Naciones Unidas A/CN.9/508

Asamblea General

Distr. general
12 de abril de 2002
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
35º período de sesiones
Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002

Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 36º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002)

Índice

		Párrafos	*Página*
Introducción		1-13	2
I.	Deliberaciones y decisiones	14-17	5
II.	Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje	18-50	6
	A. Disposición legal modelo sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje	18-39	6
	B. Instrumento interpretativo del párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras	40-50	12
III.	Medidas cautelares	51-94	15

***** El documento se presentó con atraso porque el Grupo de Trabajo decidió aportar la última parte del informe (párrafos 77 a 94) por correo electrónico después de la clausura del período de sesiones.

V.02-53389 (S) 260402 300402

Introducción

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión tuvo a su disposición una nota titulada "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460). Agradeciendo la oportunidad de examinar si era conveniente y factible impulsar el desarrollo del derecho aplicable al arbitraje comercial internacional, la Comisión consideró en su conjunto que había llegado el momento de que se evaluara la amplia y favorable experiencia adquirida en la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), así como en la aplicación del Reglamento de Arbitraje y del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de proceder a determinar, en el foro universal constituido por la Comisión, si las ideas y propuestas presentadas eran aptas para mejorar la legislación, los reglamentos y las prácticas aplicables en materia de arbitraje[1].

2. La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, y decidió que los temas prioritarios del Grupo de Trabajo fueran la conciliación[2], el requisito sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje[3], la ejecutoriedad de las medidas cautelares[4] y la posible ejecutoriedad de un laudo anulado en el Estado de origen[5].

3. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 32º período de sesiones (A/CN.9/468). La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y reiteró su mandato al Grupo de Trabajo de que fijara el calendario y el procedimiento para el examen de los temas de su labor futura. Se hicieron varias declaraciones en el sentido de que, en general, al fijar las prioridades de los futuros temas de su programa, el Grupo de Trabajo prestara especial atención a lo que fuera viable y práctico, así como a cuestiones que hubieran dado lugar en la jurisprudencia a decisiones inciertas o poco satisfactorias. Como temas eventualmente merecedores de ser examinados por la Comisión se mencionaron, además de los que el Grupo de Trabajo pudiera señalar, la determinación del significado y de los efectos de la disposición relativa al derecho más favorable enunciada en el artículo VII de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (denominada en adelante "la Convención de Nueva York") (A/CN.9/468, apartado k) del párrafo 109); la presentación de créditos en un procedimiento arbitral para salvaguardar algún derecho compensatorio y la competencia de un tribunal arbitral al respecto (apartado g) del párrafo 107); la autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas que ellas hayan designado (apartado c) del párrafo 108); la facultad discrecional residual para otorgar ejecutoriedad a un laudo aun cuando se dé alguno de los motivos previstos en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 para denegarla (apartado i) del párrafo 109); y los poderes del tribunal arbitral para otorgar indemnización en forma de intereses (apartado j) del párrafo 107). Se tomó nota con beneplácito de que, en lo referente a los arbitrajes tramitados "en línea" (es decir, tramitados en parte o incluso en su totalidad por medios electrónicos de comunicación) (párr. 113), el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje cooperaría con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Respecto de la eventual ejecutoriedad de laudos anulados en el Estado de origen (apartado m) del párrafo 107), se expresó la opinión de que no era previsible que

esta cuestión plateara muchos problemas y que la jurisprudencia que la había suscitado no debía considerarse reflejo de una tendencia ya establecida[6].

4. En su 34º período de sesiones, celebrado en Viena del 25 de junio al 13 de julio de 2001, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los informes del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en sus períodos de sesiones 33º y 34º (A/CN.9/485 y A/CN.9/487, respectivamente). La Comisión elogió los progresos realizados hasta esa fecha por el Grupo de Trabajo respecto de las tres principales cuestiones objeto de examen, a saber, el requisito sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje, la cuestión de las medidas cautelares y la preparación de una ley modelo sobre la conciliación.

5. Respecto de la conciliación, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había examinado los artículos 1 a 16 del proyecto de disposiciones legales modelo (A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1). Se previó que el Grupo de Trabajo concluiría la labor sobre dichas disposiciones en su período de sesiones siguiente. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo que siguiera dando prioridad a ese examen con miras a que el instrumento preparado se presentara en forma de proyecto de ley modelo a la Comisión para que lo examinara y aprobara en su 35º período de sesiones, en 2002[7]. En su 35º período de sesiones, celebrado en Viena del 19 al 30 de noviembre de 2001, el Grupo de Trabajo aprobó la versión definitiva del proyecto de disposiciones legales en forma de proyecto de ley modelo sobre conciliación comercial internacional. El informe de ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/506. El Grupo de Trabajo señaló que el proyecto de ley modelo y la guía para su incorporación al derecho interno y utilización se enviarían a los Estados miembros y observadores para que los comentaran y se someterían al examen y aprobación de la Comisión en su 35º período de sesiones.

6. En cuanto al requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había examinado el proyecto de disposición legal modelo que revisaba el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (véase A/CN.9/WG.II/WP.113, párrs. 13 y 14) y un proyecto de instrumento interpretativo referente al párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York (ibíd., párr. 16). En consonancia con una opinión expresada en el contexto del 34º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/487, párr. 30), se expresó inquietud en cuanto a si la mera referencia a las cláusulas y condiciones del arbitraje o a un reglamento uniforme de arbitraje disponible en forma escrita podía satisfacer el requisito de la forma escrita. Se afirmó que no debía considerarse que esa referencia cumplía el requisito de forma debido a que el texto escrito al que se remitía no era el acuerdo de arbitraje propiamente dicho, sino un conjunto de reglas de procedimiento para llevar a cabo el arbitraje (es decir, un texto que en la mayoría de los casos existiría previamente al acuerdo y sería el resultado de la acción de personas que no eran parte en el propio acuerdo de arbitraje). Se señaló que en la mayoría de las circunstancias concretas era el acuerdo de las partes de recurrir al arbitraje lo que debía ser objeto de un requisito de escrito que facilitara la presentación ulterior de pruebas respecto de la intención de las partes. Frente a esa inquietud, se estimó en general que si bien el Grupo de Trabajo no debía perder de vista la importancia de ofrecer certeza en cuanto a la intención de las partes de recurrir al arbitraje, también era importante hacer lo posible por facilitar una interpretación más flexible del estricto requisito de forma previsto en la Convención de Nueva York, a fin de no frustrar las expectativas

de las partes cuando hubiesen acordado recurrir al arbitraje. A ese respecto, la Comisión tomó nota de la posibilidad de que el Grupo de Trabajo examinara más a fondo el significado y efecto de la disposición sobre el derecho más favorable enunciada en el artículo VII de la Convención de Nueva York.

7. Con respecto a la cuestión de las medidas cautelares, la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había examinado un proyecto de texto revisado del artículo 17 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y el texto del párrafo 1 a) i) de un proyecto de nuevo artículo preparado por la Secretaría para incorporar en esa Ley Modelo (A/CN.9/WG.II/WP.113, párr. 18). Se pidió al Grupo de Trabajo que prosiguiera su labor sobre la base del proyecto de disposiciones revisado que habría de preparar la Secretaría.

8. El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión. Asistieron al período de sesiones los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Burkina Faso, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Lituania, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Singapur, Suecia, Tailandia y Uganda.

9. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argentina, Australia, Bangladesh, Belarús, Chipre, Croacia, Egipto, Eslovaquia, Filipinas, Finlandia, Iraq, Irlanda, Malta, Nigeria, Perú, Polonia, Portugal, República Checa, República de Corea, Suiza, Turquía y Venezuela.

10. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Corte Centroamericana de Justicia, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Comité Consultivo Internacional del Algodón (CCIA), Comité Consultivo sobre el artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Corte Permanente de Arbitraje, American Bar Association, Comité Maritime International, Federación Latinoamericana de Bancos, Global Center for Dispute Resolution Research, Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Instituto de Derecho Internacional, Centro Regional de Lagos de Arbitraje Comercial Internacional, Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), Escuela de Arbitraje Internacional Queen Mary (Universidad de Londres), Union Internationale des Avocats, The Chartered Institute of Arbitrators y Centro de Resolución de Controversias México-Estados Unidos.

11. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

Presidente: Sr. José María ABASCAL ZAMORA (México);

Relator: Sr. Koichi MIKI (Japón).

12. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.117) y dos notas de la Secretaría en las que se examinaban cuestiones relativas a la forma escrita para acuerdos de arbitraje (A/CN.9/WG.II/WP.118) y medidas provisionales cautelares (A/CN.9/WG.II/WP.119).

13. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de textos armonizados sobre la forma escrita de los acuerdos de arbitraje y medidas provisionales de protección.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

I. Deliberaciones y decisiones

14. El Grupo de Trabajo examinó el tema 3 del programa a tenor de los documentos preparados por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.118 y 119). Sus deliberaciones y conclusiones al respecto quedan recogidas en los capítulos II y III *infra*. Se pidió a la Secretaría que, basándose en las deliberaciones del Grupo de Trabajo, preparara un proyecto de disposiciones revisado para continuar el examen más adelante.

15. Con respecto al requisito de la forma escrita para acuerdos de arbitraje, el Grupo de Trabajo examinó el proyecto de disposición legal modelo por el que se revisaba el texto del párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje (A/CN.9/WG.II/WP.118, párr. 9). Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de disposición revisado sobre la base de las deliberaciones del Grupo de Trabajo para que fuera examinado en un futuro período de sesiones. El Grupo de Trabajo analizó también un proyecto de instrumento interpretativo del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York (ibíd., párrs. 25 y 26). El Grupo de Trabajo reconoció que en esos momentos no podía lograr un consenso con respecto a la preparación de un protocolo de enmienda o un instrumento interpretativo de la Convención de Nueva York, y que ambas opciones debían mantenerse abiertas al examen del Grupo de Trabajo o de la Comisión en una etapa ulterior. Mientras tanto, el Grupo de Trabajo convino en que sería conveniente ofrecer orientación sobre la interpretación y la aplicación de los requisitos relativos a la forma escrita en la Convención de Nueva York con miras a lograr una mayor uniformidad. Podía realizarse una valiosa contribución con este fin en la guía para la incorporación en el derecho interno del proyecto de nuevo artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, que se había encargado a la Secretaría que preparara para someter posteriormente al examen del Grupo de Trabajo, estableciendo un vínculo armonioso entre las nuevas disposiciones y la Convención de Nueva York, a reserva de una decisión definitiva del Grupo de Trabajo sobre la mejor forma de abordar la aplicación del párrafo 2 del artículo II de la Convención.

16. Con respecto a las cuestiones relativas a las medidas provisionales cautelares, el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de texto para la revisión del artículo 17 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 74). Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de disposiciones revisado sobre la base de las deliberaciones del Grupo de Trabajo para examinarlo en un futuro período de sesiones. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no examinó un proyecto revisado de un nuevo artículo preparado por la Secretaría para incorporar en la Ley Modelo, relativo a la cuestión de la ejecución de las medidas provisionales cautelares dictadas por un tribunal arbitral (ibíd., párr. 83).

17. Se observó que, a reserva de la decisión que adoptara la Comisión en su período de sesiones siguiente, estaba previsto celebrar el 36º período de sesiones del Grupo de Trabajo en Viena del 7 al 11 de octubre de 2002.

II. Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje

A. Disposición legal modelo sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje

18. El texto del proyecto de disposición modelo era el siguiente:

"Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

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

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

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

4) A fin de evitar dudas, el requisito de forma escrita del párrafo 2) se considerará cumplido si la cláusula de arbitraje o los términos y condiciones de arbitraje o cualesquiera reglas de arbitraje a que se refiera el acuerdo de arbitraje están por escrito, aunque el contrato o el acuerdo de arbitraje independiente se haya perfeccionado de palabra, o mediante actos u otros indicios no escritos.

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

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

[7) A los efectos del artículo 35, los términos y condiciones de arbitraje escritos, junto con cualquier escrito que contenga tales términos y condiciones o que los incorpore por remisión, constituirán el acuerdo de arbitraje.]"

Párrafo 1)

19. Se señaló que el párrafo 1), que reproducía sin cambios el texto del párrafo 1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante denominada "la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje"), preveía en su segunda oración dos tipos de acuerdo de arbitraje: el acuerdo en forma de

cláusula compromisoria de un contrato y el acuerdo de arbitraje independiente. No se consideró polémica esta disposición. Sin embargo, se sugirió al Grupo de Trabajo la posibilidad de examinar y, en su caso, revisar el enunciado actual de la segunda oración a fin de ajustarlo al contenido del párrafo 4). En particular, se dijo que en el párrafo 4) se hacía implícitamente una distinción entre, por un lado, un acuerdo de arbitraje y, por otro, los términos y las condiciones del arbitraje o sus reglas. Así pues, el párrafo 4) parecía regular supuestos que no entraban estrictamente en los tipos de acuerdo de arbitraje mencionados en el párrafo 1).

20. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 1) y, tras tomar nota de las observaciones hechas al respecto, decidió tomarlas en consideración una vez examinado el párrafo 4).

Párrafo 2)

21. El Grupo de Trabajo examinó diversas observaciones y propuestas relativas al contenido y a la forma del párrafo 2). Con respecto al fondo del párrafo se hicieron observaciones principalmente sobre la relación entre los conceptos de "constancia" y "mensaje de datos" y sobre la relación entre los párrafos 2), 3) y 4). En cuanto a la forma, se pidió que la disposición fuera lo suficientemente clara para dar a entender inequívocamente que los acuerdos de arbitraje podían tener validez aunque no figuraran sobre papel y se concertaran, por ejemplo, por medios electrónicos.

22. El Grupo de Trabajo observó que el concepto de "constancia", empleado en el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, no estaba específicamente encaminado a facilitar la utilización de medios electrónicos de comunicación. Por consiguiente, el texto del proyecto de párrafo 2) se había redactado siguiendo la pauta de disposiciones de dos textos más recientes de la CNUDMI: el párrafo 2) del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, que dispone que "se puede emitir una promesa en cualquier forma por la que se deje constancia del texto de la promesa [...]"; y el párrafo 1) del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que establece que "cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta".

23. El Grupo de Trabajo examinó detenidamente la distinción conceptual entre "constancia" y "mensaje de datos" y la conveniencia de combinar los dos conceptos en una única disposición. El Grupo de Trabajo convino en que se debía conservar el concepto de "constancia" utilizado en el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, sin limitarse a las constancias "tangibles". Algunos de los oradores opinaron que el término "constancia" podría ser suficiente, pues era tan amplio que abarcaba los "mensajes de datos", particularmente si estaba vinculado a la definición de una forma "en que éste sea accesible de algún otro modo como mensaje de datos para su ulterior consulta". No obstante, otros oradores observaron que el término "constancia" podía plantear problemas de traducción en los diversos idiomas oficiales y crear dificultades en los ordenamientos jurídicos donde no se hacía hincapié en los conceptos de "constancia" o "constancia comercial" en el derecho mercantil. Predominó la opinión de que en general la disposición era correcta y de que era importante combinar el concepto tradicional de

"constancia" con el concepto más innovador de "mensaje de datos", a fin de puntualizar que los documentos tradicionales con soporte de papel no eran la única forma aceptable de dejar constancia de un acuerdo de arbitraje.

24. Algunos oradores consideraban innecesaria la frase "o en que éste sea accesible como mensaje de datos para su ulterior consulta". Predominó la opinión de que era esencial en el contexto del párrafo 2), dado que enunciaba las condiciones en que los mensajes de datos, incluidos los mensajes de datos, podían cumplir los requisitos sobre la forma escrita establecidos por la ley.

25. Tras convenir en que el párrafo 2) hiciera referencia tanto a "constancia" como a "mensajes de datos", el Grupo de Trabajo pasó a examinar diversas propuestas de redacción. Una de las propuestas fue modificar la segunda oración del párrafo 2) de la siguiente manera: "Se considerará forma 'escrita' o 'por escrito' cualquier forma en que quede constancia del acuerdo de alguna manera [para su ulterior consulta]". El Grupo de Trabajo convino finalmente en modificar la segunda oración del párrafo 2) del modo siguiente: "Se considerará 'forma escrita' cualquier forma, sin excluir en modo alguno los mensajes de datos, en que quede constancia del acuerdo o en que éste sea accesible para su ulterior consulta".

Párrafo 3)

26. El Grupo de Trabajo consideró que era necesario que en el texto figurara una definición de "mensaje de datos", ya que esa expresión aparecía en el párrafo 2) y decidió mantener la disposición en el texto quitándole los corchetes.

