos casos en que el comprador u otros contratistas participen también en la construcción. Si bien, desde el punto de vista jurídico, no es necesario enumerar partidas de trabajo que no han de ser ejecutadas por el contratista, tal enumeración negativa contribuye a menudo a la certidumbre. Las partes pueden también en ocasiones utilizar una maqueta de las obras o de una parte de las obras que han de construirse con objeto de definir las características de la construcción.

2. *Calidad de las obras*

10. Conviene que las partes se cercioren de que las especificaciones y los planos en su conjunto contienen información completa sobre la calidad, instrucciones completas sobre la relación entre el equipo, los materiales y los servicios y todos los requisitos técnicos de la obra. Cuando se convoque a licitación, los planos y especificaciones habrán de contener en su conjunto los detalles suficientes para que los postores puedan preparar ofertas con precios. No pueden formularse normas claras sobre la información que hay que transmitir por medio de los planos y aquélla que corresponde transmitir por medio de las especificaciones. No obstante, la índole de estos dos tipos de documentos influye en su contenido. Lo que pueda expresarse mejor gráficamente y por medio de planos no ha de incluirse en las especificaciones, que consisten en una redacción descriptiva. Así pues, a título de ejemplo, se puede indicar en los planos una estructura completa sin tratar de indicar los distintos materiales que han de utilizarse para su construcción. En las especificaciones puede consignarse un desglose de las partes que componen las estructuras y de las propiedades de los distintos materiales que han de utilizarse para su construcción.

a) *Descripciones generales*

11. Las partes pueden incluir en el documento principal del contrato una disposición que establezca una norma general de calidad para el equipo, los materiales y los servicios que han de utilizarse en la construcción de las obras. Tal disposición puede establecer que todo el equipo y los materiales que han de incorporarse a las obras y los servicios que han de obtenerse deben ser "de primera clase", "los más adecuados", o "de la mejor calidad". Una cláusula de ese tipo puede proteger al comprador cuando no se ha hecho constar en las especificaciones alguna cualidad concreta. Pero esas descripciones generales de calidad son susceptibles de diversas interpretaciones, por lo que es conveniente que el contrato contenga también requisitos de calidad muy concretos para los diversos equipos, materiales y servicios que han de emplearse en la construcción.

b) *Especificaciones*

12. Las propias especificaciones pueden contener datos acerca de la calidad de materiales y servicios, e

instrucciones sobre la manera en que éstos han de aplicarse y combinarse con objeto de lograr los resultados indicados en los planos, o simplemente pueden describir en idioma técnico el funcionamiento requerido del producto terminado sin describir con detalle el modo en que ha de lograrse este funcionamiento. En el último caso, las especificaciones se denominan a menudo especificaciones de "funcionamiento", mientras que en el primero se denominan frecuentemente especificaciones de "diseño". Las especificaciones pueden contener también otros datos descriptivos de la obra (por ejemplo: dimensiones). Por regla general, las especificaciones contendrán disposiciones generales y disposiciones técnicas especiales. Las partes han de cerciorarse de que los documentos que contienen las especificaciones forman parte del contrato.

13. Corresponde que las disposiciones generales de las especificaciones, si bien con un contenido análogo a las descripciones generales del documento principal del contrato, sean más detalladas. No pueden establecerse directrices para la redacción de estas disposiciones susceptibles de aplicación en todos los casos. No obstante, por su índole generalmente técnica, las especificaciones contendrán más datos técnicos y serán técnicamente más precisas y detalladas que las disposiciones descriptivas del documento principal del contrato. Las especificaciones deberían enumerar en sus disposiciones generales las secciones de la obra que quedan abarcadas en ellas. En algunos casos, puede que las partes juzguen útil consignar en las especificaciones las exigencias relativas a métodos concretos de trabajo que ha de adoptar el contratista, o a una secuencia especial de construcción (determinada, por ejemplo, por la condición poco habitual del emplazamiento). En la práctica, las especificaciones dan en algunas ocasiones información sobre asuntos como la disponibilidad de espacio de almacenaje para el equipo y los materiales del contratista, o la disponibilidad de electricidad, agua, u otros servicios públicos.

14. Las especificaciones de "diseño" deberían contener una descripción técnica detallada de cada partida de la obra. Esas especificaciones tendrían que describir los tipos y clases de materiales que se han de obtener para cada partida, sus propiedades físicas y funcionales, los tamaños y dimensiones de cada partida de la obra, las técnicas de fabricación que han de aplicarse, y toda la información complementaria de índole técnica relativa a la calidad de la construcción.

15. Las especificaciones varían según el tipo de obra. Es posible que las especificaciones de construcción hayan de ser más detalladas que las de la ingeniería civil, debido a la multitud de partidas más pequeñas que contiene un proyecto de construcción. Tanto las especificaciones de construcción como las de ingeniería civil serán por regla general especificaciones de "diseño". En cambio, las especificaciones de equipo, donde es probable que se haga hincapié en el funcionamiento de éste, tendrán forzosamente que dejar considerable libertad de acción para que los contratistas puedan elegir el diseño, las técnicas de fabricación y los materiales adecuados para lograr el funcionamiento exigido. El tipo de contrato que ha de firmarse puede influir también en el grado de detalle necesario. Si una convocatoria de licitación solicita ofertas en régimen de suma global, pueden precisarse especificaciones muy detalladas.

16. Las partes deberían determinar en qué forma las especificaciones pueden describir con mayor precisión la calidad de los materiales que han de emplearse. En algunos casos, es posible que haya que definir la calidad en función de la apariencia externa, mientras que en otros habrá que definirla en función de sus propiedades físicas o químicas. El contrato puede fijar diversos requisitos en materia de inspección, así como procedimientos de prueba o aprobación con objeto de garantizar la calidad de los materiales especificados (véase el capítulo relativo a "Inspección y pruebas"). Cuando se vayan a llevar a cabo algunos de estos procedimientos en los locales del contratista, deberían estipularse en el contrato los servicios e instalaciones (por ejemplo: instalaciones de laboratorio) que el contratista ha de proporcionar para este fin.

c) *Normas*

17. Puede facilitarse la redacción de especificaciones mediante el empleo de diversas normas, por ejemplo, para el equipo y los materiales. Diversas entidades técnicas profesionales, asociaciones industriales y organismos estatales publican y perfeccionan periódicamente normas relativas a equipo y materiales. Cuando en el contrato se estipule la utilización de una norma, convendrá especificar la fuente de la norma, y los medios de cerciorarse de los requisitos que ésta impone.

18. Algunas normas han llegado a ser de aceptación internacional y se utilizan ampliamente en ofertas y contratos internacionales. Tales normas pueden tratar de temas como la calidad, el contenido, las dimensiones, la forma, el peso, la composición, el embalaje y las pruebas de determinado equipo o materiales. Por regla general, es recomendable el empleo de tales normas puesto que ofrecen criterios comprobados y verificados respecto de los temas que regulan y facilitan una garantía de calidad mediante procedimientos uniformes de pruebas e inspección. Las partes deberían también cerciorarse si, conforme a la ley aplicable, es obligatoria la observancia de ciertas normas.

19. Las partes tendrían que asegurarse de que las normas son apropiadas para el tipo de obras que han de construirse. El empleo de normas inadecuadas puede dar pie a defectos en las obras. Las partes deberían comprobar también si las normas que han de emplearse son de uso corriente en el país del comprador. El empleo de normas poco conocidas puede reducir la posibilidad de emplear a subcontratistas del país del comprador o de utilizar materiales locales.

d) *Planos*

20. Los planos indican de forma esquemática las diversas partes que componen las obras y, en algunos casos, el aspecto de la totalidad de las obras. En aquellos casos en que corresponda al comprador o su ingeniero

consultor suministrar los planos, ocurre con frecuencia que los planos suministrados por el comprador con anterioridad a la oferta no son suficientes para la ejecución de la construcción, y que resultan necesarios más planos. En tales casos, el comprador, una vez formalizado el contrato, tendría que suministrar de vez en cuando planos complementarios más detallados. Estos planos complementarios deben ajustarse a los planos anteriores, puesto que de lo contrario el contratista puede alegar que se le está exigiendo que lleve a cabo una construcción que no está estipulada en el contrato.

21. Es posible que las partes deseen obligar al contratista a notificar al comprador toda incongruencia que pueda descubrir entre los planos y las especificaciones suministradas por éste. Una disposición de ese tipo tiene como fin dar al comprador la oportunidad de decidir si el contratista ha de ajustarse a los planos o a las especificaciones. En consecuencia, se recomienda que el contrato otorgue al comprador el derecho de decidir esta cuestión y obligue al contratista a ejecutar de conformidad con esa decisión.

22. En algunos casos, aunque el comprador suministre los planos básicos, el contratista está obligado a proveer planos detallados o "de taller". Tales planos constituyen una ampliación pormenorizada de las ideas que ya figuran en los planos básicos facilitados por el comprador. El contrato debería estipular que los planos detallados que produzca el contratista no han de apartarse de los planos básicos. Con objeto de mantener un control adecuado del trabajo del contratista, el contrato debería prever también que el contratista está obligado a someter todos los planos detallados a la aprobación del comprador. No obstante, el contrato puede establecer que la aprobación de los planos detallados o la falta de objeción por parte del comprador a tales planos no constituye un consentimiento del comprador a los cambios de los planos básicos. Si se formula esta disposición, el contrato debe otorgar al comprador el derecho de exigir la realización de correcciones en tales planos detallados de manera que se ajusten a los planos básicos y de exigir que todo trabajo ya efectuado a tenor de los planos detallados incongruentes se ejecute de nuevo para que se ajuste a los planos básicos.

3. *Responsabilidad por imprecisión o insuficiencia de las especificaciones y planos*

23. En aquellos casos en que el comprador ha de suministrar especificaciones y planos, los contratistas deberían estar obligados a analizar la información que figura en esos planos y especificaciones, y si descubren que tal información es imprecisa o insuficiente, sugerir su modificación. No obstante, el comprador tendría que responder de la imprecisión o insuficiencia, y todas las correcciones y cambios que esos errores hagan necesarios pueden considerarse como variaciones ordenadas por el comprador. Este debería estar obligado a pagar todos los gastos que tales correcciones y cambios hayan acarreado al contratista (véase el capítulo relativo a "Modificación").

24. Si el contratista ha de suministrar especificaciones y planos, conviene que corra con los gastos ocasionados por todas las correcciones y cambios que sean necesarios por la imprecisión o la insuficiencia de aquéllos. Además, si esas correcciones y cambios provocan una demora del cumplimiento del contratista, el comprador deberá responder también de la demora.

25. Pueden darse casos en que una parte subsidiaria de la construcción haya sido omitida en las especificaciones y los planos. Si el error fue cometido por el contratista, debería responder por la omisión. Si lo cometió el comprador, las consecuencias pueden depender de la índole del contrato de obras. Si las obligaciones de construcción que ha asumido el contratista han sido definidas principalmente en función de un resultado concreto (por ejemplo, como en un contrato llave en mano), el contratista tendría que responder por no lograr el resultado, incluso si una parte de la construcción necesaria para lograr este resultado hubiera sido omitida en los planos y especificaciones. No obstante, si las obligaciones asumidas por el contratista han quedado limitadas principalmente a los planos y especificaciones (por ejemplo, el suministro y montaje de determinado equipo descrito en los planos y especificaciones), sus obligaciones estarían limitadas por esos documentos y los gastos imputables al error deberían correr a cargo del comprador.

26. También pueden surgir controversias cuando el comprador exige en ciertos planos y especificaciones por él suministrados la utilización de equipo, materiales o servicios concretos, y se descubre más tarde que tales equipo, materiales o servicios no son adecuados para su destino final. Puede adoptarse una solución análoga a la indicada en el párrafo anterior. Si el contratista se ha hecho cargo de la totalidad del diseño y la construcción de las obras o de una parte de las obras, tendría que estar obligado a evaluar el equipo, los materiales o los servicios especificados antes de proceder a utilizarlos. Si descubre que no son idóneos, debería tener derecho a los gastos que supone el cambio de los planos y especificaciones. Si no descubre su carácter no idóneo, debería ser responsable si a consecuencia de ello las obras resultasen defectuosas. No obstante, si el contratista se ha hecho responsable únicamente por la construcción de las obras de conformidad con especificaciones y planos que ha de suministrar el comprador, no debería incurrir en responsabilidad por utilizar el equipo, los materiales o los servicios especificados si, a consecuencia de ello, las obras resultasen defectuosas.

D. *Prelación de documentos*

27. Las partes deben tener en cuenta la posibilidad de que los documentos definitorios de las características y calidad de las obras contengan algunas disposiciones incongruentes. Puede que sea recomendable prever un método para determinar el documento que prevalece en tales casos. Las partes pueden estimar conveniente estipular que cuando el documento principal del contrato no concuerda con otros documentos, el primero debe prevalecer en todo momento. En

particular, el contrato debe dejar en claro que, en caso de controversia, las obligaciones del contratista respecto del tipo y la capacidad funcional exigidas de las obras habrán de prevalecer sobre las características de la construcción que figuran indicadas en los planos y especificaciones. Cuando las especificaciones y los planos no concuerdan, el documento que prevalezca puede depender del aspecto de la construcción de que se trate. Por ejemplo, suele disponerse que, en materia de ingeniería civil, los planos prevalecen sobre las especificaciones. Un posible enfoque consiste en estipular que, a menos que el contrato disponga lo contrario sobre cualquier aspecto especial de la construcción, las especificaciones deben prevalecer sobre los planos. Puede justificarse este enfoque teniendo en cuenta que las condiciones por escrito pueden considerarse reflejo más fidedigno del acuerdo entre las partes que las formulaciones que figuren en los planos. En lo tocante a otros documentos, las partes pueden estimar conveniente, en la medida de lo posible, determinar e indicar en el contrato el orden de prelación entre ellos. Si no es posible indicar un orden de prelación, el contrato debería disponer que toda controversia al respecto entre las partes se resolverá con arreglo a procedimientos de solución de controversias (véase el capítulo relativo a "Solución de controversias").

E. *Grado de confidencialidad de especificaciones, planos y otros documentos técnicos*

28. El grado de confidencialidad de la información que figura en las especificaciones, planos y otros documentos técnicos es cuestión importante que debe solventarse en el contrato. Las partes pueden estimar conveniente disponer que aquélla que prepare los planos y especificaciones ha de conservar igualmente su propiedad. En los contratos de obras suele estipularse que el contratista conserva la propiedad de los documentos técnicos relativos a la construcción entregada al comprador. El comprador tiene derecho a utilizar tales documentos a los fines para los que han sido preparados (por ejemplo: el cumplimiento de las obligaciones de construcción del comprador), pero no podrá comunicar a terceros la información en ellos contenida sin previo consentimiento del contratista. El mismo principio cabe aplicar a los documentos técnicos que el comprador entregue al contratista.

29. Sin embargo, en algunos casos, las partes pueden estimar conveniente pactar que los documentos técnicos suministrados por una de las partes pasen a propiedad de la otra. Por ejemplo, si el comprador se propone construir por sí mismo, una segunda obra idéntica o análoga es posible que desee obtener la propiedad de los documentos técnicos preparados por el contratista sin verse sujeto a restricciones en su uso. Es corriente que el contrato prevea que los documentos técnicos que el comprador recibe a efectos de mantenimiento serán de su propiedad. Pero el contrato puede establecer también que todos los documentos de ese tipo, incluso cuando han pasado a ser propiedad del comprador, mantienen su carácter confidencial y no pueden ser comunicados a terceros.

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2]

Terminación, aceptación y recepción

Resumen

El contrato debería contener disposiciones relativas a la terminación de la construcción, la aceptación de las obras y la recepción de las obras y otros bienes. Esas disposiciones han de determinar el momento en que se producen estos hechos y sus consecuencias jurídicas (párrafos 1 y 2).

Por regla general, la terminación de la construcción se producirá cuando el contratista haya suministrado el equipo, los materiales y los servicios exigidos a tenor del contrato. El contrato tendría que establecer que la construcción ha de terminarse en una fecha determinada o dentro de un plazo especificado (párrafos 3-7). El contrato puede contener un calendario donde se determine la secuencia que se ha de observar en las actividades de construcción. Si han de participar en la construcción varios contratistas, convendrá incluir en cada contrato, en la medida de lo posible, un calendario, al que el contratista esté obligado a ajustarse (párrafos 8-11).

Había que prorrogar, en ciertas situaciones, el plazo para la terminación, o el plazo obligatorio para la construcción de una parte de las obras conforme a un calendario (párrafos 12-16). El contratista debería estar obligado a notificar al comprador los hechos que faculten al contratista a una prórroga y que el comprador podría desconocer. También tendría que estar obligado a notificar al comprador la duración de la prórroga que estima razonable, cuando lleguen a su conocimiento los datos necesarios para determinar esa duración (párrafo 15).

La terminación de la construcción debería demostrarse por medio de pruebas fisicomecánicas de terminación. Si los resultados de las pruebas fisicomecánicas de terminación son satisfactorios, puede considerarse que la construcción ha sido terminada en la fecha propuesta por el contratista para el comienzo de las pruebas o, si no, en la fecha de la conclusión satisfactoria de las pruebas (párrafos 17-19).

Tras la terminación, debería tener lugar la aceptación de las obras por el comprador, siempre que las obras se hallen exentas de defectos graves. Por regla general, esto puede demostrarse mediante pruebas de funcionamiento. No obstante, conviene facultar al comprador a aceptarlas si así lo desea, incluso si las pruebas de funcionamiento han sido insatisfactorias (párrafos 20-21).

Convendría estimar que la aceptación se produce en el momento de la conclusión de las pruebas de funcionamiento con resultados satisfactorios. Si las pruebas de funcionamiento no se llevan a cabo en el plazo que exige el contrato, éste tendría que contener disposiciones apropiadas para determinar el momento en que se verifica la aceptación. Si no son necesarias las pruebas de

funcionamiento, debería estimarse que la aceptación se produce cuando se demuestre la terminación de la construcción (párrafos 24-25). Puede ser recomendable que el contrato exija la redacción de un protocolo de aceptación (párrafos 26-27).

Habría que consignar en el contrato los efectos jurídicos de la aceptación. En el momento en que ésta se produzca, se harían exigibles las obligaciones del contratista de entregar las obras para que tome posesión de ellas el comprador, el riesgo de pérdidas o los daños de las obras que no haya sido asumido ya por el comprador debería pasar del contratista al comprador, y correspondería que comenzara a correr el período de la garantía de calidad. La aceptación puede tener también otras consecuencias jurídicas (párrafos 28-31).

El contrato debería establecer que la recepción se produce cuando una de las partes toma posesión del equipo, los materiales, la planta en curso de construcción o las obras terminadas, según el caso. En casos de recepción distintos de la recepción de las obras por el comprador tras la aceptación, la principal consecuencia de la recepción sería que el riesgo de pérdidas o de daños de los bienes pase a la parte que toma posesión, a menos que ésta soporte ya el riesgo (párrafo 32).

Puede estipularse en el contrato que el comprador recibirá los bienes antes de la aceptación, por ejemplo, cuando una parte de las obras ha sido terminada por un contratista distinto, cuando las obras van a funcionar durante un plazo de puesta en marcha a prueba, cuando se extingue el contrato o cuando la construcción ha de ser terminada por un nuevo contratista por cuenta y a riesgo del contratista (párrafos 33-38). El contrato puede prever la redacción de un protocolo de recepción (párrafo 39). Puede disponer igualmente la recepción de ciertos bienes por el contratista (párrafos 40-41).

* * *

A. *Observaciones generales*

1. La obligación principal del contratista debe ser terminar la construcción de las obras de conformidad con el contrato. Posteriormente, se produciría la aceptación de las obras por el comprador y éstas le serían entregadas. En algunas situaciones, el comprador puede recibir las obras sin aceptarlas. Las disposiciones del contrato en materia de terminación, aceptación y recepción deberían armonizarse con las demás disposiciones contractuales, más concretamente con las relativas al incumplimiento y al traspaso de riesgos. La manera en que han de determinarse el plazo y las consecuencias de la terminación, la aceptación y la recepción puede depender del tipo de contrato de obras y de la naturaleza de las obras que han de construirse.

2. El contrato tendría que establecer con claridad el momento en que se producen la terminación, la aceptación y la recepción así como sus consecuencias jurídicas. Por regla general, el contrato dispondrá que la terminación de la construcción ocurre cuando el contratista ha suministrado el equipo, los materiales y los servicios exigidos en el contrato. Es conveniente que el contrato exija que se demuestre la terminación mediante pruebas fisicomecánicas de terminación satisfactorias. En líneas generales, la aceptación debería producirse cuando el contratista demuestre mediante pruebas de funcionamiento satisfactorias que las obras terminadas funcionan sustancialmente de la forma en que lo exige el contrato y están exentas, por lo tanto, de defectos graves, si bien la aceptación puede también verificarse en algunos casos en los que no se lleven a cabo pruebas de funcionamiento o cuando los resultados de tales pruebas hayan sido insatisfactorios. No obstante, el contrato debería garantizar que, incluso después de la aceptación de las obras, el comprador disfrutará de remedios respecto de defectos descubiertos antes de la aceptación o notificados durante el período de garantía, siempre y cuando sean imputables al contratista (véase el capítulo sobre "Incumplimiento"). La recepción por el comprador se produciría cuando tome posesión de equipo, los materiales, la planta en curso de construcción o las obras terminadas, según el caso, y por el contratista cuando toma posesión de equipo o materiales.

B. *Terminación de la construcción*

1. *Plazo para la terminación de la construcción*

3. Sería recomendable que el contrato consignase con toda claridad el plazo en que el contratista debe terminar la construcción. El momento de la terminación podrá fijarse ya sea mediante una fecha determinada o con referencia a un plazo. Si se utiliza una fecha determinada, el contrato habrá de especificar las situaciones en que esta fecha puede aplazarse, así como la duración del aplazamiento. Si el contrato exige que la construcción quede terminada dentro de un plazo especificado, habrá que especificar también el momento a partir del cual se cuente, en qué circunstancias dejará de correr o será prolongada y la duración permisible de la prórroga.

4. Para determinar el momento en que comienza un plazo para la terminación de la construción, podrán considerarse las siguientes fechas:

a) La fecha en que entre en vigor el contrato;

b) La fecha en la que el contratista reciba notificación del comprador de que todas las licencias de importación de equipo y materiales y aprobaciones oficiales de la construcción de las obras necesarias en el país del comprador le han sido concedidas, o de que debe darse comienzo a la construcción;

c) La fecha en que el contratista haya recibido un pago por adelantado de una parte del precio que se ha de efectuar con arreglo al contrato;

d) La fecha en la que el comprador entregue al contratista un diseño, planos o documentos descriptivos necesarios para el comienzo de la construcción.

5. El contrato puede contener más de una de las fechas citadas en el párrafo precedente, en cuyo caso el plazo comenzaría en la última de esas fechas.

6. Si participa en la construcción de las obras un solo contratista, convendría, por regla general, al interés del comprador que la construcción quedase terminada lo más pronto posible, y que la fecha fijada o el final del plazo fuesen considerados como fecha final para la terminación, permitiéndose o incluso alentándose la terminación en fecha anterior. En algunos casos, no obstante, es posible que el comprador no desee que la construcción se termine antes por diversas razones de orden práctico, incluida la financiación concertada.

7. De manera excepcional, en algunos casos que entrañan una construcción compleja y de larga duración, quizá no resulte posible especificar una fecha fija o un plazo para la terminación de la construcción en el momento de firmar el contrato. En esos casos, se puede consignar en el contrato una fecha o un plazo estimados y disponer que el momento concreto para la terminación se concertará más tarde, dentro de un plazo que ha de especificarse en el contrato. Si las partes no llegan a un acuerdo, el plazo de terminación tendría que determinarse mediante procedimientos de solución de controversias (véase el capítulo sobre "Solución de controversias"). El hecho de que tales procedimientos estén pendientes no debe interrumpir el cumplimiento del contrato.

2. *Calendario de la construcción y la terminación*

8. El contrato puede contener un calendario donde se determine la secuencia en que han de desarrollarse las actividades de construcción. Es recomendable establecer un calendario con objeto de facilitar una evaluación de la marcha de la construcción. También puede facilitar el establecimiento de una prórroga para la terminación en caso de modificación o de que se presente un obstáculo a la construcción. El calendario puede remitirse a la secuencia y a la programación de las diversas tareas que resultan necesarias para la terminación de la construcción, sin imponer obligaciones jurídicas de ningún tipo. O bien con carácter obligatorio puede establecer fechas provisionales de terminación o plazos para fases de la construcción o partes de las obras. El contratista que no cumpla tales términos o plazos obligatorios debería responder por la demora (véase el capítulo sobre "Incumplimiento", párrafos 36-38). Además de las obligaciones del contratista respecto de la construcción de las obras, deben constar en el calendario las obligaciones del comprador relativas a la construcción (por ejemplo: entrega del emplazamiento o suministro de equipo o materiales). Cuando el contrato contenga un calendario, el contratista tendría que estar obligado a presentar al comprador periódicamente durante la construcción (por ejemplo: el primer día de cada mes) un informe sobre la marcha de ésta.

9. Convendrá preparar el calendario de tal forma (por ejemplo: gráficamente) que permita registrar la marcha real de la construcción y cotejarla con el calendario. Uno de los métodos que las partes pueden tener en cuenta para diseñar el calendario es el denominado "método del camino crítico". En éste, toda la construcción se divide en diversas tareas y se asigna a cada una de ellas un plazo en el que ha de ser ejecutada. Estos plazos se incorporan a un diagrama esquemático que representa la secuencia y la interrelación de las actividades de construcción. Las actividades críticas, es decir, aquellas de las que dependen otras actividades, forman una cadena continua, denominada camino crítico, en todo el diagrama esquemático. Este método puede facilitar la evaluación de las consecuencias que una demora en ciertas actividades de construcción tendrá con respecto a otras.

10. Cuando han de participar en la construcción varios contratistas (el enfoque de contratos separados: véase el capítulo sobre "Selección del tipo de contrato"), tendría que figurar en cada contrato un calendario de la secuencia de construcción para que el comprador pueda coordinar la construcción de la totalidad de las obras. El contratista debería estar obligado a construir con sujeción al calendario. Es conveniente armonizar la secuencia de la construcción conforme a cada contrato con un calendario general de construcción de la totalidad de las obras. No obstante, cuando no sea posible llegar a un acuerdo sobre un calendario en el momento de formalizar un contrato, bastará con que éste establezca el plazo en que ha de terminarse la construcción prevista en el contrato. El comprador puede determinar más tarde un plazo preciso para el comienzo de la construcción, teniendo en cuenta el calendario para la construcción concertado con otros contratistas que participan en la construcción. Sin embargo, el contrato puede prescribir que si el comprador exige que la construcción comience antes o después de determinadas fechas, el contratista tendrá derecho a un cierto ajuste del precio. El contrato puede disponer también que si el comprador no exige que la construcción comience dentro de un plazo especificado en el contrato, el contratista tendrá derecho a extinguir el contrato.

11. Si el contrato dispusiera que las partes han de concertar un calendario en feha posterior, debería también establecer el procedimiento que ha de seguirse para llegar a tal acuerdo. Si se prorroga el plazo para la terminación, se debería adaptar el calendario para la construcción al nuevo plazo. La falta de acuerdo sobre el calendario o sobre su adaptación tendría que facultar a ambas partes a resolver el desacuerdo mediante procedimientos de solución de controversias apropiados.

3. *Prórroga del plazo para la terminación*

12. El plazo para la terminación de la construcción especificado en el contrato, o un plazo obligatorio para la construcción de una parte de las obras con arreglo a un calendario, debería ser prorrogado si se producen ciertos hechos. Las partes pueden juzgar conveniente disponer tal prórroga en las siguientes situaciones:

a) La construcción ha sido suspendida por el comprador por propia conveniencia o por el contratista por el incumplimiento de una obligación por parte del

comprador (véase el capítulo sobre "Suspensión de la construcción", párrafos 6 y 17, y el capítulo sobre "Incumplimiento", párrafo 16);

b) El contratista tiene que hacer trabajos complementarios debido a una modificación de la construcción ordenada por el comprador (véase el capítulo sobre "Cláusulas de modificación") o debido a prescripciones de seguridad o ambientales u otras normas administrativas obligatorias para el contratista promulgadas después de la firma del contrato;

c) El contratista debe realizar trabajos complementarios para subsanar pérdidas o daños cuyo riesgo soporta el comprador, o para subsanar pérdidas o daños causados por el comprador, o por una persona empleada por el comprador para la construcción;

d) El comprador, o una persona que él emplea para la construcción, impide al contratista construir las obras de conformidad con el contrato;

e) La construcción resulta impedida como consecuencia de un impedimiento exonerante (véase el capítulo sobre "Exoneración").

13. Si el contrato dispusiera, en casos excepcionales, que ha de pagarse una indemnización convencional incluso si el incumplimiento de la obligación de terminar en el plazo previsto se debe a un impedimento exonerante, no debería prorrogarse el plazo para la terminación como consecuencia de la incidencia de tal impedimento. Si se prorrogase el plazo exigido para la terminación, se produciría una incongruencia puesto que no se produciría el acontecimiento que hace exigible el pago de la indemnización convencional (es decir, el incumplimiento de la terminación en la fecha exigida en el contrato).

14. Habría que estipular en el contrato que si surgen motivos para una prórroga del plazo para la terminación, éste ha de prorrogarse automáticamente por el tiempo razonablemente necesario para la terminación, teniendo en cuenta toda construcción complementaria que haya de efectuarse, el tiempo durante el cual el contratista se vio impedido de continuar la construcción, o aquél durante el cual se suspendió la construcción. Aunque la prórroga tiene que corresponder razonablemente a la duración de la suspensión o del obstáculo, no es preciso en todos los casos que su duración sea la misma que la de estos últimos. En ciertos casos, será razonable no prorrogar en absoluto el plazo para la terminación, en particular si no se ven afectadas actividades críticas de construcción. Por ejemplo, el plazo suplementario puede no resultar necesario en el caso de una interrupción breve debido a condiciones meteorológicas adversas al principio de una construcción a largo plazo.

15. Respecto de ciertos hechos que darían al contratista derecho a una prórroga del plazo para la terminación, pero que el comprador puede desconocer (por ejemplo: los citados en los incisos *c)* y *e)* del párr. 12, *supra*), el contratista debería estar obligado a notificar con prontitud al comprador la incidencia de tales hechos. En todos los casos, tan pronto el contratista tenga conocimiento de la envergadura de la construcción suplementaria que ha de llevar a cabo o de la duración de una suspensión o de un obstáculo, tendría que notificar al comprador la duración de la prórroga que en su opinión sea razonable. Si en un plazo determinado que comienza en el momento en que el contratista envía esta última notificación al comprador las partes no logran ponerse de acuerdo sobre la prórroga que ha de concederse, ambas partes deberían tener derecho a pedir que se resolviese el contencioso mediante procedimientos de solución de controversias. El contratista debería estar obligado a continuar la parte de la construcción que no se vea afectada por el hecho que le da derecho a una prórroga.

16. El tema de la prórroga del plazo para la terminación en caso de modificación de la construcción por el comprador y el procedimiento que se ha de seguir a este respecto se examinan en el capítulo sobre "Cláusulas de modificación".

4. *Comprobación de la terminación: pruebas fisicomecánicas de terminación*

17. Cuando el contratista estime que la construcción ha quedado terminada, correspondería que lo notificara al comprador y estuviese obligado a demostrarlo mediante pruebas fisicomecánicas de terminación satisfactorias. Tales pruebas tienen por finalidad demostrar, mediante la inspección ocular de las obras y el funcionamiento mecánico del equipo, que la totalidad de la construcción llevada a cabo por el contratista ha quedado terminada de conformidad con el contrato (véase el capítulo sobre "Inspección y pruebas"). Si durante estas pruebas se descubre que faltan ciertos elementos, pero su ausencia no impide ni demora el funcionamiento de las obras, habrá que considerar como satisfactorios los resultados de las pruebas.

18. Si los resultados de las pruebas fisicomecánicas de terminación son satisfactorios, puede estimarse que la construcción ha quedado terminada en la fecha propuesta por el contratista para el comienzo de las pruebas o bien en la fecha en que éstas se terminen satisfactoriamente. Pero, si se escoge esta última como fecha de terminación, habría que estipular en el contrato que si, debido a obstáculos no imputables al contratista, las pruebas no pueden terminarse en el plazo consignado en el contrato para la terminación de la construcción, no ha de considerarse que el contratista ha incurrido en demora.

19. Si no se llevan a cabo las pruebas fisicomecánicas de terminación en la fecha prevista, o si los resultados de las pruebas son insatisfactorios, no se habrá demostrado la terminación. El contrato debería contener estipulaciones apropiadas para que las pruebas se efectúen en fecha posterior o se proceda a repetirlas. Si se precisan ciertos trámites (por ejemplo: la intervención de un organismo de inspección) para efectuar las pruebas fisicomecánicas de terminación, y si éstas no pueden llevarse a cabo debido a una imposibilidad de cumplir con estos trámites que exceda del plazo especificado en el

contrato para su realización, el contrato tendría que permitir que el contratista demostrase de cualquier otra manera la terminación de la construcción (véase el capítulo sobre "Inspección y pruebas").

C. *Aceptación*

20. Sería conveniente que el contrato estipulara que después de la terminación ha de producirse la aceptación de las obras por el comprador si éstas están exentas de defectos graves (véase el capítulo sobre "Incumplimiento"). Por regla general, este aspecto habrá de demostrarse mediante pruebas de funcionamiento (véase el capítulo sobre "Inspección y pruebas"). Las pruebas de funcionamiento no deberían llevarse a cabo hasta que las pruebas fisicomecánicas de terminación hayan resultado satisfactorias, salvo que el comprador consienta en la realización de pruebas de funcionamiento sin que se hayan efectuado las fisicomecánicas de terminación. En algunos casos, sin embargo, el contrato puede permitir que las pruebas fisicomecánicas y las pruebas de funcionamiento se combinen en los mismos procedimientos de pruebas. En otros, debido a la índole de la construcción, es posible que no haya que efectuar pruebas de funcionamiento.

