Naciones Unidas A/CN.9/669

Asamblea General

Distr. general
9 de marzo de 2009
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
42º período de sesiones
Viena, 29 de junio a 17 de julio de 2009

Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) sobre la labor realizada en su 50º período de sesiones (Nueva York, 9 a 13 de febrero de 2009)

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1-8	2
II.	Organización del período de sesiones	9-16	5
III.	Deliberaciones y decisiones	17	6
IV.	Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	18-119	7
	Sección III. Procedimiento arbitral	19-119	7
V.	Organización de la labor futura	120-121	28

V.09-81346 (S) 070409 080409

I. Introducción

1. En su 31º período de sesiones (Nueva York, 1º a 12 de junio de 1998), la Comisión, en el marco de sus deliberaciones acerca del "Día de la Convención de Nueva York", jornada conmemorativa especial por la que celebró en junio de 1998 el cuadragésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (en adelante, "la Convención de Nueva York"), estimó que sería oportuno entablar un debate sobre la posible labor futura que cabría emprender en materia de arbitraje. Pidió a la Secretaría que preparara una nota que sirviera de base para que la Comisión examinara esta cuestión en su siguiente período de sesiones[1].

2. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión tuvo a su disposición una nota titulada "Posible labor futura en materia del arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460). Aprovechando la oportunidad de examinar la conveniencia y viabilidad de seguir desarrollando el régimen legal del arbitraje comercial internacional, la Comisión estimó en general que había llegado la hora de evaluar la ya considerable y favorable experiencia adquirida en la promulgación de leyes internas inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) (en adelante, "la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje"), así como en la utilización del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (en adelante, "el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI" o "el Reglamento") y del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de evaluar en un foro universal como el de la Comisión, la aceptabilidad de las ideas y propuestas presentadas para el perfeccionamiento de las normas legales y reglamentarias aplicables al arbitraje y de las prácticas seguidas al respecto[2]. Al examinar la Comisión este tema, dejó abierta la cuestión de cuál sería la forma que debería revestir el texto que elaborara. Se convino en que se aplazaran para más adelante las decisiones al respecto para adoptarlas cuando se conociera mejor el contenido de las soluciones propuestas. Cabría, por ejemplo, preparar una normativa uniforme de rango legislativo (en forma de disposiciones legales modelo o de un tratado) o un texto de rango no legislativo (como pudiera ser una normativa contractual modelo o una guía de prácticas recomendadas)[3].

3. En su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), la Comisión convino en que se diera prioridad al tema de la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. La Comisión tomó nota de que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que había sido uno de los primeros instrumentos que elaboró la CNUDMI en materia de arbitraje, había conseguido un notable éxito y había sido adoptado por muchos centros de arbitraje; además, se había utilizado en casos muy distintos, como por ejemplo, en controversias entre inversionistas y autoridades estatales. Habida cuenta del éxito y del prestigio que había logrado el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la Comisión opinó en general que, al procederse a su revisión, no debía alterarse la estructura del texto ni su espíritu ni su estilo, y que debería mantenerse su flexibilidad y no hacerlo más complejo. Se sugirió que el Grupo de Trabajo definiera cuidadosamente una lista de temas que

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/53/17), párr. 235.
[2] Ibíd., *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 17 (*A/54/17), párr. 337.
[3] Ibíd., párr. 338.

tal vez conviniera mejorar en una versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[4].

4. Se mencionó la importancia de determinar el ámbito de la "arbitrabilidad", estimándose que también debería darse prioridad a esta cuestión. Se estimó asimismo que correspondería al Grupo de Trabajo determinar si procedía dar una definición genérica de los tipos de controversias que cabría dirimir por arbitraje, complementándola tal vez con una lista ilustrativa de las mismas, o si sería preferible que se definieran en una disposición de rango legislativo las cuestiones o tipos de controversias que no cabría dirimir por la vía arbitral. Se sugirió que tal vez fuera útil para los Estados que se estudiara la cuestión de la arbitrabilidad de las controversias concernientes a la propiedad inmobiliaria, a la competencia desleal y a la insolvencia. No obstante, se expresó cierto reparo al respecto dado que esa delimitación de las controversias dirimibles o no por arbitraje suscitaba cuestiones de orden público legal interno que eran notoriamente difíciles de definir en términos uniformes, por lo que toda tentativa de facilitar una lista predefinida de materias susceptibles o no de arbitraje podría restringir innecesariamente el margen de maniobra de cada Estado para tener en cuenta ciertos problemas de orden público de su derecho interno, que tal vez evolucionaran con el tiempo[5].

5. Entre los demás temas que se mencionaron para su posible inclusión en la labor futura del Grupo de Trabajo cabe mencionar los problemas planteados por la solución de controversias por vía informática. Se opinó que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, leído conjuntamente con otros instrumentos, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico y la Convención de las Naciones Unidas sobre las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, permitía ya resolver algunas de las cuestiones suscitadas por el empleo de la vía electrónica para la concertación del contrato. Otra cuestión que cabría estudiar era la del recurso eventual al arbitraje en casos de insolvencia. También se sugirió que el Grupo de Trabajo estudiara los efectos en el arbitraje internacional de los mandamientos judiciales de no entablar actuaciones paralelas. Otra sugerencia fue la de que se estudiara la posibilidad de aclarar los conceptos enunciados en el párrafo 1) del artículo I de la Convención de Nueva York, al hablarse de los laudos arbitrales dictados en el territorio de un Estado distinto de aquel en el que se pida su reconocimiento y ejecución, o al hablarse de los laudos arbitrales que no sean considerados laudos nacionales en el Estado en el que se pida su reconocimiento y ejecución, que, según se dijo, eran cuestiones que habían suscitado dudas en algunos foros nacionales. La Comisión también escuchó con interés una declaración formulada en nombre del Comité Consultivo Internacional del Algodón, en la que se sugirió que la Comisión se ocupara de promover la disciplina contractual, la eficacia de los pactos de arbitraje y la ejecutoriedad de los laudos en ese ramo[6].