Párrafos 4) y 6)

27. Hubo acuerdo general en que uno de los principales objetivos de la revisión del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje debería ser el reconocimiento de la validez formal de los acuerdos de arbitraje concertados en determinadas situaciones, respecto de los cuales los tribunales y los comentaristas difirieran en cuento a si se cumplía o no el requisito de forma enunciado en el texto actual del párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo. Entre esas situaciones, el Grupo de Trabajo se concentró en las siguientes: a) el caso en que un contrato de salvamento marítimo fuera concertado verbalmente por radio mediante una remisión a un modelo de formulario contractual ya existente que contuviera una cláusula de arbitraje, como ocurría con el *Lloyd's Open Form*; b) los contratos concertados por su cumplimiento o por indicios al respecto (por ejemplo, una venta de bienes en virtud del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías), con remisión a un formulario modelo con cláusula de arbitraje, como los documentos redactados por la *Grain and Food Trade Association* (GAFTA); c) los contratos concertados verbalmente pero confirmados ulteriormente por escrito o de algún otro modo a través de un documento escrito que contuviera una cláusula compromisoria, como las condiciones generales de venta o adquisición establecidas unilateralmente por una parte y comunicadas a la otra; y d) los contratos puramente verbales. Como principio general, hubo amplio acuerdo sobre los casos a) a c) y al hecho de que la remisión u otro vínculo con un documento contractual escrito que contuviera una cláusula de arbitraje habría de ser suficiente para establecer la validez formal del

acuerdo de arbitraje. También se convino en que un acuerdo de arbitraje puramente verbal no debería considerarse formalmente válido en virtud de la Ley Modelo. En ese contexto, varias delegaciones observaron que la mera referencia a un contrato verbal en un conjunto de reglas de arbitraje no debería considerarse suficiente para dar por cumplido el requisito sobre la forma escrita, pues no habría que equiparar un simple conjunto de reglas de procedimiento a un documento contractual con cláusula de arbitraje. No obstante, algunas delegaciones expresaron la opinión de que la referencia en un contrato verbal a un conjunto de reglas de arbitraje dejaba suficiente constancia de la existencia y del contenido del acuerdo de arbitraje y, por lo tanto, debería aceptarse.

28. Se expresaron dudas sobre si el proyecto de párrafo 4) expresaba el criterio general antes mencionado. Se señaló que la frase "El requisito de forma escrita ... se considerará cumplido si la cláusula de arbitraje ... [está] por escrito" era una tautología. Además, se expresó el temor de que la expresión "los términos y condiciones de arbitraje" fueran confusos y crearan el riesgo de incompatibilidad entre los proyectos de párrafo 4) y 1). En cuanto a la frase "cualesquiera reglas de arbitraje a que se refiera el acuerdo de arbitraje", se objetó que no tenía en cuenta la necesidad de que el acuerdo de arbitraje fuera suficientemente manifiesto para minimizar el riesgo de que una parte se viera obligada a someterse a arbitraje contra su voluntad. También se expresaron dudas sobre si el párrafo 4) se ajustaba razonablemente a las disposiciones de la Convención de Nueva York.

29. Con miras a paliar las preocupaciones expresadas, se propuso la siguiente enmienda del párrafo 4): "A fin de evitar dudas, el requisito de forma escrita del párrafo 2) se considerará cumplido si: a) el acuerdo de arbitraje propiamente dicho se ha efectuado por escrito; o b) las partes han concertado un contrato válido que contenga, directamente o por remisión, una cláusula escrita que prevea el arbitraje". También se propuso la siguiente enmienda "A fin de evitar dudas, el requisito de forma escrita del párrafo 2) se considerará cumplido si figura por escrito la cláusula compromisoria, aunque el contrato se haya concertado verbalmente o mediante actos u otros indicios no escritos".

30. No obstante, se consideró en general que, para apoyar el criterio antes mencionado, no habría que recurrir al proyecto de párrafo 4), sino al proyecto de párrafo 6). Se advirtió que no convenía revisar el texto del proyecto de párrafo 6), que ya figuraba en el artículo 7 de la Ley Modelo y que, según la opinión general, regulaba la situación en que el contrato no mencionaba directamente el arbitraje pero lo incorporaba al texto por remisión a otro documento, como un formulario modelo, que sí contenía una cláusula de arbitraje. Se indicó que la última oración del párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje se interpretaba actualmente sin perjuicio del requisito sobre la forma escrita establecido con respecto al acuerdo de arbitraje.

31. Tras el debate, el Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera el párrafo 4) y se enmendara el párrafo 6) del modo siguiente: "A fin de evitar dudas, la referencia hecha en un contrato o en un acuerdo de arbitraje independiente a un escrito que contenga una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje, siempre que la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato o del acuerdo de arbitraje independiente, prescindiendo de si el contrato o el acuerdo de arbitraje independiente se han concertado verbalmente o mediante actos u otros indicios no escritos". Se convino asimismo en insertar en la guía para la

incorporación de la disposición legal modelo al derecho interno explicaciones detalladas sobre el significado y la interpretación recomendada del texto revisado del párrafo 6).

Párrafo 5)

32. Se propuso suprimir el proyecto de párrafo por varias razones. En primer lugar, se dijo que la referencia a "intercambio de escritos de demanda y contestación" era vaga y podía inducir a error, ya que, por ejemplo, la referencia a la existencia de un acuerdo de arbitraje por lo general se hacía a menudo en una etapa anterior del procedimiento arbitral, como podía ser al enviarse una notificación de arbitraje, con arreglo al artículo 3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En segundo lugar se señaló que no se necesitaba ninguna otra disposición, habida cuenta de que el asunto abordado en el proyecto de párrafo ya se trataba en el artículo 4 y en el párrafo 2) del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje. Por último, se subrayó que el proyecto de párrafo era demasiado restrictivo, ya que preveía únicamente el supuesto de que una de las partes alegara expresamente la existencia de un acuerdo de arbitraje, sin mencionar el supuesto frecuente de que una parte se limitara a presentar su demanda ante un tribunal arbitral sin alegar expresamente que existía dicho acuerdo.

33. Otro argumento a favor de la supresión del proyecto de párrafo fue que su tema se refería básicamente a que una de las partes renunciara a su derecho a impugnar la competencia del tribunal arbitral y no a la formación en sí de un acuerdo de arbitraje. En ese sentido, no parecía apropiado que el contenido del proyecto de párrafo figurara en el proyecto de artículo 7. De todos modos, si se optara por mantener esa disposición, se propuso que por lo menos se la modificara en los siguientes términos: "Se considerará que las partes han concertado un acuerdo de arbitraje válido si no se impugna a su debido tiempo la competencia del tribunal arbitral."

34. Sin embargo, prevaleció la opinión de que se mantuviera el proyecto de párrafo. Se dijo que el artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje trataba de un supuesto distinto del abordado en el proyecto de párrafo, por lo que éste constituía un complemento útil de esa Ley. El artículo 4 no trataba de la existencia del acuerdo de arbitraje, sino únicamente de la renuncia por una de las partes a su derecho a presentar una objeción, basada en un presunto incumplimiento de alguna disposición de la Ley que estuviera sujeta a la autonomía contractual de las partes o de algún requisito del acuerdo de arbitraje, caso de proseguir esa parte el arbitraje sin presentar su objeción sin demora injustificada o, de existir un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo. El proyecto de párrafo 5) era necesario, dado que el alcance restringido del artículo 4 de la Ley Modelo no permitía que se interpretara el intercambio de escritos de demanda y contestación como presunción válida de la existencia de un acuerdo de arbitraje, sin prueba manifiesta de su existencia.

35. Se señaló asimismo que el proyecto de párrafo tenía un precedente en la aplicación del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados ("Convenio de Washington"), que en la práctica se interpretaba en el sentido de que la notificación de arbitraje presentada por un inversionista extranjero ante el Centro Internacional

de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones hacía, en ciertas circunstancias, innecesaria la existencia de un acuerdo especial de arbitraje.

Párrafo 7)

36. Se recordó que se había decidido que el párrafo 7) figurara entre corchetes hasta que se debatiera más a fondo la cuestión de si el contenido de la disposición debía figurar en el artículo 7 o en una enmienda del artículo 35. Se recordó asimismo que el párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo reflejaba el artículo IV de la Convención de Nueva York. Por consiguiente, toda alteración del texto actual del artículo 35 requeriría una labor suplementaria para enmendar la Convención de Nueva York o para ofrecer algún medio que permitiera obtener una interpretación uniforme pero innovadora del artículo IV de dicha Convención.

37. Se expresó la opinión de que cabía resolver de forma más adecuada la cuestión tratada en el proyecto de párrafo 7) si se revisaban tanto el artículo 35 de la Ley Modelo como el artículo IV de la Convención de Nueva York. Se señaló que esa cuestión se regía por el principio de que la carga de la prueba respecto de la existencia y el contenido del acuerdo arbitral recaía en la persona que pedía la ejecución del laudo. Ese principio no cambiaría, aun si se eliminaba el requisito formal de presentación del original del acuerdo de arbitraje por escrito. Así pues, se propuso que se suprimiera toda referencia al acuerdo de arbitraje en el párrafo 2) del artículo 35 y se modificara en consecuencia el artículo IV de la Convención de Nueva York.

38. Hubo expresiones de apoyo al referido principio. Se señaló además que el cambio de redacción propuesto del proyecto de artículo 35 tendría la ventaja de obviar la necesidad de que la parte que pedía la ejecución del laudo presentara las "condiciones de arbitraje" o cualquier otro documento que indujera a los tribunales a investigar la existencia de un acuerdo de arbitraje sin que se hubieran impugnado las decisiones del tribunal de arbitraje, lo que podría retrasar innecesariamente la ejecución del laudo.

