



# Asamblea General

Distr. limitada  
3 de abril de 2003  
Español  
Original: inglés

---

**Comisión de las Naciones Unidas para  
el Derecho Mercantil Internacional**  
Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación)  
38° período de sesiones  
Nueva York, 12 a 16 de mayo de 2003

## Solución de las controversias comerciales

### Medidas cautelares

#### Nota de la Secretaría

1. En su 36° período de sesiones, celebrado en marzo de 2002, el Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones sobre las facultades de un tribunal judicial o de un tribunal arbitral para imponer medidas cautelares (A/CN.9/508, párrs. 51 a 94; ver deliberaciones anteriores en A/CN.9/468, párrs. 60 a 87, A/CN.9/485, párrs. 78 a 106, A/CN.9/487, párrs. 64 a 87) y examinó el proyecto de texto, que le fue presentado, de un nuevo artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 74) (texto que se denominará en adelante “propuesta de la Secretaría”).
2. Al comienzo de su 37° período de sesiones, en octubre de 2002, el Grupo de Trabajo decidió proseguir sus deliberaciones sobre la base de la propuesta presentada por los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.II/WP.121) (denominada en adelante “la propuesta de los Estados Unidos”) de una versión revisada del artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, inspirada a su vez en la propuesta de la Secretaría.
3. La presente nota se ha preparado a la luz de las deliberaciones y decisiones del 37° período de sesiones del Grupo de Trabajo para facilitar la reanudación de las deliberaciones, sobre la base de una versión nuevamente revisada del artículo 17 (denominada en adelante “el proyecto revisado”) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, preparada a la luz de las deliberaciones y decisiones del 37° período de sesiones del Grupo de Trabajo, que se presenta a continuación.



**Proyecto revisado de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional sobre las facultades de que gozará un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares**

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de parte, otorgar medidas cautelares.
- 2) Por medida cautelar se entiende toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes que:
  - a) mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia [, a fin de asegurar o de facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente];
  - b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que pudieran ocasionarlo [, a fin de asegurar o de facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente];
  - c) proporcione alguna vía preliminar para constituir en garantía ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
  - [d) preserve ciertas pruebas que pudieran ser de interés o importantes para resolver la controversia.]
- 3) Toda parte requirente de una medida cautelar deberá [demostrar] [hacer ver] [probar] [establecer] que:
  - a) sufrirá un daño irreparable si no se ordena la medida demandada, y que ese daño es notablemente superior al daño que dicha medida pueda suponer para la parte afectada por la misma; y
  - b) existe una posibilidad razonable de que la demanda de la parte requirente prospere sobre el fondo del litigio, con tal de que toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno las determinaciones subsiguientes a que pueda llegar el tribunal.
- 4) [Sin menoscabo de lo dispuesto en el inciso 7 b) ii), [Salvo que a tenor del inciso 7 b) ii) sea ya imperativo depositar caución,] el tribunal arbitral podrá ordenar a la parte requirente, o a toda otra parte, que deposite la caución que estime oportuna como requisito para otorgar la medida cautelar requerida.
- 5) El tribunal arbitral podrá, en todo momento, modificar o levantar una medida cautelar [, a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio de circunstancias que lo justifique].
- 6) La parte requirente deberá, desde el momento en que demande la medida, informar con prontitud al tribunal arbitral de todo cambio importante en las circunstancias que motivaron que esa parte demandara la medida cautelar o que el tribunal la otorgara.

