



Asamblea General

Distr. general
8 de diciembre de 2003**
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
37º período de sesiones
Nueva York, 14 de junio a 2 de julio de 2004

Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor de su 39º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de noviembre de 2003)

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-17	3
II. Resumen de las deliberaciones y decisiones	18	6
III. 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	19-92	7
Párrafo 1	20	9
Párrafo 2	21-27	9
Apartados a) y b)	22-25	9
Apartado c)	26	10
Apartado d)	27	11
Párrafo 3	28-32	11
Apartado a)	29-30	12
Apartado b)	31-32	12

* Publicado nuevamente en formato electrónico por razones técnicas.

** La demora en la presentación de este documento obedece a la escasez actual de personal en la Secretaría.



Párrafo 4	33-34	13
Párrafo 5	35-43	13
Párrafo 6	44-48	16
Párrafo 7	49-92	17
Apartado a)	52-54	18
Inciso i) del apartado a)	55	19
Inciso ii) del apartado a)	56	19
Inciso iii) del apartado a)	57-58	19
Apartado b)	59-62	19
Inciso i) del apartado b)	63-68	20
Inciso ii) del apartado b)	69-70	22
Apartado c)	71-73	22
Apartado d)	74-82	23
Apartado e)	83-87	25
Apartado f)	88-92	26
IV. Proyecto revisado de artículo 17 <i>bis</i> de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional relativo al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares	93-112	28
Párrafo 1	95-102	30
Párrafo 2	103	32
Apartado a)	104	32
Inciso i) del apartado a)	105-112	32

I. 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 general que había llegado el momento de que se evaluara la amplia y positiva experiencia que habían adquirido los países en la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) a su derecho interno, 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 arbitraje¹.
2. La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo II (Arbitraje), y decidió que los temas prioritarios del Grupo de Trabajo fueran la conciliación², el requisito sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje³, la ejecutabilidad de las medidas cautelares⁴ y la posible ejecutabilidad de un laudo anulado en el Estado de origen⁵.
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 al Grupo de Trabajo su mandato de fijar 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 determinar las prioridades de los futuros temas de su programa, convendría que el Grupo de Trabajo prestara especial atención a lo que fuera viable y práctico, así como a cuestiones respecto de las cuales la jurisprudencia hubiera dado lugar a situaciones jurídicas 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 el Reconocimiento y la 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 demandas 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 declarar ejecutable un laudo aun cuando se dé alguno de los motivos previstos en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 para denegar su ejecución (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 por vía informática (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 ejecutabilidad 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

planteara muchos problemas y que la jurisprudencia que la había suscitado no debía considerarse reflejo de una tendencia ya establecida⁶.

4. En su 34º período de sesiones, celebrado en 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 conciliación⁷.

5. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional y tomó nota con reconocimiento del informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 36º período de sesiones (A/CN.9/508). La Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados hasta entonces respecto de los temas objeto de examen, a saber, el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje y las cuestiones relativas a las medidas cautelares.

6. Con respecto al requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había examinado el proyecto de disposición legislativa modelo por el que se revisaba el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (A/CN.9/WG.II/WP.118, párr. 9) y debatió sobre un proyecto de instrumento interpretativo referente al párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York (*ibid.*, párrs. 25 y 26). La Comisión observó que el Grupo de Trabajo no había llegado a un consenso sobre si se debía preparar un protocolo de enmienda o un instrumento interpretativo de la Convención de Nueva York y señaló que había que mantener abiertas ambas opciones para su examen por el Grupo de Trabajo o la Comisión en una etapa posterior. La Comisión tomó nota de la decisión del Grupo de Trabajo de ofrecer orientación sobre la interpretación y aplicación de los requisitos de forma escrita en la Convención de Nueva York, con miras a lograr un mayor grado de uniformidad. Con ese fin, cabía hacer una valiosa contribución a la guía para la promulgación del proyecto de nuevo artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje. Se había pedido a la Secretaría que preparase esa guía para que la examinara ulteriormente el Grupo de Trabajo, limando las diferencias entre las nuevas disposiciones y la Convención de Nueva York, a la espera de una decisión definitiva del Grupo de Trabajo sobre la mejor manera de ocuparse de la aplicación del párrafo 2) del artículo II de la Convención (A/CN.9/508, párr. 15). La Comisión consideró que los Estados Miembros y observadores que participasen en las deliberaciones del Grupo de Trabajo deberían disponer de abundante tiempo para celebrar consultas sobre esas importantes cuestiones, incluida la posibilidad de examinar ulteriormente el significado y el efecto de la disposición sobre el derecho más favorable del artículo VII de la Convención de Nueva York, tal como observó la Comisión en su 34º período de sesiones. Con ese fin, la Comisión consideró que podía ser preferible que el Grupo de Trabajo pospusiera sus debates sobre el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje y la Convención de Nueva York hasta su 38º período de sesiones, que se celebrará en 2003.

7. Con respecto a las cuestiones de las medidas cautelares, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había examinado un proyecto de texto para una revisión del artículo 17 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 74) y que se había

pedido a la Secretaría que preparase proyectos revisados de disposición, basados en las deliberaciones del Grupo de Trabajo, para su examen en un futuro período de sesiones. También se observó que el Grupo de Trabajo examinaría, en su 37º período de sesiones, un proyecto revisado de nuevo artículo de la Ley Modelo preparado por la Secretaría, referente a la cuestión de la ejecutabilidad de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral (*ibid.*, párr. 83) (A/CN.9/508, párr. 16)⁸.

8. En su 37º período de sesiones, celebrado en Viena del 7 al 11 de octubre de 2002, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral sobre la base de una propuesta presentada por los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.II/WP.121) y de una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.119). El Grupo de Trabajo también sostuvo un breve debate sobre la cuestión del reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares, que se basó en una nota preparada por la Secretaría. A este respecto, los Estados Unidos presentaron una nueva propuesta de redacción (A/CN.9/523, párrs. 14, 78 y 79).

9. En su 38º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 12 al 16 de mayo de 2003, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión del reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral, así como un proyecto de disposición que trataba de la competencia del tribunal para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje. Se pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado en el que se enumeraran las distintas opciones examinadas por el Grupo de Trabajo.

10. En su 36º período de sesiones, celebrado en Viena del 30 de junio al 11 de julio de 2003, la Comisión convino en que era improbable que antes del 37º período de sesiones de la Comisión, que se celebraría en 2004, el Grupo de Trabajo pudiera concluir el examen de todos los temas, concretamente el de la forma escrita de los acuerdos de arbitraje y las diversas cuestiones que planteaban las medidas cautelares. La Comisión tenía constancia de que el Grupo de Trabajo daría prioridad a la cuestión de las medidas cautelares y señaló que la cuestión de las medidas cautelares dictadas a instancia de parte, que según la Comisión seguía siendo una cuestión controvertida, no debería obstaculizar los progresos al respecto⁹.

11. El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 39º período de sesiones en Viena del 10 al 14 de noviembre de 2003. Asistieron a él los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Lituania, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Singapur, Suecia y Tailandia.

12. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Albania, Argelia, Argentina, Australia, Costa Rica, Chipre, Croacia, Cuba, Dinamarca, Eslovaquia, Finlandia, Irlanda, Kuwait, Líbano, Nigeria, Pakistán, Panamá, Perú, Polonia, Qatar, República de Corea, Suiza, Turquía, Ucrania, Venezuela, Yemen y Zimbabwe.

13. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones intergubernamentales: Comité Asesor del artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Conferencia de La Haya de Derecho

Internacional Privado, Corte Permanente de Arbitraje, Unión Internacional del Notariado Latino (UINL).

14. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales invitados por la Comisión: Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, *Chartered Institute of Arbitrators*, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Centro Regional de Arbitraje de Kuala Lumpur, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, *Club of Arbitrators*, *Conseil des Barreaux de l'Union Européenne (CCBE)*, Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, *Moot Alumni Association*, *School of International Arbitration* y Unión Árabe de Arbitraje Internacional.

15. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

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

Relatora: Sra. Vilawan MANGKLATANAKUL (Tailandia).

16. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: a) el programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.124); b) una nota de la Secretaría en la que figuraba el texto revisado de un proyecto de disposición sobre las facultades de que gozará un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares (A/CN.9/WG.II/WP.123); c) un proyecto de disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares, revisado en cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 38° período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.125); d) el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de sus períodos de sesiones 37° y 38° (A/CN.9/523 y 524).

17. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Calendario de reuniones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Preparación de disposiciones uniformes sobre las medidas cautelares para su incorporación a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

II. Resumen de las deliberaciones y decisiones

18. El Grupo de Trabajo examinó el tema 4 del programa basándose en el texto de las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.123 y A/CN.9/WG.II/WP.125). Sus deliberaciones y conclusiones sobre ese tema quedan recogidas en los capítulos III y IV *infra*. Se pidió a la Secretaría que, basándose en las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, preparara proyectos revisados de varias disposiciones.

III. 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

19. El texto del proyecto de artículo 17 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“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) ofrezca 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 solicitada, 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, siempre y cuando 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 perjuicio 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, a partir del momento en que solicite la medida, informar con prontitud al tribunal arbitral de todo cambio importante

en las circunstancias que motivaron que esa parte solicitara 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;]”

Párrafo 1)

20. El Grupo de Trabajo consideró que el contenido del párrafo 1) era en general aceptable.

Párrafo 2)

Carácter exhaustivo de la enumeración de las funciones características de las medidas cautelares

21. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 37º período de sesiones, había convenido en que debía quedar absolutamente claro que la lista de medidas cautelares enunciadas en los diversos apartados no pretendía ser exhaustiva (A/CN.9/508, párr. 71). El Grupo de Trabajo señaló que, en su nueva redacción, la lista parecía exhaustiva. El Grupo de Trabajo pasó a estudiar si el texto actual abarcaba todos los motivos concebibles por los cuales pudiera haber que otorgar una medida cautelar. Se sugirió que se agregara al texto un apartado en que se dejara abierta la posibilidad de que un tribunal arbitral pudiera dictar una medida cautelar en circunstancias excepcionales no reguladas por el actual párrafo 2). Si bien esta sugerencia recibió cierto apoyo, predominó la opinión de que ese nuevo apartado sería innecesario. Se recordó que en la versión anterior del párrafo se había procurado enumerar todos los tipos de medidas cautelares, mientras que en el texto actual se hace una clasificación genérica muy amplia en que se describen las funciones o finalidades de diversas medidas cautelares sin centrarse en medidas específicas. Así pues, en el proyecto actual se ha seguido un criterio flexible para abarcar todas las posibles circunstancias en que pueda solicitarse una medida cautelar. Se observó también que era preferible enunciar una lista genérica exhaustiva, ya que de este modo se aclaraba la cuestión de los poderes del tribunal arbitral y se podía dar seguridad a los tribunales judiciales en lo que respectaba al reconocimiento y a la ejecución de una medida cautelar. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que, habida cuenta de que en la lista revisada que figuraba en el párrafo 2) se enunciaban genéricamente todas las finalidades de las medidas cautelares, ya no era necesario formular la lista de modo que no fuera exhaustiva.

