



# Asamblea General

Distr. general  
27 de enero de 2005  
Español  
Original: inglés

## Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

38º período de sesiones  
Viena, 4 a 15 de julio de 2005

### Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 42º período de sesiones

#### Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción . . . . .	1-9	3
II. Deliberaciones y decisiones . . . . .	10	5
III. Proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, relativo a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares . . . . .	11-69	5
Párrafo 7 . . . . .	12-27	5
Apartado a) . . . . .	28-30	8
Apartado b) . . . . .	31	9
Apartado c) . . . . .	32-36	9
Apartado d) . . . . .	37-42	10
Apartado e) . . . . .	43-51	11
Apartado f) . . . . .	52-58	13
Apartado g) . . . . .	59-64	14
Apartado h) . . . . .	65-68	15
Documentación explicatoria . . . . .	69	16



IV.	Proyecto de disposición sobre el reconocimiento y la fuerza ejecutoria de las medidas cautelares (para su inserción como nuevo artículo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, reenumerado provisionalmente artículo 17 bis).....	70-89	16
	Párrafo 1 .....	71	17
	Apartado a) del párrafo 2) - Encabezamiento .....	72-73	17
	Incisos i) y ii) del apartado a) .....	74	17
	Inciso iii) del apartado a) .....	75-76	18
	Inciso iv) del apartado a) .....	77-81	18
	Inciso i) del apartado b) .....	82	19
	Inciso ii) del apartado b) .....	83	19
	Párrafo 3).....	84	20
	Párrafo 4).....	85	20
	Párrafo 5).....	86	20
	Párrafo 6).....	87-89	21
V.	Proyecto de disposición sobre la facultad del foro judicial para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje (para su inserción como nuevo artículo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, numerado provisionalmente como artículo 17 ter).....	90-95	21
VI.	Posible inclusión de la Convención de Nueva York en la lista de instrumentos internacionales a los que sería aplicable el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.....	96-97	22
VII.	Otros asuntos .....	98-100	23

## I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión consideró que había llegado el momento de evaluar, en el foro universal que ofrecía la Comisión, si eran aceptables las ideas y propuestas formuladas para perfeccionar el régimen legal y los reglamentos y prácticas del arbitraje. La Comisión encomendó esa labor al Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) y decidió que entre las cuestiones prioritarias que el Grupo de Trabajo habría de examinar figurara la de la ejecutoriedad de las medidas cautelares.

2. En los párrafos 5 a 17 del documento A/CN.9/WG.II/WP.130 figura el resumen más reciente de las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo sobre, entre otras cosas, un proyecto revisado de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (denominada en el presente informe “la Ley Modelo”), relativo a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, y sobre la propuesta de un nuevo artículo para la Ley Modelo concerniente a la ejecución de las medidas cautelares (numerado provisionalmente artículo 17 bis).

3. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 42º período de sesiones en Nueva York del 10 al 14 de enero de 2004. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Austria, Belarús, Bélgica, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Jordania, Kenya, Líbano, Madagascar, Marruecos, México, Nigeria, Pakistán, Paraguay, Polonia, Qatar, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Rwanda, Serbia y Montenegro, Sierra Leona, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Uruguay, Venezuela (República Bolivariana de) y Zimbabwe.

4. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Afganistán, Bolivia, Cabo Verde, Congo, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Filipinas, Finlandia, Irlanda, Malasia, Myanmar, Nicaragua, Nueva Zelandia, Países Bajos, República Árabe Siria, Santa Sede, Senegal y Ucrania.

5. Asistieron también observadores de las siguientes organizaciones intergubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: Comité Consultivo Internacional del Algodón (CCIA), Comité consultivo sobre el artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), Consejo de la Asamblea Interparlamentaria de Naciones Miembros de la Comunidad de Estados Independientes (CEI), Corte Permanente de Arbitraje y Unión Africana.

6. Estuvieron presentes, además, observadores de las siguientes organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: *American Arbitration Association* (AAA), *American Bar Association* (ABA), Asociación Árabe para el Arbitraje Internacional, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, *Association of the Bar of the City of New York* (ABCNY), *Association Suisse de l'Arbitrage* (ASA), Cámara de Comercio Internacional (CCI), *Center for International Legal Studies*, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de Lagos, *Chartered Institute of Arbitrators*, Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Corte

de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), *Forum for International Commercial Arbitration* (FICA), *Global Center for Dispute Resolution Research*, Instituto de Derecho Internacional, *Inter-Pacific Bar Association* (IPBA), *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* (KLRCA), *School of International Arbitration* y Unión Internacional de Abogados (UIA).

7. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes integrantes de la Mesa:

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

*Relator:* Sr. Lawrence BOO (Singapur).

8. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: a) el programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.133); b) una nota de la Secretaría en la que figuraba un nuevo texto revisado del párrafo 7) del proyecto de artículo 17, relativo a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares *ex parte* (sin escuchar a la otra parte), preparado a raíz de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 41º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.134); c) una nota de la Secretaría con una versión revisada de un proyecto de disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para su inserción como nuevo artículo, provisionalmente numerado 17 bis de la Ley Modelo) (A/CN.9/WG.II/WP.131); d) una nota de la Secretaría con una propuesta de proyecto de disposición concerniente a la facultad del foro judicial para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje (para su inserción provisional como nuevo artículo 17 ter de la Ley Modelo) (A/CN.9/WG.II/WP.125); e) una nota de la Secretaría sobre la inserción de una referencia a la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras en el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (A/CN.9/WG.II/WP.132); y f) el informe del Grupo de Trabajo sobre su 41º período de sesiones (A/CN.9/569).

9. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones;
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. Posible inclusión de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras en la lista de instrumentos internacionales a que se aplicaría el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales;
6. Otros asuntos;
7. Aprobación del informe.

## II. Deliberaciones y decisiones

10. El Grupo de Trabajo examinó el tema 4 del programa basándose en el texto que figuraba en las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.125, A/CN.9/WG.II/WP.131 y A/CN.9/WG.II/WP.134). Sus deliberaciones y conclusiones al respecto se recogen en los capítulos III, IV y V. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de varias disposiciones basándose en las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo. Éste examinó el tema 5 del programa sobre la base de las propuestas enunciadas en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.132), así como el tema 6 del programa. Sus deliberaciones y conclusiones al respecto se recogen en los capítulos VI y VII, respectivamente.

## III. Proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, relativo a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares

11. El Grupo de Trabajo recordó que en su 41º período de sesiones (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004) había examinado en detalle el texto del párrafo 7) de la versión revisada del artículo 17, relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares dictadas *ex parte* (es decir, sin escuchar a la otra parte), antes de decidir si procedía mencionar expresamente el denominado “mandato preliminar” en el proyecto de artículo 17 (en el proyecto de artículo 17 y en el presente informe se utiliza habitualmente el término “mandato preliminar” para referirse a toda medida cautelar dictada *ex parte*). El Grupo de Trabajo reanudó el examen del párrafo 7) del proyecto de artículo 17 sobre la base del texto preparado por la Secretaría con objeto de reflejar lo dicho en sus deliberaciones, recogido en el documento A/CN.9/WG.II/WP.134.

### Párrafo 7

12. Las opiniones siguieron divididas en lo que respecta a que se insertara una disposición relativa al mandato preliminar en el proyecto de artículo 17.

