

YOUNG ARBITRATION

MAGAZINE



¿Superamos la Ley Modelo o es tiempo para una nueva? Invitación a un debate⁵¹

Dyalá Jiménez-Figueres. DJ Arbitraje*

Cuando la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) en Arbitraje Comercial Internacional fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985, se enunció como uno de los propósitos el lograr “uniformidad del derecho procesal arbitral”⁵². Ciertamente una de las preocupaciones de los redactores de la Ley Modelo era la incertidumbre producida por la disparidad entre las leyes nacionales. La otra preocupación fue lo inadecuado de las leyes domésticas para regular el arbitraje de disputas internacionales. Las leyes nacionales se describieron en la Nota Explicativa como “anticuadas”, con “normas de carácter fragmentario” y/o “exclusivamente” domésticas, lo que las hacía inapropiadas para arbitraje de disputas de comercio internacional.

En el 2006, la Ley Modelo fue modificada en dos aspectos sustanciales: la forma del acuerdo de arbitraje y las medidas cautelares, bajo los artículos 7 y 17, respectivamente. Todas las otras disposiciones de la Ley Modelo se dejaron intactas, salvo por un párrafo nuevo en el artículo 2 sobre la interpretación de la ley y la modificación en el párrafo 2 del artículo 35. ¿Fue lo suficientemente lejos esta reforma?

Este artículo plantea las siguientes preguntas: ¿será tiempo para una reforma general de la Ley Modelo? O, por el contrario, ¿habrá evolucionado tanto la comunidad de arbitraje internacional que ya no necesita un patrón a seguir?

Como se reportó por la revista especializada Global Arbitration Review hace unos años, entre el 2010 y el 2013 hubo reformas legislativas en Australia, Hong Kong, España, Francia, Portugal y Singapur. Durante el mismo período, Costa Rica, México y Colombia también modernizaron sus regímenes de arbitraje internacional, y Holanda revisaba el suyo. Si agregamos reformas legales desde el año 2000, hay más de 30 regímenes legales modernos en arbitraje internacional.

De estos, la mayoría están basados en la Ley Modelo, pero, ¿cuán armonizados están realmente? A modo general, se puede afirmar que la Ley Modelo trajo concordancia respecto de dos aspectos cruciales: a) la ejecución de los acuerdos de arbitraje y b) la petición de nulidad como el único recurso contra el laudo arbitral, con motivos de nulidad limitados. Además, la Ley Modelo introdujo dos sellos del arbitraje moderno: a) la intervención limitada del tribunal judicial y b) el respeto por la autonomía de las partes. Ciertamente, la mayoría de los regímenes modernos de arbitraje internacional—incluso los que no están basados en la Ley Modelo, como las legislaciones francesa y brasileña—comparten estas características.

A pesar de lo anterior, los regímenes legales de las diferentes jurisdicciones suelen ser bastante diversos.⁵³ Por tanto, al redactar las cláusulas de arbitraje durante la negociación de los contratos, los abogados de las partes que son diligentes usualmente dedican una cantidad considerable de tiempo y reflexión a la selección de la sede arbitral, para minimizar el riesgo de enfrentarse a resultados indeseados

⁵¹Publicación original en el Blog de Kluwer, con fecha de 24 de mayo de 2013. Traducción y adaptación de Valeria María Garro, a quien agradezco.

*Dyalá Jiménez-Figueres, abogada costarricense y especialista en arbitraje internacional. Ha representado clientes en procesos arbitrales ICC y en conflictos en fases previas al arbitraje y al litigio. Miembro fundadora de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB) y del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la ICC; miembro del Instituto de Arbitraje Internacional (IAI).

⁵²La sección A de la “Nota explicativa de la secretaría de CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985

⁵³Como indicó José María Abascal en su blog, “Por ejemplo, el equivalente legislativo de las modificaciones a la receta es la práctica de hacer la ley que se les ocurra y cacarear que el país puso en vigor legislación basada en los principios de la ley modelo, adaptándolos a las tradiciones del país”.

o inesperados. Esto fue precisamente lo que quiso evitar la CNUDMI, según consta en los párrafos 8 y 9 de la Nota Explicativa.

Es aquí donde surgen las preguntas. ¿Será que la diferencia entre los regímenes legales en el siglo XXI refleja una cultura de arbitraje sofisticada, donde cada sede tiene su propia marca y reputación y compite contra las otras? ¿Será que el posmodernismo de las leyes de arbitraje también implica que no hay necesidad para la Ley Modelo, ya que se espera que los profesionales del arbitraje sean sensibles a estas diferencias? ¿Es el signo de los tiempos: “¡Dejen que las jurisdicciones y (los profesionales del arbitraje) compitan!”? En otras palabras, ¿habremos superado la Ley Modelo?