Apartados a) y b)

“[a fin de asegurar o de facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente]”

22. Se sugirió que se suprimieran, en los apartados a) y b), las palabras que figuraban entre corchetes (“, a fin de asegurar o de facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente”). Esta sugerencia se justificó argumentando que en el párrafo 2) se daba una definición de las medidas cautelares, pero no se enunciaban los requisitos para dictar una medida cautelar, regulados en el párrafo 3) del proyecto de artículo. Se estimó que, de mantenerse esas palabras en los apartados a) y b), podría entenderse que con ello se imponía un requisito suplementario que habría de cumplirse antes de poder otorgar una medida cautelar. Además, se señaló que podía haber circunstancias en que la finalidad de la solicitud de medidas cautelares no fuera asegurar o facilitar el cumplimiento efectivo de todo laudo subsiguiente y que, por ejemplo, una parte podría tratar de obtener una medida cautelar con el fin de impedir que otra parte agravara la controversia

entablando un procedimiento en otro foro. El Grupo de Trabajo convino en suprimir las palabras entre corchetes que figuraban en los apartados a) y b)

“mantener o restablecer el statu quo”

23. Se sugirió que los apartados a) y b) se unieran y formaran un único apartado, ya que la necesidad de mantener o restablecer el *statu quo* sólo debería constituir una subcategoría de un conjunto más amplio de circunstancias en que una medida cautelar fuera necesaria para impedir que se perjudicara a la parte que solicitara tal medida. Se planteó otra cuestión, más fundamental, sobre si el mantenimiento o el restablecimiento del *statu quo* habría de considerarse una función natural del tribunal arbitral cuando no se diera ninguna de las circunstancias enunciadas en el apartado b). No obstante, se opinó en general que era esencial mantener el apartado a) en el texto, en el que se enunciaba el concepto del mantenimiento del *statu quo*, dado que ese concepto estaba muy arraigado en muchos ordenamientos jurídicos, donde se consideraba como una finalidad de una medida cautelar.

“daño actual o inminente”

24. Se expresó la opinión de que si el Grupo de Trabajo convenía en suprimir las palabras que figuraban entre corchetes en el apartado b), quedaría en el texto una definición muy amplia del concepto de “daño” sin que se especificara la naturaleza de dicho daño ni la persona que pudiera sufrirlo. Se sostuvo que ello podía dar pie a que los tribunales arbitrales dictaran medidas cautelares cuya eficacia no sería reconocida por los tribunales judiciales; además, con ello se propiciarían también controversias ante los tribunales encargados de la ejecución sobre el tipo de daño requerido. Tras un debate, sin embargo, el Grupo de Trabajo convino en que, pese al solapamiento que había entre los apartados a) y b), era improbable que el mantenimiento de ambos apartados en el texto resultara perjudicial y cabía incluso la posibilidad de que en ciertos ordenamientos jurídicos se considerara particularmente útil.

25. Se planteó la cuestión de si las palabras “impedir algún daño actual o inminente, o ... ciertos actos que pudieran ocasionarlo”, en el apartado b), eran apropiadas o si podían crear problemas a la hora de aportar pruebas, dado que, cuando se solicitaba una medida cautelar, no existían a menudo datos suficientes para demostrar que, a menos que se adoptara una determinada medida o que se impidiera su adopción, se produciría inevitablemente un daño. Se propuso que, para que no fuera así, el texto dijera, “que tal vez lo ocasionaría” o “que probablemente lo ocasionaría”. Varias delegaciones pusieron reparos por considerar que con esos términos se podía facilitar excesivamente la obtención de medidas cautelares y darse al tribunal arbitral demasiado margen de discreción para dictar una medida cautelar. Tras un debate, no obstante, el Grupo de Trabajo decidió que se sustituyeran las palabras “que pudieran ocasionarlo” por palabras como “que probablemente lo ocasionarían”.

Apartado c)

26. Se pidió que se aclarara el significado del apartado c) y, en particular, las palabras de la versión inglesa “*securing assets*” (traducidas al español por los términos “constituir en garantía ciertos bienes”). Se argumentó que esas palabras podrían interpretarse erróneamente como una obligación de aportar una garantía jurídica. El Grupo de Trabajo convino en que esas palabras significaban

simplemente “reunir bienes” y que no debían interpretarse como requisito de constitución de bienes en garantía en todos los casos. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en general en que el apartado c) tenía por objeto que se velara por la preservación de los bienes. El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que el grupo de redacción que estableciera ulteriormente la Secretaría para armonizar las versiones en los distintos idiomas examinara la posibilidad de sustituir las palabras “*securing assets*” (“constituir en garantía ciertos bienes”) por las palabras “*preserving assets*” (“preservar los bienes”). El Grupo de Trabajo tomó nota asimismo de la observación conforme a la cual, en el apartado c), la palabra “preliminar” era innecesaria, podía inducir a error y debería suprimirse.

Apartado d)

27. El Grupo de Trabajo recordó que en el 37º período de sesiones no se había examinado el apartado d) del proyecto revisado. Se convino en retener el contenido de dicho apartado, suprimiendo los corchetes. Si bien se opinó que el apartado d) sería superfluo en ciertos ordenamientos jurídicos, se estimó que esta disposición era importante, dado que en la legislación de procedimiento civil de los países no siempre se regulaba de modo suficiente la conservación de las pruebas.

Párrafo 3)

“*[demostrar] [hacer ver] [probar] [establecer]*”

28. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 38º período de sesiones, se había señalado el inconveniente de que la utilización de la palabra “demostrar” al principio del párrafo podía connotar un requisito muy estricto respecto de la aportación de pruebas. Se recordó que, en el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo, había habido un debate similar y que, además del verbo “demostrar”, se habían sugerido variantes como “hacer ver”, “probar” y “establecer”, sin que el Grupo de Trabajo llegara a una decisión al respecto (A/CN.9/508, párr. 58). En su actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo ha convenido en que se modifique la parte introductoria del párrafo 3), a fin de dejar más clara la intención del Grupo de Trabajo de que los requisitos probatorios se formulen de manera neutral. Se sugirieron palabras del siguiente tenor: “La parte que solicite la medida cautelar aportará al tribunal arbitral pruebas convincentes de que:”. Estas palabras recibieron un amplio apoyo. Se propuso también la siguiente variante: “La parte que solicite la medida cautelar presentará pruebas de que:”. Se dijo que el enunciado podría ser aun más neutral si dijera “Al tribunal arbitral le consta que”. Frente a esta propuesta se argumentó que si bien era conveniente definir con neutralidad el *nivel* de los requisitos probatorios, debería quedar claro en la disposición que es a la parte requirente a quien debe imponerse la *carga* u obligación de convencer al tribunal arbitral de que se cumplen los requisitos para dictar una medida cautelar. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que el párrafo 3) empezara con las siguientes palabras: “La parte que solicite la medida cautelar deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que”.

Apartado a)

“daño irreparable”

29. La utilización de la expresión “daño irreparable” suscitó reparos. Se indicó que, en el comercio, la mayoría de los percances podían resolverse mediante una compensación monetaria, y tal vez la expresión “daño irreparable” resultara demasiado limitada. Varias delegaciones propusieron que se sustituyera la palabra “irreparable” por “sustancial”, “excepcional” o “considerable”. No obstante, se señaló que el concepto de “daño irreparable” estaba bien arraigado en muchos ordenamientos jurídicos y que constituía un requisito ordinario para dictar medidas cautelares. Las medidas cautelares eran una forma excepcional de exención que se otorgaba cuando tal vez la indemnización de los daños y perjuicios no era un remedio suficiente. El Grupo de Trabajo convino en que se retuvieran en el texto las palabras “daño irreparable”, y que eventualmente se explicara su significado en una nota de una guía que complementa la Ley Modelo. No obstante, se reconoció que el concepto de “daño irreparable” podía dar pie a diversas interpretaciones. En opinión de algunas de las delegaciones, esta expresión debería emplearse únicamente en casos de daños realmente irreparables, como la pérdida de una obra de arte con un valor inestimable. Otras delegaciones entendían que las palabras “daño irreparable” describían tipos de daño particularmente graves, superiores a los que pudiera sufrir la parte contra la que se solicitara la medida cautelar, si el tribunal decidía otorgarla. El Grupo de Trabajo tomó nota de que tal vez habría que volver a tratar el asunto ulteriormente.

“sufrirá”

30. El Grupo de Trabajo recordó que, en el contexto del párrafo 2), había decidido que convenía que el proyecto de disposición no creara problemas con respecto a las pruebas, ya que, cuando se solicitaba una medida cautelar, no se disponía a menudo de datos suficientes para demostrar que, a menos que se adoptara una determinada medida o que se impidiera su adopción, se produciría inevitablemente un daño. Por esta razón, en el párrafo 2) se habían sustituido las palabras “que pudieran ocasionarlo” por las palabras “que probablemente lo ocasionen” (véase el párrafo 25 *supra*). Por una razón similar, se decidió que, en el apartado a) del párrafo 3), se sustituyera la palabra “sufrirá” por palabras como “es probable que sufra”.

Apartado b)

“prosperere”

31. Se sugirió que se efectuara un cambio similar, en el apartado b), sustituyendo la palabra “prosperere” por palabras como “probablemente prosperere”. Tras un debate, se convino en general en que el cambio sugerido era innecesario, dado que las palabras con que se iniciaba el apartado (“existe una posibilidad razonable de que”) ya daban al texto el nivel requerido de flexibilidad.

“siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno las determinaciones subsiguientes a que pueda llegar el tribunal”

32. El Grupo de Trabajo examinó si había que mantener en el texto la salvedad enunciada en el apartado b), a saber, que “toda determinación del tribunal arbitral

respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno las determinaciones subsiguientes a que pueda llegar el tribunal”. Se propuso que, a fin de simplificar la disposición, se suprimieran esas palabras y se introdujeran en una guía explicativa de la Ley Modelo. Sin embargo, según la opinión general, la propia Ley Modelo debería dar orientación a los árbitros, previendo los criterios necesarios para decidir si cabe dictar o no una medida cautelar. Tras un debate, se convino en mantener en el texto el fundamento de la salvedad mencionada.

Párrafo 4)

33. Este párrafo se basaba en el criterio de que, respecto de toda medida otorgada tras haber escuchado a ambas partes, la obligación de depositar una caución debería quedar al arbitrio de lo que decidiera el tribunal arbitral (A/CN.9/523, párr. 46). A fin de dejar claro que el objetivo del párrafo 4) no era crear la posibilidad de obviar el requisito imperativo de depositar una caución respecto de toda medida cautelar otorgada a instancia de parte (A/CN.9/523, párr. 46), en el proyecto revisado se habían incluido dos variantes entre corchetes.

34. El Grupo de Trabajo examinó el párrafo 4) y convino en que, puesto que eran innecesarias, se suprimieran todas las palabras entre corchetes, ya que el resto del párrafo 4) deja en claro que, en cualquier circunstancia, el tribunal arbitral está facultado para ordenar que se deposite una caución como requisito para otorgar una medida cautelar.

Párrafo 5)

“modificar o levantar”

35. Se sugirió que, para que el texto fuera más completo y hubiera una mayor coherencia entre los proyectos de artículo 17 y 17 *bis*, en vez de “modificar o levantar”, dijera “modificar, suspender o levantar”. El Grupo de Trabajo aprobó esta sugerencia.

“[, a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio de circunstancias que lo justifique]”

36. Si bien algunas delegaciones se declararon partidarias de mantener en el texto las palabras entre corchetes (“[, a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio de circunstancias que lo justifique]”), predominó la opinión de que esas palabras eran superfluas. Entre las razones aducidas para la supresión de esas palabras, se afirmó que en general los árbitros expondrían en el texto de su decisión las razones por las que hubieran decidido otorgar la medida cautelar. Se estimó asimismo que esas palabras entre corchetes deberían suprimirse, dado que podían interpretarse como una restricción indebida del poder discrecional de los árbitros para adoptar la decisión de otorgar o denegar una medida cautelar. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió suprimir las palabras que figuraban entre corchetes.

Modificación de una medida cautelar por iniciativa del tribunal arbitral

37. Hubo discrepancias sobre la cuestión de si el tribunal arbitral sólo debería poder modificar o levantar una medida cautelar a petición de una parte o de si, por iniciativa propia, el tribunal debía poder ordenar la modificación o el levantamiento de la medida. Según el criterio de una delegación, el texto del proyecto de

artículo 17 debería dejar absolutamente claro que el tribunal sólo podía actuar a instancia de una parte. Se argumentó que la parte que solicitara y obtuviera una medida cautelar esperaba legítimamente que la medida surtiera el efecto requerido durante el período especificado. En este contexto, sólo podía ordenarse el levantamiento de una medida cautelar otorgada a petición de una parte cuando ésta lo solicitara. De modo general, se sostuvo que esa regla era necesaria para que el texto del proyecto se ajustara al carácter consensual que tenía el arbitraje en muchos países. Se señaló que si un tribunal arbitral decidiera por iniciativa propia levantar una medida cautelar otorgada a instancia de una parte, podría sospecharse que con esta iniciativa el tribunal protegía indebidamente los intereses de la otra parte y que se apartaba así del criterio de estricta imparcialidad que debía seguir.

38. No obstante, se opinó, en sentido contrario, que era necesario dar al tribunal arbitral un margen de discreción para corregir las graves consecuencias de una medida cautelar, particularmente cuando la decisión de adoptarla hubiera sido errónea o se hubiera otorgado la medida de manera fraudulenta. Se señaló que existía un útil precedente en el párrafo 2) del artículo 33 de la Ley Modelo, que disponía, en relación con los laudos dictados sobre el fondo del litigio, que “el tribunal arbitral podrá corregir cualquier error del tipo mencionado en el inciso a) del párrafo 1) del presente artículo por su propia iniciativa dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo”.

39. A fin de conciliar las diversas opiniones sobre esta cuestión, se sugirió que se invirtiera el orden de los párrafos 5) y 6). Esta sugerencia se justificó con el argumento de que, al anteponerse el párrafo 6) al 5), se pondría debidamente de relieve la obligación de las partes de informar al tribunal arbitral de todo cambio de las circunstancias que motivaron la decisión del tribunal arbitral de otorgar la medida cautelar. El Grupo de Trabajo aceptó en general la sugerencia. Además, se formularon diversas sugerencias para mejorar el texto actual del párrafo 5). Concretamente, se propuso que el tribunal arbitral sólo estuviera facultado para modificar o levantar una medida cautelar por iniciativa propia cuando las partes hubieran acordado previamente conferirle expresamente dicha facultad. El Grupo de Trabajo tomó nota de la propuesta. Otra delegación sugirió que se sustituyera el texto actual del párrafo 5) por el siguiente:

“El tribunal arbitral podrá, en todo momento, modificar o levantar una medida cautelar a petición de una de las partes o por iniciativa del propio tribunal, previa notificación de las partes”.

40. Esta propuesta recibió un amplio apoyo. Sin embargo, a fin de evitar que el tribunal arbitral dispusiera de demasiada discreción para actuar por iniciativa propia, se sugirió que, si bien en circunstancias normales sólo podía modificarse o levantarse una medida cautelar a petición de una parte, en determinadas circunstancias pudiera estar justificado que el tribunal arbitral modificara o levantara por iniciativa propia una medida cautelar. A tal efecto, se sugirió que, en el texto propuesto, se sustituyeran las palabras “o por iniciativa del propio tribunal, previa notificación de las partes” por las palabras “o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa del propio tribunal, previa notificación de las partes”. A juicio de una delegación, la referencia a “circunstancias excepcionales” podría ser demasiado restrictiva. Se observó que tal vez fuera preferible formular el texto en términos más amplios como “a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio de circunstancias que lo justifique” (véase el párrafo 36 *supra*). No

obstante, tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que el párrafo 5) pasara a ser el párrafo 6) y dijera lo siguiente:

“El tribunal arbitral podrá, en todo momento, modificar o levantar una medida cautelar a petición de una de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa del propio tribunal, previa notificación de las partes.”

41. Se planteó el inconveniente de que tal vez se dedujera del texto revisado que el tribunal arbitral tenía derecho a levantar o modificar medidas cautelares otorgadas por otro tribunal o un tribunal de jurisdicción estatal. Para evitar tal interpretación, se convino en general en introducir en la disposición una nueva enmienda para puntualizar que el tribunal arbitral, tanto si actuaba a petición de una parte como por iniciativa propia, sólo podría modificar o levantar las medidas cautelares dictadas por ese mismo tribunal arbitral. Se pidió a la Secretaría que plasmara este consenso del Grupo de Trabajo en un nuevo proyecto revisado que el Grupo examinaría en su siguiente período de sesiones.

Situación en que una parte no acepta la competencia del tribunal arbitral

42. Una delegación preguntó qué efecto tendría el párrafo 5) sobre la facultad del tribunal arbitral para modificar una medida cautelar ya dictada por dicho tribunal cuando una de las partes no aceptara la competencia del tribunal arbitral. Se observó que esta cuestión planteaba un problema de mayor envergadura con respecto a la posición de una parte que se negara a aceptar la competencia del tribunal sobre el fondo del litigio pero que, al mismo tiempo, deseara oponerse a una medida cautelar o tratara de obtener su modificación. Según la opinión general, en tal situación, no debería considerarse que una parte que comparezca ante el tribunal arbitral únicamente en relación con la orden cautelar haya retirado su objeción respecto de la competencia de dicho tribunal. A fin de regular este supuesto en el proyecto de artículo 17, se propuso el texto siguiente:

“6) *bis*

a) Cuando una parte, que sea objeto de una solicitud de medida cautelar o de la medida cautelar en sí, ponga reparos o no se someta a la jurisdicción del tribunal en lo que respecta a [las cuestiones de fondo de] la demanda presentada contra dicha parte [en el procedimiento arbitral], esa parte podrá

i) oponerse a la solicitud, o

ii) pedir al tribunal que ejerza su facultad [para modificar, etc.] en virtud del apartado 5),

sin que ello signifique que renuncie a su objeción sobre la competencia del tribunal, o que se someta a su jurisdicción, respecto de [las cuestiones de fondo de] la demanda.

b) En tal caso, el tribunal podrá ejercer su facultad [para modificar, etc.] en virtud del apartado 5), a pesar de que la parte contra la que se haya dictado la medida cautelar no haya presentado ninguna solicitud [a tal efecto].”

43. El Grupo de Trabajo tomó nota de la propuesta. No obstante, predominó la opinión de que el párrafo enmendado para regular la modificación o el levantamiento de la medida cautelar por iniciativa del tribunal arbitral en circunstancias excepcionales (véanse los párrafos 40 y 41 *supra*) ya tenía en cuenta suficientemente la cuestión señalada.

Párrafo 6)

Numeración de los párrafos

44. Por las razones mencionadas en el contexto del debate sobre el párrafo 5) (párrafo 39 *supra*), el Grupo de Trabajo decidió cambiar la numeración, de modo que el párrafo 6) pasara a ser el párrafo 5) y el párrafo 5 se convirtiera en el párrafo 6).

Comunicación de información a ambas partes

45. Se planteó el problema de que, en virtud del párrafo 6), la parte requirente no tenía la obligación de notificar a la otra parte todo cambio importante de circunstancias. El Grupo de Trabajo observó que el párrafo 3) del artículo 24 de la Ley Modelo disponía que “de todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte”. Asimismo, conforme al artículo 18 de la Ley Modelo, “deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”. Se objetó que la duplicación de estos principios en el proyecto de párrafo 6) podía resultar perjudicial y que sería mejor tratar la cuestión en un comentario sobre la Ley Modelo. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que, a pesar de las obligaciones enunciadas en el párrafo 3) del artículo 24 y en el artículo 18 de la Ley Modelo, sería útil que en el párrafo 6) se requiriera expresamente que toda información presentada al tribunal arbitral por una parte en virtud de ese párrafo debiera comunicarse también a la otra parte.