- 7) a) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá [, en supuestos excepcionales,] otorgar una medida cautelar, sin previo aviso a la parte [contra la que se otorgue la medida] [afectada por la medida], cuando:
- i) dicha medida sea urgente;
  - ii) se den los requisitos enunciados en el párrafo 3); y
  - iii) la parte requirente haga ver la necesidad de obrar así a fin de que la finalidad de la medida no se vea frustrada antes de haber sido otorgada.
- b) La parte requirente:
- i) será responsable de todo daño o gasto que la medida ocasione a la parte [contra la que vaya dirigida] [afectada por la misma] [en la cuantía que proceda, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, en función de lo que disponga el laudo que dirima el fondo del litigio]; y
  - ii) deberá depositar una caución en la forma que el tribunal arbitral considere adecuada [, para responder de todo daño o gasto ocasionado conforme a lo previsto en el inciso i),] [como requisito para otorgar una medida requerida en el marco del presente párrafo].
- [c) [Para no dar lugar a dudas,] el tribunal arbitral será competente para pronunciarse, entre otras cosas, sobre toda cuestión suscitada por el anterior [apartado b)] o con él relacionada].
- [d) La parte [contra la que vaya dirigida] [afectada por] una medida cautelar otorgada con arreglo al presente párrafo será notificada de la medida y le será dada la oportunidad de ser oída por el tribunal arbitral [tan pronto como lo permita la necesidad de actuar a instancia de parte para garantizar la eficacia de la medida] [dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación, o en todo otro momento o fecha que sea adecuado en las circunstancias del caso].]
- [e) Toda medida cautelar impuesta con arreglo a este párrafo no será válida por más de veinte días [a partir de la fecha en que el tribunal arbitral imponga la medida] [a partir de la fecha en que la medida surta efecto frente a la otra parte], plazo que no será prorrogable. No se verá afectada, por lo dispuesto en el presente apartado, la autoridad del tribunal arbitral para otorgar, confirmar, prorrogar o modificar una medida cautelar con arreglo a lo previsto en el párrafo 1) una vez que la parte [contra la que vaya dirigida la medida] [afectada por la medida] otorgada haya sido notificada de la misma y haya tenido oportunidad de ser oída.]
- [f) La parte que solicite una medida cautelar con arreglo al presente párrafo estará obligada a informar al tribunal arbitral de toda circunstancia que sea probable que el tribunal estime del caso o de interés para su determinación de si se cumplen o no los requisitos enunciados en el presente párrafo.]

## Notas

### Párrafo 1)

4. En su 37º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que el párrafo 1) de la propuesta de los Estados Unidos correspondía al texto anteriormente examinado por el Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo estimó que el contenido de la versión reformulada de este párrafo era en general aceptable pero sugirió que las palabras “podrá ordenar a otra parte que adopte medidas cautelares” pudieran limitar indebidamente el alcance de esta regla, por lo que sugirió sustituir esas palabras por “podrá otorgar medidas cautelares” (A/CN.9/523, párr. 34). El proyecto revisado incorpora en su texto esa sugerencia.

### Párrafo 2)

#### *Ubicación del párrafo 2) y observación general*

5. El texto actualmente enunciado en el párrafo 2) del proyecto revisado (antiguo párrafo 4) de la propuesta de la Secretaría) fue examinado por el Grupo de Trabajo, en su 36º período de sesiones, que convino en que debería figurar inmediatamente después del párrafo 1) (A/CN.9/508, párr. 64). El contenido de este párrafo se inspiraba, en parte, en la versión provisional del año 2001 del proyecto de convenio relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de fallos extranjeros en materia civil y mercantil, preparado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (reproducido parcialmente en A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 71).

#### *Texto introductorio: noción de “medida cautelar”*

6. En su 37º período de sesiones, se informó al Grupo de Trabajo que el párrafo 2) de la propuesta de los Estados Unidos tenía por objeto reflejar las deliberaciones del 36º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/508, párrs. 64 a 76). Se dijo que la referencia en su texto a una resolución o “laudo provisional” era contraria al parecer que prevaleció en ese período de sesiones de que no se calificara al laudo de “parcial” o “provisional” (ver A/CN.9/508, párr. 66 y A/CN.9/523, párr. 36). Se expresaron también dudas respecto de que, conforme a la fórmula utilizada en la versión original inglesa, una medida cautelar pudiera verse “reflejada” (“reflected”) en un laudo. De conformidad con la decisión adoptada en el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo, el párrafo 2) del proyecto revisado enuncia el siguiente texto: “por medida cautelar se entiende toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo,” (A/CN.9/523, párr. 36).

#### *Apartados a) y b): “a fin de asegurar o de facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente”*

7. Las palabras “a fin de asegurar o de facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente” se introdujeron en los apartados a) y b) del proyecto revisado a la luz del texto de la propuesta de los Estados Unidos. Dicho texto incorpora la fórmula utilizada en una variante examinada por el Grupo de Trabajo en su 36º período de sesiones para describir, en un párrafo aparte, una medida cautelar (ver el apartado 4 b) de la variante 2, A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 74, reproducido en A/CN.9/508, párr. 51). Ahora bien, la formulación incorporada en los

apartados a) y b) del proyecto revisado no fue debatida a fondo, por lo que tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si esa fórmula restringe indebidamente el alcance de esas dos disposiciones.