21. Pero, incluso si las pruebas de funcionamiento son insatisfactorias, el comprador debería tener derecho, si así lo desea, a aceptar las obras. Tal aceptación puede llevarse a cabo mediante la redacción por las partes de un protocolo de aceptación (véanse los párrs. 26 y 27, *infra*).

22. Si se precisan ciertos trámites (por ejemplo, intervención de un organismo de inspección) para efectuar las pruebas de funcionamiento, y si éstas no pueden llevarse a cabo debido a una imposibilidad de cumplir con esos trámites que exceda del plazo especificado en el contrato para su realización, correspondería poner en marcha las obras. La puesta en marcha de las obras por un tiempo igual al plazo especificado en el contrato para la duración de las pruebas de funcionamiento haría las veces de éstas.

23. Si se termina la construcción de distintas partes de las obras en distintos momentos y estas partes pueden ser sometidas a pruebas y utilizadas independientemente, puede aceptarse cada parte por separado si el contrato así lo estipula. En tales casos, cabría aplicar a la terminación y la aceptación de tales partes las normas relativas a la terminación y la aceptación de la totalidad de la construcción. No obstante, en algunos casos en que participan en la construcción de las obras varios contratistas, quizá no resulte posible probar o poner en marcha el equipo suministrado y montado por uno de estos contratistas antes de que estén terminadas la totalidad de las obras. En esos casos, la ejecución de pruebas de funcionamiento y la aceptación no pueden producirse hasta la terminación de la construcción por los demás contratistas, y el contrato puede disponer que el comprador reciba la parte de las obras terminada por el contratista.

1. *Momento de la aceptación*

24. Dado que la aceptación de las obras entraña efectos jurídicos significativos, el contrato debería establecer con claridad el momento en que se produce. Si se practican con buen éxito pruebas de funcionamiento, debe estimarse que la aceptación se produce en el momento de la terminación de las pruebas, prescindiendo de si el comprador firma o no un protocolo de pruebas de funcionamiento (véase el capítulo sobre "Inspección y pruebas"), o de que realice un acto de aceptación, como, por ejemplo, la firma de un protocolo de aceptación. Si se suscita una controversia entre las partes sobre los resultados de las pruebas de funcionamiento y se determina más tarde que efectivamente fueron satisfactorias, la aceptación habría ocurrido en el momento de la terminación de las pruebas.

25. Si no se llevan a cabo las pruebas de funcionamiento en la fecha prevista, o si los resultados de las pruebas son insatisfactorios, no se producirá normalmente la aceptación, por lo que el contrato debería prever requisitos apropiados a efectos de que las pruebas sean aplazadas para una fecha posterior o repetidas, según corresponda (véase el capítulo sobre "Inspección y pruebas"). Si las pruebas aplazadas no se llevan a cabo por motivos no imputables a ninguna de las partes, la aceptación no debería producirse mientras no se puedan efectuar las pruebas con resultados satisfactorios, salvo que el comprador decida aceptar aunque las pruebas no se hayan practicado. No obstante, en el caso de que las pruebas aplazadas no se lleven a cabo por motivos imputables al comprador, el contrato deberá estipular que la aceptación se produzca cuando el contratista por escrito notifique al comprador que se considera que se ha producido la aceptación. Si las pruebas aplazadas no son efectuadas por razones imputables al contratista, no se producirá la aceptación, a menos que el comprador decida aceptar aunque las pruebas no se hayan practicado. En aquellos casos en que no se precisan pruebas de funcionamiento, deberá estimarse que la aceptación se ha producido en el momento en que se pruebe que se ha terminado la construcción. Las controversias acerca de si las obras han sido aceptadas, y de ser así, en qué fecha, deberán resolverse mediante procedimientos de solución de controversias.

2. *Protocolo de aceptación*

26. Puede ser conveniente que el contrato exija la redacción de un protocolo de aceptación, firmado por ambas partes, en el que se confirme la aceptación de las obras por el comprador. Es preferible un protocolo obligatorio para ambas partes a un instrumento unilateral que dé testimonio de la aceptación. El protocolo reduciría a un mínimo las controversias acerca de si se han recibido las obras y en qué fecha. Además, por medio de un protocolo de este tipo, el comprador indicaría su aceptación de las obras en los casos en que ésta no se hubiera producido de no haber mediado dicha circunstancia (párr. 21, *supra*).

27. El protocolo de aceptación debería evaluar los resultados de las pruebas de funcionamiento, si no fue

posible hacerlo en el protocolo de pruebas de funcionamiento (véase el capítulo sobre "Inspección y pruebas") e indicaría la fecha de aceptación. Normalmente, esta sería la fecha en que se terminaron con resultados satisfactorios las pruebas de funcionamiento. Además, sería recomendable que el protocolo comprendiese un calendario para el suministro de los elementos cuya falta se descubrió durante las pruebas fisicomecánicas de terminación (en caso de que ese calendario no figure ya en el protocolo de dichas pruebas, véase el capítulo sobre "Inspección y pruebas") y para la subsanación de los defectos descubiertos durante las pruebas de funcionamiento. Si las partes no están de acuerdo sobre ciertos aspectos, como por ejemplo el plazo para la subsanación de los defectos descubiertos, debe quedar constancia en el protocolo de las opiniones de ambas. Las diferencias que pudieran existir deben resolverse mediante procedimientos de solución de controversias.

3. *Efectos jurídicos de la aceptación*

28. El contrato debería consignar con claridad los efectos jurídicos de la aceptación. Las partes pueden acordar que en el momento de la aceptación se hagan exigibles la obligación del contratista de entregar las obras y la obligación del comprador de recibirlas, que el riesgo de las pérdidas o los daños de las obras pase del contratista al comprador y que empieza a correr el período de la garantía de calidad. Además, la aceptación puede influir en los remedios a disposición del comprador respecto de los defectos descubiertos en las obras. Algunos remedios para los defectos de las obras (por ejemplo: la reducción del precio) pueden aplicarse únicamente cuando las obras han sido aceptadas. Las condiciones en que cabe aplicar otros remedios (por ejemplo: extinción del contrato) pueden variar según que las obras hayan sido o no aceptadas (véase el capítulo sobre "Incumplimiento", párrafos. 55 y 69). El momento de la aceptación también puede tener importancia para ciertos otros aspectos, por ejemplo, el pago de una parte del precio (véase el capítulo sobre "Precio").

29. Después de la aceptación por el comprador, el contratista habrá de quedar obligado a entregar las obras con prontitud para que sean recibidas por el comprador, y a abandonar el emplazamiento.

30. Sería conveniente estipular en el contrato que el riesgo de las pérdidas o los daños de las obras que no haya asumido ya el comprador pasará del contratista al comprador en el momento de la aceptación de las obras. En ciertas situaciones, el riesgo de las pérdidas o los daños de la planta durante la construcción puede haber sido asumido ya por el comprador con anterioridad a la aceptación, por ejemplo en situaciones en que se emplean varios contratistas para la construcción de las obras (véase el capítulo sobre "Asignación de riesgos de pérdidas o daños"), o cuando el comprador recibe las obras terminadas con la finalidad de una puesta en marcha a prueba previa a las pruebas de funcionamiento y a la aceptación (véanse los párrs. 35 y 36, *infra*).

31. Por regla general, el período de la garantía de calidad respecto de las obras debería comenzar a correr en el momento de la aceptación. En algunos casos, no obstante, una parte de las obras que ha sido terminada por un contratista y aceptada por el comprador no puede ser puesta en marcha antes de la terminación de la construcción y la ejecución de pruebas de funcionamiento relativas a las demás partes de las obras. En estos casos, el período de garantía puede comenzar a correr en un momento distinto del de la aceptación de esa parte de las obras (véase el capítulo sobre "Incumplimiento", párrafos. 30 y 31).

D. *Recepción*

32. El contrato debería disponer que la recepción se produce cuando una parte toma posesión de equipo, los materiales, la planta en curso de construcción o las obras terminadas, según corresponda. En casos de recepción distintos de la recepción de las obras por el comprador después de la aceptación (véase el párr. 29, *supra*), la aceptación acarrearía como consecuencia principal que el riesgo de las pérdidas o los daños de los bienes recibidos pase de la parte que las entrega a la parte que las recibe, a menos que esta última ya haya asumido el riesgo (por ejemplo: cuando el riesgo se traspasó en el momento en que el equipo fue entregado al primer transportista para que lo hiciera llegar al comprador). Además, en el momento en que tome posesión de ciertos bienes, puede nacer la obligación del comprador de pagar una parte del precio (véase el capítulo sobre "Precio").

1. *Recepción por el comprador*

33. Además de disponer que el comprador reciba las obras en el momento de la aceptación de éstas, el contrato puede prever que aquel reciba ciertos bienes con anterioridad a la aceptación.

a) *Recepción después de la terminación de la construcción por uno de varios contratistas*

34. Este tema se analiza en el párr. 23, *supra*.

b) *Recepción para la puesta en marcha a prueba*

35. En algunos contratos de obras puede convenirse que las pruebas de funcionamiento se efectúen una vez que las obras hayan sido puestas en marcha a prueba, que el personal del comprador se haya familiarizado plenamente con el manejo de las obras y que éstas funcionen en condiciones normales de servicio. Este enfoque puede ofrecer al comprador mayores garantías de que las obras, manejadas por su propio personal, efectivamente satisfacen las normas de funcionamiento especificadas en el contrato. Esta es práctica corriente en los contratos producto en mano (véase el capítulo sobre "Selección del tipo de contrato") y puede resultar conveniente en cualquier otro contrato en el que el contratista se comprometa a capacitar al personal del comprador en el manejo y mantenimiento de las obras. Si las partes optan por este enfoque, habría que

establecer en el contrato que las obras sean recibidas después de haberse demostrado la terminación de la construcción y especificar la duración del período de puesta en marcha a prueba. Este período comenzaría en el momento en que se reciben las obras. El contrato debería disponer que dejara de correr el período de puesta en marcha a prueba durante cualquier interrupción del funcionamiento de las obras imputable al contratista. Normalmente, las pruebas de funcionamiento deberían efectuarse al final del período de puesta en marcha a prueba.

36. Durante el período de puesta en marcha a prueba, corresponde que las obras sean manejadas por el personal del comprador bajo la dirección y supervisión del personal del contratista. El contratista debe correr con el costo de su personal y los demás gastos relacionados con la explotación de las obras deben correr a cargo del comprador. No obstante, incumbiría al contratista subsanar a sus expensas todos los defectos descubiertos durante la puesta en marcha a prueba, salvo que hayan sido causados por hechos comprendidos en el riesgo asumido por el comprador, o por la inobservancia por parte del personal del comprador de instrucciones dadas por el contratista. La producción de las obras durante la puesta en marcha a prueba tendría que ser propiedad del comprador.

c) *Recepción en caso de extinción del contrato*

37. Cuando el contratista incumple sus obligaciones conforme al contrato, el derecho del comprador a extinguir el contrato se limita por regla general a las partes de las obras no terminadas o defectuosas (véase el capítulo sobre "Extinción del contrato", párrafos 6-10). En tales casos, el comprador debería tener derecho a exigir que le sean entregadas las partes de las obras ya construidas con objeto de que pueda terminarse la construcción o para que los defectos descubiertos sean subsanados por él o por otro contratista. La recepción de las obras no terminadas o defectuosas debería efectuarse en un plazo breve, que ha de especificarse en el contrato, después de la extinción. El período de garantía respecto de la parte de las obras recibida por el comprador comenzaría a correr en el momento en que se termina y se pone en marcha la totalidad de las obras.

d) *Recepción en caso de terminación de la construcción por otro contratista por cuenta y riesgo del contratista*

38. Si el comprador toma el partido de que un nuevo contratista termine la construcción por cuenta y riesgo del contratista (véase el capítulo sobre "Incumplimiento", párrafo 38), éste debería quedar obligado a entregar las obras no terminadas para que sean recibidas por el comprador. El momento de la recepción debe ser aquél en que el contratista esté obligado a detener la construcción y abandonar el emplazamiento (véase el capítulo sobre "Incumplimiento", párrafo 65).

2. *Protocolo de recepción*

39. En todos los casos de recepción, citados en los párrs. 34 a 38, *supra*, puede ser vonceniente que el contrato exija la redacción de un protocolo de recepción, firmado por ambas partes, donde conste la recepción de las obras por el comprador. El protocolo ha de indicar igualmente la fecha de la recepción, y el estado de las obras en el momento en que ésta se verifique.

3. *Recepción por el contratista*

40. En aquellos casos en que los defectos han de ser subsanados mediante la reposición de equipo o materiales defectuosos, o cuando se extingue el contrato a raíz de defectos en las obras, el contratista puede estar obligado a recibir equipo o materiales defectuosos, si están en posesión del comprador, y sacarlos del emplazamiento. No obstante, en algunos casos, conforme al contrato, se permite al contratista que los saque del emplazamiento únicamente después de haberlos reemplazado por equipo o materiales nuevos.

41. Si el contratista extingue el contrato a causa del incumplimiento del comprador, puede tener derecho a recibir equipo o materiales que él ha suministrado y que se hallan en posesión del comprador, siempre que éste no los haya pagado. El comprador tendría que cargar con los gastos derivados de la recepción del equipo o materiales.

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3]

Asignación de riesgos de pérdidas o daños*

Resumen

El contrato debe establecer claramente quién asume los riesgos de pérdidas o daños en el equipo y los materiales, la planta durante la construcción y las obras terminadas, y cuáles serán las consecuencias de esos riesgos (párrafos 1 a 4).

Algunas veces las partes excluyen de los riesgos que soportará el contratista determinado tipo de hechos fortuitos o algunos actos de terceros (los denominados "riesgos exceptuados"). Esta exclusión surtirá el efecto de asignar esos "riesgos exceptuados" al comprador (párrafo 8).

La determinación del momento en que los riesgos de pérdidas o daños en el equipo y los materiales que suministra el contratista para incorporarlos en las obras deben pasar del contratista al comprador puede depender de quién estará en posesión de ese equipo y materiales y los cuidará. Además, sería pertinente la posibilidad de asegurar el equipo y los materiales y el momento en el que puede verificarse su estado (párrafos 11-16). Si se emplea un solo contratista para construir todas las obras, éste asumirá el riesgo de las pérdidas o daños en la planta durante la construcción y las obras terminadas hasta la aceptación o la recepción por parte

*Anteriormente se ha hecho mención a este capítulo bajo el título de "Traspaso de riesgos".

del comprador (párrafos 20 y 21). Si en la construcción participan varios contratistas, el riesgo con respecto a la planta durante la construcción y las obras terminadas, en general, estará a cargo del comprador (párrafo 22).

Si el contratista asume el riesgo, deberá reparar a su costa, las pérdidas o daños, lo más rápidamente posible. Si lo asume el comprador, el contratista deberá, a petición del comprador, reparar las pérdidas o daños a costa del comprador, tan pronto como pueda hacerlo en forma conveniente (párrafos 23-24).

El contrato debe prever también el traspaso de los riesgos de pérdidas o daños en el equipo y los materiales que se incorporarán a las obras suministrados por el comprador (párrafos 17-19), y la asignación de los riesgos de pérdidas o daños en las herramientas y la maquinaria de construcciones del contratista que se utilizarán en la construcción (párrafo 25).

* * *

A. *Observaciones generales*

1. Durante la construcción de las obras, pérdidas o daños físicos no imputables a las partes pueden ocasionarse al equipo o los materiales que se incorporarán a las obras, a la planta que se construye o a las obras terminadas, así como a las herramientas y la maquinaria que ha de utilizar el contratista en la construcción. Esas pérdidas o daños pueden deberse a hechos fortuitos o a actos de terceros de los que ninguna de las partes sea responsable. Su probabilidad suele ser mayor en los contratos de obras que en otro tipo de contratos, porque la construcción de que se trata es a menudo un proceso complejo y a largo plazo. Por consiguiente, resulta aconsejable que el contrato asigne claramente los riesgos de esas pérdidas o daños durante la construcción, es decir, determine la extensión del riesgo de esas pérdidas o daños que asumirá cada una de las partes. Si lo asume una de las partes, tendrá que hacerse cargo de las consecuencias financieras de las pérdidas o los daños resultantes de ese riesgo, sin tener derecho a cobrar por ellos una indemnización a la otra parte.

2. El hecho fortuito o el acto de un tercero que provocan las pérdidas o daños pueden también ser causa del incumplimiento de la parte que asume el riesgo. Por ejemplo, al tener que reparar la planta dañada por una tormenta, el contratista tal vez no pueda cumplir con su fecha de terminación, lo que causaría pérdidas al comprador. La responsabilidad de la parte que incumple de pagar los daños y perjuicios por esta pérdida dependerá de que el hecho fortuito o el acto de un tercero constituyan o no un impedimento exonerante (véase el capítulo sobre "Exoneración").

3. Los diversos sistemas jurídicos solucionan en forma diferente la cuestión de quién asume el riesgo de pérdidas o daños, y algunas normas pueden resultar inadecuadas para un contrato de obras, como la que establece que el riesgo estará a cargo del propietario del bien. En algunos sistemas jurídicos, el riesgo de pérdidas o daños en los bienes puede pasar al comprador antes de la entrega, cuando el bien se ha identificado claramente en el contrato mediante el marcado, el envío, la notificación al comprador u otros medios. Además, las normas jurídicas quizá estipulen que el equipo y los materiales, una vez incorporados a la planta, forman parte de ella y que las disposiciones que rigen la asignación del riesgo con respecto a la planta también se aplican al equipo y los materiales así incorporados. Pero en principio, muchos sistemas jurídicos autorizan a las partes a decidir quién asume el riesgo, salvo algunas limitaciones.

4. Es posible que las partes al determinar la forma en que se asignarán los riesgos de pérdidas o daños deseen examinar la interacción de diversos factores. Quizá sea ventajoso asignar el riesgo a la parte que tiene la obligación de cuidar el bien, puesto que así habría menos litigios acerca de si las pérdidas o daños obedecieron a la falta del debido cuidado de los bienes, o a un hecho fortuito o actos de terceros que no se podían evitar. También quizá sea aconsejable asignar el riesgo a la parte que pueda asegurar las mercaderías al mínimo costo, o a la que, conforme a una práctica corriente relativa a los contratos de obras, proporcionará el seguro que cubra las pérdidas o daños en cuestión, o a la que se encuentre en mejores condiciones para interponer una reclamación contra un asegurador (véase el capítulo sobre "Seguro"). Además sería ventajoso asignar el riesgo a la parte que mejor puede rescatar y disponer del bien dañado.

5. Además, cabe observar que, en general, no es aconsejable estipular en el contrato que el mismo riesgo se transmita de una parte a otra más de una vez (p. ej., del comprador al contratista, y luego, del contratista al comprador). Es probable que un traspaso múltiple de riesgos suscite complicaciones e incertidumbres con respecto a quién asume el riesgo.

6. Las consecuencias financieras de asumir un riesgo pueden mitigarse considerablemente si ese riesgo se cubre con un seguro. Pero como algunos riesgos relacionados con la ejecución de un contrato de obras tal vez no se puedan asegurar en condiciones razonables, cabe observar que se podría exigir a una de las partes que asuma determinados riesgos contra los que no se haya asegurado (véase el capítulo sobre "Seguro").

7. El riesgo a cargo de un contratista puede cubrir pérdidas o daños en el equipo y los materiales que se incorporarán a las obras, la planta durante la construcción, y las obras terminadas hasta la aceptación. El contratista puede asumir el riesgo con respecto a todos estos rubros o sólo algunos, según el tipo de contrato de obras de que se trate.

8. Las partes pueden a veces excluir de los riesgos que asumirá el contratista las pérdidas o daños causados por determinados hechos. En la práctica suelen excluirse las pérdidas o daños causados por guerra, rebelión, otras acciones militares, tumultos (salvo los causados exclusivamente por empleados del contratista o de sus subcontratistas), combustible o residuos nucleares, ondas expansivas causadas por aviones, terremotos o

inundaciones. En general, esta exclusión se aplica sólo a los casos en los que las pérdidas o daños resultan de hechos acaecidos en el país donde se construirán las obras. No obstante, si el comprador asumirá esos riesgos con respecto a pérdidas o daños en el equipo o los materiales suministrados por el contratista y causados por esos hechos aun fuera del país donde se construyen las obras, el contrato debe establecer claramente cuándo correrán a cargo del comprador (p. ej., en el momento en que se entregan el equipo o los materiales al primer porteador para transportarlos al emplazamiento).

9. En algunos contratos de obras el alcance del riesgo a cargo de una de las partes se limita exclusivamente a las pérdidas o daños causados por hechos naturales fortuitos (p. ej., inundaciones, tormentas) y la asignación de los riesgos de pérdidas o daños causados por un tercero del que ninguna de las partes sea responsable se rige por el derecho aplicable. Sin embargo, este enfoque tal vez no sea aconsejable porque en la práctica suelen plantearse situaciones en las que no está claro si las pérdidas o daños resultaron de un hecho fortuito o de un acto de ese tercero.

10. Cuando el contratista está en posesión del equipo, los materiales, la planta durante la construcción o las obras terminadas, pero el comprador asume los riesgos de pérdidas o daños en esos bienes, convendría estipular que el contratista debe adoptar todas las precauciones razonables para evitar o minimizar esas pérdidas o daños. El contratista estará obligado también a notificar inmediatamente al comprador las pérdidas o daños que se produzcan[1].

B. *Equipo y materiales suministrados por el contratista para incorporarlos a las obras*

11. El momento en que el riesgo debe pasar del contratista al comprador tal vez dependa de quién tendrá la posesión del equipo y los materiales y de quién ha de cuidarlos. Además, el traspaso del riesgo no debe tener lugar cuando haya sólo una posibilidad limitada de verificar el estado del equipo y los materiales. Si esto no se hace como es debido en el momento en que se traspasa el riesgo, y más tarde se descubren pérdidas o daños, quizá resulte difícil determinar cuándo se produjeron las pérdidas o daños y quién debe hacerse cargo del riesgo.

12. También puede ser pertinente el tipo de contrato de obras para determinar el momento en que debe transmitirse el riesgo. Si sólo uno de los contratistas asume la responsabilidad de toda la construcción de las obras (en particular, en el caso de un contrato llave en mano), durante la construcción ese contratista asumirá el riesgo de pérdidas o daños en el equipo y los materiales que se incorporarán a las obras. Si, en esos casos, el comprador tuviera que asumir el riesgo en algún momento de la construcción, y las obras no funcionaran de conformidad con el contrato, surgirían controversias acerca de si dicho defecto obedece a pérdidas o daños en el equipo o los materiales cuyo riesgo estaba a cargo del comprador, o al cumplimiento defectuoso por parte del contratista.

13. Pero si en un contrato llave en mano las partes convienen en que el riesgo durante la construcción estará a cargo del comprador, pueden mitigar la dificultad mencionada en el párrafo anterior estipulando que el contratista responderá por defecto de funcionamiento de las obras, salvo que demuestre que fue causado por pérdidas o daños cuyo riesgo estaba a cargo del comprador, y que notifique inmediatamente al comprador esas pérdidas o daños una vez que los descubra o deba descubrirlos.

14. Si en la construcción de las obras participan varios contratistas, el momento en que el riesgo de pérdidas o daños en el equipo y los materiales pasará de uno de los contratistas al comprador quizá dependa de que el personal del contratista tenga que estar presente en el emplazamiento, en el momento de la entrega. Si el personal del contratista debe estar presente y hacerse cargo del equipo y los materiales, que permanecerán en posesión del contratista hasta que se incorporen a las obras, las partes pueden convenir en que el contratista asumirá el riesgo hasta esa incorporación[2].

15. Pero si el personal del contratista no debe estar presente en el emplazamiento en el momento de la entrega, y si el comprador se hará cargo y almacenará el equipo y los materiales hasta que el contratista los utilice en la construcción, el riesgo debe pasar al comprador en un momento adecuado y quedar a cargo del mismo. Las partes tal vez deseen examinar cuál de los momentos que se establecen *infra* puede ser adecuado para el traspaso del riesgo al comprador:

a) El momento en que el equipo y los materiales se entregan al primer porteador para que los traslade al comprador en virtud del contrato, o en el que trasponen la barandilla del barco en el puerto de embarque convenido,

b) El momento en que terminen los trámites aduaneros en la oficina fronteriza del país de exportación, o

---

[1] *Disposición ilustrativa*

"Al construir las obras y cumplir cualquier otra obligación contractual relativa al equipo y los materiales, la planta durante la construcción o las obras terminadas, el contratista adoptará todas las precauciones razonables para evitar cualquier pérdida o daño en ellas, y de cuyo riesgo está a cargo el comprador, así como para minimizar su cuantía. El contratista notificará inmediatamente al comprador cualquiera de esas pérdidas o daños una vez que los descubra o deba descubrirlas."

[2] *Disposiciones ilustrativas*

"1) El contratista asumirá el riesgo de pérdidas o daños, cualquiera que sea su causa, en el equipo y los materiales que suministre hasta que se incorporen a las obras.

"2) No obstante, el riesgo a cargo del contratista no cubrirá las pérdidas o daños causados por el comprador o cualquier empleado de éste [o causados por . . . (indicar aquí los "riesgos exceptuados"; véase el párrafo 8, *supra*) en el país donde se construirán las obras]".

c) El momento en que el comprador recibe el equipo y los materiales o en el que éstos se ponen a disposición del comprador en el emplazamiento[3].

16. Otro enfoque sería estipular que el traspaso de riesgos se efectuará de conformidad con la disposición pertinente de las Reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales (INCOTERMS) de la Cámara de Comercio Internacional aplicables al término comercial (p.ej., CIF o FOB) que las partes han elegido en el contrato[4].

C. *Equipo y materiales suministrados por el comprador para incorporarlos en las obras*

17. En algunos contratos de obras el comprador debe suministrar equipo o materiales que el contratista utilizará en la construcción. En estos casos es preciso aclarar en el contrato cuál de las partes asume el riesgo de pérdidas o daños en ese equipo o materiales.

18. Las partes tal vez deseen estipular que, si el personal del contratista estará presente en el emplazamiento en el momento del suministro por parte del comprador y el contratista asume el riesgo con respecto a la planta durante la contrucción y las obras terminadas hasta la aceptación, el riesgo con respecto al equipo o los materiales suministrados debe pasar del comprador al contratista en el momento en que éste se hace cargo de ellos. Si el contratista incumple esta obligación, el riesgo puede pasar a partir del momento en que comienza la demora del contratista en la recepción. Este enfoque tiene la ventaja de que, si una vez terminada la construcción las instalaciones no funcionan según el contrato a causa de ese equipo o materiales, disminuirían las controversias entre las partes sobre el origen de ese defecto. Su ventaja es menor cuando el comprador asume el riesgo con respecto a la planta durante la construcción y las obras terminadas. En ese caso, originaría un doble traspaso de riesgos (del comprador al contratista y del contratista al comprador cuando el equipo y los materiales están incorporados a la planta). Además, tal vez no se reduzcan sustancialmente las controversias relativas a la causa de un defecto de funcionamiento de las instalaciones, pues el comprador asume el riesgo con respecto a ese equipo y materiales una vez incorporados a la planta. Por tanto, conviene que las partes consideren si el riesgo seguirá a cargo del comprador o si ha de pasar al contratista.

19. Si, debido a que el personal del contratista no estará en el emplazamiento en el momento del suministro, las partes determinan que el riesgo con respecto al equipo y los materiales que suministrará el contratista debe pasar al comprador en el momento de ese suministro o antes de que se suministren al emplazamiento (véase el párr. 15, *supra*), sería aconsejable estipular que el riesgo con respecto al equipo y los materiales que suministrará el comprador también debe quedar a cargo de éste.

D. *La planta durante la construcción y las obras terminadas*

20. Si para construir todas las obras se emplea un solo contratista (en particular, en el caso de un contrato llave en mano), es aconsejable estipular en el contrato que el contratista asume el riesgo de pérdidas o daños en la planta durante la construcción y en las obras terminadas hasta la aceptación (véase el capítulo sobre "Terminación, aceptación y recepción"). Según se indicó en el párr. 12, *supra*, este enfoque puede evitar que surjan controversias acerca de si el hecho de que las instalaciones no funcionan de conformidad con el contrato se debe a un defecto imputable al contratista, o a pérdidas o daños cuyo riesgo estaba a cargo del comprador.

21. El momento en que tiene lugar la aceptación dependerá de las disposiciones contractuales que regulan esta cuestión. Cuando el contrato no prevé en algunos casos la aceptación automática y exige un acto de aceptación del comprador, si el comprador no lo hace, el riesgo puede pasar desde que el comprador está en mora de aceptar. Si se requiere una puesta en marcha a prueba antes de la aceptación de las obras, el contrato puede estipular que el riesgo pasará en el momento de la recepción de las obras por parte del comprador (véase el capítulo sobre "Terminación, aceptación y recepción").

22. Si en la construcción participan dos o más contratistas y el comprador debe coordinar todos los trabajos (véase el capítulo sobre "Selección del tipo de contrato") sería aconsejable prever que el comprador asume el riesgo de pérdidas o daños en la planta durante la construcción. Quizá no sea práctico, ni siquiera posible, que cada uno de los contratistas asuma el riesgo

[3] *Disposiciones ilustrativas*

"1) El riesgo de pérdidas o daños por cualquier causa que sea en el equipo y los materiales que suministrará el contratista para su incorporación a las obras, pasará del contratista al comprador en el momento en que [el equipo y los materiales se entreguen al primer porteador para que las traslade al comprador en virtud del contrato] [el equipo y los materiales transponen la barandilla del barco en el puerto de embarque convenido] [se terminen los trámites aduaneros en la oficina fronteriza del país de exportación del equipo y los materiales en virtud del contrato] [el comprador se hace cargo del equipo y los materiales o en que éstos se ponen a disposición del comprador en el emplazamiento]

"2) Idéntico a 2, párr. 2), *supra*.

[4] *Disposición ilustrativa*

"El equipo y los materiales que suministrará el contratista para su incorporación en las obras se entregarán sobre la base de [FOR . . . (indicando puerto de partida)] [FOT . . . (indicando punto de partida)] [FAS . . . (puerto de embarque convenido)] [FOB . . . (puerto de embarque convenido)] [CYF . . . (indicando puerto de destino)] [CIF . . . (indicando puerto de destino)] [Flete/Porte pagado hasta . . . (indicando punto de destino)] [Flete/Porte y Seguro pagados hasta . . . (indicando punto de destino)] [Sobre Buque . . . (indicando puerto de destino)] [Sobre Muelle (libre de derecho . . . puerto convenido)] [Entregado en Frontera . . . (lugar de entrega convenido en la frontera)] [Entregado Libre de Derechos en . . . (lugar de destino convenido en el país de importación)] y el momento en que el riesgo pasará del contratista al comprador se determinará de conformidad con las Reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales (INCOTERMS) de la Cámara de Comercio Internacional en vigor en la fecha de la celebración del presente contrato." (Las INCOTERMS, tal como fueron modificadas en 1980, figuran en el documento No. 350 de la CCI.)

con respecto a una porción de la planta, pues en ella se puede incorporar equipo y materiales suministrados por más de un contratista, o haberse construido con equipo y materiales suministrados por uno de los contratistas y servicios prestados por otro. No obstante, si uno de los contratistas coordinará la construcción (p. ej., un contratista semi-llave en mano) éste puede asumir el riesgo de pérdidas o daños en la planta y no el comprador.

E. *Consecuencias de la asunción del riesgo*

23. Si el contratista asume el riesgo de pérdidas o daños en el equipo o los materiales que ha suministrado y que se incorporarán a las obras, en la planta durante la construcción o en las obras terminadas hasta la aceptación debe reparar las pérdidas o daños cubiertos por el riesgo a sus expensas lo más rápidamente posible. Para ello debe reponer o reparar, a su propia costa, el bien perdido o dañado. Si el contratista asume el riesgo de pérdidas o daños en el equipo o los materiales suministrados por el comprador, este último debe, a petición del contratista, reparar las pérdidas o daños a costa del contratista, tan pronto como pueda hacerlo en forma conveniente (p. ej., teniendo en cuenta sus otras obligaciones).

24. Si el comprador asume el riesgo de pérdidas o daños en los bienes suministrados por el contratista, esas pérdidas o daños no lo liberarán de su obligación de pagar el precio de los bienes perdidos o dañados. Pero si se producen durante la construcción, debe repararlos lo más rápidamente posible. Como el bien fue suministrado por el contratista, el comprador tal vez prefiera obligarlo a reparar las pérdidas o daños a expensas del comprador. Esta obligación debe limitarse sólo a los casos en que el comprador pide al contratista que repare las pérdidas o daños antes de la expiración del período de garantía. El contratista tendrá derecho a una indemnización por todos los gastos razonables efectuados al reparar las pérdidas o daños. Estará obligado a ello tan pronto como pueda hacerlo en forma conveniente (p. ej., teniendo en cuenta sus demás obligaciones). Una alternativa a este enfoque sería otorgar al comprador el derecho a ordenar al contratista que repare las pérdidas o daños como una orden de modificación. Si el contratista repara las pérdidas o daños se aplicarán las disposiciones relativas al ajuste del precio y a la prórroga del plazo para la construcción en el caso de modificaciones (véase el capítulo sobre "Cláusulas de modificación").