39. No obstante, hubo objeciones contra la modificación propuesta del proyecto de artículo 35, basadas en que su enmienda podía obligar a revisar el artículo IV de la Convención, con lo cual se anticiparía el resultado de las futuras deliberaciones sobre la conveniencia de preparar un protocolo de la Convención (véanse los párrafos 42 a 50 *infra*). Como variante de la modificación propuesta del artículo 35 de la Ley Modelo, se propuso suprimir el párrafo 7) y añadir al final del párrafo 6) una oración del tenor siguiente: "En ese caso, a los efectos del artículo 35, el escrito en el que figure una cláusula compromisoria constituirá el acuerdo de arbitraje". Los patrocinadores de la propuesta indicaron que esa redacción era compatible con la Convención de Nueva York. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó la propuesta.

B. Instrumento interpretativo del párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

40. Se recordó que en su 34º período de sesiones el Grupo de Trabajo había examinado un anteproyecto de instrumento interpretativo del párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (denominada en adelante, la "Convención de Nueva York") y pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado de ese instrumento, teniendo en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo, para examinarlo en algún período ulterior de sesiones (A/CN.9/487, párr. 18).

41. En su actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo prosiguió el examen de ese asunto sobre la base del texto del proyecto de declaración aprobado por el Grupo de Trabajo en su 34º período de sesiones (A/CN.9/487, párr. 63). El texto era el siguiente:

"*Declaración relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958*

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

[1] *Recordando* la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, por la que fue establecida la Comisión con el objeto de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional,

[2] *Consciente* de que la Comisión incluye a los principales sistemas económicos y jurídicos del mundo y a países desarrollados y en desarrollo,

[3] *Recordando* las sucesivas resoluciones en que la Asamblea General reiteradamente afirmó el mandato de la Comisión, como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, para coordinar las actividades jurídicas en este campo,

[4] *Consciente* de su mandato de impulsar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional promoviendo, entre otras cosas, medios para asegurar una interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional,

[5] *Convencida* de que la amplia adopción de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ha supuesto un logro importante para la promoción del imperio de la ley, especialmente en el ámbito del comercio internacional,

[6] *Recordando* que la Conferencia de Plenipotenciarios que preparó y abrió a la firma la Convención aprobó una resolución que decía, entre otras cosas, que la Conferencia 'considera que una mayor uniformidad en las leyes nacionales relativas al arbitraje haría más eficaz el arbitraje como medio de solución de las controversias de derecho privado ...',

[7] *Preocupada* por las diferentes interpretaciones del párrafo 2) del artículo II de la Convención, que obedecen en parte a diferencias de expresión entre los cinco textos igualmente auténticos de la Convención,

[8] *Animada del deseo* de promover una interpretación uniforme de la Convención a la luz del desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación y del comercio electrónico,

[9] *Convencida* de que es necesaria la uniformidad en la interpretación de la expresión 'acuerdo por escrito' para que exista una mayor certidumbre en las transacciones comerciales internacionales,

[10] *Considerando* que, al interpretar la Convención, ha de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación,

[11] *Teniendo en cuenta* instrumentos jurídicos internacionales posteriores, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico,

[12] [*Recomienda*] [*Declara*] que la definición de 'acuerdo por escrito' que figura en el párrafo 2) del artículo II de la Convención [se entienda] [será entendida] como incluyendo [una nueva formulación inspirada en el texto revisado del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional]".

42. En vista de la labor efectuada en el actual período de sesiones en lo relativo al proyecto de un nuevo artículo 7 para la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, el Grupo de Trabajo decidió que convendría volver a examinar las diversas opciones existentes para resolver las dificultades planteadas por la aplicación práctica del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York, antes de entrar a considerar el proyecto de instrumento interpretativo revisado. Las opiniones expresadas en el Grupo de Trabajo al respecto se repartieron básicamente entre las dos propuestas que se resumen a continuación.

43. Se abogó firmemente a favor del parecer de que no bastaba con un instrumento interpretativo para resolver los problemas prácticos y la discordancia actual en la aplicación del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York, por lo que el Grupo de Trabajo debería centrar su labor en la preparación de un protocolo por el que se enmendara la Convención de Nueva York. Se dijo que un instrumento interpretativo de la índole prevista carecería de fuerza vinculante en el derecho internacional, por lo que era poco probable que fuera observado en la interpretación de la Convención de Nueva York. Se señaló que, al carecer dicho instrumento de fuerza vinculante, era dudoso que surtiera algún efecto práctico en orden a obtener una interpretación uniforme de la Convención de Nueva York.

44. Se dijo, además, que el riesgo de que se incrementara esa discordancia interpretativa a resultas de la existencia, al menos durante cierto período, de dos grupos de Estados parte en la Convención de Nueva York, a saber, el grupo de aquellos Estados que aceptaban únicamente esa Convención en su forma original y el de aquellos que dieran también su adhesión a su protocolo de enmienda, era un argumento poco convincente para desechar la solución de preparar un protocolo de enmienda de dicha Convención. Se dijo que existía ya, de hecho, cierta discordancia en la aplicación del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York, que

no cabría eliminar mediante la adopción de un instrumento interpretativo de índole no vinculante. Para uniformar la interpretación y la aplicación de esa Convención era preciso aprobar un protocolo de enmienda del artículo II, y tal vez del artículo IV.

45. Otro argumento aducido a favor de un protocolo de enmienda hizo hincapié en la distinción entre modificar un texto en vigor o limitarse a aclarar su interpretación. Se dijo que no procedía utilizar un instrumento interpretativo para declarar que el párrafo 2) del artículo II de la Convención debería ser interpretado con el significado del nuevo texto que estaba preparando el Grupo de Trabajo para el artículo 7 de la Ley Modelo. Se dijo que el proyecto de texto legal que el Grupo de Trabajo estaba preparando difería notablemente del párrafo 2) del artículo II, en el sentido de que, por ejemplo, se consideraría como válido todo acuerdo verbal por el que se remitiera a unas condiciones de arbitraje consignadas por escrito, mientras que ese mismo acuerdo no sería válido con arreglo a la interpretacion dada, en muchos ordenamientos, al párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York. A ese respecto, algunos oradores expresaron el parecer de que el recurso al artículo VII de la Convención de Nueva York, que permitía, de hecho, que todo Estado contratante de la misma aplicara cualquier disposición más favorable de su derecho interno, o dimanante de sus obligaciones convencionales internacionales, en apoyo de un acuerdo de arbitraje o de un laudo arbitral, no serviría para uniformar la aplicación del requisito de la forma escrita enunciado en el párrafo 2) del artículo II de la Convención.

46. El parecer contrario, que fue asimismo firmemente respaldado, fue que toda enmienda oficial, o protocolo de enmienda, de la Convención de Nueva York agravaría probablemente la falta actual de armonía en su interpretación, ya que la preparación de ese protocolo o enmienda, por un número elevado de países, llevaría tiempo durante el cual la incertidumbre sería aún mayor. Por esa razón, cierto numero de delegaciones estimaron que ese enfoque era poco práctico. Dado el éxito evidente de la Convención de Nueva York, reflejado en la cifra inaudita de ratificaciones, cabía considerar que ese instrumento constituía la piedra angular del arbitraje comercial internacional, por lo que se había de obrar con la máxima cautela a la hora de alterar su texto. Esa cautela habría de ser aún mayor si se consideraba la índole soberana de la conferencia diplomática que se habría de convocar para examinar las propuestas de enmienda de su texto, la cual no se sentiría vinculada por el alcance limitado de las enmiendas actualmente consideradas por el Grupo de Trabajo. El resultado potencialmente beneficioso de incrementar la certeza en el ámbito relativamente circunscrito del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York había de ser sopesado contra el riesgo imponderable de someter de nuevo a examen la totalidad del texto de esa Convención.

47. Se dijo que otro problema inherente a la preparación de un protocolo de enmienda de la Convención de Nueva York sería el riesgo de perturbar la interpretación liberal que ya se daba en algunas jurisdicciones al párrafo 2) del artículo II. Se expresó el parecer de que el mero hecho de emprender esa tarea de modificación de la Convención de Nueva York daría a entender que su texto no se prestaba a una interpretación que fuera conforme al nuevo texto del artículo 7 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje que preparaba actualmente el Grupo de Trabajo. Se dijo que, por el contrario, el hecho de formular una aclaración, por medio de un instrumento interpretativo, constituía un reconocimiento implícito de

que el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York se prestaba a más de una interpretación divergente, y que la Comisión, que podía considerarse una autoridad persuasiva en muchos países, podía recomendar una interpretación liberal de su texto.

48. Se observó, además, que la dificultad inherente a toda enmienda de la Convención de Nueva York, o a la preparación de un protocolo al respecto, había sido extensamente examinada por el Grupo de Trabajo en anteriores períodos de sesiones, y que el Grupo de Trabajo había decidido, en vista de esas dificultades, preparar un instrumento meramente interpretativo.