13. Se observó que facultar a los tribunales arbitrales para dictar mandatos preliminares redundaría en provecho de la práctica del arbitraje internacional por varias razones, entre ellas las siguientes:

- Las partes en un procedimiento de arbitraje tal vez preferirían obtener un mandato preliminar del tribunal arbitral, en lugar de tener que demandar dicha medida ante el foro judicial competente;
- El foro judicial estaba debidamente habilitado para imponer medidas cautelares *ex parte*, o sin escuchar a la otra parte, por lo que procedía que los tribunales arbitrales estuvieran igualmente habilitados;
- De no regularse este punto, se dejaría irresuelta la cuestión de si un tribunal arbitral puede dictar y hacer ejecutar un mandato preliminar, por lo que la inserción del párrafo 7) era importante, ya que su texto preveía

salvaguardias valiosas y serviría de orientación para todo Estado que deseara legislar al respecto.

14. No obstante, se expresaron diversas razones contra su inserción:
- El párrafo 7) era contrario al principio del trato equitativo que había de otorgarse a las partes reconocido en el artículo 18 de la Ley Modelo y a lo dispuesto en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) de su artículo 36;
  - No se había llegado a un consenso sobre la política de que la Ley Modelo procurara, como pauta general, equiparar plenamente las facultades de los tribunales arbitrales con las del foro judicial competente, y esa falta de consenso era patente en la disparidad de opiniones respecto de la cuestión suscitada en torno al denominado mandato preliminar.
15. A la luz de su debate, el Grupo de Trabajo convino en seguir considerando si procedía que se redactara el párrafo 7) en términos que hicieran que su aplicación fuera optativa para los Estados y para las partes en el procedimiento de arbitraje, así como la conveniencia de que el mandato preliminar fuera o no ejecutorio por vía judicial.

*Carácter optativo del párrafo 7) para los Estados*

16. Se expresó la opinión de que era ilógico e innecesario incorporar una cláusula de adopción o exclusión optativa de este párrafo por los Estados, habida cuenta de que el proyecto de instrumento se presentaba en forma de una Ley Modelo y que, por consiguiente, los Estados podían incorporar o no sus disposiciones a su derecho interno, así como modificarlas, si así lo deseaban.

17. Sin embargo, también se opinó que tal vez procediera ofrecer expresamente a los Estados la opción de excluir dicho párrafo a efectos de brindar orientación a todo Estado que tuviera dudas acerca de la utilidad de facultar a un tribunal arbitral para emitir mandatos preliminares. Esa opción podía enunciarse en una nota al pie del párrafo 7), inspirada en el criterio adoptado en el párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo, en donde se dijera: “el párrafo 7) tiene por objeto definir el procedimiento aplicable a la emisión de un mandato preliminar. El hecho de que un Estado decida no incluir, en su derecho interno, el presente párrafo no sería contrario al objetivo de armonización que se trata de promover con la Ley Modelo”.

*Posibilidad para las partes de remitir (opt-in) o de excluir (opt-out) el párrafo 7)*

18. La opción de habilitar a las partes para hacer remisión explícita al párrafo 7) fue considerada una solución conveniente, en particular por aquellas delegaciones que se oponían a que se habilitara a un tribunal arbitral para dictar mandatos preliminares. Se señaló además que el criterio de la autonomía contractual serviría de fundamento jurídico para la imposición arbitral de un mandato preliminar, como expresión de la voluntad de las propias partes. Además, en respuesta a la inquietud de que una cláusula de remisión previa explícita diera lugar a que esas medidas nunca se dictaran en la práctica, se recordó que existían reglamentos de arbitraje, aplicados por ciertas instituciones arbitrales, en los que se reconocía el derecho a imponer medidas sin escuchar a la otra parte, y esos reglamentos eran incorporables, por remisión, a la cláusula de arbitraje convenida entre las partes. Se indicó, no obstante, que cuando no se incorporara alguno de dichos reglamentos, el criterio de

la remisión explícita daría lugar a que no se dispusiera, en la mayoría de los casos, de la posibilidad de demandar la imposición de un mandato preliminar.

19. Se apoyó la opción de facultar a las partes para excluir de común acuerdo la imposición de dichas medidas, ya que se consideró que era más compatible con la estructura actual de la Ley Modelo, que contenía varias reglas de carácter igualmente supletorio, cuya aplicación quedaba supeditada a todo acuerdo en contrario de las partes. Se observó asimismo que el derecho legal de los países de tradición civilista reconocía habitualmente la práctica de excluir (*opt out*) por vía contractual la aplicación de reglas legales de rango supletorio, pero no la práctica de supeditar la aplicación de dichas reglas a una remisión contractual explícita (*opt in*). Se consideró además que esa opción estaba más en consonancia con los esfuerzos realizados por el Grupo de Trabajo en períodos de sesiones anteriores por reconocer la validez de un mandato preliminar, siempre y cuando se dispusiera de las debidas salvaguardias para impedir que se abusara de dicha medida.

#### *Ejecución judicial*

20. Se recordó que en el párrafo 6) del proyecto de artículo 17 bis (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.13) se preveía la ejecución judicial de un mandato preliminar arbitral. La opinión general fue la de que el párrafo 7) del proyecto de artículo 17 resultaría más aceptable, para las delegaciones que se oponían a que se reconociera validez jurídica al mandato preliminar, si no se previera su ejecución por vía judicial. Se daba por supuesto que toda parte en un acuerdo de arbitraje acostumbraba a observar todo mandato arbitral.

#### *Propuestas*

21. Se formularon varias propuestas para la estructuración del párrafo 7).

22. Una de ellas fue que el proyecto revisado resultaría aceptable, siempre y cuando se adoptara el criterio de la remisión explícita (*opt in*) de las partes y se suprimiera el párrafo 6) del artículo 17 bis, relativo a la ejecutoriedad del mandato preliminar. Sin embargo, se señaló que la ejecutoriedad del mandato, prevista en el párrafo 6) del artículo 17 bis, sería más aceptable si se retuviera la opción de la remisión explícita y fueran las propias partes las que facultaran al tribunal arbitral para emitir todo mandato preliminar que sea del caso.

23. A fin de superar la diferencia de opiniones entre las delegaciones que estaban a favor de la cláusula de remisión explícita y las que se oponían a ella, se propuso que se suprimieran la expresión “salvo acuerdo en contrario de las partes” y la frase “si las partes lo acuerdan expresamente” y se añadieran notas explicativas de pie de página relativas al párrafo 7) que dijeran:

- Toda institución arbitral podrá declarar aplicable su propio reglamento y las partes podrán estipular en contrario de lo dispuesto en este párrafo;
- El párrafo 7 sólo tiene por objeto definir el procedimiento aplicable para la emisión de un mandato preliminar, por lo que no sería contrario al objetivo de armonización que se trata de promover con la Ley Modelo que un Estado decidiera:
  - Omitir dicho párrafo;
  - Declararlo aplicable únicamente cuando las partes así lo convengan;

- Privarle de validez frente a toda estipulación de las partes en contrario; o
- Establecer condiciones menos onerosas que las enunciadas en el párrafo 7).

24. Se propuso, también con miras a superar la profunda divergencia de opiniones respecto de si procedía adoptar la fórmula de la remisión explícita o la de la exclusión explícita, que si el Grupo de Trabajo decidía ofrecer a las partes la opción de la remisión explícita, cabría añadir una nota de pie de página relativa al apartado a) del párrafo 7) en la que se indicara que no sería contrario al objetivo de armonización que se trataba de promover con la Ley Modelo que un Estado decidiera ofrecer a las partes la opción de la exclusión explícita del párrafo 7).

25. Se prestó cierto apoyo en pro de las propuestas de que se dejaran abiertas diversas posibilidades mediante una nota de pie de página. No obstante, se señaló que puntualizar todas las posibles opciones en una nota relativa al párrafo 7) sería contrario al objetivo de armonizar el derecho interno aplicable y privaría a los Estados de una orientación clara al respecto.