F. *Herramientas y maquinaria del contratista que se utilizarán en la construcción*

25. El contratista llevará al emplazamiento las herramientas y la maquinaria que se utilizarán sólo en la construcción. El riesgo de pérdidas o daños en esos bienes estará a cargo del contratista y no debe pasar al comprador. El contrato puede estipular que, en ciertos casos, el comprador o alguna de las personas que emplea en la construcción podrán utilizar esas herramientas y maquinaria. Pero incluso en esos casos tal vez sea aconsejable que el contratista asuma el riesgo si las herramientas y maquinarias se utilizan de conformidad con el contrato. Sin embargo, si el comprador las utiliza sin el consentimiento del contratista, en una forma inadecuada, o si se demora en devolverlas, el riesgo estará a su cargo. También tendrá que indemnizar al contratista por las consecuencias financieras de las pérdidas o daños en esas herramientas y maquinaria.

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4]

Seguro

Resumen

El contrato debería exigir un seguro de propiedad y un seguro de responsabilidad (párrafos 1 y 2). Deben especificarse los riesgos contra los que se suscribe el seguro, la parte que está obligada a contratar el seguro, las partes y demás entidades cuyos nombres deben figurar como partes aseguradas, el monto del seguro, la cantidad deducible o exceso aplicable, y el período de tiempo que ha de cubrir el seguro.

El seguro de propiedad debe asegurar la planta contra pérdidas o daños durante la construcción y las obras terminadas (párrafos 11 a 18), el equipo y los materiales que se incorporarán a las obras (párrafos 19 a 22) y la maquinaria y herramientas del contratista (párrafo 23). Cuando el contratista ha de asumir el riesgo de pérdidas o daños de toda la planta durante la construcción y de las obras terminadas y, en algunos casos, cuando ha de ser responsable de coordinar la construcción llevada a cabo por otros contratistas, el contratista debería quedar obligado a contratar un seguro que cubra toda la planta y las obras y mantener el seguro vigente (párrafo 12). El nombre del contratista debe figurar como parte asegurada si ha de asumir el riesgo de pérdidas o daños de la planta y las obras; también debe figurar el nombre del comprador como parte asegurada si el riesgo de pérdidas o daños puede pasar a él con anterioridad a la aceptación (párrafo 13).

En lo tocante a los riesgos contra los que debe tomarse un seguro, puede ser conveniente que el contrato exija una póliza a todo riesgo que asegure contra las pérdidas o daños derivados de toda eventualidad, excepto las eventualidades excluidas por la póliza. Igualmente, el contrato debería exigir expresamente un seguro contra pérdidas o daños derivados de las eventualidades excluidas que puedan ser pertinentes para el contrato concreto (párrafos 14 y 15). El contrato podría exigir que el seguro indemnice no sólo por pérdidas o daños de la planta y las obras sino también por la pérdida de utilidades y el aumento de los costos del servicio de deudas. Debería exigir que el seguro indemnice por los gastos de reparación o reemplazo de partes de la planta o de las obras perdidas o dañadas, y los honorarios de profesionales relacionados con las mismas (párrafos 17 y 18).

El contrato puede contener requisitos análogos respecto del aseguramiento de los materiales y el equipo que se incorporarán a las obras (párrafos 19 y 22) y de la maquinaria y herramientas del contratista (párrafo 23).

El seguro de responsabilidad debería asegurar al contratista por pérdidas o daños de la propiedad del comprador o de terceros, y por daños físicos a cualquier persona, como resultado de la ejecución de las obras por el contratista, incluyéndose acciones u omisiones de sus empleados y subcontratistas, así como responsabilidades en concepto de indemnización u otras responsabilidades asumidas por el contratista en virtud del contrato (párrafos 24 a 32).

El contrato puede exigir igualmente al contratista que formalice tipos concretos de seguro de responsabilidad, como, por ejemplo, un seguro de responsabilidad de productos (párrafo 25), un seguro de indemnización profesional (párrafo 26), un seguro contra responsabilidades derivadas del funcionamiento de vehículos (párrafo 28), y un seguro de indemnización a los empleados de las lesiones relacionadas con el trabajo (párrafo 29). Debe exigirse que el seguro de responsabilidad esté vigente con anterioridad al momento en que comience la construcción, y debe cubrir las pérdidas, daños o lesiones que ocurran durante toda la fase de construcción y el período de garantía (párrafo 31).

El contrato debería obligar al contratista a presentar al comprador pruebas apropiadas de que el seguro que el contratista tiene obligación de formalizar está vigente (párrafo 33). Si el contratista no formaliza el seguro exigido, el comprador debería poder tomar el seguro y deducir los costos del mismo de las sumas debidas al contratista, o recuperar estos costos del contratista (párrafo 34). Si, a consecuencia de la falta de cooperación por parte del contratista, el comprador no puede tomar un seguro que el contratista no ha formalizado, el comprador debería poder rescindir el contrato (párrafo 35).

* * *

A. *Observaciones generales*

1. Debido a los riesgos de pérdidas, daños y lesiones que se derivan de un gran número de peligros potenciales durante la construcción de obras industriales, y de las posibles consecuencias financieras de tales riesgos, es habitual que un contrato de obras exija que se tome un seguro contra estos riesgos. Los gobiernos que son compradores, así como prestamistas exigen a menudo tal seguro. El presente capítulo versa solamente sobre el seguro que el contrato puede o debe obligar que tome una parte. No se ocupa de los tipos de seguro que una parte pueda desear tomar, o que deba tomar por prescripción de la ley, pero que el contrato no necesita obligar normalmente a una parte a que lo tome.

2. Por regla general, los contratos de obras contienen disposiciones relativas a:

a) Seguro de bienes, para asegurar las obras terminadas, la planta durante la construcción, el equipo y los materiales que se incorporarán a las obras y la maquinaria y herramientas del contratista contra pérdidas o daños. Este seguro asegura los bienes de que es propietario el asegurado y en el que tiene un interés asegurable (v.g. la propiedad respecto de la cual asume el riesgo de pérdidas o daños);

b) Seguro de responsabilidad, que asegura al contratista por su responsabilidad de pérdidas, daños o lesiones causados en relación con su ejecución del contrato, así como su responsabilidad en virtud de indemnizaciones que él ha concedido al comprador en el contrato.

3. El que una parte haya tomado un seguro que cubra ciertos riesgos no debería constituir un límite de las responsabilidades u obligaciones de esa parte en virtud del contrato, incluso si el contrato le exige que formalice un seguro contra esos riesgos. El contrato debería contener una disposición expresa a esos efectos.

4. Las cláusulas del contrato relativas al seguro deberían especificar los riesgos contra los que hay que asegurarse así como la parte que está obligada a tomar el contrato, las partes y otras entidades cuyos nombres deben figurar como asegurados, el monto del seguro, la cantidad deducible o exceso, si procede, aplicable a cada riesgo (i.e.: la cuantía de una pérdida financiera que el asegurado debe asumir personalmente, mientras que el asegurador indemniza en virtud de la póliza del seguro solamente en la medida en que la pérdida rebase dicha cantidad), y el período de tiempo que ha de cubrir el seguro. Debido a la índole compleja y a menudo única de los proyectos de obras industriales, la cobertura del seguro tendrá que ajustarse por regla general para satisfacer las circunstancias concretas del proyecto.

5. Las partes deberían percatarse de que el tipo o el monto de seguro que puede formalizarse estarán limitados por las disponibilidades del mercado de seguros. Es dable que no se disponga de alguna cobertura que una parte pueda estimar conveniente. Otro tipo de cobertura podría obtenerse solamente a un costo que quizá no esté justificado económicamente en un proyecto concreto. Por lo tanto, al redactar las disposiciones sobre seguros, las partes deberían tener presente si se puede obtener la cobertura prevista a tarifas razonables.

6. El monto del seguro exigido por el contrato y el alcance de los riesgos asegurados no deben rebasar las magnitudes que sean necesarias o prudentes con arreglo a las circunstancias del proyecto. Los compradores deberían tener presente que, incluso si el contratista toma y paga el seguro, por regla general el comprador correrá en definitiva con los costos del seguro. Por ejemplo, en un contrato a precio alzado los costos del seguro tomado por el contratista quedarán reflejados en el precio cobrado por éste; y en un contrato de costo reembolsable esos costos correrán a cargo del comprador directamente. El seguro excesivo exigido por el comprador aumentará innecesariamente el precio que debe pagar. Además, en un contrato a precio alzado, la imposición de costos excesivos de seguro al contratista puede tentarle a reducir otros costos, con objeto de

mantener el atractivo de su oferta o su margen de beneficio. Tal práctica podría afectar negativamente a la calidad de las obras que ha de suministrar al comprador. Cuando se tiene proyectado que el contratista estará obligado a proporcionar ciertos tipos de seguro, puede que el comprador desee juzgar si le resultaría ventajoso económicamente obtener el seguro por sí mismo, así como la conveniencia de concertar que los diversos tipos de seguro deberían estar sujetos a cantidades deducibles o excedentes por el monto que sea prudente, teniendo en cuenta la índole y magnitud de los riesgos en cuestión.

7. Es recomendable que el programa de seguro de la planta durante la construcción y de las obras terminadas esté coordinado en la mayor medida dentro de lo práctico y lo posible. La existencia de numerosas pólizas por separado que cubren distintos riesgos y a distintas partes y han sido expedidas por diferentes aseguradores, quizá en países distintos, conduce a menudo a la repetición del seguro contra algunos riesgos y a lagunas respecto del seguro contra otros. Suele resultar conveniente que una sola póliza cubra el mayor número posible de riesgos y partes. Si son necesarias pólizas por separado, puede resultar conveniente que se expidan por el mismo asegurador. Por regla general, suele ser posible alcanzar un mayor grado de coordinación en el programa de seguro en un contrato llave en mano que cuando participan varios contratistas.

8. Las partes deben tener conocimiento de toda norma de ley obligatoria relativa al seguro respecto de la construcción de obras industriales. Por ejemplo, el derecho interno de algunos países exige que se tome seguro con aseguradores de tales países contra pérdidas, daños o lesiones sobrevenidos en relación con la construcción de obras en esos países (véase también el párrafo 27, *infra*).

B. *Seguro de bienes*

9. El contrato exigirá la contratación de un seguro contra pérdidas o daños en las obras terminadas, la planta durante la construcción, el equipo y los materiales que se incorporarán a las obras y la maquinaria y herramientas del contratista. Este seguro cubrirá las pérdidas o daños resultantes de causas naturales y de actos y omisiones de personas de las que ninguna de las partes sea responsable.

10. El seguro contra pérdidas o daños en las obras terminadas, la planta durante la construcción y el equipo y los materiales no resarcirá, salvo hasta un monto limitado, los gastos de sustitución o reparación del equipo o los materiales defectuosos suministrados por el contratista o de las partes de la planta o de las obras que éste haya construido defectuosamente. Además, el seguro, en general, no cubrirá pérdidas o daños en la planta o las obras resultantes de errores de diseño. Pero el seguro, con frecuencia, resarcirá la reparación y sustitución de las partes de la planta y de las obras, y del equipo y los materiales, que no sean defectuosos o que no hubieran sido diseñados o construidos defectuosamente. Las pérdidas o daños resultantes de errores de diseño podrán cubrirse con un seguro de indemnización profesional (véase el párr. 26, *infra*). Cabe observar, sin embargo, que este tipo de seguro normalmente cubre sólo las pérdidas o daños resultantes de la negligencia en el diseño, mientras que la exclusión en el seguro de propiedad, de las pérdidas o daños resultantes del diseño defectuoso podría extenderse también a las pérdidas o daños resultantes de defectos no imputables a negligencia. Por eso, a menudo será incompleta la cobertura de pérdidas o daños en la planta o las obras resultantes de errores de diseño.

1. *Seguro de la planta durante la construcción y de las obras terminadas*

11. El seguro de la planta durante la construcción y las obras terminadas debe cubrir también las estructuras temporales y las estructuras auxiliares de las obras, como instalaciones administrativas y de mantenimiento. El contrato debe exigir que este seguro cubra la planta y las obras hasta la recepción definitiva de las obras por parte del comprador. Después de la recepción definitiva, las obras, por supuesto, estarán cubiertas por un seguro tomado por el comprador, pero no es necesario que el contrato contenga una cláusula a ese efecto.

12. Los contratos llave en mano, y otros tipos de contrato en los que el contratista asume el riesgo de pérdidas o daños en toda la planta durante la construcción y en las obras terminadas antes de la recepción definitiva deben obligar al contratista a contratar y mantener vigente un seguro contra pérdidas o daños en la planta y las obras. En los contratos semi-llave en mano o llave en mano, parcial o bien, si se adopta un enfoque por contratos separados para el suministro y la construcción de las obras (véase el capítulo sobre "Selección del tipo de contrato"), no es conveniente que cada contratista proporcione un seguro que cubra sólo la parte de la planta y de las obras que él suministra y construye. Esto podría originar una duplicación de los costos de seguro y suscitar problemas para resolver una reclamación por pérdidas o daños que concierna a dos o más contratistas. Por consiguiente, en dichos casos el comprador normalmente deberá asegurar contra pérdidas o daños la planta y las obras en conjunto. No obstante, cuando un contratista debe coordinar la construcción que realizan otros contratistas, tal vez se vea obligado a contratar y mantener vigente dicho seguro hasta la recepción definitiva por parte del comprador.

13. El contrato deberá establecer quiénes serán designados como partes aseguradas en la póliza de seguro. Si el riesgo de pérdidas o daños en la planta durante la construcción y en las obras terminadas antes de la aceptación correrá a cargo del contratista, éste se designará como asegurado. Si el riesgo de pérdidas o daños puede traspasarse al comprador antes de la recepción definitiva (véase el capítulo sobre "Terminación y recepción provisional y definitiva de las obras"), debe designarse también como parte asegurada al comprador. Si el riesgo de pérdidas o daños en toda la planta durante la construcción correrá a cargo del

comprador (véase el capítulo sobre "Traspaso de riesgos"), será él la parte asegurada.

14. Pueden adoptarse diferentes criterios con respecto a los riesgos que el contrato exige cubrir con un seguro de propiedad. Por ejemplo se podría estipular en el contrato que el seguro debe cubrir toda pérdida o daño resultante de cualquier peligro. Pero las partes han de saber que es difícil obtener un seguro que satisfaga un requisito de tan vasto alcance. Las pólizas de seguro, incluso las denominadas a todo riesgo suelen excluir los riesgos de pérdidas o daños resultantes de diversos peligros.

15. Algunos aseguradores proporcionan una póliza de seguro global que cubre pérdidas o daños contra todo peligro, salvo algunos excluidos específicamente, como el desgaste, la explosión, las averías mecánicas o eléctricas (con respecto a la parte de la planta o de las obras inmediatamente afectadas por dichos peligros) y las ondas expansivas causadas por aviones. Pueden asegurarse mediante endosos especiales en la póliza, o mediante una póliza separada con un costo adicional, las pérdidas o daños resultantes de algunos peligros excluidos, como pérdidas o daños dimanados de instalación y el uso de equipo en las obras (por ejemplo, explosión y avería eléctrico-mecánica). Si el contrato exige una póliza global de seguro de propiedad, las partes han de examinar cuidadosamente si la póliza excluye cualquier peligro que entrañe riesgos que deben cubrirse con seguro, dado el carácter de la construcción que ha de ejecutarse según el contrato. Es preferible que el contrato exija una póliza global de seguro de propiedad y un seguro adicional contra riesgos resultantes de los peligros excluidos en la póliza global, en lugar de especificar todos los peligros que debe cubrir el seguro.

16. El contrato podrá excluir los riesgos que surgen de algunos peligros (los denominados "riesgos exceptuados") de los riesgos a cargo del contratista (véase el capítulo sobre "Traspaso de riesgos"). Si se adopta este criterio, será conveniente, en lo posible, que el seguro que el contratista está obligado a contratar cubra también los riesgos resultantes de dichos peligros excluidos. De otra manera, el comprador tendrá que contratar seguros separados para estos riesgos. Dicha división del seguro podría dar lugar a lagunas o a una duplicación innecesaria del seguro, y a costos de aseguración más altos. Además, en el caso de pérdidas o daños, podría surgir una controversia, con pérdida de tiempo y onerosa, acerca de si las pérdidas o daños estaban cubiertas por el seguro tomado por el contratista o por el seguro tomado por el comprador.

17. El seguro de la planta durante la construcción y de las obras teminadas indemnizará normalmente las pérdidas o daños en la propiedad. En general, no indemnizará otro tipo de pérdidas. Por ejemplo, no indemnizará pérdidas tales como las pérdidas de utilidades y el aumento de los gastos de servicio de un préstamo resultantes de que las obras no se pueden terminar a tiempo debido a pérdidas o daños en la planta. No obstante, dichas pérdidas pueden cubrirse mediante un endoso o póliza especial, y si el comprador desea tener dicha cobertura, el contrato debe exigirla expresamente.

18. El contrato debe establecer que el seguro de propiedad resarcirá el costo de reparación o sustitución de las partes perdidas o averiadas de la planta o las obras. Además, establecerá que el seguro resarcirá los costos relacionados con la reparación o sustitución, tales como honorarios de arquitectos, inspectores, abogados e ingenieros, y los costos relacionados con el desmontaje y la extracción de las partes averiadas. El monto del seguro exigido debe cubrir todos los diversos tipos de indemnización que ha de proporcionar el seguro. Por consiguiente, el contrato tal vez prevea los efectos de la inflación al deteminar dicho importe.

2. *Aseguramiento de los materiales y el equipo que se incorporarán a las obras*

19. El contrato debe exigir expresamente el seguro contra pérdidas o daños en el equipo y los materiales que se incorporarán a las obras. Establecerá que este seguro estará en vigor desde el momento en que el equipo y los materiales se expiden al emplazamiento hasta el momento en que se incorporan a las obras. Una vez que el equipo y los materiales se hayan incorporado los cubrirá el seguro de la planta y de las obras que se examinó en la subsección anterior. En algunos casos puede ser conveniente exigir que la cobertura comience antes de la expedición (por ejemplo, cuando el equipo o los materiales hayan sido indentificados en el contrato). Dicho requisito convendría, por ejemplo, si las pérdidas o daños que sufran el equipo o los materiales en los locales del contratista antes de la expedicicón afectaran negativamente los recursos financieros del contratista y, en consecuencia, su capacidad de cumplir el contrato.

20. Es aconsejable que una sola póliza asegure el equipo y los materiales durante todo el período que se menciona en el párrafo anterior. Si el equipo y los materiales se aseguran mediante pólizas distintas para cada una de las etapas de este período (por ejemplo, tránsito, almacenamiento fuera y dentro del emplazamiento), la cobertura podría ser incompleta o superpuesta. Además, si el seguro para cada etapa se contrata en pólizas separadas, en el caso de pérdidas o daños tal vez sea necesario identificar la etapa en que se produjeron. Esto puede ser difícil o imposible en muchos casos. Algunas de las pólizas globales que se describen en el párr. 15 *supra* aseguran el equipo y los materiales durante todo el período. Cuando no sea posible contratar un seguro para todo el período mediante una única póliza (por ejemplo, si la póliza global no cubre el equipo y los materiales antes o durante el tránsito), el contrato exigirá que las distintas pólizas que cubren las diferentes etapas se tomen con el mismo asegurador.

21. En un contrato llave en mano, y en otros tipos de contrato en los que el riesgo de pérdidas o daños en el equipo y los materiales sigue a cargo del contratista hasta que estos se incorporen a las obras, el contratista deberá proporcionar y mantener vigente el seguro que se

describe en esta subsección, siendo el mismo contratista la parte asegurada. En contratos en los que el riesgo con respecto al equipo o los materiales se traspasa al comprador antes de que se incorporen a las obras, ambos, el contratista y el comprador, deben designarse como partes aseguradas.

22. El examen que figura en los párrs. 14 a 18, *supra,* referente a los riesgos que han de cubrirse y a la cuantía del seguro que debe exigirse, se aplica igualmente al seguro del equipo y de los materiales.

3. *Seguro de la maquinaria y las herramientas del contratista*

23. En determinados proyectos, tal vez convenga obligar al contratista a asegurar su maquinaria y herramientas contra pérdidas o daños que se produzcan durante el envío al emplazamiento, mientras se encuentran almacenados fuera del emplazamiento y mientras se hallan en este último. Si deben asegurarse, se deben cubrir contra los mismos riesgos que las obras, la planta durante la construcción, y el equipo y los materiales que se incorporarán a las obras. Quizá sea posible incluir esta cobertura en una póliza de seguro global que cubra la planta y las obras.

C. *Seguro de responsabilidad*

24. El contrato ha de estipular que el contratista deberá asegurarse contra su responsabilidad por las pérdidas o daños que pudieran afectar a la propiedad del comprador o de un tercero, y por lesiones a cualquier persona, resultantes del cumplimiento del contrato por parte del contratista, incluso de actos u omisiones de sus empleados y subcontratistas. Además, el contratista deberá asegurarse contra cualquier indemnización u otras responsabilidades que asume en virtud del contrato (por ejemplo, la obligación de indemnizar al comprador por la responsabilidad de éste ante terceros). El contratista, con frecuencia, mantiene un seguro abierto que cubre algunas de estas obligaciones en el curso normal de sus actividades. Este seguro no deberá duplicarse; más bien, el contratista proporcionará un seguro adicional si es necesario para cubrir plenamente los riesgos y el plazo, y alcanzar el monto, que se exigen en el contrato.

25. El seguro de responsabilidad, a menudo no cubrirá la responsabilidad del contratista frente al comprador por defectos en las obras resultantes de una falta del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato (por ejemplo, responsabilidad por suministro de equipo o materiales defectuosos o por construcción defectuosa). Sin embargo, algunas pólizas de seguro de responsabilidad pueden cubrir la responsabilidad del contratista por pérdidas o daños en partes de la planta en las que no se está trabajando, resultantes de actos u omisiones del contratista durante la construcción. El contrato puede exigir dicho seguro. El contrato debe obligar al contratista a asegurarse contra su responsabilidad por pérdidas o daños que afecten la propiedad de un tercero, y por lesiones a cualquier persona, resultantes de defectos en las obras que ha construido. Si bien dicha cobertura suele incluirse en las pólizas de seguro de responsabilidad, quizá sea necesario que el contratista obtenga dicha cobertura tomando una póliza de seguro de responsabilidad de cada producto.

26. Si el contratista debe proporcionar servicios de arquitectura, diseño o servicios especializados análogos de índole profesional, el contrato debe obligar al contratista a tomar un seguro de indemnización profesional. Este cubre la responsabilidad del proveedor de dichos servicios especializados por las pérdidas o daños que sufran el comprador o terceros, o su propiedad, resultantes de la negligencia en la prestación de dichos servicios.

27. En algunos países, la legislación hace responable a los contratistas por los defectos estructurales en las obras durante el primer decenio de vida de éstas y el seguro contra dicha responsabilidad es obligatorio. No obstante, si bien puede obtenerse el seguro de responsabilidad frente a terceros por pérdidas y daños resultantes de dichos defectos, quizá sea difícil obtener un seguro de responsabilidad frente al comprador por los defectos o el derrumbe de las obras.

28. Es posible que la responsabilidad por pérdidas o daños en la propiedad y por lesiones personales resultantes del empleo de automotores que posean o utilicen el contratista y los subcontratistas tenga que asegurarse por separado. El contrato debe exigir concretamente dicho seguro, que en muchos países es obligatorio. Del mismo modo, debe exigir la cobertura de la responsabilidad por el empleo de aviones y embarcaciones, cuando se utilizaran en la construcción de las obras.

29. En muchos ordenamientos jurídicos existen normativas que prevén la indemnización de los trabajadores que hayan sufrido lesiones en la obra y de otros empleados de las partes y de los subcontratistas. Algunas de las normativas exigen que los empleadores proporcionen seguro para indemnizar a los empleados por las lesiones sufridas con ocasión del trabajo. En otros ordenamientos jurídicos son los trabajadores quienes han de buscar reparación acogiéndose a los principios jurídicos generales que rigen los daños y perjuicios. El contrato debería obligar al contratista a proporcionar el seguro que exijan las leyes pertinentes. Si no se exige seguro, el contratista debería estar obligado a suscribir una póliza de responsabilidad civil por lesiones a sus empleados y a los de sus subcontratistas. Además, si las leyes pertinentes exigen seguro de indemnización por lesiones sufridas por empleados hasta cierta cantidad, pero los empleados pueden recuperar una cantidad superior al monto de seguro exigido, debería exigirse seguro contra este riesgo excesivo, además del seguro exigido por la ley. En algunos ordenamientos jurídicos, los empleados de un contratista o de un subcontratista que hayan sufrido lesiones pueden obtener indemnización del comprador. En consecuencia, el contrato debería obligar al contratista a designar al comprador, así como al contratista, como asegurados en el seguro

que se describe en el presente párrafo (véase también el párr. 32, *infra*).

30. Las cantidades de cobertura de seguro que han de proporcionar los tipos de seguros descritos en la presente sección dependerán de la magnitud de los riesgos presentes en un proyecto concreto, la medida en que resulta económicamente prudente asegurarse contra esos riesgos, y otros factores, como, por ejemplo, la cantidad de un tipo concreto de cobertura que debe proporcionarse con arreglo a la ley.

31. El contrato debería exigir al contratista que el seguro del que se ocupa esta sección esté vigente con anterioridad al momento que él o cualquier subcontratista comienza la construcción en el emplazamiento. Debería cubrir pérdidas, daños o lesiones que ocurran durante toda la fase de construcción y el período de garantía.

32. Dada la posibilidad de que un solo incidente que cause pérdidas, daños o lesiones a terceros podría dar lugar a reclamaciones contra varios participantes en la construcción o contra todos ellos (v.g.: comprador, contratista y subcontratista), suele ser prudente que cada uno de estos participantes obtenga un seguro de responsabilidad civil por pérdidas, daños o lesiones. El método más conveniente de lograrlo consistiría en que los nombres de todos los participantes figurasen como asegurados en una póliza. Si tomasen pólizas de seguro por separado, y si las pérdidas, daños o lesiones sufridas por terceros pudiesen haber sido causadas por más de un participante, los diversos participantes y sus compañías de seguros podrían verse envueltos en un litigio largo y costoso para determinar cúal de ellos debe asumir en definitiva las pérdidas o en qué medida deben contribuir los participantes a la indemnización que ha de pagarse al demandante. Si no es posible que todos los participantes estén asegurados en una sola póliza, todas las pólizas que cubran a los diversos participantes deben tomarse con el mismo asegurador. Tal requisito debería estipularse expresamente en el contrato.

D. *Comprobación del seguro*

33. A fin de que el comprador pueda convencerse de que el contratista ha cumplido sus obligaciones de proporcionar seguro y mantenerlo vigente, el contrato debería obligar al contratista a mostrar al comprador, cuando éste así se lo exija, duplicados de las pólizas de seguros o certificados de seguro que indiquen todas las condiciones pertinentes de las pólizas, y recibos del pago de las primas.

E. *Falta de contratación de seguros por parte del contratista*

34. El contrato debería estipular que si el contratista dejase de contratar o mantener en vigor un seguro obligatorio, el comprador podrá obtener el seguro. En un contrato a precio alzado, el comprador debería poder deducir de las sumas debidas al contratista o recuperar de éste la cantidad en que la suma pagada por el comprador por el seguro rebase lo que hubiese costado el seguro si el contratista hubiese cumplido su obligación de obtenerlo o mantenerlo vigente.

35. El contrato debería estipular que si, debido a la falta de cooperación del contratista con el comprador o el asegurador, el comprador no puede obtener o mantener vigentes ciertos tipos de seguro que el contratista estaba obligado a proporcionar o mantener vigente y no lo hizo, el comprador puede rescindir el contrato. Además, el contrato debería estipular que el contratista sea responsable ante el comprador de las pérdidas o daños sufridos por éste a consecuencia del incumplimiento del contratista.

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5]

Subcontratación

Resumen

El término "subcontratación" utilizado en esta Guía se refiere al empleo por parte del contratista de un tercero para cumplir algunas de las obligaciones que ha contraído en virtud del contrato (párrafo 1). Conviene incluir en el contrato disposiciones relativas al alcance que puede tener la subcontratación, la elección de subcontratistas y otros aspectos de la subcontratación.

Como una característica general de la subcontratación en un contrato de obras no debe crearse una relación contractual entre el comprador y el subcontratista y el contrato ha de ratificar con claridad este principio. Además, el contrato debe especificar que el contratista responderá al comprador por el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los subcontratistas en los mismos términos en que respondería si el propio contratista no cumpliera sus obligaciones. El contrato también debe exigir que el contratista indemnice al comprador en los casos en que se haga efectiva cualquier responsabilidad del comprador frente a terceros resultante de un acto u omisión del subcontratista, en los mismos términos en que estaría obligado a indemnizar al comprador si se tratase de su propio acto u omisión (párrafo 5).

Sin embargo, en algunos casos quizá convenga que el contrato autorice al comprador a comunicarse directamente con los subcontratistas. Así, el contrato podría obligar al contratista a autorizar al subcontratista a actuar en su nombre en el arreglo con el comprador de algunas cuestiones relacionadas con el cumplimiento por parte del subcontratista.

En algunos casos, puede preverse que el contratista subcontrate el cumplimiento de la mayor parte o de todas sus obligaciones. En otros, tal vez sea conveniente que el contrato prohíba al contratista subcontratar el cumplimiento de todas o parte de sus obligaciones (párrafos 7 y 8).

Con respecto a la elección de los subcontratistas, las partes podrían considerar tres enfoques básicos: la adopción de un determinado enfoque dependerá del interés del comprador en influir en la elección del subcontratista (párrafos 9 a 12). El primer enfoque es que el contratista elija al subcontratista sin que el comprador participe para nada en dicha elección.

Según el segundo enfoque, antes de celebrar el contrato las partes deben convenir en los subcontratistas que empleará el contratista o bien en una lista de subcontratistas aceptables entre quienes el contratista elegirá sus subcontratistas (párrafos 13 y 14).

Según el tercer enfoque, el contrato no especificará los subcontratistas que puede emplear el contratista. Pero, el contratista podrá elegir un subcontratista siempre que el comprador lo consienta o no lo objete (párrafos 15 a 19).

Otra posibilidad es que, el comprador designe al subcontratista, facultándose al contratista para oponerse si el subcontratista designado no acepta estipulaciones del subcontrato que protegen debidamente sus intereses, o si el contratista tiene otras objeciones razonables con respecto al subcontratista (párrafos 20 a 23). No obstante, el sistema de designación deberá utilizarse con cautela y una cabal comprensión de los procedimientos y cláusulas contractuales y sus consecuencias (párrafos 24 y 25).

Normalmente, el comprador no podrá reclamar directamente contra el subcontratista por incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Si el comprador desea que el subcontratista asuma determinadas obligaciones, tales como las de confidencialidad o de garantía, y si el comprador desea estar facultado para reclamar directamente contra el subcontratista por el incumplimiento de dichas obligaciones, el contrato debe prever mecanismos a ese efecto (párrafo 26).

El contrato podrá autorizar al comprador a pagar directamente al subcontratista si el contratista no ha pagado las sumas debidas al subcontratista. Estos pagos directos podrían someterse a la condición de que el comprador haya enviado al contratista una petición de prueba de que ha efectuado el pago adecuado al subcontratista, y que el contratista, dentro de un plazo determinado, no presente dicha prueba al comprador o no le dé ninguna explicación que sea justificación suficiente de su falta de pago (párrafos 27 a 31).

* * *

A. *Observaciones generales*

1. El término "subcontratación" utilizado en esta Guía se refiere al caso en el que el contratista recurre a un tercero para cumplir algunas de sus obligaciones derivadas del contrato. El término incluye, por ejemplo, los terceros que emplea el contratista para la construcción de las obras o el suministro de otros servicios en el emplazamiento, así como los que fabrican para el contratista el equipo que se incorporará en las obras.

2. Es común que un contratista emplee subcontratistas para cumplir algunas de sus obligaciones derivadas de un contrato de obras. El contratista tal vez no posea la experiencia ni los recursos de personal, equipo y financieros necesarios para cumplir por sí mismo todos los trabajos especializados a que se ha comprometido en el contrato. Aun cuando el contratista pueda cumplir todas sus obligaciones contractuales por sí mismo, tal vez las reglamentaciones vigentes en el país donde se construirán las obras exijan el empleo de subcontratistas locales para ejecutar algún tipo de trabajo. En algunos países, los contratos de construcción de obras industriales se celebran con una organización de comercio exterior, o una entidad análoga, y esta entidad subcontrata la ejecución de las obligaciones de construcción en virtud del contrato.

3. Es conveniente que los contratos de obras consignen cláusulas relativas al alcance que puede tener la subcontratación, a la elección de subcontratistas y a otros aspectos de la subcontratación. A falta de ellas, en algunos sistemas jurídicos, el contratista podrá subcontratar más libremente de lo que convendría desde el punto de vista del comprador; otros sistemas jurídicos restringen su capacidad de subcontratar sin el consentimiento expreso del comprador. Al formular estas disposiciones, las partes deben conocer todas las normas imperativas del derecho aplicable al contrato, así como las normas jurídicas vigentes en el país donde se construirán las obras.

4. Como una característica general de la subcontratación en un contrato de obras no se debe crear ninguna relación contractual entre el comprador y el subcontratista. El contrato debe confirmar claramente este principio con respecto a todos los casos de subcontratación. El contrato debe estipular expresa y claramente que el contratista responderá ante el comprador por cualquier incumplimiento por parte del subcontratista de una de sus obligaciones, en los mismos términos en que respondería si él mismo no cumpliera dicha obligación. Al mantener la responsabilidad del contratista por el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato, se mantendrá el derecho del comprador a una reparación por el cumplimiento defectuoso o por el incumplimiento de una obligación del contratista. Además, se evitará que el comprador no pueda obtener dicha reparación por la imposibilidad de probar si el defecto resulta del incumplimiento del contratista o del incumplimiento del subcontratista.