49. El Grupo de Trabajo examinó a fondo los diversos argumentos aducidos en favor de una u otra propuesta y reconoció que no podía, en la etapa actual, llegar a un consenso sobre si procedía preparar un protocolo de enmienda o un instrumento interpretativo de la Convención de Nueva York, por lo que ambas opciones seguirían abiertas para su examen por el Grupo de Trabajo o la Comisión en una etapa ulterior. Entre tanto, el Grupo de Trabajo convino en que sería útil impartir directrices sobre la interpretación y aplicación del requisito de la forma escrita en la Convención de Nueva York con miras a lograr un mayor grado de uniformidad. Cabría hacer una contribución valiosa al respecto en la guía para la promulgación del nuevo artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, que se había pedido a la Secretaría que preparara para su futuro examen por el Grupo de Trabajo, estableciendo un vínculo armonioso entre las nuevas disposiciones y la Convención de Nueva York, a reserva de una decisión definitiva del Grupo de Trabajo sobre la mejor forma de abordar la aplicación del párrafo 2) del artículo II de la Convención.

50. Si bien no se objetó nada contra esa línea de acción, se expresó el parecer de que el mero hecho de tratar de resolver esta cuestión en una guía para la promulgación de un nuevo texto del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje parecía condicionar el examen de la posibilidad de preparar un protocolo de enmienda de la Convención de Nueva York. Se dijo que sería contraproducente suscitar cuestiones relativas a la Convención de Nueva York en una guía para la promulgación (texto auxiliar de valor jurídico dudoso) de una nueva disposición de dicha Ley Modelo, que era a su vez un texto carente de todo valor jurídico vinculante. Se dijo que sería preferible no intentar resolver en modo alguno las cuestiones suscitadas por la interpretación del requisito de la forma escrita con arreglo a la Convención de Nueva York. El Grupo de Trabajo tomó nota de esas observaciones.

III. Medidas cautelares

51. El Grupo de Trabajo siguió examinando el proyecto de artículo 17 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, que contenía una definición de las medidas cautelares y disposiciones adicionales sobre medidas cautelares otorgables a instancia de una sola parte. El texto que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

> “1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de éstas, ordenar a cualquiera de ellas que adopte las medidas provisionales cautelares que estime necesarias [respecto del objeto del litigio].

2) La parte que solicita la medida cautelar debe probar que:

a) Existe una necesidad urgente de adoptar la medida;
b) El hecho de no adoptar la medida redundará en perjuicios considerables; y
c) Existe la posibilidad de que prosperen los argumentos del peticionario sobre el fondo del litigio principal.

3) El tribunal arbitral puede exigir a cualquiera de las partes que otorgue garantía apropiada en relación con la medida.

4) Por medida cautelar se entiende toda medida de carácter temporal [, establecida en forma de laudo arbitral o de otra forma,] dictada por el tribunal arbitral antes de pronunciar el laudo en virtud del cual se dirima la controversia definitivamente. A efectos del presente artículo, serán medidas cautelares:

Variante 1

a) Las medidas encaminadas a mantener el statu quo en espera de que haya un pronunciamiento sobre las cuestiones que se disputan;
b) Las medidas encaminadas a establecer un medio preliminar de conservar bienes a fin de dar curso a un fallo; o
c) Las medidas encaminadas a impedir que el demandado realice determinado acto con objeto de prevenir un daño emergente o inminente.

Variante 2

a) Medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo las pérdidas, daños o perjuicios; o
b) Medidas encaminadas a facilitar la ejecución ulterior de un laudo.

5) El tribunal arbitral, de ser necesario para garantizar que una medida cautelar sea eficaz, puede decretar una medida [por un plazo máximo de [...] días] [sin informar a la parte contra la que ésta se invoque] [antes de que la parte contra la que ésta se invoque haya tenido oportunidad de responder] únicamente si:

a) Es necesario garantizar que la medida sea eficaz;
b) El peticionario otorga garantía apropiada en relación con la medida;
c) El peticionario puede demostrar la necesidad urgente de la medida; y
d) [La medida está respaldada por la preponderancia de razones para determinar su equidad].

[6) La parte contra la que se invoque la medida prevista en el párrafo 5) será notificada de ésta y tendrá la posibilidad de ser escuchada lo antes posible.]

7) Una medida dictada en virtud del párrafo 5) se podrá prorrogar o modificar una vez que se haya informado a la parte contra la que se invoca y ésta haya tenido la posibilidad de responder.

[8) Una medida cautelar se podrá modificar o podrá cesar [a petición de una de las partes] si las circunstancias a que se hace referencia en el párrafo 2) han cambiado después de que se haya dictado.]

[9) La parte que solicitó la medida cautelar informará sin demora al tribunal, a partir del momento de la petición, de todo cambio importante de las circunstancias a que se hace referencia en el párrafo 2).]”

Párrafo 1)

52. El Grupo de Trabajo examinó una propuesta de que se suprimiera el texto entre corchetes. Se dijo que cabía interpretar ese texto en sentido restrictivo, por ejemplo, que indicaba que el tribunal arbitral sólo podría dictar medidas cautelares que guardaran una relación directa con los bienes en litigio. Se respondió a ese argumento que se utilizaban palabras similares en el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y que convendría mantenerlas en el proyecto de artículo 17 por razones de compatibilidad. Se señaló que en el Reglamento estaba previsto que esas palabras se interpretaran libremente por lo que no habían impedido que los tribunales arbitrales dictaran en la práctica las medidas cautelares apropiadas para cada caso. Por consiguiente, se sugirió mantener en el párrafo 1) ese texto entre corchetes.

53. No obstante, prevaleció la opinión en el Grupo de Trabajo de suprimir ese texto, puesto que podía restringir indebidamente la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares (por ej., podía interpretarse que excluía toda medida de congelación de bienes que no fueran directamente objeto de litigio).

54. Sin embargo, el Grupo de Trabajo hizo hincapié en que la simplificación del texto del párrafo 1) no implicaba que el texto actual del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje o del artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI excluyera las medidas que no guardaran relación directa con los bienes en litigio.

Párrafo 2)

55. Se expresó apoyo general en pro de la estructura y el contenido del párrafo 2). Se hicieron varias observaciones y sugerencias para mejorar el texto. Respecto de la frase introductoria, se cuestionó la conveniencia de que el párrafo estuviera redactado en función de obligaciones de carácter vinculante para el peticionario de la medida cautelar. Otra posibilidad sería que se indicaran los criterios que el tribunal arbitral habría de aplicar para determinar si procedía o no otorgar las medidas cautelares solicitadas. Se sugirió también redactar este párrafo en términos más neutros, disponiendo, por ejemplo, que sólo se podrá dictar una medida cautelar si se cumplen determinadas condiciones. El Grupo de Trabajo consideró que tal vez fuera necesario examinar las distintas opciones propuestas en un período de sesiones futuro. Hubo consenso en que en el texto inglés debía sustituirse la palabra “should” por una palabra que denotara una obligación más estricta, como “shall” o “must”. Respecto de la palabra “probar”, se señaló que la disposición no afectaría a las distintas normas de la prueba que fueran aplicables en distintas jurisdicciones o en el interior de una misma jurisdicción. Se dijo asimismo que una obligación de “probar” podría resultar demasiado engorrosa para la obtención de medidas cautelares. Se propuso, entonces, sustituir ese término por otro más neutro, como “demostrar”, “determinar” o “hacer ver”.

56. Respecto del apartado b), el parecer general fue que la disposición debía basarse en un "equilibrio de conveniencia", o sea, que se sopesara el perjuicio que sufriría el demandante de la medida cautelar si ésta no se concedía contra el perjuicio que sufriría la parte frente a la que se invocaba esa medida, si ésta se dictaba. Se señaló además que el término "considerables", de connotación cuantitativa, podía generar incertidumbre en cuanto a qué grado de perjuicio cabía entender que era lo bastante "considerable" como para justificar la imposición de una medida cautelar. Se propuso utilizar en su lugar la frase "perjuicios irreparables", cuyas connotaciones eran más cualitativas.

57. Respecto del apartado c), se dijo que convendría sustituir la palabra "posibilidad" por "notable probabilidad". Al final de las deliberaciones, se debatió si cabría decretar medidas cautelares en el caso de que los requisitos de los apartados a), b) y c) fueran excluyentes. Se convino en que el Grupo de Trabajo tal vez tuviera que determinar en un período de sesiones futuro si debían cumplirse todos los requisitos de esos tres apartados o si eran alternativos.

58. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que, al formular una versión revisada del párrafo 2 para que fuera examinada en un período de sesiones futuro, la Secretaría tuviera en cuenta, además de otras posibles variantes, el texto siguiente:

"2) *Variante A*
La parte que solicite una medida cautelar deberá [hacer ver] [demostrar] [probar] [determinar] que:
Variante B
El tribunal arbitral decretará una medida cautelar sólo si se ha cerciorado de que:
Variante C
Podrá imponerse una medida cautelar únicamente cuando:

a) *Variante X*
Exista una necesidad [urgente] de esa medida;
Variante Y
La medida cautelar solicitada sea necesaria en las circunstancias particulares del caso;

b) La parte peticionante [vaya a sufrir] [probablemente sufra] perjuicios irreparables si no se dicta la medida cautelar y esos perjuicios sean notablemente superiores a los perjuicios, de haber alguno, que [se vaya] [se pueda] ocasionar a la parte frente a la que se haya pedido la medida cautelar; [y] [o]

c) Exista una probabilidad importante de que prosperen los argumentos del peticionario de la medida sobre el fondo de la [controversia] [litigio]."

Párrafo 3)

"El tribunal arbitral puede exigir"

59. Se sugirió que se hiciera obligatorio el depósito de alguna forma de garantía respecto de las medidas cautelares solicitadas a fin de amparar debidamente a la

parte que pudiera ser objeto de esas medidas y de reducir el riesgo de un recurso abusivo a dichas medidas.

60. Prevaleció, no obstante, el parecer de que, si bien el hecho de otorgar garantía era la norma aplicable a las medidas cautelares, no debía hacerse obligatorio. Se señaló al respecto que, en algunos ordenamientos, la cuestión de si se había de depositar o no garantía pudiera no depender de una decisión del tribunal arbitral, sino de la autoridad competente para ejecutar la medida cautelar. Se dijo asimismo que, en la práctica, podría haber situaciones en las que la parte solicitante de una medida cautelar no estuviera en condiciones de otorgar una garantía adecuada, por ejemplo, si esa parte había sido privada indebidamente de fondos por la otra parte. A título de política legislativa, se opinó que sería preferible dejar este asunto al arbitrio de lo que decidiera el tribunal arbitral.

61. La propuesta de que se insertara al final de este párrafo, para más claridad, la frase "si es probable que la parte frente a la que se solicite la medida vaya a ser perjudicada por la imposición de la misma" no obtuvo suficiente apoyo, al considerar el Grupo de Trabajo que la finalidad para la que pudiera exigirse una garantía no era únicamente la de amparar a la parte afectada frente a los posibles daños ocasionados por la medida cautelar solicitada.

"cualquiera de las partes"

62. Se preguntó cuál era el significado exacto de las palabras "cualquiera de las partes" en el proyecto de párrafo. Algunos oradores juzgaron que esas palabras resultaban demasiado vagas, por lo que sugirieron que se sustituyeran por una fórmula más precisa, como la de "la parte que solicite la medida cautelar". El Grupo de Trabajo no se mostró, sin embargo, favorable a sustituir esas palabras por otras. Se opinó que las palabras "cualquiera de las partes" ofrecían el grado deseable de flexibilidad para ser aplicables, por ejemplo, a la presentación de garantías sustitutivas por la parte frente a la que se solicitaba la medida, a fin de evitar que se le impusiera.

63. A reserva de todo cambio lingüístico requerido para garantizar la compatibilidad de las versiones en los diversos idiomas, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de párrafo. Se sugirió que las deliberaciones quedaran reflejadas en la guía para la promulgación de la disposición legal modelo.

Párrafo 4)

64. A título general, se sugirió que, dado que en el proyecto de párrafo 4) se definía el alcance de las medidas cautelares, su texto debería figurar inmediatamente a continuación del proyecto de párrafo 1). Esa sugerencia fue aprobada por el Grupo de Trabajo.

"[, establecida en forma de laudo arbitral o de otra forma,]"

65. El Grupo de Trabajo inició el examen del contenido del proyecto de párrafo examinando una propuesta de que se suprimiera por completo la frase que aparecía entre corchetes. Se adujo a favor de esta propuesta que esa frase no era necesaria, dado que la variedad de medidas a las que pudiera referirse ese texto estaban ya previstas por las palabras "toda medida de carácter temporal". El Grupo de Trabajo

no aprobó esa propuesta por entender que la frase considerada añadía un elemento de fondo al proyecto de párrafo, al aclarar que, según cuales fueran las circunstancias del caso y el derecho interno del foro, cabía prever que las medidas cautelares fueran decretadas de diversa forma. El Grupo de Trabajo pasó a examinar las enmiendas propuestas a esa frase.

66. Se sugirió también sustituir "laudo arbitral" por "laudo parcial o provisional". Se adujo a favor de esta propuesta que normalmente se entendía por "laudo arbitral" el laudo definitivo emitido en un procedimiento arbitral, mientras que la imposición de medidas cautelares, aun cuando se hiciera en forma de un laudo, solía efectuarse en forma de mandato o de providencia procesal. Hubo cierto grado de apoyo a favor de esa propuesta, pese a que la mayoría de los oradores se opusieron al empleo de la expresión "laudo parcial", por entender que esas palabras solían aplicarse al laudo definitivo por el que se resolvía una parte del fondo de la controversia, por lo que no serían aplicables con propiedad a la imposición de una medida cautelar. Se expresaron dudas de que el término "providencia" abarcara debidamente los diversos tipos de medidas cautelares que cabría imponer en forma de laudo. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo se mostró favorable a que se suprimiera simplemente la palabra "arbitral", evitando así toda precisión adicional innecesaria de la índole del laudo.

67. Otra propuesta fue que se suprimieran las palabras "o de otra forma" a continuación de "laudo". Se dijo que esa supresión estaría justificada en aras de la formalidad del proceso arbitral y de la normalidad de su curso. A tenor de su texto actual, esa disposición permitía la imposición de una medida cautelar por medio de alguna resolución no adoptada en forma de laudo. Esa situación resultaría problemática en aquellos ordenamientos jurídicos en los que únicamente los laudos fueran objeto de reconsideración judicial en el curso de un procedimiento de ejecución o anulación. Si la disposición permitía que se impusieran medidas cautelares por otras vías que la de un laudo emitido en su debida forma, la parte contra la que se solicitara la medida cautelar podía verse privada de ciertos derechos que de lo contrario obrarían en su favor con arreglo al derecho interno aplicable, por ejemplo, su derecho a impugnar la validez o la ejecutoriedad del laudo arbitral. Ésa era la razón por la que en algunos ordenamientos que habían promulgado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje se había dispuesto expresamente que toda medida cautelar había de ser impuesta por medio de un laudo debidamente emitido.

68. La opinión predominante en el Grupo de Trabajo fue, no obstante, contraria a que se suprimieran las palabras "o de otra forma". Se dijo que no convenía que el proyecto de párrafo entrara en demasiados detalles respecto de la forma que había de adoptar una medida cautelar. Se dijo que el hecho de que el proyecto de párrafo no exigiera que la medida cautelar se impusiera en forma de laudo no había de ser considerado como un factor que redujera las vías de apelación o recurso abiertas a toda parte frente a la que se impusiera esa medida. Se señaló, al respecto, que la cuestión de si el mandato por el que se imponía una medida cautelar constituía o no un "laudo" para los fines del régimen de derecho interno aplicable, del Estado del foro, en materia de ejecución o anulación de laudos no era algo que hubiera de figurar en el título del documento o formulario emitido por el tribunal arbitral para imponer esa medida. Esa cuestión se resolvería conforme al derecho interno aplicable. Se dijo que la disposición legal modelo no debía interferir con ninguna facultad del tribunal competente para tipificar ese mandato como un laudo,

cualquiera que fuera la forma o el título del documento que utilizara el tribunal arbitral para imponer la medida. Se observó a ese respecto que la cuestión de si una medida cautelar, conceptuada o no como "laudo", podía ser objeto de anulación conforme al artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje era algo que habría de ser tal vez considerado ulteriormente en el contexto de las futuras deliberaciones sobre la ejecución de medidas cautelares.

"antes de pronunciar el laudo"

69. Habida cuenta de que cabe la posibilidad de solicitar o dictar medidas cautelares en distintas etapas del procedimiento arbitral, se sugirió que las palabras "antes de pronunciar el laudo" se sustituyeran por las palabras "en cualquier momento antes de pronunciarse el laudo". El Grupo de Trabajo aceptó la sugerencia.

Variantes 1 y 2

70. Como observación general se dijo que, dado que las listas de medidas enumeradas en ambas variantes sólo podían ser de carácter ilustrativo y no exhaustivo, sería preferible que, en vez de figurar en el cuerpo de la disposición, se consignaran en la guía para la incorporación al derecho interno. A este respecto, se invitó al Grupo de Trabajo a que determinara si las disposiciones de las variantes 1 y 2 se excluían entre sí o si sería posible y útil enumerarlas conjuntamente.