“A partir del momento en que solicite la medida”

46. Se señaló que las palabras “a partir del momento en que solicite la medida” podían suprimirse, dado que el momento a partir del cual debe informarse al tribunal arbitral ya se desprende del resto del párrafo, concretamente de las palabras “que motivaron que esa parte solicitara la medida cautelar”. Se sugirió asimismo que, para aclarar la obligación de informar, se sustituyera la palabra “solicitará” por las palabras “presentará la solicitud de”. El Grupo de Trabajo acordó suprimir las palabras “a partir del momento en que solicite la medida” y sustituir la palabra “solicitará” por las palabras “presentará la solicitud de”.

“cambio ... en las circunstancias”

47. Se estimó que, en aras de la coherencia, convendría armonizar las palabras empleadas en relación con la facultad del tribunal arbitral para modificar o levantar una medida cautelar (“a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio de circunstancias que lo justifique”) con los términos utilizados en el párrafo 6) con los que se regulaba la obligación de la parte requirente de informar “de todo cambio importante en las circunstancias”. No obstante, se recordó a este respecto que el Grupo de Trabajo había decidido suprimir, en el párrafo 5), las

palabras “a la luz de toda información adicional que reciba o de todo cambio de circunstancias que lo justifique” (véase el párrafo 36 *supra*).

“Responsabilidad de la parte requirente”

48. Se mencionó el problema de que, a diferencia de lo dispuesto en el inciso b) del apartado 7), que imponía a la parte que solicitara una medida cautelar (*ex parte*) la obligación de depositar una caución para cubrir los daños o gastos ocasionados por la medida, no se preveía, en cambio, ningún tipo de responsabilidad en el caso de las medidas cautelares adoptadas por el tribunal arbitral después de escuchar a ambas partes (*inter partes*) que posteriormente resultaran injustificadas. El Grupo de Trabajo acordó aplazar hasta una etapa ulterior el debate sobre la responsabilidad por las medidas cautelares injustificadas que se dictaran en el contexto de procedimientos *inter partes*.

Párrafo 7)

Observaciones generales

49. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 37º período de sesiones, se había examinado con detenimiento la cuestión de si convenía incluir en el texto una disposición en virtud de la cual un tribunal arbitral estuviera facultado para dictar medidas cautelares a instancia de parte, y que se habían expresado opiniones contrapuestas sobre si esa cuestión debía tratarse en el proyecto de artículo 17 (A/CN.9/523, párrs. 16 a 27). El Grupo de Trabajo recordó también que, en su 36º período de sesiones, la Comisión había tomado nota de que convenía evitar que la cuestión de las medidas cautelares dictadas a instancia de parte, que según la Comisión seguía siendo controvertida, obstaculizara la labor de concluir el proyecto de artículo 17 (A/58/17, párr. 203).

50. Hubo una firme oposición a que se examinara el texto del párrafo 7) antes de haber debatido si, como criterio general, era conveniente revisar la Ley Modelo para conferir a los tribunales arbitrales la facultad para dictar medidas cautelares a instancia de parte. Sin embargo, se recordó al Grupo de Trabajo que, en su 37º período de sesiones, había habido una amplia coincidencia de pareceres en el sentido de que si se reforzaban e incrementaban las salvaguardias tal vez resultaría más aceptable que el texto previera la adopción de medidas cautelares a instancia de parte (A/CN.9/523, párr. 27). Sobre esa base, el Grupo de Trabajo convino en pasar a examinar el texto y, posteriormente, a decidir si, como criterio general, era conveniente mantener en el proyecto de artículo 17 una disposición relativa a las medidas cautelares dictadas a instancia de parte.

51. Se propuso añadir al apartado a) del párrafo 7) una nueva oración que mencionara la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, en los siguientes términos: “El presente apartado se aplicará sin perjuicio de las inmunidades de que gozan los Estados o sus diversos órganos con arreglo al derecho internacional en lo que se refiere a las medidas cautelares.”

Apartado a)

Facultad del Tribunal por acuerdo expreso de las partes o condicionada a la ausencia de acuerdo en contrario

52. El texto actual preveía la facultad para otorgar medidas cautelares “salvo acuerdo en contrario de las partes”. Se propuso sustituir esas palabras por “Si las partes lo acuerdan expresamente”. Se dijo que la modificación propuesta era más adecuada para preservar el carácter consensual del arbitraje. Se observó que este criterio, que permitía a las partes “adherirse” a una disposición en virtud de la cual el tribunal arbitral podía dictar medidas cautelares a instancia de parte, se ajustaba más a las expectativas de las partes en un procedimiento de arbitraje, dado que en la legislación sobre arbitraje de muchos países no se preveían específicamente las medidas *ex parte*. El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia, que recibió cierto apoyo. Se afirmó que, según la experiencia observada durante años por una importante entidad internacional de arbitraje, nunca se presentaron solicitudes *ex parte* de medidas cautelares.

“en supuestos excepcionales”

53. Se expresaron opiniones divergentes en cuanto a la conveniencia de mantener o no las palabras “en supuestos excepcionales”, que figuraban entre corchetes. Se objetó que eran redundantes y debían suprimirse, dado que las situaciones enumeradas en los incisos i) a iii) del apartado a) sólo se referían a supuestos excepcionales. Por otra parte, se propuso que se mantuvieran dichas palabras, siempre que se aclarara en el texto que los “supuestos excepcionales” eran los que se enunciaban en los incisos i) a iii) del apartado a). Se dijo que la aclaración era necesaria para que no se entendiera que con la referencia a “supuestos excepcionales” se imponía un nuevo requisito para dictar medidas cautelares a instancia de parte, además de las ya enumeradas en los incisos i) a iii) del apartado a). En sentido contrario, se opinó que convenía mantener las palabras en el texto para subrayar que las medidas cautelares a instancia de parte sólo debían otorgarse en supuestos verdaderamente excepcionales. Esta opinión se justificó con el argumento de que los supuestos enumerados en el apartado a) no eran necesariamente excepcionales. El Grupo de Trabajo no llegó a un consenso sobre esta cuestión y decidió que se mantuvieran en el texto entre corchetes las palabras “en supuestos excepcionales” a fin de seguir examinándolas en un futuro período de sesiones.

“[contra la que se otorgue la medida] [afectada por la medida]”

54. El Grupo de Trabajo convino en que las palabras “contra la que se otorgue la medida” eran preferibles a las palabras “afectada por la medida”. Se dijo que los términos de la segunda variante eran ambiguos, habida cuenta de la cantidad de partes que podrían verse “afectadas” por una medida cautelar. A la luz de esa decisión, se observó que tal vez fuera necesario modificar el enunciado del apartado a) del párrafo 3) y de otras disposiciones del proyecto de artículo 17 para asegurar, en su caso, la coherencia terminológica.

Inciso i) del apartado a)

55. El Grupo de Trabajo consideró que el contenido del inciso i) del apartado a) era aceptable en general.

Inciso ii) del apartado a)

56. El Grupo de Trabajo convino en sustituir la palabra “requisitos” por la palabra “condiciones” a fin de reflejar mejor el carácter de la lista que figuraba en el párrafo 3). Se expresó la opinión de que cabría deducir erróneamente que el inciso ii) del apartado a), que sólo se refería a “los requisitos enunciados en el párrafo 3”, excluía la aplicación de los párrafos 5) y 6) a las medidas cautelares dictadas a instancia de parte. Se recordó que con el inciso ii) del apartado a) se pretendía eliminar toda duda sobre si los requisitos aplicables al otorgamiento de medidas cautelares dictadas *inter partes* eran igualmente aplicables a las medidas cautelares dictadas *ex parte*. Se dijo que, si al hacerse hincapié en ese punto, se suscitaban dudas sobre si los otros párrafos eran o no aplicables, habría que suprimir el inciso ii) del apartado a). El Grupo de Trabajo no adoptó ninguna decisión definitiva sobre esta cuestión y observó que podría ser necesario seguir examinándola más adelante.

Inciso iii) del apartado a)

57. Se sugirió que se enmendaran las palabras “la parte requirente haga ver” para que concordaran con el texto modificado que se había convenido para la introducción del párrafo 3), en que se disponía que la parte que solicitara la medida cautelar debía “aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes” (véase el párrafo 28 *supra*). Esta propuesta suscitó reparos por considerarse que debían exigirse criterios probatorios más estrictos para las medidas cautelares dictadas a instancia de parte. El Grupo de Trabajo no adoptó ninguna decisión definitiva sobre esta cuestión y observó que podría ser necesario seguir examinándola más adelante.

58. Se sugirió que la expresión “la parte requirente haga ver” o cualquiera otra frase que pudiera acordarse se trasladara a la introducción del apartado a) del párrafo 7) para que quedara claro que se aplicaba a todos los elementos de dicho apartado y no sólo al inciso iii). El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia.

Apartado b)

Observaciones generales

59. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 37º período de sesiones, había convenido que el proyecto revisado debería asegurar que el requisito de que la parte que solicitara la medida cautelar depositara una caución fuera imperativo y que la parte requirente fuera considerada estrictamente responsable de los perjuicios causados a la parte requerida por una medida injustificada (A/CN.9/523, párr. 31).

60. Se planteó la cuestión de si una disposición general sobre responsabilidad debía aplicarse no sólo a las medidas cautelares dictadas a instancia de parte sino también a las dictadas *inter partes*. En apoyo de incluir en el texto una disposición general sobre responsabilidad, se dijo que en ambos casos podría resultar que una medida cautelar estuviera injustificada y que perjudicara a la parte requerida. Sin embargo, se expresó cierta oposición a la sugerencia de que el inciso i) del

apartado b) se aplicase en general a las medidas cautelares dictadas tanto *ex parte* como *inter partes*. Se sostuvo que la responsabilidad objetiva que se imponía en virtud del inciso i) del apartado b) era acorde con el carácter de las medidas cautelares dictadas a instancia de parte, en razón de riesgos inherentes a los procedimientos. Por otra parte, se observó que el derecho procesal interno podía regir todo falseamiento o error en que se incurriera en el régimen de medidas cautelares dictadas *inter partes*. Como observación general, se adujo que el inciso i) del apartado b), debería limitarse a establecer los principios básicos de un régimen de responsabilidad sin tratar en detalle cuestiones de fondo regidas por el derecho interno. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que en su próximo período de sesiones reanudaría sus deliberaciones centrándose en el inciso i) del apartado b) del párrafo 7), relativo a la responsabilidad de la parte requirente de medidas cautelares *ex parte*, y en un nuevo párrafo (que provisionalmente llevaría el número (6 *bis*), cuyo contenido reflejara el del inciso i) del apartado b) del párrafo 7) en el contexto de medidas cautelares *inter partes*.