5. Además de estipular que el contratista debe responder al comprador por el incumplimiento del subcontratista, el contrato ha de obligar al contratista a indemnizar al comprador por cualquier responsabilidad que éste tenga frente a terceros como consecuencia de un acto u omisión del subcontratista, en los mismos

términos en que el contratista debería indemnizar al comprador si se tratase de su propio acto u omisión[1].

6. Pero la separación del comprador y del subcontratista no significa necesariamente que no deba existir comunicación entre estas dos entidades. En algunos casos, quizá al comprador le convenga estar facultado para comunicarse directamente con un subcontratista, en particular cuando entran en juego cuestiones técnicas, a fin de que el comprador y el subcontratista puedan examinar y comprender correctamente dichos asuntos. Por consiguiente, el contrato podrá obligar al contratista a autorizar al subcontratista a actuar en su nombre cuando se tratan con el comprador algunas cuestiones relacionadas con el cumplimiento por parte del subcontratista.

B. *Derecho del contratista a subcontratar*

7. En ciertas situaciones, puede suponerse que el contratista subcontratará el cumplimiento de la mayoría o de la totalidad de sus obligaciones como, por ejemplo, cuando el contratista suministra la tecnología para los obras y el comprador depende de los conocimientos técnicos de éste para elegir y supervisar a los subcontratistas que construirán las obras en las que se incorporará esta tecnología. En otros casos, puede ser conveniente que el contrato prohíba al contratista subcontratar el cumplimiento de la totalidad de sus obligaciones contractuales. El grado y la naturaleza de las obligaciones cuya subcontratación puede permitirse al contratista deberían depender de la medida en que el comprador, dada su dependencia de los conocimientos técnicos y la reputación del contratista, o a causa de la índole de una obligación, espere que la obligación sea cumplida por el propio contratista. Por ejemplo, en un contrato llave en mano, puede optarse por un contratista por su capacidad de suministrar un elemento principal concreto de las obras. En tal caso, no debería permitirse al contratista que este componente fuese suministrado por un subcontratista. Además, es posible que un comprador desee limitar o prohibir que el contratista subcontrate si el comprador ha de suministrar el diseño y desea proteger el carácter confidencial de éste.

8. Existen dos enfoques diferentes mediante los cuales el contrato puede delimitar el alcance de la subcontratación permisible. Con arreglo a uno de ellos, el contrato podría precisar las obligaciones que el contratista no puede subcontratar, y estipular que todas las demás obligaciones pueden ser subcontratadas, sujeto a las demás disposiciones del contrato (por ejemplo: las que se abordan en la sección siguiente). Según el otro enfoque, la cláusula podría prohibir la subcontratación de cualquiera de las obligaciones del contratista salvo las que especifica la cláusula que el contratista puede subcontratar, sujeto una vez más a las demás disposiciones del contrato. La decisión sobre el enfoque que ha de adoptarse puede depender de la índole del contrato. En un contrato llave en mano, por ejemplo, en el que suele suponerse que una proporción relativamente elevada de las obligaciones del contratista serán subcontratadas en contraposición a otros tipos de contrato, quizá sea preferible especificar las obligaciones que no pueden subcontratarse, si las hubiere, y permitir la subcontratación de otras.

C. *Elección de los subcontratistas*

9. En los casos en que se permite al contratista subcontratar, las partes podrían considerar los siguientes enfoques básicos de la elección de los subcontratistas. Con arreglo al primero, el contratista eligirá a los subcontratistas sin ninguna participación del comprador en la elección. El segundo enfoque consistiría en que las partes se pondrían de acuerdo sobre los subcontratistas antes de firmar el contrato y se estipularían en éste los subcontratistas. Existe un tercer enfoque en el que no se estipularían en el contrato subcontratistas concretos; en su lugar, el contratista eligiría a los subcontratistas sujeto a la aprobación del comprador, o éste eligiría a los subcontratistas sujeto al derecho del contratista de hacer objeciones a la elección. Es posible que el contrato estipule distintos enfoques de la elección de subcontratistas para cumplir obligaciones diferentes.

10. Las partes pueden estimar conveniente adoptar el primer enfoque en aquellos casos en que el comprador tiene poco interés, o ninguno, en la elección de los subcontratistas, por ejemplo, la elección de subcontratistas para suministrar ciertos servicios rutinarios y no críticos.

11. En muchas ocasiones, sin embargo, el comprador tiene un interés preciso en la elección de un subcontratista. En primer lugar, puede estar interesado en que las obligaciones subcontratadas sean cumplidas por una empresa que posea los conocimientos técnicos y los recursos necesarios para atenderlas de forma satisfactoria. En segundo término, en aquellos contratos en que el precio cobrado por un subcontratista afectará directamente al precio pagadero por el comprador al contratista, como, por ejemplo, un contrato de costos reembolsables, el comprador estará interesado en que las obligaciones subcontratadas sean cumplidas al precio más razonable. En tercer lugar, el comprador quizá desee cerciorarse de que elementos concretos del equipo que será instalado se ajusten a ciertas normas que sólo

[1] *Disposiciones ilustrativas*

"1) Todo subcontratista empleado por el contratista lo será tan sólo de éste y ninguna disposición del presente contrato se interpretará o aplicará de modo que genere o entrañe la existencia de una relación contractual entre el comprador y cualquier subcontratista, salvo en la medida en que el presente contrato disponga expresamente lo contrario.

"2) El contratista responderá al comprador de toda omisión de un subcontratista en el cumplimiento de una obligación del contratista derivada del presente contrato en la misma medida en que el contratista respondería si él mismo hubiera cumplido dicha obligación. La subcontratación por parte del contratista o la facultad de éste de subcontratar no disminuirán ni eliminarán la responsabilidad del contratista por el cumplimiento cabal de sus obligaciones de conformidad con el presente contrato.

"3) El contratista conviene en indemnizar y proteger de perjuicio al comprador en relación con cualquier responsabilidad que tenga que asumir el comprador frente a un tercero resultante de un acto u omisión de uno de los subcontratistas, en los mismos términos en que debería indemnizar y proteger de perjuicio al comprador si dicha responsabilidad resultara de su propio acto u omisión."

pueden ser satisfechas por algunos subcontratistas. En cuarto lugar, el comprador tal vez desee poder limitar al contratista al empleo de subcontratistas locales, o puede estar obligado a hacerlo por la ley local. En quinto término, es posible que el comprador, debido a acuerdos con organizaciones extranjeras de financiación, esté obligado a llevar a cabo un cierto volumen de subcontratación con subcontratistas del país al que pertenece la organización.

12. Estas circunstancias podrían reconciliarse si el contrato estipulase que el comprador participe en la elección de un subcontratista. El grado y la índole de la participación del comprador pueden variar, según el tipo de contrato entre el contratista y el comprador y la importancia para éste de poder fiscalizar el costo y la calidad del cumplimiento de la obligación que se ha de subcontratar y la identidad del subcontratista. No obstante, los compradores deben percatarse de que la facultad de obligar a un contratista a otorgar un subcontrato a un subcontratista dado puede resultar más costosa para ellos, ya que el contratista tendrá que incluir en su precio los costos de ejercer una supervisión mayor de un subcontratista con el que puede no estar familiarizado, así como un incremento para cubrir su mayor riesgo que se deriva de ser responsable ante el comprador respecto de tal subcontratista.

13. De ser posible, y en particular si el elemento o servicio que ha de suministrar un subcontratista es crítico para las obras, es recomendable que las partes lleguen a un acuerdo sobre los subcontratistas antes de firmar el contrato y que éstos queden especificados en el mismo (por ejemplo: el segundo enfoque a que se refiere el párr. 9, *supra*). De este modo se evitarán controversias sobre la elección de subcontratistas en casos concretos. También se evitarán interrupciones del trabajo y consecuencias financieras que pueden derivarse en casos en los que una parte no está conforme con un subcontratista propuesto por la otra. Además, ese enfoque puede contribuir a evitar que el contratista trate de obtener ofertas favorables después que haya sido adjudicado el contrato. Es esta una práctica por la que un contratista utiliza una oferta que ha obtenido de un subcontratista, sobre la que basa su propio precio de contrato, para tratar de obtener ofertas inferiores de otros subcontratistas, y posiblemente forzar al primer subcontratista a presentar una oferta más baja. Si el contratista logra obtener un precio más bajo del subcontratista (lo que, en la mayoría de contratos a precio alzado, no beneficiará al comprador), el subcontratista puede tener un aliciente para cumplir menos satisfactoriamente con objeto de impedir que se reduzca su margen de beneficios.

14. Con arreglo al segundo enfoque, el contrato podría especificar que un subcontratista concreto cumpla una obligación determinada. Por otra parte, el contrato puede incluir una lista de subcontratistas aceptables que cuentan con la conformidad del comprador y del contratista antes de firmar el contrato, y el subcontratista sería elegido por el contratista entre los que figuran en la lista. Se podría facilitar la facultad del comprador de aprobar un subcontratista o una lista de subcontratistas si el contratista obtuviese ofertas de subcontratistas propuestos y las presentase al comprador acompañadas de detalles sobre su historial profesional. No obstante, la solicitación de ofertas por parte del contratista podría ocasionarle gastos complementarios de los que, en última instancia, tendría que hacerse cargo el comprador. Además, en contratos distintos de los de costos reembolsables, el contratista puede manifestarse renuente a comunicar al comprador ofertas presentadas por subcontratistas.

15. Cuando el contrato no especifica los subcontratistas que el contratista puede tomar a su servicio, existen diversos mecanismos para facilitar la participación del comprador en la elección de un subcontratista (por ejemplo: el tercer enfoque a que se refiere el párr. 9, *supra*). Uno de ellos es que el contrato estipule que el contratista no puede subcontratar sin consentimiento del comprador. Podría exigirse que el comprador dé tal consentimiento al contratista por escrito, o podría juzgarse que el comprador ha dado su consentimiento si el contratista le entrega una solicitud por escrito para subcontratar a un subcontratista concreto, y el comprador no entrega al contratista una objeción por escrito a tal subcontratación dentro de un período de tiempo especificado después de haber recibido la solicitud. Con arreglo a cualquiera de estos enfoques, la notificación por escrito que ha de dar el contratista debería incluir el nombre y la dirección del subcontratista propuesto y el trabajo que ha de realizar. En contratos en los que el precio cobrado por el subcontratista afectará directamente al precio que ha de pagar el comprador (por ejemplo: contratos de costos reembolsables y algunos contratos a precio alzado) la notificación debería incluir igualmente el precio que cobrará el subcontratista. El contrato puede estipular también que toda objeción del comprador a la subcontratación propuesta por el contratista debe basarse en motivos razonables[2].

16. Los enfoques citados en el párrafo precedente pueden suscitar el problema de que si un contratista propone un subcontratista que no cuenta con la conformidad del comprador o al que éste hace objeción, y el contratista debe encontrar y proponer un nuevo subcontratista, el trabajo podría interrumpirse, dando lugar posiblemente a consecuencias financieras para ambas partes. Puede observarse, no obstante, que los casos en que el contratista propone un subcontratista que no cuenta con la aprobación del comprador no son muy frecuentes.

17. Si se suscita una contraversia sobre el carácter razonable de los motivos del comprador para hacer

[2] *Disposición ilustrativa*

"El contratista entregará al comprador notificación por escrito de su propósito de subcontratar, que deberá incluir el nombre y la dirección del subcontratista propuesto, [y] una descripción precisa del trabajo que ha de realizar [y del precio que ha de cobrar]. El contratista podrá subcontratar de conformidad con tal notificación tras la expiración de un plazo de . . . días después de la entrega de la misma al comprador, salvo que dentro de los citados . . . días el comprador entregue al contratista una objeción, especificando motivos razonables, al subcontratista propuesto, a las obligaciones que se han de subcontratar, o al precio que ha de cobrar el subcontratista."

objeción al subcontratista propuesto por el contratista, pueden adoptarse dos enfoques. Con arreglo al primero, podría someterse a procedimientos de solución de controversias, sin emplear a ningún subcontratista hasta que se resuelva. La construcción quedaría interrumpida ya que no podría ejecutarse sin haber empleado a un subcontratista. Si se comprobase que la objeción del comprador era razonable, el contratista estaría obligado a elegir otro subcontratista y a asumir las consecuencias financieras de la interrupción de la construcción. Si se comprobase que la objeción del comprador no era razonable, podría permitirse al contratista que subcontratase de conformidad con su notificación al comprador, y podría exigirse a éste que sufragase las consecuencias financieras de la interrupción de la construcción.

18. Sin embargo, las partes pueden considerar otro enfoque que les permitiría reducir al mínimo la interrupción de la construcción. Según este enfoque, el contratista estará obligado inmediatamente a dar al comprador un nuevo aviso de subcontratación que satisfaga la objeción del comprador. La controversia relativa a lo razonable de la objeción del comprador a la subcontratación propuesta en el primer aviso podría someterse a procedimientos de solución inmediatamente o algo después. La sustanciación de esos procedimientos no aplazaría el empleo de un subcontratista aceptable para el comprador. Si en los procedimientos de solución de controversia se decidiera que la objeción del comprador no era razonable, podría obligarse al comprador a soportar las consecuencias financieras de todas las interrupciones en la construcción u otras consecuencias financieras, tales como las derivadas del trabajo insatisfactorio del subcontratista a raíz de que el contratista actuó según la objeción del comprador. Si se decidiese que la objeción del comprador era razonable, podría obligarse al contratista a asumir estas consecuencias.

19. En algunos tipos de contratos, por ejemplo los contratos de costos reembolsables, se podría exigir al contratista que solicitara ofertas a varios subcontratistas para cumplir las obligaciones que se subcontratarán, y que presentase al comprador las ofertas que el contratista estuviera dispuesto a aceptar. El comprador, o el contratista con el asentimiento del comprador, podrían elegir al subcontratista entre estos postores. Este mecanismo tal vez sea más adecuado para la elección de los subcontratistas que proporcionarán equipo o servicios relativamente rutinarios, o que no son fundamentales para un determinado diseño o para otros servicios. Con respecto a los rubros muy especializados o integrales quizá no haya muchos subcontratistas a quienes solicitar ofertas.

20. Se puede lograr una participación aún más amplia del comprador en la elección de los subcontratistas si el propio comprador elige un subcontratista y pide al contratista que ejecute un subcontrato con ese subcontratista. Tal es, en esencia, el sistema de "designación", común en algunas partes del mundo y que puede encontrarse también en algunos contratos internacionales de construcción de obras industriales.

21. En el procedimiento de designación el comprador identifica a los posibles subcontratistas y negocia con ellos la ejecución de las obligaciones que el contrato especifica que se someterán al procedimiento de designación. Estas negociaciones pueden tener lugar antes de la celebración del contrato. En este caso, tal vez se puedan incluir en el contrato las estipulaciones esenciales del subcontrato que celebrará el contratista, incluso el precio. En un contrato a precio alzado, si no se establece el precio de la obra subcontratada en el momento de su celebración, podrá fijarse en el contrato un precio estimado para esta obra y el precio del contrato podrá aumentar o disminuir según la diferencia entre el precio estimado y el precio efectivo de la obra subcontratada. En cualquier caso, el contrato obligaría al contratista a celebrar un subcontrato sólo con el subcontratista designado por el comprador.

22. En este sistema, para que el contratista no se vea forzado a entrar en una relación con un subcontratista que menoscabe indebidamente sus intereses, el contrato puede autorizarlo a negarse a celebrar un subcontrato por determinadas causas. Entre ellas, cabe incluir las siguientes:

a) si, en cuanto a los materiales, equipo o servicios que ha de proporcionar el subcontratista, éste no asumirá con respecto al contratista obligaciones y responsabilidades del mismo alcance y magnitud que las impuestas al contratista frente al comprador, incluso obligaciones y responsabilidades relativas a calidad, plazos, garantías y límites financieros de responsabilidad;

b) si el subcontratista no acepta indemnizar y proteger de perjuicio al contratista por cualquier responsabilidad en que incurra el contratista frente al comprador o un tercero resultante de actos u omisiones del subcontratista;

c) si el contratista tiene cualquier otra objeción razonable a la subcontratación con ese subcontratista. Esto podría abarcar situaciones en que, por ejemplo, el contratista haya tenido previamente una experiencia insatisfactoria con ese subcontratista, o la condición financiera de éste menoscabara su capacidad de cumplir satisfactoriamente. Esta causa podría estipularse además de las causas más concretas que figuran en *a)* y *b) supra,* o como alternativa de ellas.

23. Si se adopta el sistema de designación, las partes deben examinar lo que ocurrirá si el contratista se niega justificadamente a celebrar un contrato con un subcontratista designado por el comprador. Podría obligarse al comprador a efectuar una nueva designación, o bien, encomendar al contratista que encuentre un nuevo subcontratista, sujeto a la aprobación del comprador que se obtendrá de conformidad con los mecanismos que se especificarán en el contrato. En cualquier caso, el comprador soportará las consecuencias financieras de la interrupción del trabajo a raíz de estos procedimientos. Cuando el contratista se niegue a celebrar un subcontrato porque el subcontratista rehúsa incorporar en el subcontrato cláusulas para proteger al contratista respecto del comprador, el contrato podría compeler al contratista a celebrar el subcontrato si el

comprador aceptara reducir el alcance de las obligaciones del contratista frente a él, equiparándolas a las obligaciones del subcontratista para con el contratista.

24. Un mecanismo como el sistema de designación ofrece varias ventajas al comprador. Le permite elegir un subcontratista, y le da un control amplio sobre el precio y otras estipulaciones que rigen la ejecución de las obligaciones subcontratadas. Además permite al comprador utilizar un determinado diseño, equipo o servicios suministrados por un contratista dado. Por otra parte, sirve para que el comprador se asegure de que los subcontratos se adjudican a empresas locales. El comprador puede lograr estos beneficios sin tener que entablar una relación contractual con el subcontratista. Pero este mecanismo debe aplicarse con cautela y comprendiendo cabalmente los procedimientos en juego, así como las disposiciones contractuales y sus consecuencias. Al utilizarse el sistema de designación podrían surgir diversos peligros que deberán obviarse mediante disposiciones contractuales adecuadas. Por ejemplo, salvo que el contrato lo niegue con toda claridad, del grado de participación del comprador en la elección de un contratista podría deducirse que emanan derechos y obligaciones contractuales directamente entre el subcontratista y el comprador, o que la responsabilidad del contratista por el desempeño del subcontratista es limitada. Por lo tanto, el contrato debería aclarar que la relación contractual del subcontratista lo es solamente con el contratista, y que éste es responsable ante el comprador por el desempeño del subcontratista (véase párr. 4, *supra*).

25. Otro problema que puede plantearse con el sistema de designación es que si el subcontratista abandona el cumplimiento de su subcontrato, o si éste es rescindido, puede surgir la interrogante de qué parte ha de correr con la carga y los costos de contratar a un nuevo subcontratista para terminar el trabajo inconcluso. El contrato debería aclarar que el contratista está obligado a proporcionar a sus expensas un nuevo subcontratista para terminar el trabajo, sujeto a la aprobación del comprador que ha de obtenerse de conformidad con mecanismos que deberían especificarse en el contrato. El contratista debería ser también responsable de las consecuencias financieras que se deriven de la interrupción del trabajo y del proceso de contratar a un nuevo subcontratista.

D. *Facultad del comprador de reclamar directamente al subcontratista*

26. El subcontratista que no sea parte en el contrato entre el contratista y el comprador no tendrá obligaciones contractuales con éste. No obstante, en algunas situaciones es posible que el comprador desee que el subcontratista asuma ciertas obligaciones (v.g.: mantener el carácter confidencial del diseño o garantizar su trabajo), y poder demandar directamente al subcontratista por su incumplimiento. El comprador puede obtener tales obligaciones y la facultad de hacerlas cumplir directamente contra el subcontratista del siguiente modo. En primer lugar, el contrato impondría tales obligaciones al contratista. Además, éste quedaría obligado a obtener las mismas obligaciones del subcontratista, bien mediante una disposición en el contrato que obligue al contratista a hacerlo o si el comprador condiciona su consentimiento a un subcontratista propuesto por el contratista a que éste obtenga tales obligaciones del subcontratista. Se incluiría en el contrato una disposición complementaria por la que el contratista cedería al comprador sus derechos contra el subcontratista por incumplimiento de las obligaciones, si la ley aplicable permite tal cesión.

E. *Pago del cumplimiento de subcontratistas*

27. El contrato no debería contener ninguna obligación por parte del comprador de pagar directamente al subcontratista. Al no existir una relación contractual entre el comprador y el subcontratista, éste tendrá que obtener el pago de su parte contratante, es decir, del contratista. En virtud de la estructura de precios del contrato, el costo para el contratista de los servicios de sus subcontratistas quedará cubierto en el precio del contrato (v.g.: como sucede en la mayoría de los contratos a precio alzado), o el costo real de tales servicios será pagadero por el comprador al contratista (por ejemplo, como sucede en un contrato de costos reembolsables o en un contrato a precio alzado si el precio del contrato puede aumentarse en la cantidad en que el costo real de esos servicios rebasa su precio estimado expresado en el contrato).

28. Sin embargo, puede haber casos en que el comprador desea pagar directamente al subcontratista, por ejemplo, cuando el contratista ha dejado de pagar sumas adeudadas previamente al subcontratista y el avance normal del programa del contrato resulta amenazado por la renuencia del contratista a continuar el trabajo. Por lo tanto, el contrato puede autorizar al comprador a pagar directamente a un subcontratista y a recuperar las sumas así pagadas del contratista o recibir crédito en concepto de tales pagos. A menos que el contrato contenga expresamente tal autorización, el comprador que paga directamente al subcontratista se expone a un peligro, pues quedará obligado a pagar la misma suma al contratista. El contrato debería especificar también que los pagos directos por parte del comprador se efectúan en nombre del contratista con objeto de evitar que se infiera la existencia de una relación contractual entre el comprador y el subcontratista.

29. El contrato debería autorizar al comprador a exigir del contratista prueba de que se ha efectuado el pago debido a un subcontratista. Si, en un período de tiempo especificado después de la entrega de esa petición al contratista, éste no envía tal prueba al comprador, o no le remite una explicación por escrito de las causas por las que no se ha efectuado el pago, el comprador puede estar autorizado a efectuar el pago al subcontratista si las causas de impago por parte del contratista son insuficientes, y recuperar el monto del pago del contratista o recibir crédito por tales pagos.

30. El método por el que el comprador recupera del contratista la cantidad de su pago directo al subcontratista o recibe crédito por dicho pago puede depender de la estructura de pago del contrato. En un contrato a precio alzado, el comprador debería poder deducir la cantidad de su pago del precio del contrato que ha de pagarse al contratista. No obstante, si un contrato a precio alzado estipula una suma estimada respecto del trabajo subcontratado pero dispone que el precio del contrato puede ajustarse de conformidad con el precio real del trabajo subcontratado (véase párr. 21, *supra*), el comprador debería poder deducir al menos en la medida de la suma estimada estipulada en el contrato. Cuando el precio del contrato ya ha sido pagado en su totalidad al contratista por el comprador, éste debería tener derecho a optar por reclamar el reembolso al contratista.

31. En un contrato de costos reembolsables, si el comprador paga directamente al subcontratista en nombre del contratista respecto del trabajo subcontratado, no es preciso efectuar un ajuste entre el contratista y el comprador, ya que el contratista no habrá incurrido en gastos por el trabajo subcontratado que ha de ser reembolsado por el comprador. No obstante, en virtud de las estipulaciones de algunos subcontratos, la obligación del contratista de pagar a un subcontratista puede ser exigible solamente después que el contratista haya recibido el pago del comprador. En tales casos, el comprador debería tener la facultad, si lo juzga necesario, de pagar directamente al subcontratista después que el comprador haya pagado al contratista por trabajo realizado por el subcontratista pero el contratista haya dejado de pagar al subcontratista. En tal situación, el comprador debería tener derecho a deducir la cantidad de su pago directo al subcontratista de las sumas que venzan más tarde a favor del contratista, o de reclamar a este último el reembolso.

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6]

Garantías de cumplimiento

Resumen

Cada una de las partes en un contrato de obras puede tratar de obtener la seguridad contra el incumplimiento de la otra. Las formas de seguridad que el comprador suele conseguir son las siguientes: garantías (párrafos 4 a 32), el derecho a no pagar toda la suma adeudada al contratista salvo prueba de cumplimiento satisfactorio de su parte (párrafos 33 a 36), y garantías reales (párrafo 43).

La garantía estipula que, en caso de incumplimiento del contratista, un tercero (el garante) responderá por ese incumplimiento en la forma que en ella se describe (párrafo 4). Los compradores pueden exigir dos tipos de garantías -garantías de cumplimiento (párrafos 5 a 8), y garantías de reembolso (párrafos 5 y 9). Las garantías de cumplimiento, que son seguridades por el debido cumplimiento por parte del contratista, suelen asumir una de las dos formas siguientes. En la primera, conocida de ordinario como garantía a la primera petición, el garante se compromete a pagar al comprador una suma determinada de dinero como indemnización ante el mero aserto del comprador de que el contratista no ha cumplido (párrafos 7 y 14). Según la otra forma, conocida en general como fianza de cumplimiento, el garante se compromente a que, si el comprador prueba que el contratista no ha cumplido, el garante, a su elección, rectificará él mismo el incumplimiento, o contratará otro contratista para que lo haga, o pagará una suma de dinero como indemnización (párrafos 7 y 15).

La garantía de reembolso es una seguridad de que todo anticipo hecho por el comprador al contratista será reembolsado por éste. Tal garantía suele cobrar la forma de un compromiso del garante de pagar al comprador una suma determinada de dinero si el contratista no reembolsa el anticipo (párrafo 9).

Con respecto a las garantías que exige, el comprador debe considerar si ha de especificar los garantes que para él son aceptables. El comprador suele especificar que los garantes deben ser instituciones de su propio país, pues le resultará más fácil hacer exigibles las garantías dadas por tales instituciones. Los contratos a menudo estipulan que puede otorgar la garantía una institución del país del contratista, pero que ha de confirmarla una institución del país del comprador (párrafos 10 a 11).

La garantía establece el vínculo entre el comprador y el garante. Sin embargo, el contrato debe estatuir la índole y condiciones de la garantía que el contratista está obligado a dar (párrafo 12). La garantía puede ser independiente o accesoria. Un ejemplo típico de garantía independiente es la garantía a la primera petición, mientras que uno de garantía accesoria es la fianza de cumplimiento (párrafos 13 a 15). Cada una de ellas tiene sus ventajas e inconvenientes (párrafos 16 a 18).

El contratista puede otorgar las garantías en el momento de la celebración del contrato, o bien el contrato puede establecer que la garantía ha de darse dentro de un breve plazo después de su celebración. En este último caso, el contrato determinará los recursos del comprador si no se ofrece la garantía (párrafo 19).

Normalmente la responsabilidad del garante se limita a un valor monetario determinado. Si el contrato de obras consigna algunas limitaciones a la responsabilidad del contratista por incumplimiento, las partes tal vez deseen incluirlas en la garantía (párrafos 20 y 21). Las partes deben también determinar la moneda en la que se pagarán las sumas previstas en la garantía. Quizá deseen examinar si en algunas circunstancias el importe de la garantía debe reducirse. Con respecto a la garantía de cumplimiento, la reducción puede justificarse después de que el comprador reciba alguna seguridad de la terminación satisfactoria de la construcción (párrafo 22).

En muchos sistemas jurídicos, las modificaciones del contrato liberan de su responsabilidad al garante. En consecuencia, el contrato generalmente regula el efecto

que surtirán las modificaciones en la garantía (párrafos 24 a 27). El contrato debe también reglamentar la duración de la garantía. Al comprador le interesa que la garantía perdure hasta que el contratista cumpla sus obligaciones. Al garante y al contratista les interesa fijar una fecha inequívoca de expiración de la garantía (párrafos 28 a 31).

El contrato podrá formular las condiciones de pago estipulando que el pago total del precio se efectuará sólo al terminar el contratista satisfactoriamente la construcción (párrafos 33 a 36).

El contratista puede obtener una seguridad por el pago de las sumas que se le adeudan en la forma de una carta de crédito irrevocable (párrafos 37 a 42) y de garantías reales (párrafo 43). Las partes deben convenir en algunas cuestiones relacionadas con la carta de crédito (p. ej., la moneda de pago y los documentos que han de presentarse al banco para obtener el pago) (párrafos 41 y 42).

A menudo cada una de las partes desea establecer convencionalmente garantías reales a su favor sobre los bienes de la otra parte. Pero hay algunos inconvenientes relacionados con estas garantías reales (párrafo 43).

* * *

A. *Observaciones generales*

1. Cada una de las partes en un contrato de obras sabe que el incumplimiento de la otra puede ocasionarle pérdidas cuantiosas. Si bien, en virtud del contrato de obras, dispondrá de recursos contractuales contra la otra para resarcirse en caso de incumplimiento, quizá desee además tener otras acciones para protegerse de dicho incumplimiento. A ese efecto, las partes tal vez deseen estipular alguna forma de seguridad a la que puedan apelar en lugar, o además, de sus recursos contractuales según el contrato de obras. Dicha seguridad puede tener diversas formas. Por ejemplo, la promesa de un tercero muy solvente de pagar una suma de dinero en caso de incumplimiento. O bien el compromiso que asume un tercero de subsanar o completar la construcción defectuosa o incompleta. Ambos acuerdos se conocen generalmente como garantías. También puede consistir en un derecho con respecto a determinados fondos o bienes pertenecientes a la otra parte y que puede ejercerse a fin de indemnizarse.

2. Las partes deben establecer en el contrato las formas de seguridad que dará cada una de ellas, y las consecuencias si dejan de hacerlo. Dar una seguridad entraña gastos para la parte que la otorga. Estos pueden variar según el valor y la forma de la seguridad. Por consiguiente, las partes deben determinar el grado de protección que razonablemente necesitan y evitar una protección excesiva. Si se ha de dar una garantía, el contrato y la garantía serán documentos jurídicos separados. No obstante, sus disposiciones deben armonizarse, y las estipulaciones del contrato no deben vulnerar los derechos que confiere a una de las partes la garantía.

3. Tal vez el derecho aplicable a la seguridad no sea el mismo que el derecho aplicable al contrato. El primero puede reglamentar con carácter imperativo algunos aspectos de la misma, tales como su forma, período de validez, y, si se trata de una garantía, los derechos dimanados de la retención del documento de garantía. También determinará la relación entre la seguridad y el contrato de obras. Las partes deben tener en cuenta cuál será el derecho aplicable al determinar el carácter de la seguridad que se recibirá. Si ésta consiste en una garantía, tal vez sea necesario tener en cuenta también el derecho del país del garante, el que quizá reglamente imperativamente las actividades del garante, p. ej., exigiendo registro e imponiendo límites máximos a los importes que pueden garantizarse.

B. *Seguridad del cumplimiento del contratista*

1. *Garantías*

4. Las garantías estipulan que en caso de un determinado incumplimiento del contratista, un tercero (el garante) responderá por ese incumplimiento en la forma que en ellas se describe. El término "garantía" no se emplea en todo el mundo para describir esos acuerdos, y los términos "fianza", "acuerdo de caución" e "indemnización" se usan a menudo. En algunos países, se prohíbe a los bancos otorgar garantías. Pero pueden emitir "cartas de crédito contingente" que cumplen la misma función de las garantías. Una carta de crédito contingente es una carta de crédito abierta por un banco a petición del contratista en favor del comprador. En virtud de ella, el comprador estará facultado a reclamar al banco determinada suma de dinero en caso de incumplimiento del contratista[1]. Las garantías que se estudian en este capítulo difieren de las garantías de calidad. Estas últimas consisten en el compromiso contractual que asume una de las partes con respecto a la calidad de su cumplimiento, p. ej., que el equipo y los materiales que porporcionará serán de una calidad determinada.

5. Las garantías como seguridad para el comprador se utilizan frecuentemente en los siguientes contextos:

a) Como seguridad de que el contratista que ha presentado una oferta no la retirará antes de la fecha establecida en la convocatoria a licitación para la adjudicación del contrato, y como seguridad de que celebrará el contrato si se le adjudica y presentará la garantía de cumplimiento especificada en la convocatoria a licitación. Estas garantías, conocidas en general como garantías de oferta, figuran en el capítulo sobre "Convocatoria a licitación y proceso de negociación";

b) Como seguridad contra las pérdidas que el comprador podría sufrir si el contratista que ha celebrado el contrato no cumple sus obligaciones de conformidad con el mismo. Estas garantías se conocen generalmente como garantías de cumplimiento;

[1] El carácter de las letras de crédito contingente se describe en un informe al Secretario General, "Cartas de crédito contigentes" (A/CN.9/163) (*Anuario* 1979, segunda parte, II, B).

c) Como seguridad de que el anticipo del comprador al contratista se reembolsará al comprador. Estas garantías se conocen en general como garantías de reembolso.

a) *Garantías de cumplimiento: función*

6. El comprador que celebra un contrato de obras buscará un contratista que posea los recursos financieros, técnicos y operacionales necesarios para terminar la obra. Sin embargo, a menudo el comprador no tendrá una información completa acerca de la situación económica de un presunto contratista extranjero, del alcance de sus restantes compromisos de trabajo (que podrían obstaculizar su cumplimiento), de sus antecedentes en materia de cumplimiento u otros factores relacionados con la capacidad del contratista para ejecutar el proyecto hasta su terminación. Además, factores imprevistos posteriores a la celebración del contrato pueden afectar la capacidad del contratista para cumplirlo. Por consiguiente, las convocatorias a licitación y los contratos de obras suelen estipular que el contratista debe proporcionar garantías de cumplimiento, a fin de que haya recursos disponibles para cubrir sus responsabilidades en caso de incumplimiento. La exigencia de una garantía de cumplimiento puede también contribuir a evitar que presenten ofertas contratistas no fiables o sin recursos financieros. Las instituciones garantes por lo general investigan detenidamente los antecedentes de los contratistas que deben garantizar, y de ordinario sólo darán garantías si tienen motivos valederos para estimar que el contratista podrá cumplir satisfactoriamente el contrato.