71. No obstante, el Grupo de Trabajo consideró que sería útil que en el proyecto de párrafo se enumeraran, aunque no fuera de manera exhaustiva, los tipos de medidas que podía dictar un tribunal arbitral, en vez de limitarse a ilustrar este tipo de medidas en la parte pertinente de la guía para la incorporación al derecho interno. El Grupo de Trabajo convino en la necesidad de que en la parte introductoria del párrafo 4) se especificara claramente que la enumeración de medidas cautelares que figuraba en los apartados subsiguientes no pretendía ser exhaustiva.

72. En relación con el texto propuesto, si bien el enunciado más general de la variante 2 recibió cierto apoyo, el Grupo de Trabajo se inclinó por el texto más descriptivo de la variante 1.

Apartado a)

73. Si bien se apoyó en general el contenido del apartado, se estimó que la finalidad de las medidas cautelares podía consistir no sólo en mantener, sino también en restablecer el statu quo. Se convino en enmendar el apartado a) en consecuencia.

Apartado b)

74. Hubo acuerdo general sobre la conveniencia de formular el apartado b) de la siguiente manera: "las medidas encaminadas a garantizar o facilitar preventivamente la ejecución del laudo".

Apartado c)

75. Se consideró en general que convenía ampliar el alcance de la disposición para que abarcara también los supuestos en que la medida cautelar no estuviera encaminada a impedir un acto sino a imponer una determinada conducta. Asimismo,

se estimó que la disposición no debería regular únicamente las medidas dictadas contra el demandado, sino también las medidas impuestas a otras partes. El Grupo de Trabajo convino en enmendar el apartado c) del modo siguiente: “las medidas encaminadas a impedir que una de las partes realice determinado acto o a imponerle una determinada conducta con objeto de prevenir un daño actual o inminente”.

Propuesta de nuevo apartado d)

76. Con objeto de facilitar la imposición de medidas cautelares para prevenir la destrucción de pruebas, se sugirió que en la lista ilustrativa del párrafo 4) se mencionaran las medidas provisionales encaminadas a garantizar la preservación de pruebas”. El Grupo de Trabajo aceptó esta sugerencia.

Párrafo 5)

77. Se expresaron opiniones divergentes sobre si sería adecuado que en una revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje se previera la posibilidad de que un tribunal arbitral adoptara medidas cautelares a instancia de una parte. Según una de las opiniones, habría que atenerse a la legislación de arbitraje vigente en diversos países, en virtud de la cual únicamente los tribunales judiciales están facultados para dictar una medida cautelar a instancia de parte. Se sostuvo que no deberían hacerse excepciones respecto del principio de que cada parte debe tener acceso al tribunal arbitral en igualdad de condiciones y debe tener plena oportunidad de presentar sus argumentos conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Modelo. Se dijo que si se reconocía la posibilidad de que un tribunal arbitral pudiera dictar medidas cautelares a instancia de una parte, se daría pie a prácticas dilatorias e inequitativas, por lo que convendría evitar tal posibilidad. También se afirmó que las medidas cautelares dictadas a instancia de parte podían perjudicar a terceros. No obstante, también se expresó ampliamente la opinión contraria de que los mismos principios conforme a los cuales las partes debían tratarse en pie de igualdad y tener la plena oportunidad de exponer sus argumentos se aplicaban en general a los tribunales judiciales y en muchos países no se consideraban motivo suficiente para denegar la posibilidad de imponer medidas cautelares a instancia de parte en circunstancias excepcionales. Prevaleció la opinión de que una disposición sobre las medidas cautelares *ex parte* enriquecería la Ley Modelo y satisfaría las necesidades derivadas de las prácticas de arbitraje.

78. Se formularon diversas sugerencias con objeto de limitar la posibilidad de que se abusara de las medidas cautelares a instancia de parte. Según una de las sugerencias, basada en las reglas aplicadas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares a instancia de parte habría que supeditarse a la celebración de un acuerdo previo entre las partes a tal efecto. Se respondió que, en el contexto más general del arbitraje comercial, sería poco realista esperar que las partes convinieran en tal regla de procedimiento antes o después de que surgiera la controversia. Por otra parte, se sugirió que el tribunal arbitral sólo pudiera dictar medidas cautelares a instancia de parte con miras a mantener el statu quo en espera de que se dirimiera la cuestión. Esta propuesta fue criticada por considerarse que no regulaba la situación en que la medida cautelar estuviera encaminada a restablecer una situación alterada por la actuación agresiva de una parte. Según otra de las propuestas, sólo había que

considerar aceptables las medidas cautelares *ex parte* cuando, debido a las circunstancias, no fuera posible dar aviso a la otra parte. Según otra propuesta, que recibió el apoyo de diversas delegaciones, el texto revisado del artículo 17 de la Ley Modelo debería imponer a la parte que solicitara una medida cautelar la obligación de informar al tribunal arbitral de todas las circunstancias, incluso de las que fueran adversas para su causa, que fueran de utilidad e interés para que el tribunal arbitral pudiera determinar si se cumplían los requisitos del párrafo 5). Esa obligación se calificó de "divulgación franca y cabal" y se afirmó que ya existía en ciertos ordenamientos jurídicos. No obstante, las delegaciones familiarizadas con otros ordenamientos jurídicos expresaron dudas sobre si la obligación propuesta entraría del todo en el concepto más amplio de "buena fe". Se expresó escepticismo sobre la posibilidad de que tal obligación resultara aceptable si exigía a una parte que actuara contra sus propios intereses. También se plantearon dudas sobre el contenido exacto de la obligación y sobre las consecuencias que pudiera tener el incumplimiento por parte del demandante. Se señaló que habría que investigar más detenidamente las consecuencias, que podrían ser la revocación de la medida cautelar o la imposición del pago de daños y perjuicios si la medida cautelar se había impuesto de forma indebida.

79. También con la finalidad de limitar el posible impacto negativo de una medida cautelar dictada a instancia de parte, se sugirió que se restringiera o se excluyera la ejecutoriedad judicial de las medidas cautelares *ex parte*. Se apoyó la idea de investigar el modo en que podría subordinarse la ejecutoriedad de una medida cautelar dictada inicialmente a instancia de parte a su ulterior confirmación *inter partes* por el tribunal arbitral. También se apoyó la propuesta de determinar que el hecho de que una medida cautelar hubiera sido adoptada a instancia de parte pudiera ser un motivo para denegar su ejecutoriedad. No obstante, se expresaron dudas sobre si las medidas cautelares dictadas a instancia de parte por un tribunal arbitral tendrían interés para los profesionales del derecho si en virtud del texto revisado de la Ley Modelo no tuvieran fuerza ejecutoria. A este respecto, se señaló que en determinados países en que el sistema judicial tendría dificultades para reaccionar con rapidez a una solicitud de medida cautelar *ex parte* sería esencial determinar la ejecutoriedad de la medida cautelar cuando fuera dictada por el tribunal arbitral. El Grupo de Trabajo no llegó a ninguna conclusión sobre la ejecutoriedad de las medias cautelares *ex parte*. Se convino en que la cuestión requeriría un análisis más detenido en el contexto del debate general sobre la ejecución de medidas cautelares.

Parte introductoria del proyecto de párrafo 5)

80. Pasando a examinar el enunciado concreto del párrafo 5), el Grupo de Trabajo estudió la definición de medidas cautelares a instancia de parte en el texto introductorio del proyecto de párrafo 5). Se sugirió que la parte introductoria del proyecto de párrafo 5) comenzara con las palabras "en circunstancias excepcionales". Si bien en general se compartió la opinión de que sólo debían tomarse en consideración las medidas cautelares *ex parte* en circunstancias de urgencia excepcional, se expresaron dudas sobre si las palabras sugeridas darían a la disposición un criterio objetivo y suficientemente claro. En cuanto a la redacción, se señaló que la frase "de ser necesario para garantizar que una medida cautelar sea eficaz" era redundante, pues figuraba también en el apartado a), por lo que debería eliminarse de la parte introductoria.

81. Con respecto a las palabras "[por un plazo máximo de [...] días]", se expresó la opinión de que la cuestión de la limitación temporal de la medida debería dejarse a la discreción del tribunal arbitral. Según otra opinión, sería más conveniente regular la cuestión de la limitación temporal en el contexto de la limitación del plazo para notificar la medida cautelar al demandado en virtud del párrafo 6). Prevaleció la opinión de que habría que limitar la duración de cualquier medida cautelar *ex parte* y que esas palabras deberían mantenerse en el texto. Se observó que la limitación de la duración de la medida cautelar otorgada en virtud del párrafo 5) no debería afectar a la autoridad que tiene el tribunal arbitral, con arreglo al párrafo 2), de otorgar, confirmar, prorrogar o modificar una medida cautelar una vez que haya sido notificada a la parte afectada y que se haya dado a ésta la oportunidad de responder.