26. Se propuso, además, que el párrafo 7 indicara que el mandato preliminar no pasaba de ser una providencia o resolución de carácter procesal (en contraposición al laudo). Se indicó que con esa aclaración se establecería una distinción entre los mandatos preliminares y las demás medidas cautelares, que, con arreglo al párrafo 2) del artículo 17, podían dictarse en forma de laudo o de otra forma. Así pues, el régimen ejecutorio previsto en el artículo 17 bis sería únicamente aplicable a las medidas cautelares, y no al mandato preliminar dictado *ex parte* o sin escuchar a la otra parte.

27. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino, en general, en incluir el proyecto revisado de párrafo 7) en el proyecto de artículo 17 sobre la base de los principios de que sería aplicable, salvo estipulación en contrario de las partes, de que se pusiera en claro que el mandato preliminar tendría el alcance de una mera providencia y no de un laudo, sin que el artículo 17 bis previera vía ejecutoria alguna para el mandato preliminar, y sin que se insertara nota de pie de página alguna para explicar su contenido.

#### **Apartado a)**

##### *Exclusión de común acuerdo*

28. Con objeto de reflejar su decisión de que se diera a las partes la opción de excluir (*opt out*) el párrafo 7) (véase el párrafo 27 *supra*), el Grupo de Trabajo decidió que se retuviera la expresión “salvo acuerdo en contrario de las partes” y se suprimiera la frase “si las partes lo acuerdan expresamente”.

##### *“se abstenga de adoptar medidas”*

29. Se propuso que se sustituyera la frase “se abstenga de adoptar medidas que puedan frustrar el objetivo” por la frase “no deje que se frustre el objetivo” con objeto de aclarar que la finalidad del mandato preliminar no era únicamente impedir que la parte destinataria del mandato adopte alguna medida nociva, sino también exigirle que adopte ciertas medidas como, por ejemplo, proteger los bienes de todo deterioro o de alguna otra amenaza. Se indicó que eso podría dificultar la distinción

entre los mandatos preliminares y las medidas cautelares. Sin embargo, tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó la propuesta.

30. Se indicó que el apartado a) del párrafo 7) se podía entender erróneamente en el sentido de que el tribunal arbitral habría de limitarse a ordenar en términos generales a las partes, que no permitieran que se frustrara el objetivo de la medida cautelar. Se convino en que el tribunal arbitral podía dictar, a su arbitrio, un mandato preliminar que respondiera adecuadamente a las circunstancias del caso, y que eso se debía aclarar en todo texto explicativo eventual de dicha disposición.

#### **Apartado b)**

31. Se propuso que se incluyera la expresión “relativas a las medidas cautelares también” después de la palabra “artículo”, en la inteligencia de que esa expresión aclararía que la intención del apartado b) era que las obligaciones enunciadas en los párrafos 3), 4), 5), 6) y 6 bis) fueran aplicables a los mandatos preliminares.

#### **Apartado c)**

##### *Facultad del tribunal arbitral para dictar un mandato preliminar*

32. Como observación general con respecto a la estructura del párrafo 7), se señaló que, si bien el tribunal arbitral estaba facultado expresamente para otorgar medidas cautelares con arreglo al párrafo 1) del proyecto de artículo 17, no existía una disposición equivalente con respecto a la facultad del tribunal arbitral para dictar un mandato preliminar. Por consiguiente, se propuso modificar el apartado c) con objeto de otorgar expresamente ese derecho al tribunal arbitral y, con ese fin, suprimir la palabra “sólo” que figura antes de “podrá emitir” y sustituir la palabra “cuando” por la expresión “siempre y cuando”. El Grupo de Trabajo aprobó esa propuesta.

##### *“motivos justificados para temer”*

33. Se sugirió que se modificara el apartado c) a fin de hacer hincapié en el carácter excepcional de todo mandato preliminar permitiendo esos mandatos únicamente cuando existieran motivos poderosos para temer que la medida cautelar solicitada pudiera verse frustrada antes de que se hubiera tenido tiempo para escuchar a toda otra parte interesada.

34. Se recordó que la definición del criterio que ha de aplicar al tribunal arbitral para determinar si otorgará o no un mandato preliminar se había examinado en un período de sesiones anterior (véase A/CN.9/569, párrafos 39 a 43) y se habían expresado cierta inquietud de que se utilizaran criterios imprecisos. Se indicó que si se exigía que el tribunal arbitral tuviera motivos poderosos para dictar un mandato preliminar se podía crear una situación en que le fuera difícil tanto dictar como revocar un mandato preliminar demandado. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió conservar la formulación actual del apartado, que podía simplificarse sustituyendo la frase “existen motivos justificados para temer” por la frase “existe un temor justificado de”.

*definición del riesgo*

35. Se indicó que el riesgo mencionado en el apartado c) de que la medida se viera frustrada antes de que se hubiera tenido ocasión de escuchar a todas las partes interesadas no entrañaba el riesgo de que el mandato preliminar se pusiera en conocimiento de la parte contra la que se había dictado, razón por la cual se propuso enmendar el apartado c) para tener en cuenta ese riesgo. En consecuencia, se sugirió que se suprimiera la frase “antes de que se haya escuchado a todas las partes interesadas”. Al respecto, se indicó que era preferible utilizar la formulación de un proyecto anterior de apartado a) del párrafo 7 que figuraba en el párrafo 4 del documento A/CN.9/WG.II/WP.131 y en el párrafo 12 del documento A/CN.9/569: “cuando la divulgación previa de la medida cautelar solicitada a la parte que haya de cumplirla entrañe el riesgo de que su aplicación pueda verse frustrada”. Se pidió a la Secretaría que tuviera presente dicha sugerencia al presentar un proyecto revisado de dicha proposición.

36. A efectos de tener en cuenta la decisión mencionada anteriormente (véase el párrafo 27, *supra*) en el sentido de que el mandato preliminar únicamente se pudiera dictar con carácter de providencia y no de laudo, el Grupo de Trabajo convino en que después de las palabras “mandato preliminar” se insertara la expresión “en forma de providencia” o una expresión en términos análogos. No obstante, se señaló que la distinción entre providencia y medida cautelar no sólo era una cuestión de forma, sino también de fondo, ya que las decisiones de carácter procesal no adquirirían fuerza ejecutoria con arreglo a la Convención de Nueva York ni al artículo 36 de la Ley Modelo. Se pidió a la Secretaría que considerara la posibilidad de encontrar una formulación apropiada para reflejar el carácter procesal de los mandatos preliminares sin sugerir que éstos se habían de emitir en determinada forma procesal.

**Apartado d)***Comunicación de información*

37. Se indicó que el requisito de notificar a la parte afectada por el mandato preliminar todas las comunicaciones que intercambiaran al respecto el demandante del mandato y el tribunal arbitral podía cumplirse fácilmente cuando se tratara de comunicaciones por escrito. Sin embargo, se expresó la inquietud de que no quedaba claro de qué manera se cumpliría esa obligación con respecto a las comunicaciones verbales. Para abordar esa cuestión, se sugirió que al final del apartado d) se añadiera una expresión en términos como los siguientes: “junto con una transcripción literal de toda comunicación verbal” o “junto con un acta que deje constancia de todo intercambio verbal”. Se respondió que esa expresión podía imponer una carga excesivamente gravosa, particularmente cuando se demandara con urgencia un mandato preliminar y no fuera factible levantar un acta literal. A efectos de lograr más flexibilidad, se sugirió que se aclarara que el tribunal arbitral estaba obligado a revelar no sólo la existencia de las comunicaciones verbales, sino también su contenido. Se dijo que con ese criterio se daba flexibilidad al tribunal arbitral para determinar la mejor manera de cumplir la obligación que le incumbía en virtud del apartado d) con respecto a revelar información. Se pidió a la Secretaría que aplicara ese criterio, expresándolo en el lenguaje apropiado.