7. Las garantías de cumplimiento son por lo común de dos tipos. En uno de ellos, que denominaremos garantías de cumplimiento monetario, el garante sólo se compromete a pagar al comprador un importe limitado para cubrir las responsabilidades del contratista en caso de incumplimiento de éste. Estos garantes suelen ser bancos comerciales. En el otro tipo, el garante se compromete, a su elección, a subsanar o completar por sí mismo la construcción defectuosa o incompleta efectuada por el contratista, o a hacer que otro contratista subsane o complete la construcción, además de indemnizar por otras pérdidas derivadas del incumplimiento. El valor de estos compromisos se limita a un importe determinado. En general, el garante se reserva también la opción de liberarse de su obligación mediante el pago de una suma de dinero al comprador hasta un monto especificado. De este tipo de garantías por lo común se encargan instituciones de garantía especializadas, tales como compañías de fianzas y de seguros, y las denominaremos fianza de cumplimiento. Tal vez sea conveniente para el comprador permitir que el contratista licitador presente otro tipo de garantías, ya que el contratista puede mantener relaciones comerciales con una institución garante dispuesta a proporcionarle uno u otro de estos tipos de garantías a un costo reducido. Desde el punto de vista del comprador, cada forma de garantía tiene algunas ventajas e inconvenientes (véanse los párrs. 16-18, *infra*).

8. En todo contrato de obras, el contratista no se compromete simplemente a terminar la construcción, sino también a subsanar los defectos que le notifique el comprador antes de la expiración del período de garantía de calidad (véase el capítulo sobre "Incumplimiento"). El cumplimiento del contratista durante este período de garantía puede asegurarse tanto con la misma garantía de cumplimiento que cubre éste hasta la terminación, como con una garantía de cumplimiento separada, que algunas veces se denomina garantía de conservación. En el texto que sigue, se presumirá que las partes desean estipular una sola garantía de cumplimiento. Las consideraciones que figuran a continuación como pertinentes a la garantía de cumplimiento, lo serán también con respecto a la garantía de conservación separada.

b) *Garantías de reembolso: función*

9. A fin de ayudar al contratista en la adquisición de materiales y equipo y a movilizarlos, el comprador suele anticiparle una parte del precio. Este anticipo se compensaría con las sumas adeudadas al contratista por el suministro de servicios, materiales y equipo. Para proteger al comprador del no reembolso o de la quiebra del contratista, el contrato puede prever que el contratista ha de dar una garantía de reembolso para dichos casos.

c) *Elección de los garantes*

10. El comprador quizá desee especificar los garantes que está dispuesto a aceptar. La ventaja de ello es que se pueden especificar los garantes de una solvencia comprobada y con antecedentes satisfactorios en la liquidación de reclamaciones. El inconveniente de la especificación es que puede excluir aquellos contratistas que no tengan acceso a los garantes especificados, o impedir que los contratistas recurran a garantes con los que mantienen una estrecha relación y que están dispuestos a proporcionar garantías a bajo costo.

11. Un enfoque posible es estipular que en primer lugar el contratista puede proponer un garante de su elección. Si el comprador no acepta el garante propuesto el contratista estará obligado a reemplazarlo por otro que sea aceptable. A este respecto, es preciso que el comprador también considere si debe estipular que sólo son aceptables las garantías proporcionadas por instituciones financieras de su país. En algunos países, es posible que las reglamentaciones oficiales establezcan que sólo pueden aceptarse garantías otorgadas por instituciones financieras locales. La ventaja de estipular que las garantías deben otorgarlas instituciones del país del comprador es que será más fácil hacerlas efectivas y cobrar las sumas adeudadas. Los inconvenientes son que las instituciones locales podrán cobrar más por las garantías y tal vez no estén habilitadas para otorgar algunas formas de garantías, tales como la fianza de cumplimiento. Además, es posible que las instituciones locales no acepten otorgar garantías en nombre de contratistas extranjeros que desconocen. Un enfoque factible es permitir al contratista que recurra a garantes no locales, pero exigir que una institución financiera local confirme la garantía. En algunos países, los

organismos gubernamentales controlan y aprueban la solvencia de las instituciones que proporcionan garantías y limitan las sumas que pueden garantizar. El comprador quizá desee estipular que, cuando se propone un garante de uno de esos países, debe tratarse de una institución aprobada.

d) *Carácter de la obligación del garante*

12. Si bien el contrato entre el contratista y el comprador establece el carácter y las estipulaciones de las garantías que el contratista está obligado a suministrar, la garantía en sí crea el vínculo entre garante y comprador. En consecuencia, la relación jurídica entre ambos se rige por las disposiciones de la garantía y el derecho aplicable a ella. El contrato entre el comprador y el contratista debe declarar expresamente que el primero puede recurrir a la garantía sólo en caso de incumplimiento del segundo. Pero el contrato puede imponer también algunas limitaciones al derecho del comprador de recurrir a la garantía (p. ej., estipulando que previamente se debe notificar al contratista su incumplimiento y que ha de transcurrir un plazo determinado a partir del envío de dicha notificación antes de que se pueda presentar una reclamación en virtud de la garantía).

13. En cuanto a su forma, la garantía de cumplimiento se halla estrechamente vinculada al contrato de obras principal, es decir, el garante debe pagar o adoptar medidas para el cumplimiento, en caso de que el contratista deje de cumplir sus obligaciones en virtud del contrato de obras. Sin embargo, las estipulaciones de la garantía pueden determinar que ésta, en la práctica, sea independiente del contrato de obras o accesoria al mismo.

14. Un ejemplo típico de una garantía de hecho independiente de las obligaciones derivadas del contrato de obras principal es la garantía a la primera petición, según la cual el garante debe pagar a petición del comprador. Este está facultado a cobrar la garantía con la simple aseveración de que el contratista ha incumplido. En cuanto a la responsabilidad del garante, resulta irrelevante si en realidad existe incumplimiento según el contrato de obras o si hay responsabilidad del contratista por dicha omisión.

15. La garantía es accesoria cuando la obligación del garante se halla vinculada más estrechamente a la responsabilidad del contratista por incumplimiento en virtud del contrato de obras. El carácter del vínculo varía según las diversas garantías, por ejemplo, el comprador tal vez deba demostrar la responsabilidad del contratista, obteniendo un laudo arbitral que declare al contratista responsable, o bien el garante estar facultado para oponer algunas excepciones que el contratista podría tener con respecto a su incumplimiento. Las fianzas de cumplimiento, en general, tienen ese carácter accesorio.

16. La ventaja para el comprador de una garantía a la primera petición es asegurar el rápido cobro de los fondos en virtud de la garantía, sin prueba del incumplimiento del contratista o de la magnitud de su pérdida. Es frecuente que el comprador carezca de la pericia necesaria para probar el incumplimiento del contratista. Además, algunos garantes, en particular los bancos comerciales, prefieren las garantías a la primera petición, porque las condiciones generadoras de su responsabilidad son claras y las controversias entre comprador y contratista acerca de si hubo o no incumplimiento según el contrato de obras no los afectan. Sin embargo, al comprador le puede resultar más onerosa una garantía a la primera petición que una garantía accesoria, pues el contratista tal vez desee incluir en el precio el costo del seguro que desea tomar contra el riesgo de cobro del comprador con cargo a la garantía, si en realidad no ha habido incumplimiento del contratista, o los posibles costos de una acción por daños y perjuicios contra el comprador en el caso de dicho cobro. Además, a raíz del mayor riesgo de pago que soporta el garante en virtud de una garantía a la primera petición, el monto de ésta normalmente no rebasará un porcentaje muy limitado del precio del contrato. Un inconveniente para el contratista de la garantía a la primera petición es que, si se cobra la garantía violando las cláusulas del contrato de obras, pueden surgir dificultades y demoras para cobrar al comprador los daños y perjuicios, mientras que las pérdidas del contratista tal vez sean inmediatas, pues el garante puede resarcirse inmediatamente después del pago con cargo a los bienes del contratista.

17. En virtud de una fianza de cumplimiento, el comprador debe probar el incumplimiento del contratista y la magnitud de las pérdidas que ha sufrido. Además, el garante puede oponer todas las excepciones que tendría el contratista si fuera demandado por incumplimiento. En consecuencia, existe la posibilidad de que el comprador enfrente una controversia prolongada cuando reclama con cargo a la garantía. En cambio, el límite monetario de la responsabilidad del garante puede ser considerablemente más elevado que en una garantía a la primera petición, como consecuencia del menor riesgo de pago que corre el garante. Una fianza de cumplimiento también puede ser ventajosa si al comprador no le es dable adoptar en forma conveniente las medidas necesarias para subsanar o completar la construcción por sí mismo y necesita para ello la ayuda de un tercero. Pero si el contrato entraña el empleo o la transferencia de una tecnología que conoce sólo el contratista, tal vez no sea factible la reparación o terminación por parte de un tercero, y una fianza de cumplimiento en virtud de la cual el garante puede emplear a un tercero para la reparación o la terminación quizá no ofrezca ninguna ventaja con respecto a la garantía monetaria de cumplimiento.

18. Cabe observar, sin embargo, que la forma en que han de formularse las garantías es algo que deben convenir el comprador, el contratista y el garante. Puede que las partes deseen estipular que la garantía que se ha de proporcionar no sea ni completamente accesoria ni una mera garantía a la primera petición. Así, tal vez deseen estipular una garantía según la cual se pagará una suma de dinero sólo si se solicita por escrito y se acompaña una declaración escrita que determine o

describa concretamente el incumplimiento que originó la solicitud. No obstante, el garante no tendría el deber de investigar la exactitud de las declaraciones relativas al incumplimiento. También sería posible estipular una garantía por la que se pagará una suma de dinero sólo si además de la solicitud del comprador se acompaña una certificación del ingeniero, o de un tercero independiente que obre en virtud de un mecanismo rápido de solución de controversias, en la que se determina que ha habido incumplimiento del contratista. Además, el interés común de ambas partes por terminar con éxito el contrato desalentará un abuso de los derechos derivados de las garantías.

e) *Plazo para dar la garantía*

19. Las controversias entre las partes sobre la reducción y la índole de las garantías que se otorgarán pueden reducirse al mínimo si la garantía se hace efectiva y el contrato se celebra al mismo tiempo. Para lograrlo, el comprador puede estipular en su convocatoria a licitación los garantes que estaría dispuesto a aceptar y la forma de garantía que exige. Como alternativa, quizá las partes deseen estipular que la garantía se otorgará dentro de un breve plazo determinado, después de celebrar el contrato (por ejemplo, porque es menos oneroso). Para asegurar al comprador que el contratista a quien se adjudique el contrato porporcionará la garantía de cumplimiento que se requiere se puede estipular que la garantía de oferta no expirará hasta que se proporcione la garantía de cumplimiento (véase el capítulo sobre "Convocatoria a licitación y proceso de negociación"). Otro enfoque es que la convocatoria a licitación exija que la oferta venga acompañada de una certificación de una institución calificada para otorgar garantías que diga que, si el contrato se adjudica al licitante, la institución estaría dispuesta a otorgar una garantía de cumplimiento del tipo que se describe en la convocatoria. Si se conviene en que la garantía se dará después de celebrado el contrato, las partes deben estipular en él los derechos que tendrá el comprador si la garantía no se suministra más tarde (por ejemplo, que podrá extinguir el contrato y cobrar daños y perjuicios).

f) *Alcance de la responsabilidad según la garantía*

20. La responsabilidad del garante normalmente se limita a un valor monetario determinado. Este valor podrá ser un porcentaje del precio del contrato o del anticipo. Puede fijarse el porcentaje exacto mediante una evaluación de los riesgos que entraña el incumplimiento y el examen de los límites que, en general, los garantes observan cuando dan garantías para el tipo de obras en cuestión. Si se exige un monto de garantía muy elevado, las empresas más pequeñas no podrán presentar ofertas, pues quizá no estén en condiciones de obtener garantías por dicho monto. Las partes deben determinar también la moneda en la que se pagará el importe en virtud de la garantía. Tratándose de una garantía de reembolso, puede ser la misma moneda del anticipo. En el caso de una garantía de cumplimiento, puede ser la moneda en la que se pagará el precio del contrato. Si éste ha de pagarse en más de una moneda, tal vez sea necesario especificar una moneda en particular.

21. El contrato de obras puede contener algunas limitaciones de la responsabilidad del contratista por incumplimiento, tales como la exclusión de responsabilidad por las pérdidas "indirectas". En dichos casos, las partes tal vez deseen incluir en la garantía estas limitaciones de responsabilidad con el mismo alcance que tienen en el contrato de obras. No obstante, si la garantía es accesoria (por ejemplo, en el caso de una fianza de cumplimiento), quizá el derecho aplicable a la garantía establezca que la responsabilidad del garante tendrá el mismo alcance que la del contratista. Por consiguiente, si en virtud del derecho aplicable la responsabilidad del contratista es limitada, la del garante lo será en forma análoga. Pero si el derecho aplicable no es claro con respecto a esta cuestión sería preferible que la garantía la prevea.

22. Las partes quizá deseen examinar si debe reducirse el monto de la garantía una vez que el cumplimiento del contrato ha llegado a determinada etapa. Con respecto a las garantías de cumplimiento, un enfoque posible sería no estipular ninguna reducción. Ello podría justificarse alegando que si el incumplimiento ocurre en la última etapa de la construcción, se requerirá para su indemnización el importe total de la garantía. Otro enfoque sería estipular una reducción a la aceptación de las obras por parte del comprador, pues las pruebas de terminación fisicomecánicas, las pruebas de funcionamiento efectuadas antes de la aceptación (véase el capítulo sobre "Terminación, aceptación y recepción de las obras") habrán comprobado si el cumplimiento ha sido de conformidad al contrato. Pero tal vez no se justifique una reducción solamente cuando se acepta una fase de la obra, dado que para indemnizar los incumplimientos en las fases siguientes puede ser necesario el importe total de la garantía. Además, incumplimientos tales como la demora suelen verificarse una vez que la construcción se encuentra bien encaminada, y no en las primeras fases.

23. A fin de brindar al comprador una seguridad amplia, convendría en general que la responsabilidad en virtud de la garantía surgiera por cualquier forma de incumplimiento con la que ésta se relacione. Así, con respecto a una garantía de cumplimiento, la responsabilidad debe surgir por el incumplimiento, el cumplimiento defectuoso y la demora en el cumplimiento. El garante debe pagar los costos y los daños causados por el incumplimiento.

g) *Efectos de las modificaciones del contrato*

24. Un tema significativo relacionado con las garantías es el efecto que tienen las modificaciones del alcance de las obligaciones derivadas del contrato (véase el capítulo sobre "Cláusulas de modificación") en las obligaciones del garante. Puesto que estas modificaciones alterarán las obligaciones del contratista derivadas del contrato, interesarán al garante. Una prórroga o un aumento sustancial de las responsabilidades del contratista puede aumentar el riesgo al que el garante se halla expuesto. En el caso de una fianza de cumplimiento, esa prórroga o aumento de las responsabilidades del contratista puede afectar la capacidad del garante de subsanar o terminar

la construcción defectuosa o incompleta. En algunos sistemas jurídicos, salvo disposición en contrario de la garantía, una modificación del contrato principal podría tener como efecto la liberación del garante; o bien el garante podría quedar obligado sólo en la medida de las obligaciones del contratista a la fecha de otorgamiento de la garantía. Dada la frecuencia con la que se modifica un contrato de obras, las partes deben contemplar expresamente esta cuestión en la garantía.

25. Pueden adoptarse diferentes enfoques. Como la responsabilidad del garante se limita a un monto determinado y la duración de la garantía también es limitada (véanse los párrs. 28-32 *infra*), el garante tal vez esté dispuesto a soportar sus riesgos hasta dicho límite, aun si las modificaciones al contrato pueden alterarlos en alguna medida. Si se adopta este enfoque, la garantía debe declarar expresamente que tendrá validez hasta los límites estipulados en sus cláusulas originales, no obstante las modificaciones que puedan hacerse al contrato. Según otro enfoque se estipularía que la garantía será válida hasta el límite establecido en sus cláusulas originales, no obstante las modificaciones, siempre que el precio del contrato resultante de todas esas modificaciones en conjunto no rebase un porcentaje establecido. Si así ocurre, para que la garantía siga en vigor será necesario el consentimiento del garante. Según un tercer enfoque, cabe estipular que, si se modifica el contrato, la garantía seguirá vigente sólo con respecto a las obligaciones contractuales que no han variado. Para que la garantía se extienda a las obligaciones modificadas, requerirá el consentimiento del garante.

26. Las cláusulas del contrato relativas a las modificaciones y las de la garantía referentes al efecto de las modificaciones sobre la garantía deben armonizarse. Así, si el contrato da al comprador el derecho unilateral a ordenar algunas modificaciones, las disposiciones de la garantía no deben ser tales que, como consecuencia de cualquier modificación, la garantía pierda validez o no se aplique al incumplimiento de las obligaciones modificadas. Esta falta de armonía disuadiría al comprador de ejercer su derecho de pedir modificaciones.

27. Para proteger al comprador, tal vez no basten las disposiciones que mantengan en vigor la garantía de conformidad con sus cláusulas originales. La modificación del contrato puede prorrogar el plazo de cumplimiento o aumentar las responsabilidades del contratista en caso de incumplimiento. Por consiguiente, las partes tal vez deseen estipular que en dichos casos el contratista está obligado a obtener del garante las modificaciones apropiadas con respecto a la fecha de vencimiento, al monto y a otras cláusulas pertinentes de la garantía. Los costos de dichas modificaciones correrán a cargo de la parte que soporta los costos de las modificaciones en la construcción (véase el capítulo sobre "Cláusulas de modificación").

h) *Duración de la garantía*

28. El comprador está interesado en que la garantía cubra todo el período durante el que cualquier obligación garantizada del contratista puede quedar pendiente. Con respecto a la garantía de cumplimiento, ésta no debe cubrir sólo el período de construcción, sino también el de la garantía de calidad (véase el párr. 8, *supra*, y el capítulo sobre "Incumplimiento").

29. Al garante le interesa que la garantía tenga una fecha de vencimiento inequívoca, a partir de la cual dejará de asumir los riesgos que cubre. Los bancos, en particular, insistirán generalmente en que dicha fecha determinada se especifique en las garantías de cumplimiento monetario que otorgan. Una técnica utilizada para delimitar el período que cubra la garantía es estipular que no se admitirán reclamaciones en virtud de la garantía después de cierta fecha. En dichos casos, las partes quizá deseen al celebrar el contrato convenir en una fecha determinada que se incorporará en la garantía, y se calcula sobre la base de un plazo estimado para terminar de cumplir las obligaciones que se garantizarán. Pero si bien dicha fecha quizá satisfaga los intereses del garante, puede crear dificultades al comprador y al contratista, pues por diversas razones el plazo para el que se exige la garantía puede rebasar la fecha determinada (por ejemplo, debido a la demora en el cumplimiento por parte del contratista, o por la aplicación de cláusulas relativas a impedimentos exonerantes). En consecuencia, si el contratista no ha cumplido satisfactoriamente sus obligaciones contractuales a la fecha de expiración de la garantía, el contrato debe obligar al contratista a que disponga, a petición del comprador, lo necesario para extender el plazo de validez de la garantía por un nuevo período indispensable para el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones del contratista.

30. En virtud de una fianza de cumplimiento, el garante no puede insistir en una fecha de vencimiento determinada. No obstante, debido al carácter accesorio de la fianza, dejará de ser responsable cuando el contratista haya cumplido sus obligaciones, aun si no se ha estipulado en la fianza una fecha de expiración determinada. Otro enfoque sería estipular en la fianza de cumplimiento que no se pueden presentar reclamos después de la fecha del pago final al contratista en virtud del contrato. Dicho pago se fectuará sólo después de que el comprador compruebe que el contratista ha cumplido sus obligaciones y en consecuencia, será razonable rechazar los reclamos contra el garante después de esa fecha.

31. En cuanto a la garantía de reembolso, estipular el vencimiento de la garantía en una fecha determinada puede plantear las mismas dificultades que se suscitan con respecto a la garantía de cumplimiento. Si el garante no insiste en una fecha de vencimiento determinada, uno de los enfoques sería estipular que la garantía expirará cuando el contratista haya suministrado servicios y equipo por un valor equivalente al monto de la garantía. Ello puede probarse sea con una certificación del ingeniero o el comprador a ese efecto o con documentos que comprueben el suministro (por ejemplo, facturas o documentos de transporte certificados por el comprador, o recibos en el emplazamiento de los representantes del comprador).

32. Las partes tal vez deseen prever la situación en la que el contrato extingue antes de la última fecha establecida para presentar reclamos en virtud de la garantía. Quizá también deseen estipular que los reclamos con arreglo a la garantía pueden efectuarse después de la extinción, siempre que se hagan como consecuencia de incumplimientos del contratista.

2. *Seguridad de cumplimiento resultante de las condiciones de pago*

33. Las condiciones de pago del contrato pueden formularse de modo que se cree una seguridad para el comprador contra el incumplimiento del contratista. En un contrato de obras, el pago suele hacerse a plazos, según progresa la obra. Un método para formular el calendario de pagos es estipular que un ingeniero u otro tercero independiente estime el valor de lo ejecutado por el contratista en determinadas etapas de la construcción y que sólo se pagará a éste el valor estimado menos un cierto porcentaje. En consecuencia, aun al finalizar la construcción (véase el capítulo sobre "Terminación, aceptación y recepción de las obras") el contratista no recibirá el precio total del contrato. Este, en general, será pagadero sólo cuando el comprador compruebe que las obras no adolecen de defectos y funcionan con arreglo al contrato.

34. La ventaja para el comprador de una seguridad creada de esta forma es que, si el contratista no cumple, puede utilizar la suma aún no pagada sin recurrir a un tercero. El inconveniente reside en que, como la suma no pagada sólo aumenta a medida que progresa la construcción, no será una seguridad suficiente durante las primeras etapas de la obra. También es posible que algunos contratistas carezcan de fondos para financiar la construcción porque no han recibido todo el valor estimado de la obra que han efectuado y, en consecuencia, se vean forzados a solicitar un préstamo. En esos casos, el contratista puede incluir el costo de dicho préstamo en el precio cotizado.

35. Al fijar el porcentaje que se deducirá del valor estimado para determinar el importe pagadero en cada etapa, las partes deben tener en cuenta diversos factores, por ejemplo, las otras seguridades que tenga el comprador, la cuantía del valor estimado, y los costos que soportará el contratista debido a esa deducción. Las partes tal vez opinen que una vez que la diferencia entre el valor estimado y la suma efectivamente pagadera alcance un importe determinado, el comprador tendrá una seguridad suficiente. Entonces quizá deseen estipular que, una vez alcanzado ese importe, será pagadero el valor estimado total de la obra realizada. Otro enfoque sería estipular que cuando dicha diferencia alcance un importe determinado, debe reducirse el porcentaje deducible del valor estimado.

36. El contrato establecerá los procedimientos que ha de seguir el contratista para demostrar al comprador que las obras no adolecen de defectos y funcionan de conformidad con el contrato (véase el capítulo sobre "Inspección y pruebas", y el capítulo sobre "Terminación, aceptación y recepción de las obras"). El pago del saldo insoluto del precio total del contrato después de la terminación debe relacionarse con la sustanciación de estos procedimientos. En consecuencia, el contrato puede estipular que una determinada parte del saldo insoluto se pagará en el momento de la aceptación. El remanente puede pagarse a la expiración de un plazo determinado después de la expiración del período de la garantía de calidad, siempre que el comprador no tenga ningún reclamo contra el contratista en ese momento. Además las partes pueden estipular que en el momento de la aceptación se debe pagar al contratista todo el saldo insoluto, siempre que el contratista dé una garantía de cumplimiento a la primera petición en virtud de la cual el comprador pueda reclamar dicho saldo.

C. *Seguridad de pago por el comprador*

37. Quizá las partes deseen examinar si debe haber alguna seguridad por el cumplimiento de la obligación principal del comprador, es decir, el pago del precio. Si la construcción de las obras la financia una entidad crediticia internacional u otra institución de prestigio, el contratista puede tener una seguridad suficiente de que se efectuará el pago de la obra realizada. Además, como las condiciones de pago en un contrato de obras suelen estipular que el pago se efectuará a plazos durante la marcha de las obras, el contratista puede optar por suspender la construcción si no se paga uno de los plazos. No obstante, si el contratista desea asegurarse, las partes pueden estipular el pago en virtud de una carta de crédito irrevocable.

38. Esta carta de crédito consiste en un compromiso escrito irrevocable dado al contratista, a petición del comprador, por el que un banco (el banco emisor) se compromete a pagar hasta una suma de dinero determinada dentro de un plazo establecido y contra presentación de los documentos estipulados[2].

39. Tal vez las partes deseen especificar el banco que emitirá la carta de crédito. En general el compromiso de pago de cualquier banco reconocido puede considerarse una seguridad suficiente. Pero el contratista tendrá una seguridad mayor si el contrato exige que un banco del país del contratista confirme la carta de crédito. Según esa confirmación, el banco confirmante acepta una responsabilidad equivalente a la del banco emisor. El contratista puede reclamar el pago conforme a dicha carta de crédito confirmada sin las dificultades que crean las restricciones en el país del comprador. Pero al exigir dicha confirmación se aumentarían los gastos del comprador. Las partes deben también convenir en qué momento se abrirá la carta de crédito. Si se hace al celebrarse el contrato aumentará la seguridad del contratista.

[2]Esos créditos suelen regirse por los Usos y reglas uniformes relativos a los créditos documentarios de la Cámara de Comercio Internacional. Estos Usos y reglas uniformes establecen normas relativas a la apertura y al funcionamiento de las cartas de crédito. Se prevé que la última modificación de los Usos y reglas uniformes (documento No. 400 de la CCI) entrará en vigor el 1 de octubre de 1984.

40. Las condiciones de pago del contrato (por ejemplo, moneda de pago, importe de los pagos a plazos y fecha de pago) deben armonizarse con las condiciones de pago según la carta de crédito. Las partes han de considerar la forma de especificar el importe pagadero en virtud de la carta de crédito (por ejemplo, puede determinarse un importe suficiente para pagar cada plazo del precio pagadero según el calendario de pagos, importe que se repondrá automáticamente a su monto original después de cada pago, hasta cubrir el precio total del contrato —es la denominada carta de crédito renovable). Al convenir las condiciones de pago en virtud de la carta de crédito es preciso tener en cuenta las prácticas comerciales de los bancos con respecto a las cartas de crédito y los costos de los diferentes procedimientos posibles. En todos los casos la carta de crédito establecerá un importe máximo pagadero en virtud de ella.

41. En su contrato las partes deben acordar claramente los documentos contra los que el banco efectuará el pago, así como su redacción y datos consignados en ellos. Dichos documentos suelen certificar el suministro de servicios, equipo o materiales por cuyo concepto se efectúa el pago y, en consecuencia, pueden ser de diferentes tipos (por ejemplo, certificaciones del ingeniero que testimonian el avance de la construcción, documentos de transporte, o recibos en el emplazamiento emitidos por los representantes del comprador a título de suministro de equipo o materiales).

42. Al contratista le interesa que la carta de crédito cubra todo el período durante el que puede quedar pendiente cualquier obligación de pago del comprador. En general, los bancos insistirán en que la carta de crédito tenga una fecha de expiración determinada. Al establecer esa fecha se pueden plantear dificultades. Si bien el calendario del contrato especifica la fecha del pago final, esa fecha puede aplazarse por diversas razones (por ejemplo, atraso en el cumplimiento por parte del contratista o impedimentos exonerantes que impidan la construcción o el pago). Un enfoque posible sería fijar la fecha de vencimiento añadiendo a la fecha del pago final especificada en el contrato un período razonable para sus posibles aplazamientos.

D. *Garantías reales*

43. Además de los métodos para dar la seguridad de cumplimiento examinados *supra*, las partes pueden considerar las posibilidades que ofrece la creación de garantías reales. Éstas pueden crearse independientemente del acuerdo celebrado entre las partes con arreglo a disposiciones imperativas del derecho aplicable (por ejemplo, a un contratista que suministra mano de obra y materiales para la construcción puede otorgarse una garantía real en las obras construidas para asegurarle los pagos que se le adeudan). Las partes tal vez deseen determinar en qué medida pueden crearse garantías reales por ministerio de la ley, y sus derechos según tales garantías. Además, quizá deseen crear convencionalmente garantías reales para su protección. Pueden aplicarse normas jurídicas imperativas que regulen las modalidades y el alcance en la creación de las garantías reales. En muchos sistemas jurídicos, este tipo de garantías tiene algunos inconvenientes (por ejemplo, lentitud procesal para hacer efectiva la garantía, falta de claridad de las normas que rigen las prioridades entre los diversos acreedores, y el efecto derogatorio de las leyes de quiebra, en caso de insolvencia del deudor). Además, en las circunstancias propias de un contrato de obras, algunas formas de garantía no brindarían un alto grado de protección. Así, el comprador que obtiene una garantía real sobre la maquinaria de construcción del contratista puede descubrir que, al cabo de un cierto período de uso, la maquinaria es de muy escaso valor, y el contratista facultado para vender equipo suministrado por él y que ha pasado a ser propiedad del comprador, advierta que el importe que puede obtener con la venta de ese equipo en el país del comprador es bajo.

B. Séptimo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional

1. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional sobre la labor realizada durante su séptimo período de sesiones: (Nueva York, 8 a 19 de abril de 1985) (A/CN.9/262)[a]

ÍNDICE

	Párrafos
INTRODUCCIÓN	1-11
INGENIERO CONSULTOR	12-24
TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES	25-27

[a]Para su examen *por* la Comisión, véase el *Informe*, capítulo IV (primera parte, A, *supra*).

	Párrafos
LEY APLICABLE	28-37
PRECIO	38-56
TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA	57-77
CONSTRUCCIÓN EN EL EMPLAZAMIENTO	78-94
PROYECTO REVISADO DE ESBOZO DE LA ESTRUCTURA	95-99
SELECCIÓN DE LOS CRITERIOS DE CONTRATACIÓN	100-121
TERMINACIÓN, RECEPCIÓN Y ACEPTACIÓN	122-146
PROCEDIMIENTOS DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO	147-160
OTROS ASUNTOS Y LABOR FUTURA	161

Introducción

1. En su 11.° período de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional decidió incluir en su programa de trabajo un tema titulado "Consecuencias jurídicas del nuevo orden económico internacional" y estableció un Grupo de Trabajo encargado de estudiar el tema[1]. En su 12.° período de sesiones, la Comisión designó a los Estados miembros del Grupo de Trabajo[2]. En su 13.° período de sesiones la Comisión decidió que el Grupo de Trabajo estuviese constituido por todos los Estados miembros de la Comisión[3]. El Grupo de Trabajo está, pues, constituido por los Estados siguientes: Alemania, República Federal de, Argelia, Australia, Austria, Brasil, Cuba, Checoslovaquia, China, Chipre, Egipto, España, Estados Unidos de América, Filipinas, Francia, Guatemala, Hungría, India, Iraq, Italia, Japón, Kenya, México, Nigeria, Perú, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Centroafricana, República Democrática Alemana, República Unida de Tanzanía, Senegal, Sierra Leona, Singapur, Suecia, Trinidad y Tabago, Uganda, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia.

2. En su primer período de sesiones el Grupo de Trabajo recomendó a la Comisión para su posible inclusión en su programa, entre otras cosas, la armonización, unificación y revisión de las cláusulas contractuales que figuran normalmente en los contratos internacionales pertenecientes a la esfera del desarrollo industrial[4]. En su 13.° período de sesiones, la Comisión decidió otorgar prioridad a la labor relacionada con esos contratos y pidió al Secretario General que realizase un estudio de los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales[5].

3. El estudio preparado por la secretaría[6] fue examinado por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones segundo y tercero[7]. En su tercer período de sesiones el Grupo de Trabajo pidió a la secretaría, de conformidad con una decisión adoptada por la Comisión en su 14.° período de sesiones[8], que iniciase la redacción de una Guía Jurídica sobre cláusulas contractuales relativas a contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales[9]. La Guía Jurídica tiene por fin identificar las cuestiones jurídicas relacionadas con esos contratos y sugerir posibles soluciones para asistir a las partes, particularmente las de los países en desarrollo, en sus negociaciones[10].

4. En su cuarto período de sesiones el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de esbozo de la estructura de la Guía Jurídica y algunos modelos de proyectos de capítulo preparados por la secretaría[11] y pidió a la secretaría que procediese a preparar prontamente la Guía Jurídica[12]. En su quinto período de sesiones[13] el Grupo de Trabajo examinó algunos nuevos proyectos de

[1] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 11.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/33/17), párr. 71.

[2] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 12.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/34/17), párr. 100.

[3] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 13.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/35/17), párr. 143.

[4] A/CN.9/176, párr. 31.

5/Véase la nota 3 *supra*.

[6] A/CN.9/WG.V/WP.4 y Adds.1 a 8, A/CN.9/WG.V/WP.7 y Adds.1 a 6.

[7] A/CN.9/198, párrs. 11 a 80, y A/CN.9/217, párrs. 13 a 129.