61. Se consideró que, en preparación de ulteriores deliberaciones sobre el tema, era necesario investigar más a fondo los regímenes de la responsabilidad previstos en las distintas legislaciones nacionales que regulaban las medidas cautelares. Se expresaron algunas reservas sobre la utilidad de profundizar la investigación, dado el escaso número de leyes de arbitraje que preveían un régimen de la responsabilidad en relación con el otorgamiento de medidas cautelares, y se puso en duda que la leyes de procedimiento civil aplicables a los tribunales estatales no previeran reglas que pudieran extrapolarse adecuadamente al ámbito de las actuaciones arbitrales. Con todo, después de un debate, el Grupo de Trabajo convino en que podría ser beneficioso obtener más información sobre la legislación nacional en la materia. Se invitó a las delegaciones a que proporcionaran información al respecto a la Secretaría antes de mediados de diciembre de 2003, de forma que el material pudiera distribuirse y traducirse antes de la celebración del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo.

62. En cuanto al enunciado del texto, se dijo que los incisos i) y ii) del apartado b) no deberían agruparse en un solo párrafo, dado que versaban sobre dos cuestiones distintas, a saber, la responsabilidad y el depósito de una caución, respectivamente. El Grupo de Trabajo tomó nota de esa sugerencia.

Inciso i) del apartado b)

Gastos

63. Se expresaron opiniones divergentes sobre la necesidad de incluir en el texto una referencia a los gastos. Se sugirió que el contenido del inciso se limitara a los daños, puesto que su objetivo era resarcir, en determinadas circunstancias, a la parte requerida de los daños y perjuicios dimanantes de medidas cautelares dictadas *ex parte*. Se previno al Grupo de Trabajo acerca del riesgo de incluir el concepto de gastos en el texto, ya que en algunos ordenamientos podía tener un alcance muy amplio, mientras que en otros el alcance podía ser limitado, y podría interpretarse de distintas maneras, por ejemplo, abarcando las costas, inclusive los honorarios de abogados, o los gastos ocasionados por la aplicación de las medidas cautelares. Se sugirió que el término “gastos” se interpretara en sentido estricto y que en el texto inglés se sustituyera “costs” por “expenses”. No obstante, se sugirió que se

mantuviera el término “costs”, dado que expresaba un concepto bien comprendido y definido en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Daños

64. Se objetó que el enunciado actual del concepto de “daños” no estaba suficientemente definido y podía entenderse que abarcaba los daños tanto directos como indirectos o emergentes ocasionados por las medidas cautelares. Se sugirió que tal vez fuera preferible definir con mayor claridad el alcance de los daños. Se expresaron opiniones divergentes sobre si convenía enunciar el concepto de forma más amplia (previendo salvaguardias adecuadas) o de forma más restringida (limitando la aplicación de la disposición a los daños directos).

65. El Grupo de Trabajo examinó los supuestos en que podría haber que pagar daños en relación con una medida cautelar dictada a instancia de parte. Se planteó si el solo hecho de solicitar una medida cautelar *ex parte* bastaría para que la parte requirente fuera considerada responsable de todo daño o gasto que pudiera ocasionar la medida, independientemente de que se determinara que la medida había estado justificada o no y de que la parte requirente hubiera incurrido o no en falta. Frente a esa opinión se argumentó en general que, independientemente de que la disposición sobre responsabilidad aplicable a la parte requirente se basara o no en la falta, no debería considerarse que una mera solicitud de medidas cautelares a instancia de parte ocasionaba daños resarcibles. Se expresó la opinión de que la cuestión de los daños debía regirse por el derecho interno. Con todo, prevaleció la opinión de que la parte requirente sólo debería ser responsable de los daños si ulteriormente se comprobaba que las medidas cautelares no habían estado justificadas. Se preguntó cómo debía entenderse el término “injustificadas” y si el concepto de medidas “injustificadas” debía analizarse en sí o a la luz de la forma en que se dirima el fondo del litigio. Se opinó firmemente al respecto que la decisión definitiva sobre el fondo del litigio no debería ser un factor determinante de si las medidas cautelares habían estado justificadas o no.

66. Se sugirió que se definiera el momento a partir del cual pudiera obtenerse indemnización por daños. Se señaló que los daños podían producirse antes de que se dictara un laudo definitivo. Se propuso al respecto que se previera otra salvaguardia contra el régimen de medidas cautelares dictadas *ex parte* incluyendo en el proyecto revisado la posibilidad de que la parte requerida reclamara indemnización por daños inmediatamente después de que el tribunal arbitral hubiera otorgado medidas cautelares a instancia de parte y de que se le otorgara de inmediato una indemnización por daños. Se señaló asimismo que la indemnización por los daños causados por medidas cautelares dictadas a instancia de parte se aplicaría solamente al período de vigencia de tales medidas *ex parte*.

“[contra la que se otorgue la medida] [afectada por la medida]”

67. Se apoyó el mantenimiento de la primera variante que figuraba entre corchetes para que el texto concordara con el enunciado del párrafo 3) y del apartado b) del párrafo 7). Sin embargo, se observó que, en el contexto del inciso i) del apartado b) del párrafo 7) podría ser preferible mantener la segunda variante que figuraba entre corchetes (“afectada por la medida”), a fin de que otras partes, que no fueran la parte contra la que se otorgaban las medidas, pudieran reclamar indemnización por daños. Se observó también que la expresión “la parte afectada por la medida” podría

sustituirse en ese contexto por las palabras “a toda parte afectada por la medida”. Se explicó que un texto en el que se estableciera el principio de que la parte requirente debía depositar una caución sería una forma adecuada de proteger a los árbitros de toda demanda de un tercero que sufriera daños como consecuencia de la aplicación de medidas cautelares dictadas *ex parte* y que reclamara indemnización. En respuesta a estas sugerencias se recordó que un tribunal arbitral no tendría competencia sobre terceros no vinculados por el acuerdo de arbitraje.

“[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]”

68. Se expresaron opiniones divergentes acerca de si convenía mantener la última variante que figuraba entre corchetes en el inciso i) del apartado b). Se estimó que debería mantenerse la expresión “en la cuantía que proceda” para indicar que la medida era legítima. Se dijo también que, como el texto entre corchetes era innecesario por no contener ningún nuevo elemento, debería sustituirse por una disposición en que se previera la posibilidad de que la parte requerida reclamara indemnización inmediatamente después de que un tribunal arbitral hubiera otorgado medidas cautelares a instancia de parte. El Grupo de Trabajo tomó nota de esas opiniones.

Inciso ii) del apartado b)

69. El Grupo de Trabajo convino en que el depósito de una caución debía ser imperativo en el contexto de medidas cautelares dictadas *ex parte*. Se señaló que, por razones de coherencia, el enunciado de ese apartado debería ajustarse al del párrafo 4), relativo al depósito de una caución en el contexto de medidas cautelares *inter partes*, salvo la forma verbal “podrá”, que podría sustituirse por “deberá”.

70. Se observó que, a fin de dar mayor relieve a las salvaguardias requeridas en el contexto de medidas cautelares dictadas a instancia de parte, lo enunciado en el inciso ii) del apartado b) debería constituir un requisito para el otorgamiento de ese tipo de medidas.

Apartado c)

71. Se dijo que el apartado era innecesario, puesto que en el inciso i) del apartado b) del párrafo 7) se establecía implícitamente la competencia del tribunal arbitral. Sin embargo, predominó la opinión de que el apartado c) cumplía una función útil y debería mantenerse. Se convino en que, si se incluían en el proyecto de artículo 17 tanto el inciso i) del apartado b) como una disposición general sobre responsabilidad, debería dejarse en claro que el apartado c) era aplicable a las medidas cautelares dictadas *inter partes* y *ex parte*.

72. Se expresó preocupación por la posibilidad de que la parte requerida pudiera reclamar indemnización con arreglo al inciso i) del apartado b) mucho después de que se hubiera dictado el laudo definitivo. Se sugirió que se aclarara que la competencia sólo duraría hasta que se dictara el laudo. Para disipar esa preocupación, se recordó que en el párrafo 3) del artículo 32 de la Ley Modelo se preveía que “el tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en el artículo 33 y en el párrafo 4) del artículo 34”. Pese a ello y habida cuenta de que podía considerarse que la reclamación presentada

con arreglo al inciso i) del apartado b) era una nueva demanda, se dijo que debía mantenerse el apartado c). Se sugirió que, como no cabía duda de que la cuestión del depósito de una la caución previsto en el inciso ii) del apartado b) era competencia del tribunal arbitral, el alcance del apartado c) debería restringirse a lo previsto en el inciso i) del apartado b). Como variante del enunciado actual del apartado c) se sugirió el texto siguiente: “Una parte podrá iniciar una acción de indemnización con arreglo al inciso i) del apartado b) y podrá hacerlo en cualquier momento de las actuaciones arbitrales”. El Grupo de Trabajo tomó nota del texto sugerido y decidió que debería examinarse nuevamente junto con el texto actual del apartado c) en el próximo período de sesiones.

73. Se sugirió que se suprimiera la expresión “Para no dar lugar a dudas”. Se expresó la inquietud de que, si se suprimían esas palabras, podría haber incertidumbre respecto de la existencia de una autoridad arbitral conforme al apartado b), en particular en los ordenamientos que no adoptaran el apartado c). Se dijo que la amplitud del enunciado del apartado c), incluida la referencia a “entre otras cosas”, disminuía el riesgo de que se interpretara mal la disposición, cuyo significado podría explicitarse en un comentario sobre el artículo 17. Sobre esa base, el Grupo de Trabajo decidió que se suprimieran las palabras introductorias “Para no dar lugar a dudas”. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado al que se incorporaran las opiniones expresadas y las sugerencias hechas durante las deliberaciones.