*Apartados a), b) y c): “todo laudo subsiguiente”*

8. A fin de eludir la dificultad de definir el término “laudo eventual” que figura en el texto de los apartados 2 a), b) y c) de la propuesta de los Estados Unidos, se ha buscado un término más neutro (“laudo subsiguiente”) para referirse, en los apartados 2 a), b) y c) del proyecto revisado, a todo laudo que sea emitido en algún momento ulterior.

*Apartado b): Alcance de la disposición*

9. En su 36° período de sesiones, el Grupo de Trabajo opinó que convendría dar mayor alcance al apartado b) del proyecto revisado (antiguo apartado 4 c) de la variante 1, A/CN.9/WG.II./WP.119, párr. 74) a fin de englobar también a toda medida cautelar que no estuviera meramente destinada a impedir un acto sino a imponer una determinada conducta (A/CN.9/508, párr. 75). En ese mismo sentido, se opinó que dicha disposición debería abarcar no sólo las medidas impuestas al demandado sino a toda otra parte en el arbitraje. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el texto del proyecto revisado refleja adecuadamente esas sugerencias.

*Apartado c)*

10. En su 37° período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en sustituir el texto completo del apartado c) de la propuesta de los Estados Unidos “proveer garantías para la ejecución definitiva del laudo, así como para la asignación de las costas”, por un texto que dijera “proporcionar alguna vía preliminar para constituir en garantía bienes que permitan ejecutar el laudo” (A/CN.9/523, párr. 37). Se restablecía así la formulación utilizada en la propuesta de la Secretaría (antiguo apartado 4 b) de la variante 1 de A/CN.9/WG.II./WP.119, párr. 74 y reproducido en A/CN.9/508, párr. 51).

*Apartado d)*

11. En su 36° período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que, para facilitar la imposición de medidas cautelares para prevenir la destrucción de pruebas, el párrafo 2) debería hablar también de “toda medida destinada a proporcionar algún medio preliminar de preservar algún elemento de prueba” (A/CN.9/508, párr. 76). El apartado d) del proyecto revisado, que habla de ordenar a una parte que “preserve ciertas pruebas que pudieran ser de interés o importantes para resolver la controversia” no fue examinado en el 37° período de sesiones del Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la idoneidad de ese texto.

*Índole no exhaustiva de la lista de medidas cautelares*

12. Al clausurarse las deliberaciones del 37° período de sesiones del Grupo de Trabajo, se recordó que, en su 36° período de sesiones, el Grupo de Trabajo había convenido en que se indicara claramente que la lista de medidas cautelares enunciada en los diversos apartados del artículo no pretendía ser exhaustiva

(A/CN.9/508, párr. 71). Se observó que, en su formulación actual, esa lista era exhaustiva. Se explicó, en respuesta, que el texto del párrafo 2) actual, no enunciaba una lista de medidas cautelares otorgables por un tribunal, sino que se refería a “toda medida cautelar”, lo que constituía una fórmula abierta. La disposición enunciaba además las diversas finalidades para las que cabía otorgar una medida cautelar. En la medida en que la lista revisada abarcara todas esas finalidades, dejaba de ser preciso que la lista de medidas fuera no exhaustiva. Si bien esa explicación fue en general aceptada, el Grupo de Trabajo decidió consultar entre sí algo más antes de adoptar una decisión definitiva sobre si se habían o no previsto todos los motivos concebibles por los que cabía otorgar una medida cautelar. Se convino en volver a deliberar al respecto en algún período ulterior de sesiones (A/CN.9/523, párr. 38).

### **Párrafo 3)**

#### *Texto introductorio*

13. Se ha simplificado el texto del proyecto revisado del párrafo 3) a fin de no repetir innecesariamente el contenido del párrafo 1), y la versión revisada del párrafo 3) refleja el texto original que figuraba en el párrafo 2) de la propuesta de la Secretaría. Se ha insertado además una serie de verbos, junto al término “demostrar”, por haberse expresado la inquietud de que este término acarrearía tal vez una norma demasiado estricta de la prueba (A/CN.9/523, párr. 40; anteriormente considerado en A/CN.9/508, párr. 55).

#### *Supresión de “urge adoptar tal medida”*

14. En su 37º período de sesiones el Grupo de Trabajo convino en que la urgencia de la medida requerida no debía constituir un rasgo general de toda medida cautelar sino únicamente de las medidas otorgadas sin escuchar a la parte afectada en supuestos en los que la urgencia de la medida impidiera su notificación previa a la otra parte (A/CN.9/523, párrs. 29 y 41). Esa referencia a la urgencia de la medida otorgada ha sido trasladada al inciso 7) a) i) del proyecto revisado (antiguo párrafo 4 de la propuesta de los Estados Unidos) relativo a las medidas otorgadas sin escuchar a la otra parte.