*“se haya pronunciado sobre la procedencia del mandato solicitado”*

38. Se sugirió que después del término “procedencia” se añadieran las palabras “de la solicitud del mandato preliminar” para que la formulación fuese compatible con la del apartado a), en el que se hacía referencia a “una solicitud de mandato preliminar”. Se pidió a la Secretaría que tuviese en cuenta esa sugerencia al revisar el proyecto.

*“la parte que vaya a verse afectada por tal mandato”*

39. Se indicó que, dado que el tribunal arbitral podía pronunciarse en pro o en contra de dictar un mandato preliminar, sería más apropiado referirse en la versión inglesa a “la parte contra la que se solicite el mandato”, en lugar de “la parte contra la que vaya dirigido el mandato” (en la versión española actual: “la parte que vaya a verse afectada por tal mandato”). El Grupo de Trabajo aprobó esa propuesta.

*Notificación*

40. El Grupo de Trabajo recordó que en su 41º período de sesiones (véase A/CN.9/569, párrafo 44) había preferido dejar abierta la cuestión de determinar quién tenía la obligación de dar traslado de los documentos y de comunicar toda la información a que se hacía referencia en el apartado d). No obstante, tras un debate, el Grupo de Trabajo concluyó que, en la forma en que estaba redactado, el apartado d) era ambiguo, y era preferible disponer que el tribunal arbitral, al que se hubiera demandado el mandato, fuera el obligado a notificar a la otra parte toda información o documento intercambiado al respecto. El Grupo de Trabajo aceptó esa propuesta.

41. Se sugirió que se aclarara que el tribunal arbitral estaba obligado a dar traslado de los documentos y comunicar la información a la parte contra la que se demandara el mandato, independientemente de que otorgara o denegara el mandato preliminar demandado. El Grupo de Trabajo confirmó esa obligación y se expresó el parecer de que la formulación actual del texto así lo daba a entender. Ahora bien, el Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que se aclarara esa lectura en el contexto de la documentación explicativa que se preparara posteriormente con respecto al artículo 17.

*[“, a no ser que el tribunal arbitral ... de suceder esto antes”]*

42. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera el texto que figuraba entre corchetes al final del apartado d) para tener en cuenta su decisión anterior (véase el párrafo 27, *supra*) de que en la Ley Modelo no se previera nada respecto de la ejecutoriedad por vía judicial de los mandatos preliminares.

### **Apartado e)**

*Variantes A y B*

43. El Grupo de Trabajo consideró las variantes A y B y la cuestión de la conveniencia de fijar un plazo para que la parte afectada presentara sus argumentos. Se manifestaron opiniones favorables a las dos variantes.

44. Algunas delegaciones consideraron que la variante A, que preveía un plazo de cuarenta y ocho horas para que la parte afectada presentara sus argumentos, establecía la salvaguardia fundamental de definir un marco cronológico, indicando

con claridad al tribunal arbitral que procedía que actuara con rapidez. También se consideró que la variante A era flexible, ya que daba margen para que la parte contra la que se dirigiera el mandato solicitara otro plazo. Con respecto a su formulación, se sugirió la conveniencia de seguir la pauta habitual de la Ley Modelo y referirse a “dos días”, no a “cuarenta y ocho horas”.

45. La variante B, que no establecía ningún límite temporal alguno, ya fuera expresado en días o en horas, recibió apoyo sobre la base de que la determinación de un plazo era innecesaria, ya que la parte afectada por el mandato en la mayoría de los casos trataría de ser escuchada por el tribunal arbitral tan pronto como fuera posible. Además, se consideró que la fijación de dicho plazo entrañaba el peligro de que el tribunal arbitral hubiera de abstenerse de dictar un mandato preliminar sólo por no serle posible, por razones prácticas, escuchar a la parte afectada por el mandato dentro de dicho plazo de cuarenta y ocho horas.

46. Se propuso que se combinaran las variantes A y B de la siguiente manera: “en el plazo más breve posible y, de ser viable, en un plazo de cuarenta y ocho horas contado a partir de la recepción de la notificación, o dentro de todo plazo más largo que haya solicitado la parte afectada por el mandato preliminar”. Se expresó el temor de que dicho texto propuesto fuera demasiado detallado y reglamentara excesivamente el asunto.

47. Otra propuesta fue la de que se reformulara el apartado e), sin darse a la parte afectada la posibilidad de señalar un plazo más largo, pero facultándose al tribunal arbitral para que fijara un plazo más largo, de estimarlo oportuno. Sin embargo, se señaló que con la referencia a “la oportunidad de presentar sus argumentos en el plazo más breve posible” ya se facultaba al tribunal arbitral para fijar un plazo más largo, aunque la parte afectada no lo hubiera solicitado.

48. Otra propuesta fue que se estableciera una diferencia entre la obligación de actuar con prontitud del tribunal arbitral y la obligación impuesta a la parte afectada por el mandato. Conforme a esa propuesta, debería darse a la parte afectada la oportunidad de presentar sus argumentos “lo antes posible”, y se debía añadir un texto que disponga que “el tribunal arbitral actuará con la mayor prontitud posible en atención a las circunstancias del caso”.

49. Se expresó el temor de que, aun en aquellos casos en los que no se dictara un mandato preliminar, la parte contra la que se hubiera demandado ese mandato pudiera, no obstante, tener interés en que el tribunal arbitral la escuchara, por lo que debía dejarse abierta esa posibilidad en el párrafo e) sustituyendo en el texto “la parte afectada por el mandato” por “la parte contra la que se haya demandado el mandato preliminar”. Se respondió que, aún en el supuesto de que un tribunal arbitral decida no dictar un mandato preliminar demandado, la parte que se hubiera visto afectada tendría ocasión de recurrir todavía ante el tribunal arbitral en alguna etapa ulterior del procedimiento, particularmente en toda vista *inter partes* concerniente a alguna medida cautelar.

50. Tras un debate, se decidió que el apartado e) debía redactarse en los siguientes términos: “El tribunal arbitral deberá dar a la parte afectada por el mandato preliminar la oportunidad de presentar sus argumentos lo antes posible. El tribunal arbitral deberá pronunciarse con la mayor prontitud posible en atención a las circunstancias del caso”. Cabría preparar, en una etapa ulterior, un comentario o

nota explicativa del artículo 17 que señalara un plazo de dos días como ilustrativo de la intención de esta regla.

#### *Notificación*

51. Se planteó la cuestión de si la notificación a que se hacía referencia en las variantes A y B era la notificación que debía dar el tribunal arbitral en virtud del apartado d), o si se hacía referencia a otra notificación que habría de hacerse en otro momento y que daría el tribunal arbitral a la parte afectada por el mandato con el fin de que ésta presentara sus argumentos. Se sugirió que se aclarara más cuándo debía darse la notificación disponiendo que el tribunal arbitral diera a la parte contra la que se dictara el mandato la oportunidad de presentar sus argumentos al mismo tiempo que se hiciera la notificación mencionada en el apartado d). Se propuso añadir al principio del apartado e) los términos “Al mismo tiempo”. La propuesta fue aceptada.

#### **Apartado f)**

##### *Plazo de veinte días*

52. En respuesta a una pregunta, se aclaró que debía entenderse que el plazo de veinte días a que se hacía referencia en el apartado f) empezaba a correr a partir de la fecha en que se emitiera el mandato preliminar y no a partir de la fecha en que se hubiera pedido dicho mandato preliminar. También se explicó que la finalidad del apartado f) era definir un plazo de validez para el mandato preliminar. Una vez transcurridos veinte días, el mandato preliminar expiraría automáticamente. Sin embargo, dentro de esos veinte días el mandato preliminar podía ser convertido en una medida cautelar provisional emitida *inter partes*, una vez escuchada la parte contra la que se hubiera emitido el mandato y haber decidido el tribunal arbitral confirmar, prorrogar o modificar dicho mandato preliminar bajo la forma de una medida cautelar *inter partes*, cuya validez no estaría sujeta a un plazo de veinte días.