O deberíamos cuestionarnos, por el contrario, mientras la mejora de leyes domésticas se ha logrado, ¿no sigue siendo la armonía un deseo válido? Sin duda, entre más armonizados los regímenes locales, más efectivo y seguro será el arbitraje en la esfera internacional. ¿Se debe la disparidad, no a la evolución por sí sola, sino a la evolución sin un marco modelo que refleje las mejores prácticas actuales? Dicho de en pocas palabras, ¿necesitamos revisar la Ley Modelo?

En el 2013, la jurista suiza Nathalie Voser comentó sobre la necesidad de reformar la Ley Modelo⁵⁴. Parece que tiene razón, porque la armonización es parte de las razones por las cuales el arbitraje es un medio neutral tan apropiado para resolver disputas comerciales internacionales. Los beneficiarios finales del arbitraje son los usuarios, no los profesionales del arbitraje, académicos o árbitros, y entre menos uniformes sean los regímenes legales, más altos serán los costos de transacción para esos usuarios. A continuación, se propone una lista de algunos de los

asuntos que deben ser tomados en cuenta en una eventual discusión de reforma general de la Ley Modelo.

1. Ámbito de aplicación

La Ley Modelo debería incluir dos opciones para los Estados: a) un régimen monista, en el cual la ley se aplique a todo tipo de arbitrajes, sean nacionales o internacionales⁵⁵, y b) un sistema dualista, donde la ley solo es aplicable al arbitraje internacional y se respeta el régimen interno para el arbitraje nacional, tal como está formulada actualmente.

En la opción de régimen monista, no sería necesario incluir los elementos que definen el arbitraje como “internacional”, sino más bien indicar que el ámbito de aplicación de la ley se extiende al arbitraje en materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje según la ley del Estado en cuestión⁵⁶. En la opción del sistema dualista, sería recomendable que la definición de “arbitraje internacional” se revise. Una posibilidad es definir arbitraje internacional como un arbitraje cuyo objeto está relacionado con más de un Estado⁵⁷ o cuya sede de arbitraje es en un lugar distinto al de las partes, sin más. El texto literal actual no es claro. Además, a pesar de que el artículo 1.3.c deja a las partes la opción de que expresamente acuerden si el objeto se relaciona a más de un Estado, en la práctica ese supuesto es difícil de encontrar. Sería más directo y más efectivo si se permitiera a las partes acordar expresamente que su arbitraje será regulado por la ley de arbitraje internacional (una especie de renuncia al dualismo)⁵⁸.

2. Requisitos del acuerdo arbitral

En las relaciones comerciales internacionales del Siglo XXI, el arbitraje debería ser la “justicia natural”⁵⁹. Algunas jurisdicciones hablan de “principio pro arbitraje”⁶⁰.

⁵⁴Global Arbitration Review: “Reforming arbitration law: a Swiss perspective” by Alison Ross (April 24, 2013).

⁵⁵Esa es la (sutil) recomendación de la propia CNUDMI, en el párrafo 10 de la Nota Explicativa: “(...) tal vez los Estados deseen considerar la posibilidad de hacer extensivo el ámbito de aplicación de la Ley Modelo a las controversias en el plano interno(...)”

⁵⁶El artículo 37 de la Ley No. 8937 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Costa Rica contiene una disposición en ese sentido.

⁵⁷A pesar de que para algunos comentaristas este es el sentido del actual significado del artículo 1.3, no queda claro de su redacción.

⁵⁸El párrafo 11 de la Nota Explicativa establece que “(...) se reconoce pues a las partes amplia libertad para someter un litigio al régimen jurídico establecido conforme a la Ley Modelo.”

⁵⁹Gary B Born, *International Arbitration: Law and Practice* (Wolters Kluwer, 2012) en p. 5.

⁶⁰En este sentido, la Sala Primera de Costa Rica ha hecho uso de este concepto, ver sentencia 000953C-S1-2014 dada en San José a las doce horas diez minutos del diez de julio de dos mil catorce y sentencia 000208-A-S1-2015, emitida en San José, a las diez horas cinco minutos del once de febrero de dos mil quince. También en otros países latinoamericanos encontramos situaciones similares. Por ejemplo, en Venezuela se ha empleado el principio pro arbitraje en resoluciones judiciales y en el artículo 3 de la Ley de Mediación y Arbitraje nicaragüense aparece como uno de los principios rectores

Aunque no sea correcto desde el punto de vista doctrinario, el llevar tan lejos el principio de efecto útil refleja una suerte de presunción del consentimiento arbitral. Por esta razón, la validez o la existencia del acuerdo arbitral debería ser un tema de evidencia del consentimiento únicamente. Así, una sugerencia es dejar la actual opción II del artículo 7 como la única redacción. Si se estima necesario lograr un paralelismo con la causal de nulidad del artículo 34—y la Convención de Nueva York—, la capacidad de las partes podría incluirse como un requisito.