#### *Apartado a)*

15. Se ha reformulado el apartado 3 a) del proyecto revisado (antiguo apartado 3 b) de la propuesta de los Estados Unidos) para tener en cuenta la sugerencia de sustituir las palabras “la parte que se opone a la medida” por “la parte afectada por la misma (la medida impuesta)” (A/CN.9/523, párr. 42). Se expresó inquietud de que las palabras “daño irreparable” se prestaran a confusión con las palabras “daño actual o inminente” del apartado 2) b) creando así el riesgo de que se entienda que los criterios enunciados en el párrafo 3) serían únicamente aplicables a las medidas otorgadas para los fines del apartado 2) b). El Grupo de Trabajo tomó nota de ese parecer (A/CN.9/523, párr. 42). Debe recordarse, que en el 36º período de sesiones del Grupo de Trabajo, prevaleció el parecer de que debía “sopesarse cuidadosamente” en esa disposición el daño que pudiera ocasionar la denegación de la medida al solicitante con el daño que supondría la imposición de la medida para la parte afectada. Se opinó además que el criterio cuantitativo sugerido por el término “considerable” que adjetivaba a daño pudiera suscitar dudas sobre el grado

de daño que cabría considerar como lo bastante “considerable” para justificar determinada medida cautelar. Se sugirió recurrir a la noción más cualitativa de “daño irreparable” (A/CN.9/508, párr. 56). La versión revisada refleja dicha decisión del Grupo de Trabajo. Cabe considerar que la latitud de la definición de medida cautelar en el párrafo 2) no contradice el requisito de que la parte que solicite una medida cautelar deba probar la presencia de un riesgo de que se produzca un daño irreparable.

*Apartado b)*

16. Se ha reformulado el apartado 3 b) del proyecto revisado (antiguo apartado 3 c) de la propuesta de los Estados Unidos), conforme a lo sugerido en el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo, sustituyendo las palabras “existe una posibilidad importante de que la demanda de la parte requirente prospere sobre el fondo del litigio” por “existe una posibilidad razonable de que la demanda de la parte requirente prospere sobre el fondo del litigio, con tal de que toda determinación a ese respecto no prejuzgue en modo alguno las determinaciones a las que el tribunal arbitral pueda llegar ulteriormente” (A/CN.9/523, párr. 64; ver lo dicho anteriormente en A/CN.9/508, párr. 57).

**Párrafo 4)**

*Ubicación del párrafo 4)*

17. El párrafo 4) del proyecto revisado (antiguo párrafo 5) de la propuesta de los Estados Unidos) ha sido reubicado habida cuenta de que será aplicable a las medidas cautelares en general y no a las medidas otorgadas sin escuchar a la otra parte, con arreglo al párrafo 7) del proyecto revisado (A/CN.9/523, párr. 45). El Grupo de Trabajo convino asimismo en reubicar los párrafos 6) y 7) de la propuesta de los Estados Unidos (párrafos 5) y 6) del proyecto revisado) a fin de que figuraran antes del párrafo relativo a las medidas cautelares impuestas sin escuchar a la parte afectada (A/CN.9/523, párr. 45).

*Influencia recíproca entre el párrafo 4) y el inciso 7 b) ii)*

18. En el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se expresó la inquietud de que tal como estaba formulado el entonces párrafo 5) permitía que la parte requirente de una medida otorgada a instancia de parte eludiera el depósito imperativo de una caución (A/CN.9/523, párr. 46). Se convino en que su texto respondía a la noción de que, respecto de las medidas otorgadas tras haber escuchado a ambas partes, la obligación de depositar una caución quedaría al arbitrio de lo que decidiera al respecto el tribunal arbitral (A/CN.9/523, párr. 46). Para responder a esta inquietud se han insertado dos variantes entre corchetes, a saber: “A reserva de lo dispuesto en el inciso 7 b) ii)” y “Salvo que se haya de depositar caución a tenor de lo dispuesto en el inciso 7 b) ii)”. El texto de ambas variantes trata de expresar la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de supeditar el régimen del párrafo 4) a lo dispuesto en el inciso 7 b) ii) al tiempo que se distingue entre el supuesto de que el depósito de una caución sea discrecionalmente impuesto por el tribunal arbitral y el supuesto en el que el tribunal arbitral esté obligado a exigir a la parte requirente de una medida cautelar otorgada a instancia de parte que deposite una caución.