53. Con el fin de reforzar la obligación del tribunal arbitral de examinar con prontitud la demanda de un mandato preliminar en el plazo más breve posible, se presentó la propuesta de modificar el apartado f) del siguiente modo: “El tribunal arbitral confirmará, prorrogará, modificará o levantará el mandato preliminar, de ser posible en un plazo de cuarenta y ocho horas, después de haber sido notificada la parte contra la que se hubiera emitido el mandato preliminar y de habersele dado la oportunidad de hacer valer sus argumentos”. Se consideró que el texto propuesto no era suficientemente flexible.

##### *Estructura del apartado f)*

54. Se expresó inquietud acerca de si la referencia a la idea de una medida cautelar que figuraba en la primera oración del apartado f) del párrafo 7) podía generar confusión, ya que el párrafo 7) tenía por único objetivo el de definir el régimen aplicable al mandato preliminar. Se hizo la observación de que el plazo de veinte días señalado en el apartado f) podía resultar, en la mayoría de los casos, demasiado breve para que el tribunal arbitral emitiera una medida cautelar, por la que confirmara, prorrogara o modificara el mandato preliminar emitido.

55. A fin de evitar cualquier tipo de confusión sobre el propósito del apartado f), se propuso poner en claro que, como cuestión de principio, la validez de un mandato preliminar no deberá exceder en ningún caso de veinte días, pero que algunas de las salvaguardias otorgadas en virtud del mandato preliminar podían ser, a su vez, incorporadas a toda medida cautelar que se dictara *inter partes*. Para reflejar este principio se propuso invertir el orden de las dos oraciones del apartado f), a fin de que dijera: “Todo mandato preliminar emitido con arreglo a lo previsto en el presente párrafo expirará al término de un plazo de veinte días contado a partir de la fecha en que el tribunal arbitral lo haya emitido. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá emitir una medida cautelar confirmando, prorrogando o modificando el mandato preliminar, una vez que la parte contra la que se emitió el mandato haya sido debidamente notificada y se le haya dado la oportunidad de hacer valer sus argumentos”. Se expresó apoyo en pro de esta propuesta.

56. Se advirtió al Grupo de Trabajo que no debía prestarse el texto así revisado a que se interpretara como facultando al tribunal arbitral para emitir un mandato preliminar con un plazo de validez superior a veinte días, salvo que dicho tribunal transforme ese mandato en una medida cautelar *inter partes*. Se sugirió que iniciar la segunda oración por “sin embargo” se prestaba a ser interpretado como introduciendo una excepción al principio establecido en la primera oración del texto propuesto, según el cual el mandato preliminar no podía tener un plazo de validez superior a veinte días.

57. Con el fin de reforzar la obligación del tribunal arbitral de transformar su mandato en medida *inter partes*, se propuso sustituir el verbo “podrá emitir” que figura a continuación de “el tribunal arbitral” por “deberá emitir”. Se propuso también que en vez de hablar de “confirmar” o “prorrogar” el mandato preliminar, se utilizara un lenguaje que recalcará la necesidad de transformar el mandato inicial en una medida cautelar *inter partes*.

58. Tras debatir al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó la siguiente versión revisada del apartado f): “Todo mandato preliminar emitido con arreglo a lo previsto en el presente párrafo expirará al término de un plazo de veinte días contado a partir de la fecha en que el tribunal arbitral lo haya emitido. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá emitir una medida cautelar por la que se apruebe o modifique el mandato preliminar, una vez que se haya notificado el mandato a la parte afectada y se le haya dado la oportunidad de hacer valer sus argumentos”.

#### **Apartado g)**

##### *La caución como condición suspensiva*

59. Se sugirió reformular el texto del apartado g) a fin de condicionar la emisión, por el tribunal arbitral, de un mandato preliminar a que el demandante del mandato deposite una caución apropiada.

60. Sin embargo, se expresó cierta inquietud de que la rigidez de dicha regla creara dificultades en la práctica. El Grupo de Trabajo recordó que ya se había examinado la cuestión del depósito de una caución por el demandante de un mandato preliminar (véanse párrs. 35 a 38 de A/CN.9/569 y 69 y 70 de A/CN.9/545) y se había acordado que, para dar las salvaguardias requeridas en el supuesto de toda medida cautelar dictada *ex parte*, el apartado g) debía indicar que el tribunal

arbitral estaba obligado a considerar la conveniencia de exigir una caución, pero que la decisión de exigirla debía dejarse al arbitrio de dicho tribunal.

*Momento en que procedería exigir una caución*

61. El Grupo de Trabajo recordó que en su 41º período de sesiones se expresó la inquietud de que no se hubiera definido claramente el momento en el que se había de exigir caución (véase párr. 38 de A/CN.9/569). Se sugirió que esta falta de precisión era apropiada, ya que daba al tribunal arbitral margen para actuar con flexibilidad, por ejemplo, en todo supuesto en el que el demandante requiriera algo de tiempo para depositar una caución, pero necesitara urgentemente el amparo del mandato preliminar.

*“caución apropiada”*

62. Se afirmó que la utilización, en la versión inglesa, de los términos “appropriate security” e “inappropriate” en el apartado g) inducía a confusión. En respuesta, se propuso que se eliminara el término “appropriate” o se sustituyera por el término “adequate” (traducible por: “suficiente”).

*“salvo que el tribunal arbitral estime que es innecesario o que no procede exigirla”*

63. Se propuso que la frase final “salvo que el tribunal arbitral estime que es innecesario o que no procede exigirla” podía ser eliminado totalmente, ya que permitía expresamente que un tribunal arbitral decidiera no exigir una caución. Sin embargo, esta propuesta fue criticada ya que, en algunas circunstancias excepcionales, podía no ser apropiado exigir una caución, por ejemplo, si un demandante había sido privado de bienes, que le hubieran permitido depositar una caución, por algún acto del demandado.

64. El Grupo de Trabajo acordó mantener el texto del apartado g) suprimiendo el adjetivo “apropiada” referente a la caución.

**Apartado h)**

*Remisiones a los apartados c) y e)*

65. Se propuso, y el Grupo de Trabajo aceptó, que se suprimieran las remisiones a los apartados c) y e) puesto que ya no eran necesarias.

*Interrelación entre el apartado h) y el párrafo 5) del artículo 17*

66. Se preguntó si la obligación enunciada en el apartado h) no resultaba redundante a la luz de la obligación de divulgar todo cambio enunciada en el párrafo 5) del proyecto de artículo 17. Se respondió que la obligación enunciada en el apartado h) difería de la enunciada en el párrafo 5) del proyecto de artículo 17, por exigirse en este último que se dé a conocer todo cambio importante de las circunstancias que motivaron la demanda, mientras que el apartado h) exigía que se diera a conocer todo hecho que pudiera ser pertinente, incluso aquellos que no sirvieran de fundamento para la demanda del mandato preliminar. Se explicó que el motivo de que se exigiera esta divulgación completa era que, por tratarse de un mandato preliminar, el tribunal arbitral no tendría la oportunidad de escuchar a ambas partes y, por consiguiente, debía imponerse al demandante la carga adicional

de dar a conocer hechos que podrían no servir de soporte a sus argumentos, pero que podrían influir en la decisión del tribunal arbitral.