[8] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/36/17), párr. 84.

[9] A/CN.9/217, párr. 130.

[10] Véase la nota 8 *supra*.

[11] A/CN.9/WG.V/WP.9 y Adds.1 a 4.

[12] A/CN.9/234, párrs. 51 y 52.

[13] A/CN.9/247.

capítulo y una nota sobre la forma que había de adoptar la Guía Jurídica[14]. En su sexto período de sesiones[15] el Grupo de Trabajo examinó nuevos proyectos de capítulo[16].

5. El Grupo de Trabajo celebró su séptimo período de sesiones en Nueva York del 8 al 19 de abril de 1985. Estuvieron representados todos los miembros del Grupo de Trabajo a excepción de Argelia, Nigeria, República Centroafricana, República Unida de Tanzanía, Sierra Leona, Singapur, Trinidad y Tabago y Uganda.

6. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argentina, Bulgaria, Canadá, Chile, Ecuador, Finlandia, Gabón, Grecia, Honduras, Indonesia, Irán (República Islámica del), Mozambique, Omán, Países Bajos, Polonia, Qatar, República de Corea, República Dominicana, República Popular Democrática de Corea, Santa Sede, Suiza, Tailandia y Turquía.

7. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Órganos de las Naciones Unidas*

Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones

b) *Organismos especializados*

Banco Mundial

c) *Organizaciones intergubernamentales*

Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano
Comunidad Económica Europea
Banco Interamericano de Desarrollo

d) *Organizaciones no gubernamentales internacionales*

Asociación Internacional de Abogados
Cámara de Comercio Internacional
Federación Internacional de Ingenieros Consultores

8. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidente: Sr. Leif SEVON (Finlandia)*

Relatora: Sra. Jelena VILUS (Yugoslavia)

9. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí para su examen proyectos de capítulo de la Guía Jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de obras industriales sobre "Precio" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.1), "Ingeniero consultor" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.2), "Transferencia de tecnología" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.3), "Transmisión de la propiedad de los bienes" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.4), "Ley aplicable" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.5), "Construcción en el emplazamiento" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.6), "Proyecto revisado de esbozo de la estructura de la Guía Jurídica" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.7), y los proyectos de capítulo revisados sobre "Selección de criterios de contratación" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.8), "Terminación, recepción y aceptación" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.9) y "Procedimiento para la celebración de los contratos" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.10).

10. El Grupo de Trabajo aprobó el programa siguiente:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Examen de proyectos de capítulo de la Guía Jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de obras industriales.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

11. El Grupo de Trabajo procedió a examinar los documentos que tenía ante sí por el orden que a continuación figura.

Ingeniero consultor[17]

12. Se acordó generalmente que la Guía debía subrayar la importancia de la coherencia entre las disposiciones del contrato de construcción relativas al ingeniero consultor y el contrato entre el comprador y el ingeniero consultor. No obstante, se sugirió que la Guía debía especificar que los contratos de construcción no podían referirse a la relación entre el comprador y el ingeniero consultor. Se sugirió que la Guía debía indicar que algunos organismos financieros internacionales y las normas de algunos ordenamientos jurídicos podían prohibir que el profesional que realizara el estudio de viabilidad actuara también como ingeniero consultor en virtud de un contrato de construcción, ya que sus conclusiones acerca de la viabilidad del proyecto podrían verse influidas por las persectivas de prestar sus servicios en relación con los trabajos de construcción.

13. Con respecto a las funciones que había de desempeñar el ingeniero consultor, se formuló una sugerencia en el sentido de que en la sección "Observaciones generales" se debía indicar que dichas funciones variarían en función de la naturaleza del contrato. Se sugirió además que en el párrafo 1 debía evitarse dar la impresión de que un ingeniero consultor podría intervenir en funciones de gestión del contrato.

14. Se expresaron varias opiniones con respecto al ejercicio de funciones que el ingeniero consultor podía

*El Presidente fue elegido a título personal.

[14] A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.5, y A/CN.9/WG.V/WP.11 y Adds.1 a 4 y 6 a 9.

[15] A/CN.9/259.

[16] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4 y 5, y A/CN.9/WG.V/WP.13 y Adds.1 a 6.

[17] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.2.

realizar de manera independiente. Según una opinión, no era realista esperar que un contratista conviniera en el ejercicio de ciertas funciones independientes (por ejemplo, arreglo de controversias o determinación de la existencia de una situación de gravosidad o de derechos para suspender o rescindir el contrato) por un ingeniero consultor que había sido seleccionado por el comprador y estaba prestando servicios al comprador o actuaba en su nombre. Se sugirió que el ingeniero consultor debía tener atribuciones para ejercer funciones independientes únicamente en casos excepcionales. Según otra sugerencia, la naturaleza de las funciones independientes que había de ejercer el ingeniero consultor debía limitarse, por ejemplo, a las funciones de carácter técnico.

15. Se expresó la opinión de que la discusión sobre el ejercicio de las funciones que el ingeniero consultor podía realizar de manera independiente debía mantenerse, ya que la atribución para ejercer dichas funciones se confería algunas veces, en la práctica, a los ingenieros consultores. Se sugirió que tal vez las partes consideraran en algunos casos conveniente autorizar al ingeniero consultor a ejercer dichas funciones, ya que tenía los conocimientos necesarios acerca de la construcción y se podía recurrir a él para tratar de manera rápida las cuestiones, problemas o controversias relativas a la construcción. Empero, se opinó que la concesión de dichas facultades al ingeniero consultor debía ofrecerse únicamente como una opción que las partes tal vez desearan considerar en la redacción de un contrato de construcción, y no como una recomendación para su inclusión en el contrato.

16. En relación con la cuestión de autorizar al ingeniero consultor a realizar funciones de manera independiente, se expresó la opinión de que debía establecerse una distinción entre el caso en que el ingeniero consultor lo seleccionaba el comprador únicamente, y el caso en que el ingeniero consultor era seleccionado por ambas partes. Cuando el ingeniero consultor era seleccionado únicamente por el comprador, se opinó que el ingeniero consultor no debía ser autorizado para ejercer ningún tipo de función independiente, y que si se le autorizaba para ello dichas funciones debían ser de carácter limitado. Según otra opinión, un ingeniero consultor que era seleccionado por el comprador únicamente no debía tener atribuciones para tomar una decisión que fuera vinculante para el contratista. Sin embargo, según otra opinión, no había ninguna razón por la que el ingeniero consultor no pudiera tomar decisiones vinculantes si las partes tenían confianza en él y estaban de acuerdo en que tomara dichas decisiones, incluso aunque el ingeniero consultor hubiera sido elegido por el comprador. Cuando el ingeniero consultor era seleccionado por ambas partes, se le podía autorizar a ejercer funciones independientes más amplias, inclusive la toma de decisiones vinculantes para las partes. Se sugirió que el ingeniero consultor no debía ejercer funciones independientes en cuestiones respecto de las cuales había proporcionado sus servicios o había actuado en nombre del comprador, y que en el ejercicio de funciones independientes el ingeniero consultor debía estar obligado a actuar imparcialmente con respecto al comprador y al contratista.

17. Se sugirió que cada una de las partes debía designar un ingeniero consultor en el momento de concertar un contrato, y que estos ingenieros consultores debían tener autoridad para tomar decisiones vinculantes para las partes en relación con cuestiones de naturaleza técnica. Se formuló otra sugerencia en el sentido de que podía haber un ingeniero consultor para prestar consejo y asesoramiento técnico al comprador y actuar en su nombre, y otro ingeniero consultor para ejercer funciones independientes. Sin embargo, se opinó que no era prudente que hubiera más de un ingeniero consultor prestando sus servicios al mismo tiempo.

18. Se sugirió además que podía autorizarse al ingeniero consultor para tomar decisiones vinculantes para las partes cuando el valor implicado en dichas decisiones fuera inferior a una cierta cantidad estipulada, y que las decisiones en que estuviera en juego una cantidad superior a la estipulada deberían someterse a mediación por un mediador independiente, estipulado en el contrato, al que se pudiera recurrir para tomar dichas decisiones. Si la mediación no tenía éxito, el asunto se sometería a arbitraje o a arreglo judicial. Se sugirió también que el ingeniero consultor que tenía atribuciones para realizar un acto o tomar una decisión de manera independiente debía estar obligado a realizar dicho acto o tomar dicha decisión dentro de un plazo determinado.

19. Con respecto a las funciones enumeradas en el párrafo 8, hubo acuerdo general en que la secretaría debía considerar qué funciones eran independientes y cuáles se realizaban en nombre del comprador. Además, se sugirió que la secretaría debía considerar cuál de esas funciones debía ser examinada en el capítulo sobre "Solución de controversias". Se acordó generalmente que el ingeniero consultor no debía estar facultado para introducir una adaptación en el contrato, en virtud de una situación de gravosidad, si las partes, en sus negociaciones, no llegaban a un acuerdo sobre la adaptación.

20. Con respecto a la selección del ingeniero consultor, se hizo observar por la secretaría que en muchos casos la identidad del ingeniero consultor designado por el comprador se comunicaba al contratista con anterioridad a la conclusión del contrato y que el nombre del ingeniero consultor figuraba en el contrato; en tales casos, podía considerarse que el ingeniero consultor había sido seleccionado por ambas partes.

21. Con respecto a la sustitución del ingeniero consultor, se acordó en general que el comprador debía poder elegir al sustituto sin participación del contratista cuando el ingeniero consultor prestara únicamente servicios al comprador o actuara en su nombre. En el caso en que el ingeniero consultor hubiera de ejercer funciones de forma independiente, se opinó que si el comprador eligió al ingeniero consultor inicial sin la participación del contratista, debía también poder elegir al sustituto sin contar con el contratista. No obstante, en tal caso debía obligarse al comprador a notificar al contratista el

nombre del sustituto que había seleccionado. Por otra parte, si el ingeniero consultor inicial había sido seleccionado por el comprador y por el contratista, el nuevo ingeniero consultor debía ser seleccionado por el mismo procedimiento. Se sugirió que si se permitía al comprador seleccionar a un nuevo ingeniero consultor sin la participación del contratista, no se le debía permitir elegir a un ingeniero consultor entre sus empleados. Se hizo observar que los organismos financieros internacionales podían objetar la participación del contratista en la selección de un nuevo ingeniero consultor cuando el sustituto sólo prestara servicios al comprador o actuara en su nombre, pero no cuando realizara funciones de forma independiente.

22. Se opinó que si se permitía al contratista objetar por "motivos fundados" el nombramiento de un nuevo ingeniero consultor propuesto por el comprador, el hecho de que el contratista desconociera el nombre del nuevo ingeniero consultor propuesto debía considerarse como un motivo fundado. Se sugirió que debía estipularse en el contrato que si las partes no podían llegar a un acuerdo sobre el nombramiento de un nuevo ingeniero consultor, podían acordar que fuera seleccionado por un tercero. Hubo acuerdo general en que se debía aconsejar en la Guía a las partes que trataran la cuestión del grado en que el nuevo ingeniero consultor quedaría vinculado por los actos y decisiones realizados por el ingeniero consultor inicial.

23. Con respecto a la delegación de autoridad por el ingeniero consultor, se sugirió que debía suprimirse en el párrafo 17 la referencia a la facultad del ingeniero consultor de delegar sus funciones en uno de sus empleados. Se sugirió también que el capítulo debía indicar que la delegación de funciones por un ingeniero consultor se regía por las normas de algunos sistemas jurídicos nacionales.

24. Con respecto a la información y facilidades de acceso que se debían ofrecer al ingeniero consultor, hubo acuerdo general en que el ingeniero consultor no debía tener derechos más amplios que los que competían al comprador. Se opinó que el contrato de construcción debía conferir al ingeniero consultor, por derecho propio, facultades para pedir al contratista información sobre el plazo de terminación de las obras, así como solicitarle que hiciese los cambios correspondientes, coordinar la labor de todos los contratistas que hubieran intervenido en la construcción, inspeccionar la planta durante la construcción, y, en un contrato de gastos reembolsables, inspeccionar las cuentas al contratista. Según otra opinión, el ingeniero consultor sólo debía tener tales facultades respecto de sus funciones independientes. Sin embargo, la opinión predominante fue que cualquier facultad de este tipo que tuviera el ingeniero consultor debía derivarse de las facultades del comprador mismo, y no debía concederse al ingeniero consultor por derecho propio. Se sugirió que la función del ingeniero consultor con respecto a la programación de los trabajos de construcción debía mencionarse en la sección titulada "Prestación de consejo y asesoramiento técnico al comprador".

Transmisión de la propiedad de los bienes[18]

25. Se opinó que la distinción entre el término "planta" y el término "instalación" podía resultar confusa y debía aclararse. Se suscitó la cuestión de si la Guía debía referirse a la transmisión de la propiedad sobre las herramientas y maquinaria de construcción que había de utilizarse para las obras. Hubo amplio apoyo a la opinión de que este tema no debía tratarse en este capítulo sino en otro capítulo, por ejemplo, en el capítulo relativo a las garantías de cumplimiento, con las oportunas referencias cruzadas.

26. Se sugirió que la sección titulada "Observaciones generales" podría necesitar alguna aclaración. Se opinó que la relación entre la transmisión de la propiedad de los bienes y el traspaso del riesgo tal vez precisara más explicaciones, ya que con arreglo a algunos ordenamientos jurídicos el momento de la transmisión de la propiedad podía ser pertinente al traspaso del riesgo de pérdidas o daños, si las partes no habían convenido en un enfoque diferente en el contrato.

27. Se acordó fusionar los párrafos 4 y 5 y tratar el momento de la transmisión de la propiedad sobre el equipo y los materiales en términos generales, sin referirse a los ejemplos indicados en el presente texto. Empero, debía subrayarse la necesidad de evitar transferencias y retransferencias múltiples de los bienes. El encabezamiento de la sección C debía adaptarse a la terminología que había de utilizarse en la versión definitiva de la Guía.

Ley aplicable[19]

28. Se observó que en el proyecto de capítulo se partía de la base de que las partes habrían de elegir las normas del ordenamiento jurídico de un solo Estado en virtud de las cuales se regiría su contrato. Con todo, eran posibles otros enfoques; por ejemplo, que el contrato se rigiera por principios jurídicos comunes a los ordenamientos jurídicos de los dos países a que pertenecían las partes, o por principios generales de derecho comúnmente aceptados en el comercio internacional. Las partes también podían disponer que distintas obligaciones contractuales hubieran de regirse por diferentes ordenamientos jurídicos. Se observó que, al presentar estos últimos enfoques, deberían indicarse también en el capítulo las posibles dificultades inherentes a ellos. Por ejemplo, podría ser difícil determinar los principios jurídicos a que se hacía referencia. Además, ciertos ordenamientos jurídicos podrían no reconocer la validez de esa elección, y, en consecuencia, los tribunales determinarían la ley aplicable al contrato sobre la base de las normas de derecho internacional privado. Hubo una propuesta de que se sustituyera el título del capítulo por "Elección de la ley aplicable". Se propuso también que se cambiara el título francés por *"Loi applicable"*.

[18] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.4.

[19] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.5.

29. Hubo amplio acuerdo en el sentido de que la mayoría de los ordenamientos jurídicos no abordaban concretamente los contratos de instalaciones industriales de carácter complejo. En consecuencia, sería conveniente que las partes abordaran los problemas que podrían surgir en virtud de contratos de instalaciones industriales, e incluyeran, en la medida de lo posible, los términos adecuados en su contrato.

30. Se expresó la opinión de que en la Guía debía señalarse a la atención de las partes la cuestión del factor tiempo en relación con la elección de la ley aplicable, es decir si la ley aplicable era la ley que regía en el momento de la conclusión del contrato, con exclusión de toda modificación ulterior que pudiere sufrir, o si era la ley que regía en el momento de la conclusión del contrato con sujeción a futuras modificaciones. La Guía también podría señalar a la atención de las partes la posibilidad de dar aplicabilidad a normas de derecho incorporándolas en el contrato como estipulaciones contractuales. Además, sería conveniente que las partes hicieran aplicable la misma ley tanto a los contratos de instalaciones industriales como a los contratos entre el contratista y los subcontratistas para facilitar la coordinación de esos contratos.

31. Se observó que la descripción que figuraba en el proyecto de capítulo de normas jurídicas imperativas que podrían limitar la autonomía de las partes para elegir la ley aplicable no era suficientemente amplia. Por ejemplo, las leyes imperativas destinadas a regular condiciones contractuales injustas podrían limitar la autonomía de las partes. Aún más, las partes no podrían sustraerse a la aplicación de ciertas normas de derecho internacional privado que determine la ley aplicable para resolver ciertas cuestiones relativas a los bienes raíces. También se hizo notar que un tribunal podría excluir la aplicación de ciertas disposiciones de la ley elegida por las partes mediante la aplicación de disposiciones jurídicas relativas al *orden público.*

32. Se expresaron distintas opiniones respecto de la sugerencia que figuraba en la Guía de que, al elegir la ley, las partes deberían referirse específicamente a las normas "sustantivas" del ordenamiento jurídico. Se observó que el término "sustantivo" era susceptible de diferentes significados: podría emplearse para subrayar un contraste con las normas de derecho internacional privado o un contraste con las normas de procedimiento. Hubo una opinión en el sentido de que era innecesario emplear ese término en el momento de efectuar la elección, ya que era evidente por sí mismo que la elección de un ordenamiento jurídico no entrañaba una elección de normas de derecho internacional privado o de normas de procedimiento. Según otro parecer, el uso de ese término era conveniente para indicar que las partes excluían por lo menos la aplicación de las normas de derecho internacional privado. Se hizo observar a este respecto que, si bien la elección de la ley de procedimiento que regiría la forma de proceder para la solución de las controversias sería ineficaz cuando la solución de la controversia quedara confiada a un tribunal (pues ese tribunal siempre podía aplicar su propia ley de procedimiento), esa elección podría ser eficaz cuando las controversias se solucionaran por la vía del arbitraje.

33. El Grupo de Trabajo examinó la referencia que se hacía en el proyecto de capítulo a la posible aplicación a los contratos de instalaciones industriales de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980). A este respecto, se observó que debían describirse en mayor detalle las disposiciones de la Convención que definían las circunstancias en que la Convención era aplicable a los contratos para el suministro de bienes que habían de manufacturarse o producirse. Según un parecer, debido a esas disposiciones la Convención se aplicaba con poca frecuencia a los contratos de instalaciones industriales. En virtud de otra opinión, sin embargo, ciertos sistemas jurídicos clasificaban los contratos de instalaciones industriales como contratos de compraventa. En consecuencia, si las partes elegían ese sistema para regir un contrato de instalaciones industriales podría ocurrir que la Convención fuera aplicable. También se observó que en algunas ocasiones era posible que las partes quisieran decidir expresamente que la Convención habría de regular su contrato. Hubo apoyo para la opinión de que cualquier análisis de la posible aplicación de la Convención a los contratos de instalaciones industriales debería incluirse en el cuerpo del proyecto de capítulo, y no en una nota de pie de página.

34. Se expresó el parecer de que, en lugar de efectuar una elección directa de la ley que había de regir el contrato, las partes podrían escoger el tribunal que habría de resolver las controversias que dimanaran del contrato, o elegir una institución arbitral, en virtud de cuyas normas de arbitraje hubiesen de resolverse esas controversias. Hubo una sugerencia más en el sentido de que las cuestiones vinculadas directamente con la elección de la jurisdicción, por ejemplo, cuándo esa elección podría ser inválida, se analizarían en el proyecto de capítulo sobre la solución de las controversias, y no en el presente proyecto de capítulo.

35. El Grupo de Trabajo debatió la forma en que podría formularse una cláusula sobre la elección de la ley. Se prestó un decidido apoyo a la opinión de que era necesario que en una estipulación sobre la elección de la ley se determinara únicamente el sistema jurídico que habría de regir el contrato. Recibió cierto apoyo la opinión de que, además de esa determinación, en la estipulación sobre la elección de la ley debería indicarse que la ley elegida había de regir la formación y la validez del contrato, y posiblemente también las consecuencias de la invalidez. En oposición a este parecer, se observó que era imposible desde el punto de vista lógico elegir una ley que rigiera las cuestiones de formación y validez, puesto que la elección sólo sería efectiva si el contrato estuviese formado y fuese válido. Menos apoyo recibió el parecer de que en la estipulación sobre la elección de la ley se enumeraran en detalle las cuestiones que había de regir la ley elegida. Se acordó que la disposición ilustrativa sobre la elección de la ley del proyecto de capítulo debería tener tres variantes que ilustraran esos diferentes enfoques. Se acordó también que era

necesario aclarar la frase "normas jurídicas imperativas de carácter público".

36. El Grupo de Trabajo examinó el análisis que se hacía en la Guía respecto de la parte que debía soportar el riesgo de una modificación de las normas imperativas relativas a los aspectos técnicos de las instalaciones industriales o de su construcción, o del establecimiento de nuevas normas, después de la conclusión del contrato (párrafo 17). Se observó que la significación de este análisis sería más evidente si se modificaba la recomendación inmediatamente anterior, respecto de la obligación que debía imponerse al contratista (es decir la obligación de construir las instalaciones industriales de conformidad con las normas jurídicas de carácter técnico aplicables: párrafo 16). En la Guía debía recomendarse que se obligase al contratista a construir las instalaciones industriales de conformidad con las normas jurídicas de carácter técnico aplicables que prevalecían en el momento de la conclusión del contrato.

37. Se sugirió que en la deliberación sobre la determinación del Estado parte que debería estar obligado a obtener las aprobaciones, las autorizaciones o las licencias necesarias para el cumplimiento del contrato debía situarse en un capítulo distinto en el que resultara más adecuada esa deliberación. Se sugirió además que era necesario aclarar la sección titulada "Observaciones generales". Esa sección estaba llamada a dilucidar más claramente el problema que se abordaba en las secciones siguientes del capítulo. También se expresó la opinión de que en el capítulo deberían incluirse estipulaciones más ilustrativas y se formularon varias sugerencias para mejorar la redacción del capítulo.

Precio[20]

38. Se sugirió que el título del capítulo se refiriese también a las "condiciones de pago". Se propuso que el título del capítulo, "Precio", se reemplazara por "Costos". Sin embargo, esta propuesta no fue aprobada. Se formuló la opinión de que la sección sobre "Observaciones generales" indicase que las instituciones financieras internacionales podrían requerir que las cuestiones examinadas en ese capítulo se solucionasen de alguna manera particular. Se formuló la sugerencia de que la cuestión del ajuste del precio se examinase en los capítulos sustantivos dedicados a las diversas circunstancias que pudieran dar lugar a ese ajuste, por ejemplo, los capítulos relativos a "cláusulas de modificación" y "cláusulas de gravosidad". Se pidió a la secretaría que examinase la posibilidad de incluir en ese capítulo nuevas disposiciones ilustrativas.

39. Se expresó el parecer de que la Guía no debía referirse al caso de omisión del método de fijación del precio en el contrato, ya que en la práctica no se daba ese caso. Se subrayó que el método de precio unitario no era intercambiable con los otros dos métodos de fijación de precios mencionados en el párrafo 2. Se sugirió que se redactase de nuevo el párrafo 5, a fin de aclarar cuáles eran las consecuencias que podrían surgir de una violación de las normas jurídicas mencionadas en ese párrafo.

40. Se expresaron distintas opiniones con respecto a la terminología que debía utilizarse en la sección relativa a ajuste y revisión del precio. Hubo acuerdo general en que debía precisarse la distinción entre ajuste y revisión. Se formuló el parecer de que el precio alzado sólo podría ser objeto de revisión de conformidad con el derecho aplicable o con una cláusula de revisión incluida en el contrato. Se sugirió que se indicase en la Guía que algunos sistemas jurídicos contenían disposiciones aplicables al ajuste del precio aun cuando no hubiese una disposición contractual sobre esa cuestión. Con arreglo a otra opinión, el precio debía ser estable y el ajuste o la revisión del precio, excepcional. A ese respecto, se sugirió que en la segunda oración del párrafo 8 se suprimiese la frase "a menos que se incluya en el contrato una cláusula de ajuste de precios o de revisión de precios".

41. Se sugirió que se hiciese hincapié en la influencia del método de fijación del precio sobre la necesidad de ajuste y revisión del precio. Se hizo notar que si se utilizaba el método de costos reembolsables para la fijación del precio, los costos máximos o indicativos especificados en el contrato podrían requerir un ajuste o revisión en determinadas circunstancias (por ejemplo, si se modificaba el alcance de la construcción). Se expresó la opinión de que algunas de las situaciones examinadas en la sección sobre ajuste del precio no se referían a ese tema sino a la responsabilidad de una de las partes. Con respecto a la modificación de los reglamentos nacionales, se formuló la sugerencia de que sólo se describiesen en la Guía los problemas pertinentes, dejando librada a las partes la elección de una solución para esos problemas.

42. Se sugirió que en el párrafo 9 se mencionase que el contratista podría protegerse contra el riesgo indicado en ese párrafo mediante la inclusión de una cláusula de ajuste o revisión en el contrato. Se expresó el parecer de que debía redactarse de nuevo el párrafo 9, a fin de que se refiriese simplemente a los riesgos vinculados con los diversos métodos de fijación de precios. Se sugirió que en la última oración de ese párrafo podría suprimirse el término "calidad". Se observó que tal vez fuese útil aclarar la distinción entre precio alzado, que en determinadas situaciones podía ser objeto de revisión, y precio fijo. Se observó que en algunos casos se utilizaba el método de costos reembolsables para la fijación de precios incluso en contratos llave en mano y se sugirió que se redactase de nuevo la primera oración del párrafo 15 en consecuencia.

43. Con respecto al método de costos reembolsables para la fijación de precios, se sugirió que se aclarase la distinción entre costos reembolsables y honorarios y que se indicase en la Guía cuáles eran los costos sufragados por el contratista que estaban comprendidos en los honorarios y que, por consiguiente, no debían considerarse costos reembolsables. Se formuló la observación

[20] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.1.

de que aun en los casos en que se conviniese en unos honorarios fijos, por lo común el contratista tenía interés en terminar la construcción lo antes posible.

44. Se sugirió que se describiesen en la Guía los diversos tipos de contratos basados en costos reembolsables utilizados en la práctica (por ejemplo, costo más porcentaje y costo más honorarios fijos). Se expresó la opinión de que en la Guía no debía sugerirse que el método de fijación de precios fuese el único factor pertinente al interés del contratista por terminar la construcción a tiempo. Se sugirió que la Guía recomendase que el método de costos reembolsables no fuese utilizado en los casos en que el comprador desconociese la estimación de costos de la construcción en el momento de la celebración del contrato; sin embargo, se hizo notar que por lo general el comprador conocería esa estimación. Se señaló que la participación del comprador en la selección de subcontratistas sólo era pertinente, como método de fiscalización de los costos reembolsables (por ejemplo, los costos de los servicios del subcontratista) en caso de que los subcontratistas no estuviesen especificados en el contrato.

45. Se observó que no en todos los casos las instituciones de crédito internacionales se oponían al método de costos reembolsables para la fijación de precios. Se sugirió la supresión del párrafo 13. Hubo apoyo considerable a la opinión de que cuando se utilizaba el método de costos reembolsables el comprador debería tener derecho a examinar las cuentas del contratista, a fin de verificar los costos en que éste hubiese incurrido. Se expresó la opinión de que no era conveniente la terminación del contrato en los casos en que los costos reales superasen el costo indicativo y que la referencia a esa posibilidad debía eliminarse de la Guía o limitarse a los casos en que se excediera de un máximo convenido. Se formuló la sugerencia de que esa cuestión se considerase en el capítulo sobre "Terminación".

46. Se sugirió la inclusión en la Guía de ejemplos más típicos de fijación de precio unitario. Se formuló el parecer de que la Guía debía referirse a la posibilidad de ajustar el precio correspondiente a una unidad de construcción cuando el número de unidades utilizado efectivamente en la construcción superase un porcentaje especificado de la cantidad estimada en el momento de la celebración del contrato.

47. Se expresó la opinión de que no debía utilizarse el pago de primas por la terminación pronta de la construcción en relación con el método de costos reembolsables para la fijación del precio, puesto que ello podría hacer que el contratista incurriese en gastos más elevados (por ejemplo, a raíz de la contratación de mano de obra adicional) a fin de obtener las primas. Se sugirió la eliminación de las últimas oraciones del párrafo 29. Con arreglo a otra opinión, el pago de primas no debía depender del funcionamiento continuo de las instalaciones sino de que el comprador recibiese beneficios derivados del funcionamiento anticipado de las instalaciones. Se expresó el parecer de que no debía requerirse el funcionamiento continuo de las instalaciones y de que las primas podrían pagarse al iniciarse el funcionamiento de las instalaciones. Conforme a otra opinión, el pago de primas no debía establecerse en el contrato sino convenirse exclusivamente después de su celebración, siempre que la terminación temprana de la construcción significase beneficios al comprador.

48. Se sugirió que en la sección relativa a la moneda en que se fija el precio se debía destacar la distinción entre la moneda en que se determinaba el precio (moneda de la cuenta) y la moneda en que debía pagarse ese precio. Según otra sugerencia, dicha sección debía referirse a los problemas vinculados con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda del precio, además de las fluctuaciones de los tipos de cambio.

49. Se formuló la sugerencia de que el párrafo 31 se refiriese concretamente a los reglamentos vigentes en materia de divisas en los países de ambas partes. Se expresó el parecer de que debía utilizarse en el contrato, en la mayoría de los casos, la moneda del país del comprador y que si se utilizaba otra moneda se incluyese en el contrato un tipo de cambio pertinente. Se sugirió que en el párrafo 33 se aclarasen las ventajas y desventajas que representaban para el comprador los criterios mencionados en ese párrafo con respecto a la moneda de reembolso de costos. Se advirtió que los párrafos 32 y 36 podrían requerir alguna armonización.

50. Se sugirió que la Guía se refiriese a la necesidad de modificar una cláusula de indización en el caso de que hubiese variaciones importantes en el alcance de la construcción o una modificación sustantiva de los factores económicos pertinentes al contrato. Se subrayó la conveniencia de que las cláusulas de indización fuesen simples. Se expresó el parecer de que se suprimiese el párrafo 50 o de que sólo indicase que por lo común las cláusulas de indización se aplicaban a cada pago en el momento en que se hiciera efectivo. Se advirtió que las leyes de algunos países restringían o no permitían la utilización de cláusulas de indización.

51. Se sugirió que el enfoque descrito en la última oración del párrafo 53 se limitase a los casos en que el contratista fuese responsable de la demora. Se formuló otra opinión en el sentido de suprimir esa oración. Se sugirió que la cláusula de indización tuviese aplicación únicamente en los casos en que dicha aplicación diese lugar a un cambio que excediese un determinado porcentaje del precio.

52. Con respecto a la nota 1 de pie de página, se expresó que sería conveniente señalar a la atención de las partes las limitaciones que pudieran existir en el derecho nacional en relación con las atribuciones judiciales respecto del ajuste de los coeficientes de ponderación utilizados en una cláusula de indización. Se sugirió la utilidad de añadir algunas notas explicatorias a la fórmula de cláusula de indización incluida en el apéndice.

53. Se expresó la opinión de que en el caso de demora por el comprador en efectuar un pago al contratista, una cláusula monetaria podría ofrecer al contratista la

posibilidad de elegir entre el tipo de cambio vigente en el momento del vencimiento de la obligación de pagar y el vigente en el momento del pago efectivo. Se sugirió que la sección relativa a la cláusula de la unidad de cuenta se refiriese igualmente a la unidad monetaria europea (ECU), como unidad de cuenta.

54. Se formuló la sugerencia de que se suprimiesen los porcentajes en el párrafo 63, así como la parte de la última oración de ese párrafo referente a las restricciones aplicables a las divisas. Se formularon opiniones en el sentido de que la primera oración del párrafo 63 podría ser superflua y de que la segunda oración del párrafo 64 debería eliminarse.

55. Se sugirió que la sección relativa al pago durante la construcción debería incluir las condiciones de pago aplicables en relación con el método de costos reembolsables, ya que podrían ser distintas de las utilizadas en relación con el método del precio alzado. Con respecto al pago por el comprador del equipo o materiales suministrados por el contratista, se sugirió que el pago que podría ser debido antes de la entrega de esos artículos al comprador, contra la presentación por el contratista de los documentos que probasen que el equipo o los materiales hubiesen sido asegurados, además de la presentación de otros documentos como las constancias de que el equipo o los materiales hubiesen sido entregados al primer transportista para su entrega al comprador.

56. En cuanto a los créditos concedidos por el contratista, con arreglo a una opinión, se utilizaban en la práctica sólo excepcionalmente. Conforme a otra opinión, sin embargo, no era raro que el gobierno del país del contratista garantizase o respaldase de otro modo los créditos concedidos por el contratista al comprador. Se formularon diversas sugerencias para mejorar la redacción del capítulo.

Transferencia de tecnología[21]

57. Hubo acuerdo general en que los asuntos tratados en el presente capítulo eran sumamente importantes para el comprador. También se convino en que en el proyecto de capítulo se trataban esos asuntos en forma equilibrada. Se observó que algunas de las expresiones utilizadas en el proyecto de capítulo podían requerir aclaraciones adicionales. Por ejemplo, era posible que la palabra "imperativa", utilizada frecuentemente para calificar la expresión "legislación vigente sobre transferencia de tecnología", requiriera aclaraciones, dado que esa reglamentación de carácter imperativo podía asumir distintas formas. También debería aclararse que el know-how podría ser confidencial y del conocimiento exclusivo del contratista, o bien podría no ser confidencial y ser conocido también por otras personas. Además, en algunos países la palabra "licencias" se usaba no sólo en relación con patentes, sino también para describir la comunicación del know-how.

[21] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.3.