*“o a toda otra parte”*

19. En su 37º período de sesiones, del Grupo de Trabajo convino asimismo en insertar las palabras “o a toda otra parte” tras “a la parte requirente” a fin de que tribunal arbitral gozara de discrecionalidad para acomodar ciertos supuestos de arbitraje plurilateral, por ejemplo, el supuesto de que habiendo más de un demandante a quien la medida cautelar aprovechara, la medida cautelar fuera solicitada por un demandante sin bienes. En ese supuesto, el tribunal podría exigir el depósito de una caución por algún otro demandante. Además, la referencia a “toda otra parte” acomodaría el supuesto de que una de las partes otorgara una contragarantía (A/CN.9/523, párr. 48).

**Párrafo 5)**

*“a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio en las circunstancias”*

20. En el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se dijo que no debería limitarse la discrecionalidad de un tribunal para modificar o levantar una medida cautelar. Se observó que, dada la índole excepcional de dichas medidas, un tribunal que gozara de la facultad de otorgarlas debería gozar asimismo de la facultad de modificar o levantar la medida otorgada. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el texto actualmente colocado entre corchetes “a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio en las circunstancias que motivaron la medida”, que figuraba en la propuesta inicial de la Secretaría (ver A/CN.9/508, párrs. 88 y 89), debe ser mantenido en el texto del párrafo a fin de no dar lugar a una discrecionalidad arbitraria del tribunal.

*Medidas otorgadas sin escuchar a la otra parte*

21. Se dijo además, que dado que el párrafo 5) parecía ser también aplicable a las medidas otorgadas sin escuchar a la otra parte, las circunstancias por las que el tribunal arbitral pudiera desear modificar o levantar una medida cautelar pudieran sobrevenir durante la fase previa a la notificación de la medida a la otra parte, por lo que el requisito de informar a la parte afectada por la medida, conforme a lo dispuesto en el párrafo 7 e), frustraría la finalidad de la medida cautelar. Se sugirió que tal vez fuera necesario considerar la conveniencia de establecer una distinción según que la medida cautelar se otorgara sin escuchar a la parte afectada o tras haberla escuchado, en cuyo caso tal vez fuera necesario preparar una disposición aparte para regular el supuesto de las medidas otorgadas sin escuchar a la parte afectada (A/CN.9/523, párr. 52).

*Sanción*

22. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de reformular el párrafo 5) en términos que prescriban una sanción clara para todo incumplimiento del deber enunciado en el párrafo 6) (A/CN.9/523, párr. 49; ver también párr. 24 *infra*).

**Párrafo 6)**

*“o toda otra parte”*

23. En el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que, de insertarse la coletilla “o a toda otra parte” en el texto del párrafo 4) debería insertarse también una coletilla similar en el texto actual del párrafo 6) (A/CN.9/523, párr. 49). Se expresó no obstante el parecer de que con ello se estaría creando oportunidades de disputa entre las partes. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar más a fondo esta cuestión.

*Sanción*

24. Se observó que pese a haberse enunciado el deber de informar al tribunal arbitral de todo cambio importante en las circunstancias que motivaron la concesión de la medida cautelar, no se había previsto sanción alguna por el incumplimiento de este deber. Se convino, por ello, en que este asunto podría ser adecuadamente resuelto en el párrafo 5) (A/CN.9/523, párr. 49). Al haberse llegado a este acuerdo, en el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo no se decidió modificar el texto del párrafo 6). Si el Grupo de Trabajo conviene en que se prescriba una sanción en el párrafo 5) para el supuesto de que se incumpla el deber enunciado en el párrafo 6) el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de invertir el orden de estos dos párrafos.

25. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la fórmula utilizada en el párrafo 6), que habla de “todo cambio importante”, en vez de “todo cambio de circunstancias”, como se hace en el párrafo 5), resulta apropiada.

**Párrafo 7)***Observación general*

26. La posibilidad de que el tribunal arbitral otorgue medidas cautelares sin escuchar a la parte afectada fue objeto de largas deliberaciones durante el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/523, párrs. 16 a 27). En el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/523, párr. 17) se reiteró el parecer expresado en el 36º período de sesiones del Grupo de que debería reservarse a los tribunales judiciales la facultad de otorgar medidas cautelares sin escuchar a la parte afectada por la medida otorgada. Si bien cierto número de delegaciones seguían oponiéndose a que se facultara al tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares sin escuchar a la parte interesada, el Grupo de Trabajo convino no obstante en seguir examinando la propuesta de los Estados Unidos (A/CN.9/523, párr. 28).