Apartado d)

74. Se señaló que el apartado d) tenía una importancia fundamental para el régimen global aplicable a las medidas cautelares a instancia de parte. Se sugirió que, como una medida dictada a instancia de parte podía tener repercusiones para otras partes distintas de la antes mencionada, la segunda variante entre corchetes se ajustaría más a esta situación si se sustituyeran las palabras iniciales “la parte” por “toda parte”. El Grupo de Trabajo, sin embargo, convino en que, en aras de la coherencia con el enunciado acordado en el inciso i) del apartado b), en la futura revisión de esta disposición habría que retener la primera variante entre corchetes (“contra la que vaya dirigida”).

75. Se expresaron diversas opiniones sobre el segundo conjunto de variantes entre corchetes (“[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]”). Una delegación hizo una distinción entre las dos variantes, afirmando que la primera se refería a la notificación de la parte requerida, mientras que la segunda preveía la oportunidad de la parte requerida de ser oída. Se sugirió que, dado que las dos variantes tenían distintas funciones, se mantuvieran ambas en el texto del apartado, pero reordenando las palabras del modo siguiente:

“La parte contra la que vaya dirigida una medida cautelar otorgada con arreglo al presente párrafo será notificada de la medida a partir del momento en que ya no sea necesario actuar a instancia de parte para garantizar la eficacia de la medida, y se le dará la oportunidad de ser oída por el tribunal arbitral dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación, o en todo momento o fecha que sea adecuado en las circunstancias del caso.”

76. Se respondió que la frase “a partir del momento en que ya no resulte necesario” era ambigua y no estaba claro si la correspondiente determinación debía ser adoptada por la parte requirente o por el tribunal arbitral. Se recordó que la única razón para incluir en el texto esas palabras era para prever la situación en que la parte requirente solicitara la ejecución de la medida cautelar dictada a instancia de parte. Se sugirió que se enmendara el apartado del modo siguiente:

“La parte contra la que vaya dirigida una medida cautelar será notificada inmediatamente de la medida y se le dará la oportunidad de ser oída por el tribunal arbitral lo antes posible y, en cualquier caso, 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.”

77. Si bien esta propuesta recibió apoyo por considerarse que daba flexibilidad al texto y cierto margen de discreción al tribunal respecto del momento en que debía oírse la posición de la parte requerida, se objetó que en la propuesta no se especificaba con la suficiente claridad el momento en que debía efectuarse la notificación.

78. Se consideró crucial aclarar esta cuestión, puesto que la notificación era un primer paso indispensable para convertir una medida cautelar a instancia de parte (*ex parte*) en una medida cautelar dictada después de escuchar a ambas partes (*inter partes*). Se propuso que se enmendara el párrafo d) para que dijera que la parte contra la que vaya dirigida la medida cautelar debe ser notificada de la medida inmediatamente después de que el tribunal arbitral la dicte. Tras esa notificación, debería darse a la parte requerida la oportunidad de exponer sus argumentos por escrito y, si dicha parte lo solicita, debería tener también la oportunidad de ser escuchada por el tribunal arbitral. Se indicó que con este enfoque ya no sería necesario hacer referencia a ninguno de los plazos mencionados en los textos de los dos últimos corchetes del apartado d). Esta propuesta fue objeto de críticas por estimarse que el hecho de efectuar la notificación inmediatamente después de que se dicte la medida cautelar podría no cumplir el requisito del factor de sorpresa, necesario para la eficacia de toda medida dictada a instancia de parte, incluido el tiempo necesario para pedir su aplicación en el tribunal civil.

79. Se formularon reservas acerca de la inclusión en el texto de un período de cuarenta y ocho horas o de cualquier plazo específico, que pudieran resultar demasiado rígidos e inadecuados, según las circunstancias. Se observó asimismo que si se introdujeran en el texto palabras en virtud de las cuales el tribunal pudiera estudiar otro momento o fecha que fuera adecuado en las circunstancias del caso, podría darse la flexibilidad apropiada al apartado, pero al mismo tiempo podía resultar ilógico mantener en la misma disposición una referencia a un plazo fijo. No obstante, predominó la opinión de que la previsión de un plazo fijo tenía dos objetivos: poner de relieve que la oportunidad de escuchar a la parte era urgente y avisar al tribunal arbitral de que debería estar dispuesto a reunirse de nuevo para que la parte requerida pudiera exponerle sus argumentos.

80. Se señaló que tal vez convendría enmendar las palabras “oportunidad de ser oída” para que esa oportunidad comprendiera tanto la presentación verbal de los argumentos de la parte requerida como la exposición escrita de los mismos. Se convino en sustituir esas palabras por las palabras “oportunidad de presentar sus argumentos”.

81. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió reanudar sus deliberaciones sobre el apartado d) en su siguiente período de sesiones tomando como base el texto reproducido en el párrafo 76 *supra* (a reserva de la sustitución de las palabras “la oportunidad de ser oída por” por las palabras “la oportunidad de presentar sus argumentos ante”), así como la siguiente variante:

“Toda parte afectada por una medida cautelar otorgada con arreglo al presente párrafo será notificada inmediatamente de la medida y se le dará la oportunidad de ser oída por el tribunal arbitral en el plazo de [cuarenta y ocho] horas después de la notificación, o en todo otro momento o fecha que sea adecuado en las circunstancias del caso.”

82. Al término del debate, se recordó al Grupo de Trabajo que habría que volver a examinar el enunciado del apartado d) cuando el Grupo de Trabajo estudiara la cuestión de si había de permitirse la ejecución de una medida cautelar dictada a instancia de parte.

Apartado e)

83. El Grupo de Trabajo examinó diversas sugerencias para mejorar la redacción del texto actual del apartado e). Se convino en que podría simplificarse el texto sustituyendo las palabras “no será válida por más de veinte días” por las palabras “expirará después de veinte días”. Se convino también en que la referencia al “párrafo 1)” era inapropiada. Respecto de la segunda serie de variantes entre corchetes, se prefirió la primera, que decía “a partir de la fecha en que el tribunal arbitral imponga la medida”. Esta preferencia se justificó con el argumento de que sería difícil determinar la fecha en que una medida surtía efecto frente a la otra parte, como se proponía en la segunda variante. De conformidad con la decisión anteriormente adoptada con respecto a las palabras equivalentes que figuraban en el inciso i) del apartado b), el Grupo de Trabajo optó por la variante que decía “contra la que vaya dirigida la medida”, considerada preferible a las palabras “afectada por la medida”.

84. Se estimó que la segunda frase del apartado era innecesaria. Sin embargo, se señaló que la última frase del apartado e) permitía de hecho transformar una medida cautelar dictada *ex parte* en una medida dictada *inter partes*, una vez que la parte contra la que vaya dirigida la medida haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de presentar sus argumentos. Se pidió que se aclarara la cuestión del momento a partir del cual una medida cautelar dictada *ex parte* podía convertirse en una medida *inter partes*. En aras de la claridad, se sugirió que se simplificara el apartado e) enmendándolo con un texto del siguiente tenor:

“Toda medida cautelar impuesta con arreglo a este párrafo expirará veinte días después de la fecha en que el tribunal arbitral la haya dictado, a menos que la medida haya sido confirmada, prorrogada o modificada por el tribunal arbitral después de que la parte contra la que vaya dirigida la medida haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de presentar sus argumentos.”

Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió adoptar esta nueva redacción del apartado e) en sustitución de la anterior.

85. Se observó que el apartado se había redactado con criterios de procedimiento, como lo ilustraban las palabras “confirmada, prorrogada o modificada”, cuando, de hecho, se preveía que el apartado podía ser también aplicable a medidas cautelares que revistieran la forma de laudos.

86. Se sugirió agregar al apartado e) el requisito de que la parte requirente facilitara a la parte requerida el material sobre el que se basaba su solicitud. En apoyo de esa sugerencia se argumentó que, habida cuenta de la obligación de informar, enunciada en el apartado f), el requisito de facilitar el material en que se basaba la solicitud y el otorgamiento de la medida mejoraría la eficacia del apartado f). Si bien se consideró útil el requisito, se observó que en el párrafo 3) del artículo 24 ya se exigía que la información proporcionada al tribunal arbitral fuera comunicada a la otra parte. Se observó que no convendría que el Grupo de Trabajo sobrecargara el texto del proyecto revisado reiterando elementos procesales ya previstos en la Ley Modelo, y que esta cuestión podía tratarse en una guía que complementara la Ley Modelo. En contra de esta opinión, se sostuvo que era importante reiterar en el apartado e) la obligación de comunicar a la otra parte la información facilitada al tribunal arbitral, dado que en una situación de solicitud *ex parte*, podía haberse otorgado la medida sin que se hubiera proporcionado ningún documento al tribunal. Se sugirió que, aun cuando pudiera entenderse que el párrafo 3) del artículo 24 de la Ley Modelo abarcaba también las comunicaciones verbales, se reiterara de todos modos el requisito, dado que ese artículo podía interpretarse de manera restrictiva. En la respuesta a ellos se señaló que no debía darse a entender en modo alguno que los tribunales estuvieran obligados a hacer una transcripción de los procedimientos orales para cada solicitud *ex parte*.

87. Se señaló que tal vez el apartado podría aclarar mejor a quién correspondía la carga de solicitar el mantenimiento de la orden; en esta cuestión era importante decidir si la misma medida inicialmente dictada *ex parte* se mantenía en un contexto *inter partes*, o si la medida original *ex parte* era sustituida por una nueva medida *inter partes*. Se sugirió que fuera la parte beneficiaria de la medida la que debiera asumir esa carga. Se formuló la advertencia de que el planteamiento de diversas cuestiones procesales recargaría innecesariamente la disposición. Se pidió a la Secretaría que estudiara la posibilidad de que el texto previera que la obligación de solicitar el mantenimiento de la medida una vez transcurridos los veinte días correspondiera a la parte beneficiaria de dicha medida.