*“la parte que vaya a verse afectada por el mandato”*

67. Se propuso sustituir en la versión inglesa el texto “la parte contra la que va dirigido el mandato” (en la versión española actual: “la parte que vaya a ser afectada por el mandato”) por “la parte contra la que se haya demandado el mandato preliminar” para aclarar que la obligación de informar que corresponde al demandante existía desde el momento en que se presentaba la demanda de un mandato preliminar, y no únicamente desde el momento en que el tribunal arbitral se pronunciara al respecto. Dicha propuesta fue aceptada.

*Nota relativa al apartado h)*

68. Se observó que la nota relativa al apartado h) se había incluido para tener en cuenta el hecho de que el derecho interno de muchos países no admitía que se obligara a una parte a presentar información contraria a sus intereses, por ser ello contrario a los principios generales de su derecho procesal (A/CN.9/569 párr. 68). El Grupo de Trabajo acordó que se eliminara la nota debido a que era innecesaria y a que la mención de unas “condiciones menos onerosas” era poco afortunada cuando se aplicaba a una obligación de informar.

#### **Documentación explicatoria**

69. Al término de las deliberaciones sostenidas en relación con el párrafo 7) del proyecto de artículo 17 se intercambiaron opiniones acerca de la posibilidad de elaborar material explicativo sobre las nuevas disposiciones que preparaba el Grupo de Trabajo para añadir a la Ley Modelo y, en caso afirmativo, qué forma podría adoptar ese material. Por el momento, el Grupo de Trabajo solamente convino en que era necesario dar explicaciones para facilitar la incorporación al derecho interno y utilización de esas nuevas disposiciones. Habida cuenta de que éstas formarían parte de la Ley Modelo, que venía acompañada de una “Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI”, incluida en la publicación de las Naciones Unidas que contenía el texto de la Ley Modelo (Nº de venta S.95.V.18), se convino en que las explicaciones relativas a las nuevas disposiciones modelo podían figurar en una versión revisada de esa nota explicativa.

#### **IV. Proyecto de disposición sobre el reconocimiento y la fuerza ejecutoria de las medidas cautelares (para su inserción como nuevo artículo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, reenumerado provisionalmente artículo 17 bis)**

70. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 17 bis, que figura en el párr. 46 del documento A/CN.9/WG.II/WP.131.

**Párrafo 1**

71. El Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 1) sin cambios.

**Apartado a) del párrafo 2) - Encabezamiento**

72. Se propuso que se modificara el apartado a) del párrafo 2) con objeto de facultar tanto a la parte afectada por la medida como a todo tercero interesado para solicitar al foro judicial que denegara el reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar. Con ese fin se propuso que se añadiera la expresión “o en nombre” después de la frase “al actuar a instancia”. A fin de aliviar la inquietud suscitada por la posibilidad de que se interpretara la expresión “en nombre de” como referida únicamente a los representantes de las partes y no a terceros, por lo que dicha expresión no serviría para amparar plenamente los derechos de terceros, se propuso también insertar el siguiente texto en el párrafo 2): “Nada de lo dispuesto en la presente disposición menoscabará el derecho de cualquier tercero interesado a invocar toda excepción de la que disponga con arreglo a la ley del foro”. Contra dicha propuesta, se adujo que los artículos 17 y 17 bis sólo eran aplicables a las partes en el arbitraje, no a los terceros, y que esa modificación haría innecesariamente compleja la disposición. Sin embargo, habida cuenta de que en la práctica podían verse involucrados terceros en la ejecución de una medida cautelar (por ejemplo, el depositario de los bienes de la parte afectada por la medida), se decidió volver a examinar la cuestión en el contexto del proyecto de artículo 17 ter.

*Carga de la prueba*

73. Se expresó la preocupación de que en el apartado a) del párrafo 2) no quedaba claro sobre quién recaía la carga de la prueba en el caso de que fuese necesario convencer al tribunal arbitral de que existía una cuestión de fondo suscitada por algún motivo de denegación o de que dicha denegación estaba justificada. Se señaló que el criterio que se seguía para abordar la cuestión de la carga de la prueba era diferente del adoptado en el apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo. Se señaló también que, si el Grupo de Trabajo decidía no modificar el apartado a) del párrafo 2) para que fuera compatible con aquél, sería necesario dar las explicaciones del caso para evitar confusiones o distintas interpretaciones en lo que respecta a asignar la carga de la prueba. A eso se respondió que en la formulación del encabezamiento y en el apartado a) del párrafo 2) se había tenido en cuenta una decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones anteriores en el sentido de que no se previera disposición alguna en lo tocante a la asignación de la carga de la prueba y de que ese asunto se dejara al arbitrio de la ley aplicable (A/CN.9/524, párrs. 35, 36, 42, 58 y 60).

**Incisos i) y ii) del apartado a)**

*“[Existe una cuestión de fondo suscitada por alguno de los motivos de denegación]  
[Dicha denegación está justificada por alguno de los motivos]”*

74. Se recordó que el primer texto que figuraba entre corchetes se había incluido para tener en cuenta la opinión de que resultaría difícil valorar de forma concluyente, en la etapa preliminar en que se fuera a dictar una medida cautelar, los motivos a los que se hace referencia en el inciso i) del apartado a). Se indicó que el primer texto, daba más flexibilidad, habida cuenta de que la decisión del foro

judicial relativa a la ejecución de la medida cautelar tal vez habría de reconsiderarse en la etapa final del procedimiento. En cambio, el segundo texto entre corchetes elevaba, sin duda, el umbral de los motivos requeridos para justificar la denegación y aclaraba más que el reconocimiento y la ejecución debían ser la regla y no la excepción. Sobre esa base, el Grupo de Trabajo convino en que se mantuviera la formulación del segundo texto y en que se combinaran los incisos i) y ii) de la siguiente manera: “Tal denegación está justificada por algún motivo enunciado en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o”.

**Inciso iii) del apartado a)**

75. Se propuso que se suprimiera el inciso iii) sobre la base de una decisión anterior del Grupo de Trabajo en el sentido de que la caución mencionada en el párrafo 4) del proyecto de artículo 17 no sería, en todos los supuestos, un requisito previo para que se otorgara una medida cautelar y de que en el párrafo 5) del proyecto de artículo 17 bis ya se facultaba al foro judicial para ordenar al demandante de la medida cautelar que prestara una caución adecuada. No obstante, se consideró, en términos generales, que cabía retener esa disposición porque constituía una salvaguardia importante para la parte contra la que se dictara la medida. Se observó también que el inciso iii) era necesario porque el párrafo 5) del proyecto de artículo 17 bis únicamente se aplicaba si el tribunal arbitral no había exigido caución, en tanto que el inciso iii) abordaba el supuesto de que el tribunal arbitral ya se hubiera pronunciado al respecto, pero no se hubiese cumplido su decisión.

76. Se indicó que en el inciso iii) únicamente preveía el supuesto de que se hubiera incumplido una orden de prestar una caución adecuada, sin tener en cuenta el hecho de que el tribunal arbitral podía no exigir caución alguna, o de que podía exigir una caución, cuyo depósito se hubiera aplazado. A fin de abarcar mejor esas situaciones, se propuso enmendar el inciso iii) reemplazando la frase “No se ha cumplido el requisito” por la frase “No se ha cumplido ninguno de los requisitos”, o reemplazando la frase “el requisito de prestar la caución” por la frase “la orden del tribunal arbitral relativa al depósito de la caución”. Se sugirió que en lugar de utilizar el término “orden” se utilizara el término “decisión” con objeto de admitir la posibilidad de que la caución se exigiera por medio de un laudo. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó el fondo de esas propuestas y pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada.