*Apartado a)*

27. El texto enunciado en el apartado 7 a) del proyecto revisado (antiguo párrafo 5) de la propuesta de la Secretaría y apartado 4 a) de la propuesta de los Estados Unidos) fue objeto de notable atención durante el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/523, párrs. 28 a 33). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo tomó nota, entre otras, de la sugerencia de que se examinara más en detalle la posibilidad de levantar una medida cautelar otorgada a instancia de la

parte interesada cuando la parte afectada depositara una caución suficiente (A/CN.9/523, párr. 33). El proyecto revisado no ha regulado este punto.

28. En aras de la coherencia, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de que la fórmula empleada en el apartado 3 a), a saber “la parte afectada por la medida”, sea igualmente empleada en los apartados 7 a), b) i), d) y e), en lugar de la frase “la parte contra la que vaya dirigida la medida”. Ambas variantes figuran entre corchetes en el proyecto revisado.

29. En el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo prevaleció el parecer de que, de facultarse al tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares sin escuchar a la parte afectada, el texto de la disposición que previera dicha facultad debería precisar que esas medidas sólo podrían otorgarse en supuestos excepcionales (A/CN.9/523, párr. 17). Se habían insertado, por ello, las palabras “en supuestos excepcionales” tras “el tribunal arbitral podrá”. El Grupo de Trabajo convino en que debería revisarse el apartado 4 a) de la propuesta de los Estados Unidos para reflejar los pareceres e inquietudes expresados en el Grupo de Trabajo y a fin de reconocer, en particular, la autonomía de las partes para excluir por vía contractual la facultad del tribunal arbitral para otorgar una medida cautelar sin escuchar a la parte afectada (A/CN.9/523, párr. 31). Para dar curso a esa decisión, se insertó en el apartado 7 a) del proyecto revisado la expresión “de las partes” a continuación de la salvedad inicial “Salvo acuerdo en contrario”, conforme se sugirió en el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/523, párr. 54).

30. En el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se preparó una versión reformulada del párrafo 4 a) de la propuesta de los Estados Unidos (A/CN.9/523, párrs. 32 y 53 a 69), (denominado en adelante “el texto reformulado del apartado 4 a)”) y se han incorporado al texto del proyecto revisado las siguientes decisiones y sugerencias de ese período de sesiones:

- se expresó preferencia por la segunda variante entre corchetes del texto reformulado del inciso 4 a) i) (inciso 7 a) iii) del proyecto revisado), sustituyéndose en la versión inglesa el término “*defeated*” (burlada) por el término “*frustrada*” (A/CN.9/523, párrs. 57 y 61);
- se revisó el texto del inciso 7 a) ii) del proyecto revisado (antiguo inciso iv) del texto reformulado del apartado 4 a)) a la luz de las sugerencias que se hicieron en el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/523, párr. 64);
- se suprimieron las palabras “o antes de que dicha parte haya tenido oportunidad de responder” por estimarse que el texto restante de la disposición regulaba adecuadamente el supuesto de que, pese a haberse dado la notificación, la parte notificada no hubiera o no pudiera responder a la misma (A/CN.9/523, párr. 60);
- se convino en que los requisitos aplicables a toda medida otorgada tras haber escuchado ambas partes, enunciados en el párrafo 3) de la propuesta de los Estados Unidos, deberían ser igualmente aplicables a las medidas otorgadas sin escuchar a la otra parte, pero que debería suavizarse el requisito enunciado en el apartado 3 c) de que existiera una “posibilidad importante” de éxito sobre el fondo de litigio recurriendo a términos más neutros (A/CN.9/523, párr. 31);

- se ha insertado en el texto del apartado 7 a) del proyecto revisado una remisión expresa a los requisitos enunciados en el párrafo 3) (A/CN.9/523, párr. 62);
- el apartado a) enumera actualmente los requisitos que habrá de satisfacer la parte requirente para obtener una medida otorgada sin escuchar la parte afectada y el apartado b) enuncia las obligaciones que habrá de asumir dicha parte requirente; el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la nueva estructura del párrafo 7) resulta adecuada;
  - se sugirió además que se impusiera, como requisito imperativo, que la parte requirente de una medida a instancia de parte esté obligada a depositar una caución para indemnizar a la otra parte, de concluirse ulteriormente que la medida no estaba justificada; se sugirió también que se exija de la parte requirente de una medida de esta índole que demuestre que no dispone de otra vía jurídica para protegerse y que se trata de un recurso de última instancia; y se sugirió por último que toda medida cautelar otorgada a instancia de parte haya de ser razonable y proporcional al riesgo que se trata de evitar (A/CN.9/523, párr. 30). Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar más detenidamente estas sugerencias.