Apartado f)

Observaciones generales

88. Se estimó que el proyecto actual, que preveía la obligación de informar al tribunal arbitral de toda circunstancia “que sea probable que el tribunal estime del caso o de interés para su determinación”, era ambiguo y difícil de llevar a la práctica, dado que la parte requirente habría de prever el razonamiento subjetivo del tribunal arbitral. Se apoyó la supresión del apartado f). No obstante, prevaleció la opinión de que convenía mantener ese apartado en el proyecto como salvaguardia fundamental y como requisito esencial para la aceptabilidad de las medidas cautelares *ex parte*. En este contexto se recordó que el apartado estaba inspirado en la regla vigente en muchos ordenamientos en que el letrado tenía la obligación especial de informar al tribunal de todas las cuestiones, incluidas las que no le

fueran favorables. Sin embargo, se recordó también que, en numerosos ordenamientos jurídicos, no existía la obligación específica de informar.

Ubicación del apartado f)

89. Se expresaron opiniones divergentes sobre el lugar más adecuado para insertar esta disposición. Concretamente se argumentó que, dado que el apartado imponía una obligación a la parte requirente, sería mejor trasladarlo al apartado b) como primer inciso. De este modo, la parte requirente estaría obligada a informar al tribunal y a depositar una caución y sería responsable de los daños o gastos causados a la parte requerida. No obstante, predominó la opinión de que era mejor dejar el apartado en su ubicación actual, ya que concluía el párrafo relativo a las medidas *ex parte* estableciendo una obligación mencionada en diversos apartados anteriores.

Sanciones

90. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 37º período de sesiones, se había sugerido que, en una nueva revisión de la disposición, se estableciera un vínculo claro entre la obligación de revelar un cambio de circunstancias y el régimen de la responsabilidad aplicable a la parte que solicite una medida cautelar (A/CN.9/523, párrs. 49 y 76). El Grupo de Trabajo convino en que la decisión sobre las consecuencias del incumplimiento del requisito de presentar información debería dejarse en manos del régimen general previsto en el párrafo 7) (que podrían ser la revocación de la medida o la responsabilidad cuando la medida cautelar estuviera injustificada) y de otras disposiciones del derecho sustantivo aplicable.

Propuestas de revisión

91. Algunas delegaciones se adhirieron al parecer de que el apartado, en su forma actual, daba a entender que la parte requirente debía leer el pensamiento del tribunal arbitral. Se formularon varias sugerencias para reducir las ambigüedades del texto actual. Concretamente, se propuso que se sustituyeran las palabras “estará obligada a informar” por las palabras “informará con prontitud”. No obstante, se objetó que la palabra “prontitud” era más apropiada en el contexto de una obligación continua de informar de todo cambio de circunstancias. En otra propuesta se pedía que se sustituyera la totalidad del texto del apartado por un texto del siguiente tenor:

“La parte que solicite una medida cautelar con arreglo al presente párrafo deberá informar al tribunal arbitral de todas las circunstancias importantes de que tenga conocimiento, aunque le sean desfavorables, y que demuestren que no se han cumplido los requisitos del presente párrafo”.

Se sostuvo que esa propuesta era preferible al texto existente, ya que no dependía de una opinión subjetiva del tribunal y tenía en cuenta además lo que pudiera saber la parte en el momento de presentar la solicitud. Esa propuesta fue objeto de críticas por estimarse que tal vez sólo se entendería y aplicaría correctamente en los Estados con procedimientos contradictorios, y no en los de régimen de procedimiento inquisitorial. Se agregó que con las palabras “circunstancias ... de interés” podía quedar excluida cierta información que pudiera ser útil para el tribunal arbitral. Se dijo asimismo que la propuesta introducía incertidumbre en el alcance de la obligación, pues no quedaba claro lo que constituiría información desfavorable para

la parte requirente. Se argumentó también que se podría entender que la propuesta abarcaba también las cuestiones desfavorables que se plantearan durante el debate sobre el fondo. Se sugirió que el Grupo de Trabajo tratara de formular un texto más flexible que alentara la revelación plena y sincera de toda información de interés o que fuera del caso.

92. Se propuso que se enmendara el apartado con palabras del siguiente tenor:

“La parte que solicite una medida cautelar con arreglo al presente párrafo deberá informar con prontitud al tribunal arbitral de toda circunstancia 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”.

Esta propuesta recibió apoyo. A fin de aclarar la cuestión de si el tribunal arbitral conservaba el poder discrecional de dictar o de denegar una medida cautelar, se sugirió que se sustituyeran las palabras “de si se cumplen o no los requisitos enunciados en el presente párrafo” por las palabras “de si el tribunal arbitral debe dictar la orden solicitada”. Se expresó también la opinión de que el requisito de “informar al tribunal arbitral” era tal vez demasiado limitado y que podría ser preferible emplear palabras como “presentar ante el tribunal”. Según otra opinión, debería procurarse introducir en el texto propuesto una parte de la flexibilidad que preveía el texto original del apartado f). Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado que tuviera en cuenta todas las sugerencias mencionadas.

IV. Proyecto revisado de artículo 17 *bis* de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional relativo al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares

93. El Grupo de Trabajo recordó que, al concluir el párrafo 7), había convenido en que procedería a un examen general de la cuestión de si sería aceptable incluir en el texto una disposición sobre las medidas cautelares dictadas a instancia de parte (*ex parte*) (véase el párrafo 50 *supra*). No obstante, se decidió que ese debate general tendría lugar después de que se hubieran examinado las disposiciones relativas al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares.

94. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el proyecto de artículo 17 *bis*, cuyo texto era el siguiente:

“1) A reserva de lo dispuesto en el presente artículo, toda medida cautelar adoptada por un tribunal arbitral, que satisfaga los requisitos del artículo 17, se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada previa presentación [por escrito] a un tribunal competente de una solicitud, independientemente del país en que se haya formulado*.

* Las condiciones enunciadas en el presente artículo tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que el tribunal puede negarse a ejecutar una medida cautelar. No sería contrario al nivel de armonización que se intenta lograr con estas disposiciones modelo si un Estado previera menos circunstancias en que pudiera rehusarse la ejecución.

2) El tribunal sólo puede negarse a reconocer [y] [o] ejecutar una medida cautelar:

a) Si, a solicitud de la parte contra quien se invoca, el tribunal está convencido de que:

i) *Variante 1*: existe una cuestión de fondo sobre la competencia del tribunal [[de tal naturaleza que haga inapropiados el reconocimiento o la ejecución][de tal naturaleza que haga inejecutable la medida cautelar]] [y el tribunal arbitral no ordenó ninguna garantía apropiada respecto de esa medida cautelar];

Variante 2: existe una cuestión de fondo relativa a alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

ii) *Variante 1*: no se notificaron apropiadamente a esa parte el nombramiento de un árbitro o las actuaciones arbitrales [, en cuyo caso el tribunal puede suspender las actuaciones de ejecución [hasta que el tribunal arbitral haya oído a las partes][hasta que las partes hayan tenido oportunidad de ser oídas por el tribunal arbitral][hasta que las partes hayan sido debidamente notificadas]];

Variante 2: esa negativa está justificada por los motivos enunciados en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

iii) *Variante 1*: esa parte no pudo presentar su posición respecto de la medida cautelar [, en cuyo caso el tribunal [podrá] [deberá] suspender las actuaciones de ejecución hasta que las partes hayan sido oídas por el tribunal arbitral]; o

Variante 2: esa negativa está justificada por los motivos enunciados en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

iv) La medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o en virtud de orden de un tribunal competente; o

b) Si el tribunal determina que:

i) La medida cautelar solicitada es incompatible con las facultades que sus leyes confieren al tribunal, a menos que el tribunal decida volver a formular la medida cautelar en la medida necesaria para adaptarla a sus propias facultades y a sus procedimientos a efectos de ejecutar esa medida cautelar sin modificar su contenido; o

ii) *Variante 1*: el reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar serían contrarios al orden público reconocido por el tribunal.

Variante 2: cualquiera de los motivos enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 se aplican al reconocimiento y la ejecución de la medida cautelar.

3) Toda determinación hecha por el tribunal con referencia a cualquier motivo enunciado en el párrafo 2) del presente artículo será únicamente eficaz para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar.

4) La parte que solicite o haya obtenido la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o enmienda de dicha medida cautelar.

5) *Variante A:* El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera apropiado, ordenar a la otra parte que otorgue las garantías apropiadas para los gastos procesales [a menos que el tribunal haya dictado ya una orden con respecto a la garantía de los gastos] [a menos que el tribunal haya dictado ya una orden con respecto a la garantía de los gastos, excepto cuando el tribunal determine que la orden es inapropiada o insuficiente en las circunstancias del caso].

Variante B: El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera apropiado, ordenar que se otorgue una garantía para los gastos procesales.

Variante C: El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de esa facultad, una revisión del contenido de la medida cautelar.

Variante D: El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución sólo podrá ordenar la garantía de los gastos cuando esa orden sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

6) El inciso ii) del apartado a) del párrafo 2) no será aplicable

Variante X: a una medida cautelar ordenada sin notificación de la parte contra la que se invoque la medida cautelar siempre que se haya ordenado que la medida fuese eficaz durante un período que no excediese de los [treinta] días y siempre que la ejecución de la medida se haya solicitado antes de la expiración de dicho plazo.

Variante Y: a una medida cautelar que se haya ordenado sin notificación de la parte contra la que se invoque la medida, siempre que esa medida cautelar sea confirmada por el tribunal arbitral después que la otra parte haya podido presentar sus argumentos con respecto a la medida.

Variante Z: si el tribunal arbitral determina, en ejercicio de su poder discrecional, que, a la luz de las circunstancias a que se hace referencia en el párrafo 2) del artículo 17, la medida cautelar sólo puede ser eficaz si el tribunal ha dictado la orden de ejecución sin notificar previamente a la parte contra la que se invoque.”

Párrafo 1)

95. En respuesta a una pregunta formulada sobre el significado de las palabras “salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa”, se recordó al Grupo de Trabajo que estas palabras se habían incluido en el texto para reflejar la decisión de que el tribunal arbitral debía poder disponer que, en el momento de dictarse la medida cautelar, esa medida no podía ser objeto de una solicitud de ejecución judicial (A/CN.9/524, párrs. 26 y 34).

“por escrito”

96. Se propuso que se suprimieran las palabras “por escrito”, que figuraban entre corchetes. La propuesta fue aprobada.

Nota de pie de página relativa al párrafo 1)

97. El Grupo de Trabajo consideró que el contenido de la nota de pie de página correspondiente al párrafo 1) era aceptable en general.