82. Con respecto a los textos de las variantes entre corchetes ([sin informar a la parte contra la que ésta se invoque][antes de que la parte contra la que ésta se invoque haya tenido oportunidad de responder]), se prefirió un texto más descriptivo del siguiente tenor: "antes de que la parte contra la que vaya dirigida la medida haya tenido oportunidad de responder". Se opinó que cabría fundir las dos variantes para reflejar la situación en que el peticionario no pudiera dar aviso a la parte afectada, por ejemplo, cuando ésta no pudiera ser localizada a tiempo, diferenciando esta situación de la que se daría cuando el peticionario optara por no dar aviso a la otra parte a fin de no minar la eficacia de la medida cautelar, por ejemplo, cuando la otra parte pudiera transferir sus bienes dejándolos fuera del alcance de la jurisdicción del tribunal.

83. En cuanto a los requisitos que deberían cumplirse para dictar una medida cautelar a instancia de parte, se convino en general en que las medidas cautelares consideradas en el proyecto de párrafo 5) deberían cumplir por lo menos todos los requisitos que prevé el proyecto de párrafo 2) para dictar una medida cautelar.

Apartado a)

84. El texto del apartado a) se consideró aceptable en general. Sin embargo, se expresó la opinión de que el concepto de "eficacia" de la medida no tenía la suficiente precisión. Se sugirió que el texto dijera "es necesario para impedir que se frustre la ejecución de la medida".

Apartado b)

85. Varias delegaciones consideraron esencial que el solicitante presentara una garantía apropiada en relación con la medida cautelar a fin de evitar que se cometieran abusos en la aplicación de medidas cautelares dictadas a instancia de parte. No obstante, se expresaron dudas sobre la conveniencia de que esa garantía constituyera un requisito imperativo para la imposición de una medida cautelar *ex parte* y se planteó la posibilidad de si esa cuestión debería dejarse a la discreción del tribunal arbitral.

Apartado c)

86. Si bien se opinó que la referencia a la necesidad urgente de adoptar la medida debería ser el factor determinante de si procedía dictar una medida cautelar a instancia de parte, se expresó preocupación por el hecho de que en el apartado c) del

proyecto de párrafo 5) se repetía lo dicho en el apartado a) del proyecto de párrafo 2). En la medida en que se mantuviera el concepto de urgencia como criterio general en el proyecto de párrafo 2), habría que suprimirlo del proyecto de párrafo 5), a menos que se matizara y convirtiera en un criterio bien definido en el contexto de las medidas cautelares a instancia de parte.

Apartado d)

87. Teniendo presentes las deliberaciones anteriores acerca del proyecto de párrafo 2), el Grupo de Trabajo decidió que podía prescindirse del apartado d) y convino en suprimirlo.

88. A fin de recoger algunas de las opiniones e inquietudes manifestadas anteriormente, se formularon distintas propuestas para simplificar el texto del proyecto de párrafo 5). Una de ellas decía: "Al recibir una solicitud de medida cautelar, el tribunal arbitral estará facultado para tomar toda disposición que considere necesaria para garantizar que una medida cautelar sea eficaz, en caso de ser otorgada". Otra propuesta decía lo siguiente: "Cuando se cumplan las exigencias del párrafo 2) y sea necesario garantizar que una medida cautelar es eficaz, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar antes de que la parte contra la que ésta se invoque haya tenido oportunidad de responder". También se propuso formular el párrafo 5) y el resto del proyecto de artículo 17 del modo siguiente:

"Párrafo 5)

[En circunstancias excepcionales,] el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar por un plazo máximo de [... días], sin informar a la parte contra la que ésta se dirija o antes de que la parte contra la que ésta se dirija haya tenido oportunidad de responder, si:

a) se cumplen los requisitos del párrafo 2); y
b) el tribunal arbitral determina [, y así lo expresa en una sentencia escrita,] que es necesario proceder de esa forma para garantizar que la medida sea eficaz.

<u>Nuevo párrafo 6)</u>

La parte que solicita una medida cautelar en virtud del párrafo 5) tendrá la obligación de informar al tribunal arbitral de toda circunstancia, incluidas las que sean adversas a su causa, que el tribunal arbitral pueda llegar a considerar pertinente y de interés para determinar si se han cumplido los requisitos de dicho párrafo.

<u>Al comienzo del actual párrafo 6), cuya numeración se modificará, añádase el texto siguiente:</u>

A menos que el tribunal arbitral determine en virtud del apartado b) del párrafo 5) que es necesario proceder sin informar a la parte contra la que se dirige la medida cautelar para garantizar que ésta sea eficaz, la parte será notificada .

Reformulación del actual párrafo 7, cuya numeración se modificará

La limitación de la duración de la medida cautelar otorgada en virtud del párrafo 5) no afectará a la facultad que confiere el párrafo 2) al tribunal arbitral de otorgar, confirmar, prorrogar o modificar una medida cautelar, una vez que se haya informado a la parte contra la que se dirige y ésta haya tenido la posibilidad de responder.

El actual párrafo 3) debería ir aquí, si según lo consensuado el tribunal arbitral ha de tener facultades discrecionales para exigir el otorgamiento de garantías en cualquier caso, independientemente de que sea o no a instancia de parte.

Reformulación del actual párrafo 8), cuya numeración se modificará

El tribunal arbitral puede en todo momento modificar o poner término a una medida cautelar, si dispone de información suplementaria o si cambian las circunstancias.

Reformulación del actual párrafo 9), cuya numeración se modificará

Agréguese la palabra "arbitral" a la palabra "tribunal".
A continuación de la frase "cambio importante", añádanse las palabras "de estas circunstancias"
Suprímase la frase "a que se hace referencia en el párrafo 2" *y sustitúyase* por la frase "en función de las cuales se pidió la medida cautelar o el tribunal arbitral la otorgó

Propuestas sobre ejecución

Un tribunal ante el que se pida el reconocimiento o ejecución de un laudo o la imposición de una medida cautelar en virtud del párrafo 5 del artículo 17 [no denegará] [no deberá denegar necesariamente] el reconocimiento o ejecución por los motivos enumerados en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1 del artículo 36, si el tribunal determina que es necesario proceder sin informar a la parte contra la que la medida cautelar se dirija para que ésta sea eficaz."

89. Las tres propuestas recibieron apoyo. El debate se centró en la propuesta de revisión del párrafo 5) y en la redacción del nuevo párrafo 6) que acababa de proponerse. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no examinó el resto de la propuesta.

90. Respecto de la frase [, y así lo expresa en una sentencia escrita,], se plantearon dudas acerca de si el texto entrañaba simplemente que la sentencia del tribunal arbitral debía ser motivada (en cuyo caso la frase entre corchetes era superflua), o si implicaba que el tribunal arbitral tenía la obligación de consignar en otro escrito los motivos que lo inducían a considerar necesario proceder a instancia de parte (en cuyo caso la obligación podía ser excesivamente gravosa). Se respondió a esos argumentos que era indispensable velar por que las explicaciones del tribunal arbitral figuraran por escrito y se refirieran concretamente a los motivos por los cuales consideraba necesario proceder a instancia de parte.

91. Se expresó la opinión de que debía fijarse un límite a la duración de una medida cautelar dictada a instancia de parte. Si bien se reconoció en general que sería difícil lograr consenso en cuanto a una duración precisa, se dijo que podría bastar incluir palabras como "por un plazo determinado", plazo que podría

determinar en su momento el tribunal arbitral. Otra opinión que contó con apoyo fue que en el caso de medidas cautelares a instancia de parte, cabría que el peticionario tuviera la obligación de otorgar garantía, en particular porque podría plantearse la cuestión de si toda demanda por daños dimanante de los perjuicios causados a la otra parte como consecuencia de la medida cautelar a instancia de parte constituiría una nueva demanda o quedaría comprendida en el ámbito del arbitraje. Se dijo que la pregunta tendría que contestarse en el contexto de la revisión de la Ley Modelo.

92. Se propuso invertir el orden de los nuevos apartados a) y b).

93. Respecto del nuevo párrafo 6) propuesto, se sugirió suprimir las palabras "incluidas las circunstancias desfavorables a su posición". Otra sugerencia fue sustituirla por una frase del tenor siguiente: "toda circunstancia que conociera o debiera haber conocido la parte que solicite la medida cautelar". Se señaló que con este tipo de redacción se evitaría la ambigüedad y la incertidumbre que podría entrañar la frase "circunstancia [...] que el tribunal arbitral pueda llegar a considerar pertinente y de interés para determinar si se han cumplido los requisitos de dicho párrafo".

94. El Grupo de Trabajo no llegó a ninguna conclusión acerca del párrafo 5). Se pidió a la Secretaría que elaborara un proyecto revisado, con distintas variantes, que recogiera las distintas opiniones, inquietudes y propuestas expuestas en el período de sesiones.

Notas

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/54/17), párr. 337.
[2] Ibíd., párrs. 340 a 343
[3] Ibíd., párrs. 344 a 350.
[4] Ibíd., párrs. 371 a 373.
[5] Ibíd., párrs. 374 y 375.
[6] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párr. 396.
[7] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/56/17), párrs. 309 a 315.