*Apartado b)*

31. Se ha reformulado el texto del inciso 7 b) i) del proyecto revisado (antiguo inciso v) del texto reformulado del apartado 4 a)) suprimiéndose el adverbio calificativo “estrictamente” e insertándose, entre corchetes, el texto “en la medida en que sea procedente, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, en función de lo que el laudo definitivo disponga respecto del fondo de litigio” (A/CN.9/523, párrs. 31, 66 y 67).

32. Se ha reformulado el inciso 7 b) ii) del proyecto revisado (antiguo inciso vi) del texto reformulado del apartado 4 a)) a fin de reflejar la preferencia expresada en el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo por el texto “depositar una caución en la forma en que el tribunal considere adecuada”. Se expresó asimismo preferencia por que el texto se expresara en términos como los siguientes “para responder de todo daño o gasto ocasionado conforme a lo previsto en el inciso i)” (A/CN.9/523, párrs. 68 y 69). En aras de una mayor coherencia con el lenguaje del párrafo 4 del proyecto revisado, en el inciso b) ii) del párrafo 7) se habla de la necesidad de depositar una caución “como requisito para otorgar una medida en el marco del presente párrafo”. En el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo prevaleció el parecer de que la caución que se habría de depositar para la obtención de una medida cautelar sin escuchar a la parte afectada había de ser exigida imperativamente de la parte requirente de la medida (A/CN.9/523, párr. 46). Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si se ha reflejado adecuadamente ese parecer en un texto actual de este apartado.

*Apartado c)*

33. El Grupo de Trabajo convino en introducir una remisión, entre corchetes, al apartado b) del proyecto revisado (antigua remisión a los incisos v) y vi) del texto reformulado del apartado 4 a)) en razón de la inquietud expresada respecto de la necesidad de que el texto hiciera remisión al inciso b) ii) (antiguo inciso vi) del

texto reformulado del apartado 4 a)) (A/CN.9/523, párr. 72). El Grupo de Trabajo tal vez desee proseguir su examen de este asunto en su 38º período de sesiones.

34. Las palabras “Para no dar lugar a dudas” figuran entre corchetes, al comienzo del apartado c) del proyecto revisado, para que puedan ser examinadas en un ulterior período de sesiones (A/CN.9/523, párr. 70). En el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo se apoyó la sugerencia de insertar estas palabras, aún cuando se señaló que se trataba de una fórmula inhabitual en un texto legal y que, en muchos países, su efecto no se limitaría a eliminar dudas sino que extendería la competencia del tribunal arbitral más allá de los límites estipulados por las partes en su acuerdo de arbitraje (A/CN.9/523, párr. 70). Se expresó el parecer de que, al formular una disposición por la que se ampliara la competencia del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares sin escuchar a la parte afectada, el Grupo de Trabajo debería evitar toda sugerencia de que esa disposición hubiera de ser interpretada en sentido contrario respecto de las medidas cautelares otorgadas tras haber escuchado a ambas partes (A/CN.9/523, párr. 71).

*Apartado d)*

35. El apartado 7 d) del proyecto revisado (antiguo apartado 4 c) de la propuesta de los Estados Unidos) ha sido reformulado a la luz de las observaciones y sugerencias enunciadas en los párrafos 74 y 75 del documento A/CN.9/523. En ese proceso se invirtió el orden de los apartados b) y c) del párrafo 4) de la propuesta de los Estados Unidos, conforme a lo indicado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/523, párr. 73). Debe observarse que en el apartado 7 d) se habla de “la oportunidad” que se debe dar a la parte afectada para ser escuchada “tan pronto como lo permita la necesidad de actuar a instancia de parte para garantizar la eficacia de la medida” o “dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación, o en todo otro momento que sea adecuado en las circunstancias del caso”. La primera opción ofrece cierta flexibilidad. Ahora bien, si el Grupo de Trabajo prefiere la segunda opción debe señalarse que será entonces necesario volver a plantear la cuestión del momento en que habrá de darse la notificación. En su formulación actual, el apartado 7 d) será únicamente aplicable a las medidas otorgadas sin escuchar a la parte afectada. Ahora bien, en el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se sugirió que se examinara más adelante la cuestión de si procedía que este párrafo fuera únicamente aplicable a las medidas otorgadas sin escuchar a la otra parte o, en términos más generales, a todo tipo de medidas cautelares (A/CN.9/523, párr. 75).