“que satisfaga los requisitos del artículo 17”

98. El Grupo de Trabajo recordó que el párrafo 1) del proyecto revisado de artículo 17 *bis* estaba formulado en términos más amplios que los empleados en un proyecto anterior, al haberse sustituido las palabras “medida cautelar mencionada en el artículo 17” por las palabras “toda orden o todo laudo por el que un tribunal arbitral dicte medidas cautelares, que satisfaga los requisitos del artículo 17”. Se recordó que la finalidad de este enunciado del proyecto actual era asegurar que toda medida cautelar cuya ejecución se solicitara cumpliera las salvaguardias establecidas en el proyecto de artículo 17, independientemente de si la medida fue dictada en un país que había adoptado la Ley Modelo o en otro país (A/CN.9/524, párr. 32). En apoyo de que se hiciera referencia a los requisitos del artículo 17 en el párrafo 1), se argumentó que se daría un incentivo al tribunal arbitral para cumplir más estrictamente los requisitos enunciados en el artículo 17.

99. No obstante, se observó que la referencia a los requisitos del artículo 17 no era necesaria, dado que introducía ambigüedad en el texto, y se señaló el inconveniente de que un tribunal de ejecución pudiera entender que el texto actual le exigía examinar *de novo* si la medida cautelar satisfacía los requisitos del artículo 17. A fin de evitar tal interpretación, se propuso que se adoptaran palabras del siguiente tenor: “a reserva de lo dispuesto en el presente artículo, se reconocerá como vinculante toda medida cautelar dictada por un tribunal arbitral con arreglo al artículo 17 o a normas de tenor similar a las del artículo 17 y, a menos que el tribunal arbitral disponga otra cosa, dicha medida será ejecutada cuando se presente una solicitud al respecto ante el tribunal competente, independientemente del país en que haya sido dictada”.

100. Si bien varias delegaciones compartían este criterio, se señaló que el enunciado propuesto podía dar lugar a dos problemas distintos. En primer lugar, cabría entender que la referencia a “normas de tenor similar a las del artículo 17” agregaban involuntariamente una condición a la definición de las medidas cautelares. En segundo lugar, se consideró inapropiado establecer un vínculo entre el artículo 17 y el artículo 17 *bis*, si se comparaba con el criterio adoptado en la Convención de Nueva York respecto de la ejecución y el reconocimiento de laudos. La Convención de Nueva York no definía el término “laudo”, con lo cual el régimen del reconocimiento y la ejecución se aplicaba con independencia del origen del laudo. En cambio, una referencia al artículo 17 en el párrafo 1) del artículo 17 *bis* podía limitar el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares a los países que hubieran adoptado el artículo 17 de la Ley Modelo. Se dijo que ese resultado iría en contra del criterio del Grupo de Trabajo, partidario de la ejecución, respecto de las medidas cautelares, y también iría en contra de la armonización sobre el tema.

Sobre esta base, se sugirió que el artículo 17 *bis* fuera aplicable a todas las medidas cautelares, independientemente de si una medida cumplía o no los requisitos del artículo 17. Además, en cualquier caso, se dijo que la referencia al artículo 17 no era apropiada, ya que no sólo remitía a la definición de las medidas cautelares sino que además enunciaba las condiciones que deberían cumplirse para que un tribunal arbitral pudiera otorgar una medida cautelar.

101. Se señaló que la inclusión en el texto de las palabras “que satisfaga los requisitos del artículo 17” podía tener como resultado la introducción de un motivo suplementario y oculto para denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar. Se observó que, si el Grupo de Trabajo pretendía incluir ese motivo en el texto, sería mejor trasladar esas palabras al párrafo 2). Esta sugerencia recibió cierto apoyo. No obstante, se señaló que, de adoptarse esa sugerencia se impondría a la parte contra la que se solicitara la medida la obligación de demostrar que la medida cautelar no cumplía con el artículo 17.

102. A fin de tener en cuenta este problema, se propuso que se suprimieran las palabras “que satisfaga los requisitos del artículo 17” y que se agregara al texto otro motivo por el cual el tribunal pudiera denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar en virtud del párrafo 2). Si bien esta propuesta recibió un fuerte apoyo, el Grupo de Trabajo decidió aplazar su decisión al respecto hasta que hubiera concluido su examen del párrafo 2). Tras un debate, el Grupo de Trabajo aprobó esa propuesta.

Párrafo 2

Parte introductoria

103. En aras de la coherencia con el artículo 36 de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo convino en suprimir, en las palabras introductorias del párrafo 2), la variante entre corchetes “y” y adoptar la variante “o”. El Grupo de Trabajo aprobó la parte introductoria del párrafo 2) sin hacer más observaciones.

Apartado a)

Parte introductoria

104. Se sugirió que se suprimieran las palabras “a solicitud de la parte contra quien se invoca”, dado que el tribunal, examinado simplemente el caso, ya podía tener la certeza de que existía un motivo para denegar la ejecución. Además, al suprimirse esas palabras, el texto abarcaría también la situación en que una parte contra la que se invocara una medida no compareciera en el procedimiento.

Inciso i) del apartado a)

105. Entre las dos variantes del proyecto de apartado, se prefirió la variante 2. Sin embargo, se sugirió que se suprimiera de esa variante la referencia al artículo 36 1) a) i) de la Ley Modelo, pues podía dar pie a que el tribunal se planteara si el tribunal arbitral podía tener competencia cuando aún no se hubiera iniciado el procedimiento arbitral. Se respondió que el párrafo 3) del artículo 17 *bis* contenía una salvaguardia contra ese riesgo, limitando las decisiones que pudiera adoptar el tribunal por cualquiera de los motivos del párrafo 2) al reconocimiento y a la ejecución de la medida cautelar. Se sugirió la posibilidad de hacer una

referencia al artículo 36 en lugar de a párrafos específicos. En tal caso, podría considerarse la supresión del inciso iv) del apartado a), pues ya estaría incluido en el artículo 36 1) a) v). Otra sugerencia fue que la decisión definitiva de adoptar la variante 2 no se tomara hasta que el Grupo de Trabajo hubiera examinado una versión unificada de las diversas referencias al artículo 36 de la Ley Modelo que figuraban en la versión actual del párrafo 2).

106. Se observó que, como se había decidido retener la variante 2, habría que reexaminar la cuestión de la carga de la prueba. A este respecto, se señaló que, a diferencia del apartado a) del párrafo 2), en el que no se decía expresamente a quién debería imponerse la carga de la prueba, el apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 disponía que esa carga debía imponerse a la parte contra la que se invocara la medida cautelar.

Motivo suplementario para denegar el reconocimiento y la ejecución

107. A raíz de la sugerencia de que se suprimiera la referencia al artículo 17 en el párrafo 1) y de que se agregara otro motivo por el que el tribunal pudiera denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar (véase el párrafo 10, *supra*), se propuso que, al final del párrafo 2), se agregara un nuevo inciso con el siguiente texto:

“v) el tribunal arbitral tiene prohibido dictar medidas cautelares [en virtud de un acuerdo entre las partes o de una disposición legal imperativa del país en que tiene lugar el arbitraje]”.

Se presentó una nueva propuesta en los siguientes términos:

“v) el tribunal arbitral no está autorizado a dictar la medida cautelar [en virtud de un acuerdo entre las partes o de la legislación del lugar del arbitraje]”.

Se indicó que esta última propuesta constituía una mejora respecto de la anterior porque reconocía que un árbitro no tenía la facultad intrínseca de dictar medidas cautelares y que esa facultad podía sólo dimanar del acuerdo entre las partes o de la legislación aplicable.

108. Se observó que el texto entre corchetes del nuevo inciso propuesto ya estaba regido por el artículo 36 1) a) iii), por lo que tal vez convendría suprimirlo. Respecto de la referencia el derecho aplicable en la sede del tribunal arbitral, se señaló que, por ejemplo, sería difícil para un juez ejecutar una medida cautelar cuando la ley del país en que tuviera lugar el arbitraje no permitiera tal procedimiento, a pesar de un acuerdo en contrario de las partes. Se observó que en la propuesta revisada no debería hacerse referencia al acuerdo entre las partes ni al derecho aplicable, porque la decisión al respecto debería dejarse en manos del tribunal.

109. Se puso en duda la utilidad de hacer referencia al país en que tenga lugar el arbitraje, y tampoco se consideró un buen criterio hacer referencia al país en que se solicite el reconocimiento y la ejecución. No obstante, se observó que el artículo 36 1) a) iv) hacía referencia a la “ley del país donde se efectuó el arbitraje” y que, en aras de la coherencia, tal vez convendría mantener esas palabras. En respuesta a ello se afirmó que la referencia a la legislación del país “donde se efectuó el arbitraje” podía no ser apropiada, pues lo que se pretendía incluir era la *lex arbitri*, y los árbitros podían no estar físicamente presentes en la jurisdicción que

regía el arbitraje. Por esta razón se propuso como más apropiado hacer una referencia a “la legislación que rige el procedimiento tribunal”.

110. En cuanto al mencionado motivo suplementario para denegar el reconocimiento y la ejecución, se opinó que tal disposición era innecesaria, ya que el asunto estaba suficientemente tratado en el artículo 36.

111. Si bien la definición del régimen del reconocimiento y la ejecución en el artículo 17 *bis* era apropiado para las medidas cautelares *inter partes*, se señaló que tal vez convendría examinar su aplicación a las medidas *ex parte*.

112. El Grupo de Trabajo convino en que el debate sobre el proyecto de artículo 17 *bis* tenía que proseguir en el período de sesiones siguiente. Se pidió a la Secretaría que prepara un proyecto revisado que recogiera las diversas opiniones y sugerencias expresadas.

Notas

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/54/17)*, párr. 337.

² *Ibid.*, párrs. 340 a 343.

³ *Ibid.*, párrs. 344 a 350.

⁴ *Ibid.*, párrs. 371 a 373.

⁵ *Ibid.*, párrs. 374 y 375.

⁶ *Ibid.*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/55/17)*, párr. 396.

⁷ *Ibid.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/56/17)*, párrs. 312 a 314.

⁸ *Ibid.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/57/17)*, párrs. 182 a 184.

⁹ *Ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/58/17)*, párr. 203.