58. Se estimó que podría describirse en forma más detallada la legislación nacional vigente sobre transferencia de tecnología. Los términos del contrato podrían ser afectados por la legislación vigente no sólo en el país de cada parte, sino también en otros países. A este respecto, se observó que algunas legislaciones requerían licencias para la obtención de tecnología en ciertas circunstancias. En otros países, la legislación limitaba los derechos de los contratistas que eran partes en contratos de transferencia de tecnología.

59. Se sugirió que se describieran al principio del capítulo las distintas clases de tecnología y las maneras en que podrían transferirse individualmente o en forma combinada. Se propuso que en este capítulo se hiciera referencia a las mejoras introducidas ulteriormente en la tecnología transferida. Además, podrían indicarse las posibles razones (por ejemplo, consideraciones sobre el costo) para optar por distintos tipos de arreglos contractuales sobre transferencia de tecnología. Se observó que la familiarización con el funcionamiento de las instalaciones no era la forma más corriente de transferir tecnología. Se apoyó la opinión de que era necesario ampliar la descripción de la propiedad industrial y, en particular, del sistema de patentes. Deberían mencionarse las convenciones internacionales que regían la propiedad industrial. También debería indicarse que las patentes tenían validez dentro de determinados territorios.

60. Con respecto a la descripción de la tecnología, se observó que, de conformidad con ciertas fórmulas contractuales, no se requería una descripción especial de la tecnología que habría de utilizarse, dado que la descripción del alcance y la calidad de las instalaciones incluiría una descripción de la tecnología en cuestión. En cuanto a las condiciones que podrían estipularse en el contrato a fin de limitar la utilización de la tecnología transferida por el comprador, se sugirió que la referencia al debate sobre esa cuestión que se estaba celebrando en las sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre un Código Internacional de Conducta para la Transferencia de Tecnología debía incluirse en la sección titulada "Observaciones generales". Se señaló que era difícil predecir las repercusiones que tendría un posible código de conducta para la redacción de contratos de instalaciones, por cuanto aún no se había llegado a un acuerdo respecto de la medida en que el código tendría carácter obligatorio para las partes ni de la formulación de las disposiciones relativas a las restricciones antes mencionadas. Se expresó la opinión de que no correspondía que la Guía incorporara las disposiciones del Código de Conducta, aunque podría hacerse referencia a dicho Código. El Grupo de Trabajo decidió aplazar para más adelante la decisión sobre la referencia al Código de Conducta. Se acordó descartar la redacción de disposiciones relativas a esas restricciones. Sin embargo, cabría determinar y examinar brevemente las disposiciones restrictivas que fueran pertinentes a los contratos de instalaciones y que pudieran incluirse en éstos. Se observó que la Guía no debía tratar de establecer estándares normativos respecto de esas disposiciones restrictivas y que, de cualquier forma, en muchos casos la legislación nacional limitaba la

autonomía de las partes para incluir tales disposiciones restrictivas.

61. Se observó que la forma de garantía apropiada con respecto a la tecnología dependería de la fórmula contractual adoptada. Si, por ejemplo, se adoptara el sistema de llave en mano, no sería necesario incluir una garantía específica relativa a la tecnología, dado que la garantía general relativa a la calidad y el rendimiento de las instalaciones abarcaría también la tecnología.

62. Se observó que en la Guía debería sugerirse que se exigiera al contratista que garantizara que era el propietario de la tecnología que transfería o que se obligara a obtener el derecho de transferir la tecnología. Se apoyó la opinión de que la última oración del párrafo 12 debería suprimirse o, por lo menos, modificarse considerablemente, dado que su contenido no facilitaba la redacción del contrato por las partes y que la norma que expresaba, a saber, que se permitiera al contratista quedar exento de responsabilidad, era cuestionable. Se estimó que la situación mencionada en la penúltima oración del párrafo 19 (es decir, la resolución del contrato por incumplimiento del contratista) también debería examinarse desde el punto de vista de su efecto sobre las garantías dadas por el contratista. Se sugirió que en tales situaciones, aun cuando otro contratista terminara de cumplir el contrato, el contratista original debería seguir estando sujeto a las garantías dadas con respecto a la tecnología suministrada. También se observó que en la Guía debería indicarse que las garantías dadas por el contratista quedarían sin efecto si el personal del comprador hiciera funcionar las instalaciones en forma indebida.

63. En materia de precios, se sugirió que podría ampliarse la descripción de los diversos métodos de fijación del precio de la tecnología. A este respecto, se observó que cabría mencionar el método de pago efectuado en forma de entrega de los productos de las instalaciones. Sin embargo, también se expresó la opinión contraria de que esos métodos de pago correspondían al comercio detallista y no era necesario mencionarlos en forma especial en este contexto; tal vez sería conveniente mencionar esos métodos en el capítulo sobre "Precio".

64. También se opinó que los métodos de pago apropiados que habrían de adoptarse podrían depender de la duración del período que abarcarían los pagos (por ejemplo, si las regalías se extendieran durante un largo período, el monto de cada pago sería inferior al que correspondería efectuar si las regalías se pagaran durante un período más corto). También se observó que, por lo general, la transferencia de know-how confidencial se pagaba al contado. Hubo concordancia de opiniones en que la fijación del precio de la tecnología debía tratarse en el capítulo titulado "Precio". Si bien se convino en que era apropiado conservar el examen relativo al precio de la capacitación en el presente capítulo, se estimó que en el capítulo "Precio" cabría mencionar la inclusión de dicho examen en el presente capítulo.

65. Con respecto a la violación de los derechos de terceros como resultado de la utilización de la tecnología transferida, se observó que, en la práctica, la parte que transfería la tecnología sólo se comprometía a garantizar que la utilización de la tecnología no violaría los derechos de terceros en determinados territorios. Por lo general, las partes que transfirieran la tecnología declararían no tener conocimiento de que los derechos de terceros hubiesen sido violados en otros territorios. También se observó que en la Guía debería mencionarse la posibilidad de violación de derechos de terceros no sólo como consecuencia de la utilización de los procesos industriales transferidos, sino también de la distribución de los productos de las instalaciones terminadas.

66. Se observó que no era necesario incluir un examen a fondo de los recursos disponibles en caso de violación de derechos de terceros, dado que tales recursos quedaban establecidos por las leyes pertinentes y podían variar según los distintos sistemas jurídicos. Sería conveniente que en el capítulo se tratara la cuestión de la determinación de los derechos de las partes en caso de violación. A este respecto, se observó que en muchos sistemas jurídicos las garantías contra tales violaciones estaban implícitas en la ley y no era necesario reglamentarlas mediante disposiciones contractuales.

67. Se consideró la cuestión de si debían examinarse en un solo lugar de la Guía todos los casos en que pudieran violarse los derechos de terceros durante la ejecución de un contrato de instalaciones. Se observó que dicho tratamiento sería lógico y podría ser amplio. Sin embargo, se expresó la opinión de que podía ser más útil para el lector de la Guía que se tratara la cuestión en las diversas secciones de la Guía en que se describían las situaciones de hecho que permitían determinadas violaciones.

68. Se examinó la sugerencia que figuraba en la Guía de que, cuando se iniciaran acciones legales contra una parte por violación, la otra debía estar obligada a ayudar a la primera en la defensa de esas acciones. Se observó que era necesario aclarar más la naturaleza de la obligación de ayudar, por ejemplo, debía determinarse el grado de asistencia que debía prestarse. Se observó también que en ciertos sistemas jurídicos existían procedimientos según los cuales la parte contra la cual se había iniciado la acción legal podía obligar a la otra a participar en el juicio.

69. Con respecto a la confidencialidad, había acuerdo sobre la opinión expresada en el capítulo (párr. 18) de que el contratista tal vez prefiriera obligar al comprador a mantener la confidencialidad con respecto al know-how proporcionado por el contratista en dos etapas: en la etapa de negociaciones y si las negociaciones llevaban a la celebración de un contrato de instalaciones, en la etapa en que se celebrara el contrato. Se observó que en algunos sistemas jurídicos ello podía requerir la celebración de un contrato independiente sobre la confidencialidad antes de que se iniciaran las negociaciones y, posteriormente, la inclusión en el contrato de instalaciones de condiciones que exigieran confidencialidad. Sin embargo, en otros sistemas jurídicos tal vez no

se exigiera contrato previo a las negociaciones, ya que determinados conceptos que formaban parte de dichos sistemas jurídicos, como el de la buena fe, imponían el deber de la confidencialidad. Se observó también que, cuando se celebraba un contrato sobre la confidencialidad antes de las negociaciones, dicho contrato debía disponer que las obligaciones sobre la confidencialidad debían seguir en vigor después de finalizadas las negociaciones, aunque no se celebrara más tarde un contrato de instalaciones a consecuencia de las negociaciones.

70. Se apoyó la opinión de que un contrato que contenía obligaciones de confidencialidad con respecto al know-how también podía estipular que dichas obligaciones debían cesar, y que las regalías correspondientes al know-how podían dejar de pagarse, si el know-how llegaba al dominio público. El Grupo de Trabajo consideró el caso en que el comprador resolviera un contrato por incumplimiento del contratista y luego considerara necesario revelar a otro contratista los elementos del know-how necesarios para que éste finalizara la construcción. Se observó que el contrato de instalaciones en tales casos debería obligar al comprador a que pidiera al otro contratista que se comprometiera a no revelar a otros el know-how que obtenía. Se sugirió también que sólo debía permitirse que el comprador revelara esa información (tanto en las circunstancias descritas como cuando el contratista se veía imposibilitado de finalizar la construcción por impedimento eximente) en la medida en que el contratista estuviera en condiciones de autorizar al comprador a proporcionar el know-how al otro contratista.

71. Con respecto a la entrega de documentación, se observó que se podría ampliar la lista de los tipos de documentos que podían suministrarse (por ejemplo, a fin de incluir el personal de operaciones y los repuestos apropiados). Se observó también que no siempre era necesario que la entrega de toda la documentación se efectuara en el plazo fijado en el contrato para la finalización de la construcción. Por ejemplo, en un contrato de "producto en mano" la documentación podría entregarse una vez finalizada la construcción.

72. Con respecto a la capacitación de personal, se observó que era posible que el contratista no tuviera la capacidad de proporcionar capacitación. En ese caso podía ser preferible que el ingeniero consultor dispusiera lo necesario para dicha capacitación o que se encargara de ella una institución especializada en capacitación. Se observó también que por lo general la legislación interna que reglamentaba las condiciones de trabajo también podía relacionarse con la capacitación de personal por lo que correspondía tener en cuenta esa legislación. A menudo dicha legislación estaba destinada a proteger los derechos de los trabajadores y podría restringir los derechos de los empleadores a determinar las condiciones de la capacitación.

73. Se observó que cuando se dudaba de la viabilidad de capacitar a un determinado pasante, el contratista u otro instructor debería tener derecho a exigir al comprador que proporcionara un instructor de reemplazo. En esos casos debería obligarse al contratista o al otro instructor a que informara al comprador de la necesidad de reemplazar al instructor en cuanto advirtiera que ello resultaba necesario. Sin embargo, se observó que la legislación mencionada en el párrafo precedente tal vez restringiera la libertad del contratista y del comprador con respecto al reemplazo de un instructor.

74. Se observó que la Guía no abordaba la cuestión de los posibles daños que podrían causar los capacitandos en las instalaciones en que recibían capacitación. Se sugirió que la Guía debía advertir a las partes que resolvieran en el contrato la cuestión de a qué parte correspondía sufragar las pérdidas ocasionadas por dichos daños. También se expresó la opinión de que en el contrato se debería determinar la parte sobre la cual recaía la responsabilidad si los capacitandos sufrían daños durante la capacitación.

75. Se expresó la opinión de que, cuando el comprador requería capacitación de su personal, el contratista siempre requeriría la remuneración de los gastos ocasionados por dicha capacitación. Dichos gastos podrían incluirse en el precio total de la construcción o podrían determinarse por separado.

76. Se observó que el tema de la capacitación comprendía ciertos aspectos prácticos que el comprador tendría que abordar. Así pues, era posible que el personal, tras recibir capacitación, decidiera dejar de prestar servicios al comprador. El comprador tal vez considerara también conveniente hacer una evaluación independiente de sus necesidades de personal, en lugar de confiar exclusivamente en el juicio del contratista, ya que el comprador estaba más familiarizado con la capacidad del personal local. Además, el comprador necesitaría obtener visas o autorizaciones de viaje para los pasantes que se debieran enviar al extranjero para recibir capacitación y, en consecuencia, el contrato tal vez obligara al contratista a ayudar al comprador a obtener dichas visas o autorizaciones de viaje. También se expresó la opinión de que, por diversos motivos, la construcción a veces podía interrumpirse o demorarse. Se observó que el contratista debía disponer lo necesario para que el programa de capacitación se adaptara si había interrupciones o demoras.

77. Hubo amplio acuerdo en que se debía tratar de evitar formular en la Guía recomendaciones de carácter obligatorio y que en cambio debía presentar recomendaciones que sirvieran de opciones que las partes podrían considerar al redactar su contrato. Se formularon varias sugerencias para mejorar la redacción del capítulo.

Construcción en el emplazamiento[22]

78. Se estuvo en general de acuerdo en que la secretaría debía volver a examinar el empleo de los términos "construcción" e "instalación" y asegurarse de que ambos términos se usaran en forma consecuente en todo

[22] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.6.

el capítulo. Se convino también en general en que la secretaría debía examinar nuevamente el empleo del término "debe", a fin de lograr una presentación neutral de los criterios relativos a las cuestiones de que trataba el capítulo. Se opinó que debía prestarse mayor atención a la cuestión de los plazos (por ejemplo, el plazo para terminar la construcción, el calendario), quizá mediante una referencia a ella en el título del capítulo. Se estimó además que convendría ampliar la sección titulada "Observaciones generales", a fin de que constituyera una introducción más completa a las cuestiones que se analizaban en el capítulo. Se mencionó la posibilidad de que se emplease a un contratista para instalar equipo suministrado por otros contratistas.

79. Se estimó que la Guía debía recomendar que las partes abordaran la cuestión de cuál de ellas habría de sufragar los gastos de los servicios que el personal del contratista necesitara para la construcción, y que se estipulase en el contrato la calidad de los servicios que se suministrarían. Se opinó además que la Guía debía aconsejar a las partes que reflexionasen sobre si debía obligarse al contratista a suministrar ciertos servicios para el personal del comprador. En cuanto el párrafo 6, se sugirió que la Guía aconsejara a las partes que decidieran si el comprador tendría el derecho de adquirir el taller cuando se hubiese terminado la construcción y en qué condiciones, y que por lo tanto debía suprimirse la última oración de este párrafo. Se observó que las normas de derecho nacional establecían en general que el contratista sería responsable de las condiciones de trabajo de su propio personal en el emplazamiento, y se sugirió que la Guía aconsejara a las partes que tuvieran en cuenta dichas normas al abordar la cuestión del alojamiento, las instalaciones y otros servicios en el emplazamiento.

80. Se sugirió que, en cuanto a los arreglos relativos a la maquinaria y las herramientas para la construcción, debía también mencionarse la posibilidad de alquilar maquinaria y herramientas. Se señaló que podía ser necesario obtener licencias y autorizaciones para importar maquinaria y herramientas al país del emplazamiento, ya fuera para volver a exportarlas o no. Se sugirió que se aclarara cuáles eran los tipos de transporte que debían entenderse incluidos en el párrafo 9.

81. Se expresó la opinión de que en el contrato debía siempre establecerse un plazo para terminar la construcción y que por consiguiente debía suprimirse la segunda oración del párrafo 11. Se sugirió que si se establecía en el contrato una fecha fija para terminar la construcción, debía también establecerse cuándo debía comenzar la construcción.

82. Se expresó la opinión de que la lista de fechas para determinar el momento en que debía comenzar la construcción, incluida en el párrafo 12, no debía ser exhaustiva. Se sugirió añadir a esta lista la fecha en que el emplazamiento fuese entregado al contratista; por otra parte, se observó que esta fecha no sería necesariamente la más pertinente en todos los casos, como sucedería por ejemplo cuando el contratista debiera fabricar el equipo en el mismo lugar antes de la entrega del emplazamiento. Se sugirió asimismo que además de la fecha en que el contratista recibiese un pago por anticipado, debía mencionarse la fecha en que el comprador diese al contratista una garantía de que se efectuaría dicho pago. Se sugirió que se aclarara el inciso *b)* del párrafo 12, de modo que el último elemento (es decir, "que la construcción debe comenzar") fuese establecido como fecha adicional para el comienzo de la construcción y no como fecha alternativa.

83. Se sugirió que volviera a redactarse el párrafo 14 a fin de restar importancia al posible interés del comprador en una pronta terminación de la construcción. Se sugirió asimismo que en esta sección se hiciera referencia a los capítulos relativos al "Incumplimiento" y a la "Liquidación de daños y cláusulas penales".

84. Con respecto al calendario para la construcción, se opinó que debía incluirse en el contrato un calendario básico para el cumplimiento de las tareas principales, y establecer que el contratista debía preparar un calendario detallado luego de la celebración del contrato. Se sugirió asimismo mencionar en la Guía la posibilidad de utilizar calendarios computadorizados.

85. Se expresó la opinión de que en un contrato llave en mano no era apropiado prever sanciones para el caso de que el contratista no cumpliera con alguna de las fechas obligatorias previstas en el calendario, puesto que lo importante era que toda la construcción se terminara a tiempo. No obstante, se convino en general en que la Guía debía limitarse a declarar que sería preciso dar a las fechas obligatorias diversos grados de importancia en los distintos tipos de contrato, y recomendar que las partes se pusieran de acuerdo sobre las consecuencias del incumplimiento de esas fechas por parte del contratista. Otra de las opiniones expresadas fue que el derecho del comprador de ordenar al contratista que acelerase la construcción, al que se refiere el párrafo 16, no tenía valor alguno a menos que en el contrato se previeran también las consecuencias del incumplimiento del contratista.

86. Se formularon diferentes opiniones acerca de la posibilidad de permitir que el contratista rescindiese el contrato si el comprador no estipulaba que la construcción comenzara en un período de tiempo determinado. Una de las opiniones expresadas fue que dicha posibilidad era demasiado restrictiva y que debía suprimirse del párrafo 16. Con arreglo a otra opinión, era preciso conservarla, puesto que debían ponerse ciertos límites al período durante el cual podía subsistir la obligación del contratista de iniciar la construcción.

87. Se observó que debía volver a redactarse en forma abreviada la sección relativa a la prórroga del plazo para terminar la construcción. Se estuvo en general de acuerdo en que la Guía debía recomendar a las partes que reflexionasen sobre la cuestión de si la prórroga del plazo estaba adecuadamente contemplada en el derecho aplicable, o si debía estipularse en el contrato una prórroga en ciertas circunstancias. Se convino también en general que el capítulo debía simplemente remitirse a

otros capítulos que analizaran en esencia las circunstancias que permitirían justificar una prórroga, y que el presente capítulo no debía ocuparse de ellas. Se sugirió que se aclarara en la Guía a quién correspondería determinar la duración de la prórroga si las partes no pudieran ponerse de acuerdo sobre una prórroga "razonable". Se sugirió asimismo que no debía darse al contratista la facultad de suspender la construcción, ya fuera durante las negociaciones o durante el procedimiento de solución de las controversias relativas a una prórroga de esa naturaleza.

88. En cuanto a la construcción que debe realizarse bajo la supervisión del contratista, se sugirió que se estableciera una distinción entre la obligación del contratista de supervisar e inspeccionar la construcción, y la simple obligación de asesorar al personal encargado de llevarla a cabo. Se sugirió que se estipulara que el contratista quedaba obligado a llevar un registro del cumplimiento de sus obligaciones de inspección. Se estuvo en general de acuerdo en que debía volver a redactarse la última parte del párrafo 24, a fin de aclarar que no podía responsabilizarse al contratista de los defectos derivados del hecho de que las personas empleadas por el comprador no cumpliesen las instrucciones del contratista, pero que podría estipularse que éste tendría la obligación de inspeccionar los trabajos realizados por esas personas y de informar al comprador de cualesquiera defectos de esa índole, y que podría establecerse su responsabilidad por el incumplimiento de esas obligaciones.

89. Se opinó que el contrato debía referirse a los riesgos que entraña el desempeño de funciones de supervisión, y que debía fijarse un límite a la indemnización que habría de pagar el contratista que no cumpliese con la supervisión. Se opinó también que debía establecerse la obligación del comprador de compensar al contratista por las pérdidas derivadas de una demora en la terminación de la construcción ocasionada por el incumplimiento de las personas empleadas por el comprador.

90. Se opinó que debía abreviarse la sección sobre "Acceso al emplazamiento y a la planta", e indicarse en términos generales que debía preverse en el contrato el acceso de diversas personas al emplazamiento.

91. Se observó que con frecuencia las condiciones de trabajo se regían por las normas vigentes en el país del emplazamiento. Se convino en general que la Guía debía limitarse a recomendar que en el contrato se asignaran responsabilidades por las condiciones de trabajo, y se estableciera el contenido de dichas responsabilidades, tomando en cuenta las normas pertinentes del derecho nacional.

92. Se estuvo en general de acuerdo en que el capítulo introductorio de la Guía debía subrayar que era esencial la plena cooperación de las partes para el avance ininterrumpido y la terminación satisfactoria de la construcción, y que dicha cooperación debía tener lugar en todas las fases del contrato. Se sugirió que la secretaría volviese a examinar cuál era el mejor lugar en la Guía para incluir un análisis de los agentes de enlace.

93. Se sugirió que se estableciera en el contrato que el comprador debe pagar los artículos adquiridos por el contratista en nombre del primero, con independencia de las cláusulas relativas a otros elementos del precio que debe pagar el comprador.

94. Se sugirió que se obligase al contratista a dejar el emplazamiento limpio y en buenas condiciones, y que se eliminase del epígrafe de la sección J las palabras "después de la terminación". Se formularon también otras sugerencias para mejorar la redacción del capítulo.

Proyecto revisado de esbozo de la estructura[23]

95. Se expresó la opinión de que las definiciones de términos utilizados en la Guía debían figurar en un capítulo aparte que contuviera un glosario de términos de conformidad con la decisión aprobada anteriormente en forma provisional por el Grupo de Trabajo. Sin embargo, según otra opinión, un enfoque de ese tipo podría no resultar adecuado debido a las dificultades intrínsecas de definir diversos términos de manera concisa y sería preferible que se definieran o explicaran las expresiones en los capítulos en que se utilizaran. Se acordó que la preparación de un índice analítico en orden alfabético permitiría al lector hallar sin dificultad una definición o explicación de los términos utilizados en la Guía en el contexto de una indagación determinada.

96. Se expresó la opinión de que la garantía de calidad no debía figurar en el capítulo V, "Descripción de las instalaciones". El Grupo de Trabajo no aprobó esa sugerencia.

97. Se sugirió que se suprimiera la sección relativa al criterio de contratos semi-llave en mano del capítulo II, "Selección de los criterios de contratación". Se decidió que la decisión relativa a esa supresión dependería de la decisión del Grupo de Trabajo relativa a esa sección durante su examen del capítulo II.

98. Se sugirió que se cambiara la ubicación en la estructura del capítulo titulado "Ingeniero consultor", y del capítulo titulado "Subcontratación"; sin embargo, el Grupo de Trabajo no aprobó esta sugerencia. Se acordó ubicar el capítulo titulado "Transferencia de tecnología", después del capítulo titulado "Descripción de las instalaciones", y ubicar el capítulo titulado "Precio", después del capítulo titulado "Transferencia de tecnología". Se observó que debían incluirse en el capítulo titulado "Demora, defectos y otros tipos de incumplimiento", algunas observaciones generales que explicaran las relaciones entre los diversos recursos y formas de indemnización por el incumplimiento. Se observó que podría ubicarse el capítulo titulado "Indemnización convencional y cláusulas penales", a continuación del capítulo titulado "Daños y perjuicios".

99. Se intercambiaron opiniones acerca de la cuestión del lugar apropiado en que se debían tratar las

[23] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.7.

cuestiones relativas a la ley aplicable. Se convino en que se podrían examinar los problemas relacionados con la redacción de contratos de construcción a la luz del derecho aplicable en la introducción a la Guía y en otros diversos capítulos en que ese examen podría ser instructivo. Se observó que podría resultar necesario algún grado de revisión de la terminología en la versión en árabe del esbozo de la estructura de la Guía.

Selección de los criterios de contratación[24]

100. Hubo amplio acuerdo en que el capítulo en su forma actual resultaba, por lo general, aceptable, pero que la introducción de ciertas modificaciones en su estructura, así como en algunas cuestiones de detalle, resultaría en una mayor claridad. También hubo amplio acuerdo en que el capítulo debía tratar de evitar la impresión de que los arreglos contractuales que se concertaran para la construcción de obras industriales podían dividirse en categorías establecidas, claramente definidas. Aunque las principales características de algunos tipos de contrato (por ejemplo, el sistema de contrato llave en mano, el sistema del contrato producto en mano, y el sistema de los contratos separados) estaban generalmente reconocidos, y debían describirse, había que subrayar que en la esfera de los arreglos contractuales era posible una amplia gama de gradaciones. Estas gradaciones no podían encuadrarse fácilmente en categorías. Empero, se hizo observar que esta gama posible de arreglos debía también reflejarse en el capítulo, ya que resultaría útil, especialmente para los países en desarrollo, tener presente la posibilidad de dichos arreglos.

101. Desde el punto de vista de la estructura del capítulo, se hizo observar que podía establecerse una distinción básica entre los arreglos contractuales en virtud de los cuales una sola parte se comprometía a efectuar la construcción, y los arreglos contractuales en que se preveía la participación de más de una parte. El capítulo podía referirse a continuación a las posibles ventajas y desventajas de estas dos formas de arreglo, y, de este modo, podría evitarse cierta repetición que se producía en la manera actual de tratar los diferentes tipos de contrato. Al tratar el primer tipo de arreglo, el capítulo debía abarcar los sistemas del contrato llave en mano y producto en mano, mientras que al tratar el segundo tipo de arreglo el capítulo debía tratar el sistema en virtud del cual la construcción se divide entre un gran número de contratistas (el sistema de los contratos separados).

102. Con respecto al sistema de los contratos separados, se indicó que sería útil indicar la naturaleza de algunos de los contratos separados que se concertaban con frecuencia (por ejemplo, de ingeniería civil, mecánica o eléctrica) y ofrecer alguna indicación de los tipos de contrato que se necesitarían para diferentes tipos de obras. Se hizo también observar que la técnica que a veces se denominaba "de construcción apresurada" debía explicarse. También se opinó que debía subrayarse la existencia de acuerdos contractuales que implicaban la supervisión por un ingeniero consultor o director de proyecto.

103. Se indicó que el capítulo podía ocuparse del caso frecuente en que el comprador concertaba un contrato con un consorcio de contratistas, y también del caso en que la construcción se hacía en forma de empresa conjunta entre el comprador y el contratista. Se convino en que sería suficiente que dichos arreglos, así como las cuestiones especiales que de ellos surgen, se trataran en el capítulo I, "Individualización del proyecto y selección de las partes", con las oportunas referencias cruzadas en ambos capítulos.

104. Con respecto a la sección "Observaciones generales", se acordó que la reseña ofrecida en esa sección debía enmendarse de conformidad con el enfoque que hubiera de adoptarse para todo el capítulo. Se hizo observar que el contenido del párrafo 1 necesitaba simplificarse y aclararse. Por ejemplo, la referencia a los contratos de alcance limitado podía complementarse con una indicación más concreta de dichos tipos de contrato (por ejemplo, contratos de ingeniería mecánica o eléctrica). También cabía incluir referencias cruzadas en los otros capítulos de la Guía que tratasen de las cuestiones relacionadas con dichos contratos de alcance limitado (por ejemplo, los capítulos sobre suministro del equipo y los materiales y transferencia de tecnología), y tal vez fuera innecesaria la detallada descripción de las distintas combinaciones posibles de contratos de alcance limitado y contratos de construcción. Se indicó que la indicación en el párrafo 2 de la medida en que el comprador participaba en la construcción podía no ser siempre cierta, ya que algunas de las obligaciones que se consideraban como el mínimo a que había de comprometerse el comprador, podían en algunos casos ser asumidas por el contratista. Por consiguiente, la Guía podía limitarse a aconsejar a las partes que determinaran las obligaciones que, a su juicio, debía asumir el comprador.

105. Se apuntó que la opinión expresada en el párrafo 3 de que las instituciones que financiaban la construcción podían exigir ciertos criterios de contratación podía suprimirse. Con respecto a los efectos de la legislación fiscal sobre los criterios de contratación, se indicó que bastaba con una declaración en el sentido de que dicha legislación podía influir sobre el sistema de contratación, ya que la legislación fiscal difería considerablemente según los distintos países y sería imposible ofrecer una descripción completa de los distintos modos en que dicha legislación podía ejercer su influencia sobre los sistemas de contratación. Se sugirió también que la descripción de cada uno de los sistemas de contrato podría incluir una reseña de los factores que podían mover a las partes a adoptar un sistema determinado (por ejemplo, si el comprador tenía o no capacidad tecnológica o de gestión, o la necesidad de adoptar un método especial de fijación de precios).

106. Con respecto al sistema del contrato llave en mano, se hizo observar que los párrafos que trataban de este sistema debían incluirse en una sección que tratara

[24] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.8.

de los casos en que únicamente una de las partes se comprometía a efectuar la construcción. En esta sección se ofrecería entonces una descripción clara de las principales características del sistema del contrato llave en mano, evitando una definición. Se señaló a la atención que algunos de los elementos indicados como característicos del sistema del contrato llave en mano (por ejemplo que el contratista estaría obligado a completar la construcción en una fecha específica) también serían aplicables a otros tipos de contrato, y se sugirió que dichos elementos no debían utilizarse en la descripción. No obstante, se indicó que tal vez hubiera que incluir estos elementos para que la descripción fuera completa.

107. Con respecto a los factores que podrían influir sobre la adopción del sistema del contrato llave en mano por los compradores en los países en desarrollo, se señaló que el factor pertinente tal vez no fuera el nivel de industrialización del país en general, sino el grado de capacidad tecnológica en la esfera concreta relacionada con las obras de construcción que había que realizar. También se opinó que la Guía debía reflejar que el sistema del contrato llave en mano no era el único método de hacer frente al problema de la falta de capacidad tecnológica con que se enfrentaban los países en desarrollo (por ejemplo, también podía utilizarse un sistema de contrato global).

108. También se acordó que el capítulo debía tratar de las posibles ventajas y desventajas del contrato llave en mano. Empero, la decisión de dichas ventajas y desventajas no debía hacerse de manera categórica, y la Guía podía hacer hincapié más bien en la manera en que las posibles desventajas podrían ser mitigadas. Se hizo observar que el párrafo 8 no aclaraba que el beneficio de la competencia respecto del diseño de las obras se derivaba del uso de procedimientos de licitación, y no del sistema del contrato llave en mano mismo. Las dificultades de comparar distintas ofertas para este tipo de contratos (párr. 9) también surgían cuando se recurría a la licitación. Se sugirió que, en consecuencia, los párrafos 8 y 9 debían suprimirse, ya que las cuestiones abarcadas en estos párrafos se tratarían en el capítulo relativo a los procedimientos de celebración del contrato. Se opinó que debía suprimirse la última frase del párrafo 10 ya que la idea en él expresada no se ajustaba a la práctica. Sin embargo, también se expresó apoyo para mantener la idea, aunque dándole un énfasis menor.

109. Con respecto al sistema del contrato global, se señaló que el término "contrato global" a menudo no se utilizaba en la práctica o se utilizaba con un sentido diferente; tal vez fuera suficiente que en el capítulo se describiera el sistema, sin utilizar el término. También se señaló que el término "coordinar" (párr. 13) se utilizaba en otros capítulos de la Guía en que estaban implicadas las actividades de varias personas, y que este uso debía adoptarse de manera sistemática. Además, el uso del término "profesional" para referirse únicamente a la persona que elaboraba el diseño podía prestarse a confusiones, ya que muchas de las personas que intervenían en el proceso de la construcción también eran profesionales.

110. Se observó que en el párrafo 12 debía indicarse que un requisito previo esencial para la adopción de este criterio era que el diseño se completara antes de concluirse el contrato. Se observó además que la declaración de que el contratista no sería responsable si las instalaciones no se ajustaran al contrato movía a engaño, ya que en todos los casos el contratista debería ajustarse en la construcción a las obligaciones contractuales por él contraídas. Podría resultar preferible declarar que el contratista no sería responsable de los defectos derivados del diseño suministrado por el comprador. A este respecto se opinó que, incluso cuando el diseño fuera suministrado por el comprador, en algunos sistemas jurídicos el contratista estaría obligado a señalar a la atención del comprador los defectos del diseño. No obstante, se indicó que en otros sistemas jurídicos el contratista no tendría esa obligación.

111. Se observó que la descripción de las ventajas y desventajas de ese criterio (párr. 13) podría requerir cierto grado de modificación para lograr un equilibrio adecuado. De esta manera la posible ventaja que consistía en que el profesional que preparara el diseño podría no tener un incentivo para sacrificar algunos aspectos de la construcción (por ejemplo, durabilidad, confiabilidad) podrían contrarrestarse con la posible desventaja de que no tendría un incentivo para preparar un diseño económico. Además, el hecho de que ese criterio tuviera algunas desventajas podría indicarse al ocuparse de ese criterio. No obstante, se observó que el criterio era una especie del criterio en cuya virtud más de una parte estaba obligada a hacer la construcción y que el capítulo reestructurado podría mostrar que este criterio podría traer al menos algunas de las desventajas del criterio en cuya virtud más de una parte se comprometía a hacer la construcción. Se opinó que una ventaja adicional de este criterio consistía en que permitía al comprador usar múltiples fuentes financieras para el contrato. Se indicó además que en el párrafo 13 la posibilidad y las ventajas de usar procedimientos de licitación con respecto al criterio del contrato global debería distinguirse de una descripción del criterio mismo.