*Apartado e)*

36. El texto del apartado 7 e) del proyecto revisado (antiguo apartado 4 b) de la propuesta de los Estados Unidos) ha sido reformulado a la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/523, párr. 73). Este apartado dispone que toda medida cautelar otorgada en el marco del apartado 7 e) será únicamente válida durante veinte días y ofrece dos opciones para determinar la fecha inicial de ese plazo de veinte días. En el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se expresaron inquietudes sobre la imposición de un plazo único de validez para toda medida cautelar, como los veinte días aquí señalados (A/CN.9/523, párrs. 20, 25 y 73). Se cuestionó que, en su formulación actual, el párrafo pudiera cumplir su cometido de reequilibrar el procedimiento arbitral a raíz de la imposición de una medida cautelar a instancia de parte, dando a la otra parte la oportunidad de ser

escuchada y permitiendo que dicha medida sea reconsiderada lo antes posible. Se dijo que se atendía al objetivo de restablecer el equilibrio del procedimiento en el apartado 4 c) de la propuesta de los Estados Unidos (apartado 7 d) del proyecto revisado) que daba al demandado la oportunidad de ser oído (A/CN.9/523, párr. 73). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si ese texto, en su forma actual, responde adecuadamente a esas inquietudes. El Grupo de Trabajo debe tomar en consideración las palabras “No se verá afectado por lo dispuesto en el presente apartado la autoridad del tribunal arbitral para otorgar, confirmar, prorrogar o modificar una medida cautelar otorgada con arreglo a lo previsto en el párrafo 1) una vez que la parte contra la que vaya dirigida la medida requerida haya sido notificada de la misma y haya tenido oportunidad de ser escuchada” difería del texto enunciado en el párrafo 7) de la propuesta de la Secretaría, que decía “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”. Debe observarse que, mientras la propuesta de la Secretaría se ocupaba de la posible prórroga o modificación de una medida cautelar otorgada a instancia de parte una vez que la otra parte hubiera sido escuchada, el texto actual se refiere a las medidas cautelares en general y prevé la concesión o confirmación de la medida otorgada a instancia de parte o de toda otra medida cautelar que el tribunal estime oportuna.

*Apartado f)*

37. Respecto del apartado 7 f) del proyecto revisado (antiguo apartado 4 d) de la propuesta de los Estados Unidos), se sugirió que en toda futura versión de esta disposición se estableciera una vinculación clara entre el deber de dar a conocer todo cambio en las circunstancias que motivaron la medida cautelar y el régimen de responsabilidad aplicable a la parte requirente de dicha medida (A/CN.9/523, párrs. 49 y 76). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar más a fondo esta sugerencia.

38. El Grupo de Trabajo debe observar que el apartado 7 f) impone un deber de informar similar al del párrafo 6), aunque tal vez algo más amplio. En el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se sugirió que, caso de mantenerse el apartado 7 f), debería indicarse en su texto el plazo de que dispondría la parte requirente de una medida cautelar para informar al tribunal arbitral de todo cambio en las circunstancias que motivaron su imposición. Como se observó anteriormente (párr. 24), el Grupo de Trabajo podrá considerar si debe preverse expresamente una sanción por el incumplimiento eventual del deber enunciado en el párrafo 6). Si el Grupo de Trabajo decide que se establezca una sanción, será necesario decidir también si el deber de informar de toda nueva circunstancia, conforme a lo prescrito en el párrafo 6) será aplicable a las medidas otorgadas tanto a instancia de una parte como tras haber escuchado a ambas partes, o si debe preverse una sanción distinta para el supuesto de que se incumpla el deber enunciado en el apartado 7 f), caso de que se mantenga este apartado. Cabe aquí indicar que el resultado que se pretende lograr con la regla del apartado 7 f) (a saber, la imposición sobre la parte requirente de una medida otorgada a instancia de parte de un deber estricto de mantener informado al tribunal) está ya logrado por la aplicación de la regla enunciada en el párrafo 6), por lo que duplicar este deber sólo serviría para alargar el texto y privarlo de lógica interna.