3. Efecto negativo del principio kompetenz-kompetenz

Debería reconocerse el efecto negativo del principio kompetenz-kompetenz, de manera tal que los jueces refieran a las partes a arbitraje luego de una verificación prima facie⁶¹ de un acuerdo arbitral cuando el demandado así lo pida. Por su lado, los tribunales arbitrales deberían decidir sobre su propia competencia como asunto preliminar siempre que sea posible, y los jueces locales deberían poder revisar esa decisión *post*, tal como se detalla en la segunda oración del artículo 16.3 de la Ley Modelo.

4. Apoyo judicial por juez distinto al de la sede

Para garantizar el apoyo judicial en cuanto a la evidencia del artículo 27 de la Ley Modelo (cuando el lugar del arbitraje no es en la misma jurisdicción), esa norma debería incluirse en las excepciones del artículo 1.2.

5. El tribunal arbitral

Las disposiciones sobre la constitución del tribunal arbitral deberían revisarse para incluir a) un número impar como requisito (artículo 11.2), b) la posibilidad de tener a la Corte Permanente de Arbitraje actuando como autoridad que designa (como alternativa a las cortes locales) y c) un mecanismo para casos con pluralidad de partes

(artículo 11.5). Además, la obligación de los árbitros de ser y permanecer independientes e imparciales debería anotarse claramente.

6. Normas de fondo

En el arbitraje moderno, tal como se refleja en los reglamentos de las instituciones internacionales, se habla de “normas jurídicas” más que de “ley” o “derecho” aplicable. Sería aconsejable modificar ese término en el artículo 28. Además, en el supuesto en que las partes no hayan acordado la ley aplicable al fondo de la controversia, la práctica generalizada de la *voie directe*⁶² debería reflejarse en el artículo 28.2, por lo que la referencia a las normas de conflicto de leyes debería eliminarse.

7. El laudo

Podría ser útil incluir una definición de “laudo”, para así incluir expresamente los laudos parciales y las decisiones que deciden sobre medidas cautelares (los que, a mi criterio, deberían ser considerados laudos⁶³).

8. *Sécret du délibéré*

Se debería considerar agregar el *secrét du délibéré*⁶⁴ y el requisito de que todos los laudos deban ser motivados, incluidos aquellos que deciden sobre medidas cautelares⁶⁵, salvo por laudos hechos por acuerdo de partes.

9. Renuncia parcial al recurso de nulidad

Si la falta de capacidad de una parte, la falta de validez del acuerdo de arbitraje o la incorrecta constitución del tribunal arbitral no se alegan oportunamente, dentro de plazos prudenciales o los establecidos por el correspondiente reglamento, debería considerarse como renuncia parcial al recurso de nulidad⁶⁶. Adicionalmente, si una parte ha recurrido la decisión del tribunal arbitral bajo el artículo 16.3, no debería tener una segunda oportunidad para que se declare nulo el laudo sobre la base de la misma causal.

⁶¹Evaluación inicial, en un primer momento.

⁶²La vía directa, esto es, la determinación del derecho de fondo utilizando criterios de razonabilidad, legalidad, conexidad y conveniencia.

⁶³Para un análisis del tema, ver Jiménez Figueres, Dyalá, “Enforcement in Latin America of Provisional Measures ordered by Arbitral Tribunals. Where we are. Where we can go.” Umberto Celli Junior, Maristela Basso, Alberto Amaral Junior (coord.), “Arbitragem e Comercio Internacional. Estudos em Homenagem a Luiz Olavo Baptista. Sao Paulo, Quartier Latin (2013), 675.

⁶⁴Deliberar bajo la más estricta confidencialidad.

⁶⁵Tal como lo tiene la ley costarricense, en su artículo 17.2.

⁶⁶La ley peruana de arbitraje que se publicó en Perú el 28 de junio de 2008 (Decreto Legislativo N° 1071), y entró en vigor el 1 de setiembre del mismo año, tal como lo dispone su artículo 11.

10.Reconocimiento y ejecución de laudos

Las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de laudos deberían revisarse para a) clarificar si “reconocimiento” es un paso y “ejecución” otro distinto y, si ese es el caso, clarificar si los laudos internacionales proferidos en la sede necesitan ser reconocidos (¿por qué si se pueden anular?) y para b) mencionar cuáles son los tribunales competentes para la ejecución, aunque sea por referencia a las normas orgánicas locales.

11.Orden público internacional

Que se cambie el “orden público” como motivo de nulidad y motivo para denegar la ejecución (artículos 34.2 y 36.1, respectivamente) a “orden público internacional”, solamente para que no quede ninguna duda acerca del alcance tan limitado que tiene esta causal.

Estos temas pueden servir de punto de partida para una discusión pausada, profunda y global sobre la reforma de la Ley Modelo. No pretende ser una lista exhaustiva ni fija. No cabe duda, en todo caso, que una Ley Modelo actualizada ciertamente va a potenciar todavía más el desarrollo del arbitraje comercial internacional.