112. Hubo amplio acuerdo en que el sistema del contrato producto en mano era una extensión del sistema del contrato llave en mano y debería tratarse como tal. Sin embargo, debían aclararse también las diferencias entre ambos criterios, y los elementos que podrían resultar comunes a ambos (por ejemplo, el funcionamiento de las instalaciones durante un período de ensayo y la capacitación del personal del comprador) no eran útiles para identificar las características especiales del sistema del contrato producto en mano. Se acordó además que había variedad de acuerdos contractuales que podrían definirse como acuerdos producto en mano. De esta manera, la obligación del contratista consistía a veces en impartir el tipo de capacitación que permitiera al personal del comprador operar las instalaciones completadas, pero hacerlo bajo la orientación del personal de gestión del contratista. En otros casos su obligación consistía en hacer que el personal comprador fuera capaz de operar y administrar independientemente las instalaciones. Debía aconsejarse

a las partes que aclararan la obligación que contraía el contratista.

113. Se observó que la descripción que se hacía en el párrafo 15 de las ventajas y desventajas de este criterio podría ser más equilibrada. De esta manera, el hecho de que el costo total con arreglo a este criterio fuera superior al del sistema del contrato llave en mano podría no considerarse necesariamente como desventaja porque el comprador obtenía más servicio del contratista a cambio del mayor precio conseguido. Tampoco era necesariamente una desventaja una posible restricción de la libertad del comprador para seleccionar el personal que se habría de capacitar, ya que el comprador podría de hecho preferir que el contratista hiciera la elección, ya que estaría en mejores condiciones de hacerlo. A ese respecto se observó que podría resultar preferible en lugar de enumerar las ventajas y desventajas concentrarse en la determinación de las circunstancias en que un criterio podría resultar más ventajoso para el comprador que otro.

114. Con respecto al sistema de los contratos separados se observó que la descripción del riesgo de defectos o demoras en la construcción al adoptar ese criterio (párr. 16) podría equilibrarse combinándolo con la descripción de métodos disponibles para reducir el riesgo (párr. 21). Se sugirió que la conveniencia de contratar a un tercero a los fines de coordinar el control separado requería mayor énfasis. La Guía debía aclarar más las diferentes maneras en que podrían surgir las responsabilidades de terceros (por ejemplo, en virtud del contrato o del derecho aplicable) y el grado de la responsabilidad que podría imponérseles en virtud de ese contrato. También debía considerarse una expresión apropiada para describir al tercero.

115. Se opinó que las ventajas de este criterio mencionadas en el párrafo 18 eran dudosas y debían reconsiderarse. Era dudoso que el comprador retuviera mayor control sobre las personas que participaban en la construcción o que tuviera mayor flexibilidad para introducir cambios en las características y las modalidades de la construcción. El comprador tenía cierto grado de libertad para ordenar variaciones de las características y las modalidades de la construcción en cualquier tipo de contrato, y esas variaciones podrían ser más fáciles de ejecutar si sólo había un contratista.

116. Se observó que en algunos sistemas jurídicos el contratista estaba obligado (por ejemplo, en razón de una obligación de actuar de buena fe) a notificar al comprador de los defectos que descubriera en el diseño, incluso si el contrato no le impusiera esa obligación. No obstante, se observó que en otros sistemas jurídicos no se imponía esa obligación.

117. Con respecto al contrato semi-llave en mano hubo amplio acuerdo en que era una especie del criterio en cuya virtud más de una parte se comprometía a hacer la construcción, y se debía tratar en consecuencia; por lo tanto, era innecesario utilizar la expresión "sistema del contrato semi-llave en mano" como subtítulo separado. Se observó que las circunstancias en que el uso de más de una parte para hacer la construcción podría considerarse como uso del criterio del contrato semi-llave en mano podría resultar a veces poco claro, ya que no había acuerdo general respecto de las obligaciones características que debía asumir el contratista semi-llave en mano. El Grupo de Trabajo estimó que era inadecuado emplear en la Guía la expresión "semi-llave" cuando no fuera como referencia.

118. Se observó que la obligación del contratista semi-llave en mano de definir el alcance y la calidad de la construcción tal como se enunciaba en los párrafos 22 y 23 debía hacerse de manera coherente. Se sugirió que lo que era importante con respecto a la parte de la construcción a que se comprometía un contratista semi-llave en mano no era la cantidad de la construcción que había de realizar, sino su importancia; en consecuencia, podría reemplazarse la palabra "mayor" por la palabra "fundamental" en la primera oración del párrafo 22. Se observó además que se requería aclaración (párr. 24) de que la responsabilidad del contratista semi-llave en mano sólo consistía en cumplir el contrato por él celebrado y de entregar las instalaciones terminadas con arreglo a ese contrato.

119. Se observó que la comparación de costos entre el sistema de los contratos separados en general y el sistema del contrato semi-llave en mano (párr. 25) podría ser dudosa, ya que la cuestión pertinente en los diferentes criterios podría ser sólo la manera diferente en que el comprador sufragara los mismos gastos generales. Se observó además que la sola comparación de costos podría resultar engañosa y que esas comparaciones debían hacerse junto con posibles diferencias en la calidad de las instalaciones que podrían lograrse con diferentes criterios de contratación.

120. Se opinó que la Guía debía dar en alguna ubicación apropiada una descripción de un contrato de suministro de una instalación industrial completa. En un contrato de ese tipo el contratista se obligaba habitualmente a suministrar el diseño, a proveer el equipo necesario, a supervisar la construcción y a responsabilizarse por la calidad de las instalaciones. No obstante, la construcción y la ingeniería civil podrían ser obra de otros.

121. Se hicieron varias sugerencias para mejorar la redacción del capítulo.

Terminación, recepción y aceptación[25]

122. Se acordó en general que se enunciaran en forma menos normativa los diversos criterios examinados en el capítulo y que la secretaría reexaminara el uso que había hecho de la palabra "debe" en ese capítulo. Esa palabra no se debía utilizar para indicar que la ley exigía un determinado criterio o que un método de acción concreto elegido por las partes producía determinados efectos; más bien, se debía utilizar únicamente para indicar asuntos que las partes debían tomar en consideración al redactar el contrato.

[25] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.9.

123. Se manifestaron diversas opiniones sobre la terminología utilizada en el capítulo. La secretaría indicó que la palabra "construcción" que se utilizaba en el capítulo sobre "Construcción en el emplazamiento" incluía la instalación, la edificación y la ingeniería civil, mientras que en el presente capítulo la palabra se utilizaba en un sentido más amplio que abarcaba todas las obligaciones del contratista. Se manifestó la opinión de que aunque la palabra se podía utilizar en un sentido restringido, es decir, haciendo referencia únicamente a la ingeniería civil, también se podía utilizar para incluir una amplia gama de funciones. También se manifestó la opinión de que no era necesario que la palabra se utilizara en el mismo sentido en cada uno de los capítulos de la Guía, siempre que en cada uno de los casos su significado y uso quedaran claros al lector. Se sugirió la posibilidad de que se utilizara la expresión "las obras correspondientes al contrato" para referirse a todo lo que debía hacer el contratista. Se manifestó la opinión de que la expresión "recepción de las obras" era preferible a "recepción de la construcción". Se convino de modo general en que la secretaría tomara nota de los problemas asociados con la palabra "construcción" y utilizara dicha palabra de modo que se evitaran las confusiones.

124. En cuanto a la expresión *erection* en el texto inglés, se manifestó la opinión de que era una palabra de la terminología de artes y oficios utilizada en relación con los contratos de obras. Sin embargo, se manifestaron otras opiniones en el sentido de que esa palabra era excesivamente restringida y no siempre se utilizaba en la práctica. Se sugirió que la palabra *installation* era preferible a la palabra *erection*. Se acordó en general que en la versión en francés del capítulo se utilizara la palabra *installation*. Se manifestó la opinión de que no correspondía utilizar la palabra *protocol* en relación con los contratos de obras; se propuso que se utilizaran en su lugar las palabras *certificate, minutes* o *statement*. Se indicó que lo importante a ese respecto era que el documento fuera firmado por ambas partes. Se acordó en general que en la versión en francés del capítulo, en lugar de la palabra *protocol* se utilizara la palabra *procès verbal*.

125. Se manifestó la opinión de que algunas partes del capítulo eran reiterativas y que la sección sobre "Observaciones generales" debía ser más genérica. Con respecto a la última oración del párrafo 1, se expresó la opinión de que la Guía debía aclarar las circunstancias en que se podía entender que se había concedido la aprobación, y si dicha aprobación quedaría determinada en virtud del derecho aplicable o si debía estipularse en el contrato. Según otra opinión, se debía incluir la palabra "instalación" en la segunda oración del párrafo 1, donde se mencionaba el equipo, los materiales y los servicios cuyo suministro daría como resultado la terminación de la construcción, ya que generalmente la instalación no se consideraba como un servicio.

126. Se manifestó la opinión de que la Guía debía examinar la relación entre el tipo de contrato y la terminación, recepción y aceptación, ya que el orden y la realización de estos actos dependería del tipo de contrato. Ese examen podría requerir dos párrafos separados, en lugar del actual párrafo 2. Se consideró que la primera oración del párrafo 2 entrañaba erróneamente que la terminación, la recepción y la aceptación no se realizaban en todos los casos. A ese respecto, se expresó la opinión de que en todos los casos se realizaría cada uno de esos actos y que el único problema era cuándo y en qué orden se realizarían. Sin embargo, según otras opiniones podría haber casos en que algunos de esos no se realizarían. Con respecto a la última oración del párrafo 3, se indicó que la recepción se produciría aun en el caso de que el comprador estuviera ya en posesión física de la planta, ya que en algún momento debía de haberla recibido. Según otra opinión, la recepción se produciría en dos etapas: la recepción preliminar, cuando se iniciara el período de garantía, y la recepción definitiva, al finalizar el período de garantía.

127. Se manifestó la opinión de que debía cambiarse el título de la sección B del capítulo para reflejar de modo más exacto el tema al que se refería la sección; se propuso el título "terminación fisicomecánica de la construcción". Por lo que se refiere a los párrafos 6 y 7, se manifestó la opinión de que el comprador debía poder exigir al contratista que realizara pruebas complementarias o modificadas y que sufragara los gastos de esas pruebas sólo si así lo estipulaba el contrato. A ese respecto, se propuso que se eliminara la primera oración del párrafo 6 y las dos últimas oraciones del párrafo 7. También se propuso eliminar completamente el párrafo 6. Se expresó además la opinión de que en el párrafo 7 se debía indicar que el contratista podía estar obligado a sufragar los gastos de las pruebas complementarias o modificadas aunque ello no fuera una práctica corriente en la industria.

128. En relación con el párrafo 6, se observó que las pruebas complementarias o modificadas no sólo presentaban el problema de que podían causar daños a las obras, sino que también planteaban la cuestión de cómo resolver una situación en que dichas pruebas complementarias o modificadas pusieran de manifiesto defectos que no habían puesto de manifiesto las pruebas estipuladas en el contrato. Se convino de modo general en que las partes debían estipular en el contrato cómo resolver ese tipo de situación.

129. Se indicó que buena parte del debate relativo al proyecto de capítulo no se aplicaba a las obras civiles. A ese respecto, se manifestó la opinión de que la Guía debía hacer referencia únicamente a las "pruebas de terminación" y no a las "pruebas fisicomecánicas de terminación", ya que en el caso de obras civiles no se realizarían pruebas fisicomecánicas de terminación. También se propuso que la Guía aclarara en qué casos era posible realizar las pruebas de funcionamiento únicamente después de que se hubiera terminado toda la construcción.

130. En caso de que el comprador no asistiera a las pruebas fisicomecánicas de terminación, se manifestó la opinión de que el contratista debía poder realizar las pruebas en ausencia del comprador únicamente si éste

no tenía derecho a solicitar un aplazamiento de las pruebas o no solicitaba dicho aplazamiento. Además, si el comprador no podía asistir a las pruebas debido a una causa que no dependiera de ninguna de las partes y lo notificara al contratista, solicitando la ampliación, el aplazamiento o la repetición de las pruebas, los gastos de ampliar, aplazar o repetir dichas pruebas debían sufragarse del modo estipulado en el contrato, costeando cada parte sus propios gastos adicionales. También se manifestó la opinión de que el contrato debía obligar a las partes a cooperar a fin de conseguir que las pruebas se llevaran a cabo con éxito. Se indicó que la redacción de los párrafos 9 y 10 era casi idéntica a la de los párrafos 24 y 25, y se pidió a la secretaría que estudiara la posibilidad de evitar esa repetición, haciendo uso quizá de las referencias adecuadas.

131. Se indicó que si una organización de inspección participaba en las pruebas fisicomecánicas de terminación, podría recomendar cambios en las obras que no fueran aceptados por el contratista, y se propuso que el contrato estipulara un mecanismo de solución de controversias para resolver ese problema. Sin embargo, se convino de modo general en que, como esto entrañaría habitualmente que se adoptaran reglamentaciones a las que las instalaciones deberían ajustarse, o determinaría variaciones exigidas por el comprador, en el presente capítulo únicamente se debía hacer referencia a los capítulos en que se examinaran esas cuestiones.

132. Se expresó el parecer de que el párrafo 11 debía tratar de la índole y del papel de un organismo de inspección que participara en las pruebas fisicomecánicas de terminación. Sin embargo, según otra opinión, el papel del organismo de inspección debía limitarse a organizar pruebas, bien en nombre del contratista o del comprador, y el párrafo 11 debía mantener su texto actual. En general, se convino en que el experto a que se refería el párrafo 12, al cual podía acudirse en caso de divergencia entre las partes acerca de la interpretación o la evaluación de las pruebas, debía ser un experto independiente aprobado por las partes y nombrado en el contrato.

133. Se expresó la opinión de que la ejecución del acta de la prueba fisicomecánica de terminación a que se refería el capítulo no debía exonerar al contratista de su responsabilidad por defectos en el equipo, los materiales o las instalaciones que se hubieran descubierto durante el período de ensayo, las pruebas de funcionamiento o el período de garantía. En general, se convino en que la Guía debía aclarar la relación entre el acta y la responsabilidad del contratista en lo que se refería a tales defectos y que el capítulo debería contener citas del capítulo que trataba de las consecuencias de dichos defectos.

134. Se expresó la opinión de que, además de especificar los elementos cuya falta se hubiera descubierto durante las pruebas fisicomecánicas de terminación, en el acta se debían especificar los elementos que se hubiesen encontrado defectuosos y el plazo en que deberían corregirse dichos elementos; se expresó la opinión de que sólo se debería exonerar la firma del acta por el comprador cuando éste no tuviese derecho a solicitar el aplazamiento de las pruebas o no solicitara dicho aplazamiento.

135. Se convino generalmente en que el contrato debía indicar claramente cuándo se consideraba que se había terminado la construcción. En este sentido, se expresó la opinión de que se debía escoger la fecha de terminación satisfactoria de las pruebas fisicomecánicas de terminación y no la fecha propuesta por el contratista para iniciar las pruebas. Sin embargo, según otra opinión, como las pruebas podían demorar bastante, las partes también podrían escoger la fecha de inicio de las pruebas.

136. Se expresó la opinión de que, como efecto principal de no terminar las pruebas en forma satisfactoria, se debía considerar que el contratista había incurrido en demora. En este sentido, se expresó la opinión de que se debía eliminar la última oración del párrafo 13, ya que no se debía tratar de regular en el contrato cada situación imaginable que se pudiera producir. Además, la situación a que se refería esa oración por lo general estaba prevista adecuadamente en la ley correspondiente. Sin embargo, según otra opinión, se debía mantener esta oración. En ese sentido, se sugirió que se examinara más a fondo la situación a que se refería la oración y que dicho examen se ocupara de los efectos de no iniciar las pruebas fisicomecánicas de terminación así como los de no terminar dichas pruebas en forma satisfactoria. Se señaló que el examen se podría incluir en la nueva subsección propuesta sobre los efectos jurídicos de la terminación.

137. Se expresó la opinión de que se debía aclarar la diferencia entre recepción y aceptación y la relación entre ambas. Se consideró la recepción como un acto físico del comprador (por ejemplo, tomar posesión de las instalaciones) mientras que la aceptación era un acto jurídico (por ejemplo una indicación, por parte del comprador, de su aprobación de la construcción realizada por el contratista, de conformidad con los términos del contrato). Se señaló que la recepción y la aceptación podían ocurrir simultáneamente.

138. Se expresaron diversas opiniones en relación con los efectos jurídicos de la recepción y la aceptación. En relación con la recepción, se expresó la opinión de que el traspaso de los riesgos de pérdidas o daños a las instalaciones no constituía el principal efecto jurídico y se señaló que el traspaso de los riesgos podía ocurrir aún antes de la recepción. Por otro lado, se expresó la opinión de que el traspaso de los riesgos era uno de los efectos jurídicos más importantes de la recepción. Se expresó otra opinión en el sentido de que otro efecto jurídico importante de la recepción podía ser el inicio del período de garantía. Con respecto a la aceptación, se expresaron las opiniones de que el riesgo también podía traspasarse en el momento de la aceptación, que el traspaso de la propiedad podía ocurrir al mismo tiempo y que el período de garantía también podía comenzar en el momento de la recepción.

139. En general se acordó que la Guía debía adoptar un criterio flexible ante estas cuestiones, mediante la

indicación de que las partes podían prever el traspaso de los riesgos en el momento de la recepción, pero ello constituía solamente una opción que podrían considerar las partes; también podrían considerar otras soluciones, como la de prever el traspaso de los riesgos en el momento del traspaso de la propiedad, o en el momento de la aceptación. Además, el contrato podría prever que el período de garantía comenzara en el momento de la recepción, o en cualquier otro momento, como en el momento de la aceptación, y que se traspasara la propiedad de las instalaciones en el momento de la aceptación. Se observó que el traspaso de los riesgos de pérdidas o daños a las instalaciones podría verse influida por lo que se previese en el contrato con respecto al traspaso de los riesgos de pérdidas o daños al equipo que se habría de incorporar a las instalaciones.

140. Se expresó la opinión de que la recepción podía ocurrir antes o después del período de ensayo y, en este sentido, se sugirió que en el párrafo 14 no debía indicarse cuáles de estos casos respondían a una situación "general" o "excepcional". Se expresó la opinión de que en el párrafo 15, en el examen del caso en que el contratista podía conservar la posesión material de las instalaciones durante el período de ensayo, se debía indicar que la recepción se produciría después del período de ensayo. Se sugirió que se examinara el período de ensayo bajo un epígrafe separado y que este examen se ocupara de cuál de las partes debería proporcionar mano de obra, materiales y materias primas, y cuál de las partes debería correr con los gastos de estos elementos.

141. Se observó que la situación que se examinaba en los párrafos 17 y 18, es decir la recepción en caso de rescisión del contrato, no se relacionaba con los casos corrientes de recepción y se sugirió trasladar este examen al capítulo sobre "Incumplimiento" u otro capítulo adecuado, dejando en el presente capítulo la referencia correspondiente.

142. En cuanto al acta de recepción, se expresó la opinión de que la Guía debía diferenciar las diversas situaciones en que se exigía que se levantase el acta. Se expresó también la opinión de que, además del caso mencionado en el párrafo 19, tampoco sería necesario levantar un acta de recepción si ésta ocurría inmediatamente después de realizar las pruebas fisicomecánicas de terminación. En este sentido, se sugirió que en el párrafo 19 se hiciera referencia al párrafo 12.

143. Se expresaron opiniones en el sentido de que se debería cambiar el encabezamiento de la sección D de forma que dijera "Aceptación de las instalaciones" en lugar de "Aceptación de la construcción", y que el párrafo 21 contuviera una referencia al párrafo 34 que trataba de los efectos jurídicos de la aceptación. También se expresó la opinión de que se deberían suprimir las dos últimas oraciones del párrafo 22 en que se indicaba que podría no ser posible probar o poner en funcionamiento el equipo antes de terminar toda la construcción. Se expresó otra opinión en el sentido de que, en la práctica, era muy corriente la aceptación provisional y que la Guía no debía desalentar esta práctica. Se sugirió aclarar el significado de la segunda oración del párrafo 23, indicando que los mismos objetivos que se trataba de lograr mediante la aceptación provisional también podrían lograrse previendo la recepción después de las pruebas fisicomecánicas de terminación, con sujeción a la obligación, por parte del contratista, de suministrar los elementos que faltaran o corregir los defectos señalados en el acta de recepción.

144. Se expresó la opinión de que en el examen de las pruebas de funcionamiento se debía aclarar si tales pruebas debían tratar de determinar si las instalaciones funcionaban adecuadamente o si estaban en condiciones de producir en la cantidad y calidad requeridas. Se sugirió que se debía aclarar la posibilidad mencionada en el párrafo 33 de que, en caso de no poder someter a prueba las instalaciones, se las pudiera poner en funcionamiento, de manera que se indicara que esto se refería al caso en que no se pudieran realizar las pruebas debido a la ausencia de un organismo de inspección.

145. Se expresó la opinión de que en el contrato se debía prever que, si una de las partes no firmaba el acta de las pruebas de funcionamiento, ésta podría ser firmada por un experto. Sin embargo, se observó que no todos los ordenamientos jurídicos permitirían su firma por un experto. En general se convino en que la Guía debía aconsejar a las partes que consideraran si la firma del acta por parte de un experto era un criterio que debía o podía incluirse en su contrato. Se expresó la opinión de que el contrato debía establecer el plazo en que el comprador debería ejecutar el acta de aceptación, ya que el plazo de ejecución del acta podría tener relación con ciertos derechos y obligaciones de las partes, como la obligación del comprador de pagar el precio.

146. En general se convino en que sería muy útil para el lector de la Guía que se ilustraran los enfoques y documentos a que se refiere el capítulo. Se pidió a la secretaría que preparara formularios y disposiciones para dicha ilustración y que considerara si ello podría permitir que se abreviaran ciertas partes del capítulo. Se formularon otras sugerencias para mejorar la redacción del capítulo.

Procedimientos de celebración del contrato[26]

147. Se convino generalmente en que las cuestiones relacionadas con los procedimientos para la selección de un contratista y para la celebración de un contrato eran de gran importancia para el comprador y debían ser objeto de examen en la Guía. Sin embargo, se expresaron distintas opiniones con respecto a la amplitud de ese examen. Se señaló que la complejidad de esas cuestiones era tan grande que no podían tratarse comprensivamente en un capítulo de la Guía, pues ello conduciría a la elaboración de un capítulo de desmesurada longitud. Se señaló también que la Comisión examinaría en su 18.° período de sesiones la cuestión de la labor a realizar tras la terminación de la

[26] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.10. Este documento se presentó durante el período de sesiones, y se acordó que esta circunstancia deberá tomarse en cuenta al examinar la versión revisada.

Guía para aumentar su eficacia, y que la Comisión podría examinar la preparación de anexos de la Guía, incluido un anexo sobre procedimientos de adquisición y licitación. Una decisión de preparar un anexo de esa índole sería importante en relación con la amplitud del presente capítulo. Sin embargo, se convino generalmente en que el Grupo de Trabajo debía basar su examen del presente capítulo en el supuesto de que la preparación de dicho anexo llevaría algún tiempo. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, se convino generalmente en que el capítulo debía señalar a la atención del comprador las cuestiones que debía tener en cuenta, sin tratar de exponer soluciones detalladas.

148. Se expresó la opinión de que el capítulo debía hacer solamente referencia al procedimiento para la selección de un contratista, sin referirse a la formación y la entrada en vigor del contrato. Sin embargo, según otra opinión, el capítulo debía hacer referencia a esos temas. Con arreglo a esta opinión, convenía ampliar particularmente el examen de la entrada en vigor del contrato. Por otra parte, se señaló que tal vez fuese difícil examinar detalladamente la formación del contrato, por regirse esa cuestión por leyes obligatorias con enfoques diferentes. No era preciso efectuar un análisis de las distintas normas jurídicas nacionales sobre esas cuestiones; convenía señalar más bien tales normas a la atención de las partes.

149. Se expresaron distintas opiniones con respecto al título del capítulo. Hubo apoyo considerable a la opinión de que el título debía corresponder más estrechamente a la principal cuestión examinada en el capítulo (es decir, en la actualidad, la licitación). Sin embargo, no se adoptó una decisión sobre el título que hubiese de adoptarse definitivamente.

150. Se expresó la opinión de que la categorización de los sistemas de licitación pública y de licitación limitada estaba definida con excesiva precisión. Había una gradación de posibles soluciones y procedimientos que podían adoptarse, que iban desde un sistema estrictamente público de licitación hasta un sistema limitado como el descrito en el capítulo. Había también una gradación de posibles matices de formalidad relacionados con cualquiera de los procedimientos que adoptase el comprador. El procedimiento de negociación implicaba también algunas formalidades de procedimiento, incluida la preparación de los documentos que servirían de base para las negociaciones. Se expresó la opinión de que la Guía debía hacer referencia a los procedimientos que el comprador podía adoptar para la celebración de tales negociaciones. Se observó que algunos aspectos de los procedimientos de licitación que podían aplicarse al caso en que un licitante fuese una empresa privada (por ejemplo, un requisito de suministrar determinada documentación) pudieran no ser aplicables cuando el licitante fuese una empresa estatal.

151. Hubo apoyo considerable a la opinión de que el examen del método de negociación debía tratarse al mismo nivel que el del método de licitación, teniendo en cuenta, sin embargo, su diferente carácter. El capítulo no debía dar la impresión de que la licitación era el método más importante para la celebración de contratos de obras, pues en la práctica la negociación se usaba también con gran frecuencia en la celebración de tales contratos. Además, el capítulo no debía dar la impresión de que los beneficios de la competencia no podían lograrse con el método de negociación. Se puso de relieve que la negociación se efectuaba frecuentemente con más de un contratista potencial.

152. Según una opinión, podía recurrirse a la negociación incluso bajo el método de la licitación. Sin embargo, con arreglo a otra opinión, convenía desalentar esa práctica. Además, con excepción del precio, las condiciones de los contratos no debían quedar abiertas a la discusión entre el licitante y el comprador. Se señaló que tal vez no fuese conveniente adoptar procedimientos de licitación cuando se usase el método del costo reembolsable para la fijación del precio. Con arreglo a otra opinión, podían usarse procedimientos de licitación incluso en ese caso. Se expresó la opinión de que la Guía debía poner de manifiesto que cuando se usase el método de contratos separados se podían usar procedimientos diferentes respecto de los distintos contratos. Se expresó también la opinión de que la Guía debía señalar que, con arreglo a las normas de derecho internacional y a los tratados internacionales, la licitación podía quedar restringida a los contratistas de determinados países o regiones. Se señaló que tal vez hubiese ciertas ventajas de precio relacionadas con el sistema de licitación pública. Se señaló también que con arreglo a ese sistema no era preciso conceder necesariamente la oportunidad de presentar ofertas a los licitantes de todo el mundo.

153. Se expresó la opinión de que en ese capítulo se debían tratar más detalladamente los criterios que se podían utilizar para la evaluación de las ofertas. Se señaló que el precio quizá no fuera el criterio más importante y que, además de ese criterio, podía también tener gran importancia la capacidad del licitador para cumplir con sus obligaciones y la medida en que su oferta respondía a los requisitos de la convocatoria a licitación. Se sugirió que se estableciera una distinción más clara entre la apertura de los pliegos de licitación y la evaluación de las ofertas, y que estas tareas deberían correr por cuenta de órganos diferentes. Se expresó la opinión de que se debía aclarar el examen del sistema de "dos sobres" de evaluación de las ofertas. Se sugirió que en la Guía se podría mencionar la posibilidad de que el comprador rechazara todas las ofertas, pero que eso no debía implicar que pudiera rechazar una oferta de un modo que no estuviera de acuerdo con los procedimientos de la licitación.

154. Se sugirió que en ese capítulo se trataran ciertas cuestiones relacionadas con la posición jurídica del comprador y de los licitadores durante los procedimientos de licitación. Se señaló que las posiciones jurídicas de las partes se determinarían en virtud del derecho aplicable. En varios casos, se expresó la opinión de que sería conveniente examinar y analizar las consecuencias jurídicas de la convocatoria a licitación y

de la presentación de las ofertas. Se observó que, con arreglo a determinados ordenamientos jurídicos, un pliego de licitación podía considerarse una oferta y era difícil asegurar que el licitador no tuviera derecho en un determinado período a retirar o modificar la oferta. Se expresó la opinión de que en la Guía también se debía examinar la capacidad del comprador para modificar los procedimientos de la licitación una vez que se hubieran establecido. Se sugirió que se ampliara el examen de los problemas relacionados con la celebración del contrato sobre la base de los procedimientos de licitación. Se señaló que las instituciones financieras no tenían requisitos uniformes en lo que respecta a los procedimientos de licitación. Sin embargo, también se expresó la opinión de que dichos requisitos no se debían mencionar en ese capítulo.

155. Se expresaron diversas opiniones acerca de la forma más o menos detallada en que debía examinarse en ese capítulo la cuestión de la determinación previa de la idoneidad. Con arreglo a una opinión, el capítulo debía limitarse a un examen general del papel y los méritos de la determinación previa de la idoneidad (párr. 9). Con arreglo a otra opinión, los detalles que se habían de incluir en la invitación a presentarse a una selección previa para determinar la idoneidad (párr. 11) y en el cuestionario que se enviara a las empresas que deseaban que se determinara su idoneidad (párr. 12) eran muy útiles para el comprador y se debían mantener en la Guía. Se convino en que se haría un examen ampliado en términos generales de la determinación previa de la idoneidad, incluidas las razones por las que se podría usar ese enfoque, y una descripción de las etapas que se podrían seguir, y en que la información detallada contenida en los párrafos 10 y 11 se reflejaría en ejemplos ilustrativos de una invitación a presentarse a una selección previa para determinar la idoneidad y un cuestionario para la determinación previa de la idoneidad. Se convino en que se debía aplicar el mismo enfoque respecto de la convocatoria a licitación. Se pidió a la secretaría que preparara las disposiciones y los modelos ilustrativos, y que los incluyera en un proyecto revisado de ese capítulo que se habría de examinar en un período de sesiones futuro del Grupo de Trabajo cuando se examinaran los capítulos revisados en su totalidad.

156. En lo que respecta a los documentos que se han de proporcionar a los posibles licitadores, se expresó la opinión de que se debía dar más importancia a las especificaciones contractuales. A ese respecto, también se sugirió que en el capítulo se señalaran las obras que debían estar completamente o casi completamente diseñadas en el momento en que se iniciaba la licitación. Se observó que quizá no se darían a los posibles licitadores en todos los casos algunos de los modelos mencionados en el párrafo 17. Se sugirió que en ese capítulo se evitara dar la idea de que el licitador tenía que presentar una garantía de ejecución con su oferta. En general se convino que en el examen de la convocatoria a licitación y las instrucciones para los licitadores no se debían establecer períodos de una duración concreta, sino que se debía simplemente recomendar a las partes que consideraran los períodos que fueran apropiados.

157. Se observó que en la práctica no se requerían garantías de licitación en todos los casos y se sugirió que ello se reflejara en el párrafo 17. También se observó que las garantías de licitación debían mantenerse en vigencia durante un tiempo determinado después de la fecha en que debía mantenerse en vigencia la oferta. Se sugirió que no se recomendara en la Guía que la garantía de licitación fuera "suficientemente alta" sino que se indicara solamente que el comprador debía tener en cuenta varios factores al determinar su monto. Se señaló que la forma y el contenido de las certificaciones de poder podían estar reglamentados por ley en el país de un posible licitador en forma obligatoria y que, por consiguiente, no era conveniente incluir esas certificaciones en la lista de los modelos de documentos mencionados en el párrafo 17.

158. Se expresaron opiniones diferentes acerca de la necesidad de eliminar o mantener la subsección sobre "Discusiones con el licitador más aceptable". La opinión preponderante fue que se debía mantener esa subsección y que la expresión "a satisfacción del comprador" en el párrafo 32 se debía reflejar con la expresión "a satisfacción de ambas partes". Se sugirió que en el párrafo 34 se añadiera a las palabras "garantía de ejecución" la expresión "si así se dispone en la licitación".

159. En general, se convino en que en la Guía se debían señalar a la atención de la partes los problemas relacionados con la validez del contrato y que ese tema se debía tratar detalladamente en ese capítulo o en otro. También se convino en que para el contrato de obras debía recomendarse claramente a las partes la forma escrita, incluso en el caso en que la ley aplicable no lo requiriera.

160. Se señaló que se necesitaban algunas correcciones de orden lingüístico en la versión árabe del capítulo, en particular en los párrafos 1 y 5. La versión española precisaba también algunos reajustes. Se formularon diversas sugerencias para mejorar la redacción del capítulo.

Otros asuntos y labor futura

161. El Secretario de la Comisión informó al Grupo de Trabajo de que, con sujeción a la aprobación de la Comisión, la celebración del octavo período de sesiones del Grupo de Trabajo estaba prevista del 17 al 27 de marzo de 1986 en Viena. El Grupo de Trabajo convino en que la secretaría debía presentar en ese período de sesiones el proyecto de introducción a la Guía y los proyectos de capítulo sobre "Identificación de proyecto y selección de las partes", "Suministro de repuestos y servicios después de la construcción" y "Arreglo de controversias". Además, de ser posible, se presentarían quizá algunos proyectos de capítulo revisados que la secretaría considerase oportuno presentar para que el Grupo de Trabajo los examinara detalladamente debido al gran número de revisiones que podrían requerir.