**Inciso iv) del apartado a)**

77. Se propuso que se suprimiera el inciso iv) por considerarse innecesario abordar la cuestión de la suspensión o revocación de una medida cautelar por un tribunal arbitral, habida cuenta de que no se podía invocar motivo alguno para el reconocimiento o la ejecución de una medida de esa índole. Se indicó también que no era necesario contar con una disposición especial relativa a la suspensión o revocación de una medida cautelar por parte de un foro judicial, ya que en muchos ordenamientos jurídicos esa suspensión o revocación no estaba permitida. No se apoyó la supresión propuesta.

*[o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó] [se tramite el procedimiento de arbitraje]*

78. El Grupo de Trabajo examinó los textos que figuraban entre corchetes en el inciso iv). Se observó que el primero de ellos estaba redactado en términos análogos a los del inciso v) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 de la ley Modelo y el artículo V de la Convención de Nueva York, y que dicho texto había sido objeto de interpretaciones divergentes en diversos foros judiciales, en particular en lo que respecta a si el término “derecho” se refería al derecho procesal o al derecho sustantivo del Estado del foro. No obstante, se consideró preferible mantener cierta coherencia de lenguaje.

79. Para que el inciso iv) fuese compatible con la disposición análoga de la Ley Modelo mencionada en el párrafo anterior, se propuso la opción de conservar los dos textos que figuraban entre paréntesis, pero invirtiendo el orden. Tras un debate, el Grupo de Trabajo aceptó esa propuesta.

#### *Anular*

80. En consonancia con el lenguaje del artículo 36, se propuso que después del término “suspendida” se añadiera el término “anulada”, ya que en algunos ordenamientos jurídicos el término “anulación” tenía un significado diferente del de “revocación”. Se respondió recordando que el propósito del proyecto de artículo 17 bis era sentar las reglas para el reconocimiento y la ejecución de las medidas cautelares, no reproducir con exactitud lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Modelo. Con miras a evitar hacer referencia a la “anulación”, se propuso que se suprimieran las frases “o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un foro judicial del Estado en donde [o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó] [se tramite el procedimiento de arbitraje]”. El Grupo de Trabajo tomó nota de esas dos propuestas.

#### *Nueva disposición*

81. Se propuso añadir una disposición para abordar expresamente el supuesto de que la ley del país en que se efectuara el arbitraje o la ley en virtud de la cual se hubiera dictado la medida cautelar no permitiera que un tribunal arbitral dictara medidas de esa índole, o en que las partes hubiesen excluido la competencia del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares. Al respecto se propuso el siguiente texto: “El tribunal arbitral carece de competencia para dictar la medida cautelar”. Se indicó, sin embargo que ese supuesto ya estaba previsto en el inciso i) del proyecto de artículo 17 2) a), cuyo texto hacía remisión al inciso iii) del párrafo 1) del artículo 36. El Grupo de Trabajo no aprobó esa propuesta.

#### **Inciso i) del apartado b)**

82. Se sugirió que se suprimiera la frase “que la ley le confiere”, ya que se podía interpretar erróneamente en el sentido de que un foro judicial podía actuar con arreglo a otra ley que no fuera la ley del foro. El Grupo de Trabajo aceptó esa propuesta.

**Inciso ii) del apartado b)**

83. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido del inciso ii) del apartado b).

**Párrafo 3)**

84. Se propuso añadir la siguiente oración al párrafo 3): “De invocarse alguna de las excepciones previstas en el párrafo 2) para oponerse a la ejecución de una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral, nada impedirá que el foro judicial ante el cual se haya demandado la ejecución o todo otro foro judicial competente dicte, con arreglo a las facultades que la ley del foro le confiera, medidas esencialmente idénticas a las dictadas por el tribunal arbitral”. Se señaló que se había de añadir ese texto, o su parecido, para no anular la posibilidad de que, en virtud de la ley que le sea aplicable, un foro judicial pueda dictar una medida cautelar similar, que sirva para ejecutar la medida dictada por el tribunal arbitral, y evitar así que su actuación tropiece con las condiciones más restrictivas resultantes de la segunda oración del párrafo 3). Se propuso como posible variante que, a fin de impedir que una parte demande ante un foro judicial una medida cautelar que no consiga obtener del tribunal arbitral, al final del párrafo 3) se añadiera el siguiente texto: “Nada impedirá que el foro judicial otorgue, con arreglo a la ley del foro, medidas esencialmente idénticas a las dictadas por el tribunal arbitral”. Como variante a esas dos propuestas, se sugirió colocar el texto propuesto en algún comentario que se hiciera del proyecto de artículo 17 bis. El Grupo de Trabajo tomó nota de la propuesta y decidió seguirla examinando en el contexto del proyecto de artículo 17 ter.

**Párrafo 4)**

85. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 4), sin cambio alguno.

**Párrafo 5)**

86. A fin de dejar en claro la intención de que el foro judicial podrá exigir del demandante que preste una caución si el foro es de la opinión de que la caución es oportuna y el tribunal arbitral no la haya exigido ya o cuando esa caución sea necesaria para amparar los derechos de terceros, se sugirió que se volviera a redactar el párrafo 5) en la forma siguiente: “El foro judicial del Estado ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir del demandante que preste una caución adecuada, cuando el tribunal arbitral no haya exigido ya dicha caución o cuando esa caución sea necesaria para proteger los derechos de terceros”. Se sugirió también que la expresión “haya exigido” se modificara para que dijese “haya exigido expresamente”, a fin de indicar al tribunal que deberá considerar expresamente la conveniencia de exigir una caución, aún si decide finalmente no exigirla. Se propuso que la referencia hecha en el texto inglés a “order”, que aparece dos veces en el párrafo 5), se sustituyera por el verbo “*require*” o por el sustantivo “*decision*”, a fin de no limitar el efecto de la disposición a las providencias procesales. Se pidió a la Secretaría que tuviera esas propuestas en cuenta al preparar un proyecto revisado del párrafo 5).

**Párrafo 6***El Mandato preliminar y su fuerza ejecutoria*

87. Conforme a su decisión anterior de que un mandato preliminar no sería ejecutable por vía judicial, el Grupo de Trabajo convino en suprimir el párrafo 6). El Grupo de Trabajo pasó luego a examinar la cuestión de si el proyecto de artículo 17 bis debería disponer expresamente que sus disposiciones no se aplicaban a los mandatos preliminares. Se expresó el reparo de que la inclusión de una declaración explícita de que los mandatos preliminares no eran ejecutables podría tener un efecto negativo en esos mandatos (en el sentido de que podría poner en duda su carácter vinculante) y, por esa razón, tal vez fuese preferible indicar simplemente que el artículo 17 bis sólo se aplicaba a las medidas cautelares *inter partes*.

88. Se señaló que una declaración explícita de esa índole era innecesaria en vista de que en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 2) del artículo 17 bis autorizaba ya la denegación de la ejecución basándose en las razones expuestas en el inciso ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36, que se refería a la situación en que la parte contra la cual se invoca la medida, entre otras cosas, “no ha podido hacer valer sus derechos”. A ese respecto, se respondió que el hecho de que un mandato preliminar no fuese ejecutable se debería hacer constar explícitamente y no dejar su interpretación a merced de una aplicación críptica del proyecto de disposiciones. Además, se hizo notar que tanto el artículo 36 como el proyecto de artículo 17 bis preveían la discreción de denegar la ejecución y que, por consiguiente, seguiría siendo posible que el foro judicial dispusiera la ejecución de un mandato preliminar.

89. Se señaló que ese riesgo era aún mayor si se tenía en cuenta la nota de pie de página relativa al párrafo 1) del artículo 17 bis, que permitía a un Estado prever menos supuestos en los que pudiera denegarse la ejecución. Por esa razón, hubo acuerdo general en que sería preferible disponer expresamente que un mandato preliminar no podría ser objeto de ejecución a fin de que el asunto quede fuera de toda duda. Se decidió que la Secretaría preparase un proyecto de párrafo, para su inclusión en el artículo 17 bis, en el que se enunciara el principio de que las medidas cautelares dictadas *ex parte* no eran ejecutorias por vía judicial, pero procurando encontrar una fórmula que no menoscabe la índole vinculante del mandato preliminar.

**V. Proyecto de disposición sobre la facultad del foro judicial para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje (para su inserción como nuevo artículo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, numerado provisionalmente como artículo 17 ter)**

90. El Grupo de Trabajo procedió a examinar dos variantes de texto (según figuran en A/CN.9/WG.II/WP.125, párr. 42) relativas a la facultad del foro judicial para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje.

*Variantes 1 y 2*

91. Se expresó la opinión de que la variante 1 facultaba al foro judicial en términos que le dotaban de una mayor flexibilidad para dictar medidas cautelares al permitirle remitirse a sus propias normas y procedimientos, en tanto que la variante 2 exigía que esa competencia se ejerciera “de conformidad con los requisitos enunciados en el artículo 17”. Por esa razón, se prefirió la variante 1.

*Relación entre los artículos 17 bis y 17 ter*

92. Se formuló la propuesta de que el comienzo de la variante 1 se redactase de nuevo de modo que dijera “Salvo lo previsto en el artículo 17 bis, el foro judicial tendrá”, a fin de aclarar que el foro judicial no deberá admitir una demanda de que otorgue una medida cautelar cuando la medida solicitada haya sido ya denegada por un tribunal de arbitraje. Se dijo, no obstante, que no cabía impedir que el foro judicial competente entrara a examinar, a instancia de la parte interesada, los fundamentos del caso, aun cuando dicho foro se hubiera pronunciado ya con arreglo a lo previsto en el proyecto de artículo 17 bis.

*Relación entre el proyecto de artículo 17 ter y el artículo 9 de la Ley Modelo*

93. En cuanto a la relación existente entre lo dispuesto en el artículo 9 y en el artículo 17 ter, se observó que el alcance de uno y otro artículo era distinto, ya que el artículo 9 se ocupaba del derecho de un tercero interesado a demandar una medida cautelar ante el foro judicial, mientras que el artículo 17 ter facultaba expresamente al foro judicial competente para otorgar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral.

*Terceros*

94. Se sugirió también que al final de la segunda oración de la variante 1 se insertara un texto del siguiente tenor: “en el entendimiento de que las restricciones enunciadas en el artículo 17 bis no son aplicables a las objeciones oponibles por terceros frente a las medidas cautelares”. Si bien el Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que se analizara más a fondo todo lo referente al amparo de terceros, dicha sugerencia no obtuvo apoyo. En todo caso, se estimó en general que sería preferible abordar la cuestión del amparo de terceros en el marco del proyecto de artículo 17 bis en vez de en el marco del artículo 17 ter (véase párr. 72 *supra*).

95. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en adoptar la variante 1 del artículo 17 ter, tal como figuraba en el documento A/CN.9/WGII/WP.125, párrafo 42.

## **VI. Posible inclusión de la Convención de Nueva York en la lista de instrumentos internacionales a los que sería aplicable el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales**

96. El Grupo de Trabajo recordó sus deliberaciones anteriores acerca del proyecto de convención que actualmente prepara el Grupo de Trabajo IV, así como acerca de su relación con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y de su

finalidad de instituir un régimen uniforme que regule la utilización de las comunicaciones electrónicas en la formación y el cumplimiento de los contratos internacionales (A/CN.9/569, párr. 73). Hubo apoyo general a favor de que se insertara en el proyecto de convención una referencia a la Convención de Nueva York, que sirviera para aclarar el requisito de la forma escrita, enunciado en el párrafo 2 del artículo II de dicha Convención, y otros requisitos prescritos para las comunicaciones escritas en el texto de la Convención de Nueva York. Se reiteraron diversas opiniones, inquietudes y preguntas formuladas en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/569, párrs. 75, 76 y 78). Se insistió en que la inserción en el texto del proyecto de convención de esa referencia a la Convención de Nueva York, no debería restar valor a ninguna deliberación ulterior que se hiciera en el Grupo de Trabajo acerca de las cuestiones suscitadas por la interpretación del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York.

97. Respecto de la formulación exacta de las disposiciones del proyecto de convención concernientes a la interpretación de la Convención de Nueva York, se reiteraron también las propuestas ya formuladas en el anterior período de sesiones (A/CN.9/569, párr. 77). Se sugirió, en particular, que se aclarara si la noción de “contrato” utilizada en el proyecto de convención era aplicable a un acuerdo de arbitraje. Se expresó también el parecer de que tal vez debiera aclararse cómo habría de aplicarse el criterio de la equivalencia funcional, enunciado en el proyecto de convención, a las nociones de “original debidamente autenticado de la sentencia” o “copia de ese original” que se enuncian en el apartado a) del párrafo 1) del artículo IV de la Convención de Nueva York. Se alentó a las delegaciones a que entablaran consultas y presentaran sus observaciones a la Secretaría para la preparación de las deliberaciones de la Comisión, en su 38º período de sesiones (que se celebrará en Viena del 4 al 15 de julio de 2005), durante el cual se finalizará el texto del proyecto de convención.

## VII. Otros asuntos

98. Respecto del curso futuro de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo recordó que, además de las cuestiones señaladas en el actual período de sesiones respecto del proyecto de artículo 17 bis (véanse párrs. 70 a 89, *supra*), se habrían de considerar las propuestas formuladas en su anterior período de sesiones respecto de los párrafos 1 a 6 bis del proyecto de artículo 17 (véase A/CN.9/569, párr. 22). Se recordó además que seguían sin resolverse algunas de las cuestiones suscitadas respecto del proyecto de artículo 17 bis en la nota de la Secretaría, y en particular en el párrafo 51 del documento A/CN.9/WG.II/WP.131. Con miras a finalizar su examen de los proyectos de artículo 17, 17 bis y 17 ter, así como su labor sobre el proyecto de artículo 7 de la Ley Modelo y sobre la interpretación del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York, el Grupo de Trabajo convino en que se solicitara a la Comisión que le asignara tiempo para celebrar dos períodos adicionales de sesiones antes del 39º período de sesiones de la Comisión (2006), en el que estaba previsto que la Comisión examinara y aprobara el texto de esos proyectos de disposición. Se observó que, a reserva de su aprobación por la Comisión, se tenía previsto celebrar el 43º período de sesiones del Grupo de Trabajo en Viena, del 3 al 7 de octubre de 2005.

99. En cuanto a la relación entre el texto actual de la Ley Modelo y el texto de los proyectos de artículo revisados, se pidió a la Secretaría que examinara la cuestión de la forma en la que cabría presentar las disposiciones actuales y las revisadas, con sus posibles variantes, para ser examinadas por el Grupo de Trabajo en un futuro período de sesiones.

100. El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que, al planificar su futura labor, se diera prioridad al examen de las cuestiones concernientes a la arbitrabilidad de las controversias en el seno de una misma empresa y a otras cuestiones de arbitrabilidad, por ejemplo, la arbitrabilidad de cuestiones concernientes a los bienes inmuebles, a la insolvencia, o a la competencia desleal. Se sugirió además que tal vez procediera examinar las cuestiones suscitadas por la solución en línea de controversias y la necesidad eventual de que se revise el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Se invitó a la Secretaría a que considerara si alguna de esas cuestiones podía servir de base para que se presentaran propuestas concretas al examen del Grupo de Trabajo en un ulterior período de sesiones.

---