6. Tras deliberar, la Comisión llegó en general a la conclusión de que el Grupo de Trabajo podía ocuparse paralelamente de varias cuestiones y convino en que el Grupo de Trabajo reanudara su labor sobre el tema de la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. También se convino en que la cuestión de si una

---

[4] Ibíd., *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/61/17), párr. 184.
[5] Ibíd., párr. 185.
[6] Ibíd., párr. 186.

controversia podía ser o no objeto de arbitraje era otro posible tema para la labor futura del Grupo de Trabajo. En cuanto a la solución de controversias por vía informática, se acordó que el Grupo de Trabajo incluyera el tema en su programa pero que, por lo menos en la etapa inicial, estudiara las repercusiones de las comunicaciones electrónicas en el contexto de la revisión del texto actual del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[7].

7. En su 40º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007), la Comisión observó que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no se había modificado desde su aprobación en 1976 y que la revisión debería tener por objeto modernizarlo y fomentar una mayor eficiencia en el procedimiento arbitral. La Comisión convino en general en que el mandato de mantener la estructura original y el espíritu del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI había proporcionado al Grupo de Trabajo una orientación útil en las deliberaciones que ha mantenido hasta la fecha y dicho mandato debería seguir rigiendo su labor[8]. La Comisión observó que en el Grupo de Trabajo una amplia mayoría de delegaciones había respaldado un enfoque genérico por el que se tratara de hallar denominadores comunes que fueran aplicables a todos los tipos de arbitraje, independientemente del tema de la controversia, en vez de tratar de resolver situaciones específicas. No obstante, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo tenía pendiente la tarea de examinar, en períodos de sesiones futuros, hasta qué punto deberían abordarse, en la revisión del Reglamento, las cuestiones como la solución por vía arbitral de las controversias entre inversionistas y autoridades estatales o el arbitraje administrado por alguna institución[9].

8. En su 41º período de sesiones (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008), la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había decidido proseguir la labor emprendida en orden a la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su forma genérica actual y recabar la orientación de la Comisión acerca de si, una vez concluida su labor actual sobre el Reglamento, el Grupo de Trabajo debería examinar más en detalle la especificidad de los arbitrajes celebrados en el marco de un tratado y, en dicho caso, cuál sería la forma que habría de darse a dicha labor[10]. Tras deliberar al respecto, la Comisión convino en que no procedía incluir en el propio texto del Reglamento reglas especiales sobre el arbitraje entablado en el marco de un tratado y en que toda tarea futura que el Grupo de Trabajo emprendiera acerca de las controversias entre inversionistas y autoridades estatales no debería demorar la finalización del proceso de revisión del Reglamento de Arbitraje en su forma genérica actual. En cuanto al calendario de trabajo, la Comisión convino en que el tema de la transparencia en los procedimientos de arbitraje entre inversionistas y autoridades estatales basados en tratados merecía ser examinado en el futuro, por lo que debería tratarse con prioridad inmediatamente después de que se concluyera la revisión actual del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En cuanto al alcance de tal labor futura, la Comisión estimó por consenso que era importante asegurar la transparencia en la solución de las controversias entre inversionistas y autoridades estatales. En efecto, opinó que, como señaló el Grupo de Trabajo en su 48º período de sesiones (A/CN.9/646, párr. 57) se debía

[7] Ibíd., párr. 187.
[8] Ibíd., *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/62/17, Part I), párr. 174.
[9] Ibíd., párr. 175.
[10] Ibíd., *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/63/17), párr. 313.

abordar en trabajos futuros la cuestión de la transparencia como objetivo conveniente en los arbitrajes entablados entre Estados e inversionistas privados. En cuanto a la forma que pudiera revestir esa labor futura, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había contemplado varias posibilidades (ibíd., párr. 69) en materia de arbitraje en el marco de un tratado, entre ellas la preparación de textos tales como cláusulas modelo, reglas concretas o directrices, un anexo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su forma genérica, reglas especiales de arbitraje o cláusulas optativas insertables en un tratado. La Comisión decidió que era prematuro adoptar una decisión sobre la forma de un futuro texto sobre arbitraje en el marco de un tratado y que, a este respecto, debía dejarse un amplio margen discrecional al Grupo de Trabajo[11].

II. Organización del período de sesiones

9. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión celebró su 50º período de sesiones en Nueva York del 9 al 13 de febrero de 2009. Asistieron al período de sesiones los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Armenia, Australia, Austria, Bahrein, Belarús, Bolivia, Bulgaria, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, Ecuador, Egipto, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Grecia, Guatemala, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Letonia, Líbano, Malasia, México, Namibia, Nigeria, Noruega, Pakistán, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Senegal, Singapur, Suiza, Tailandia, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

10. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Angola, Argentina, Arabia Saudita, Bélgica, Brasil, Burkina faso, Costa Rica, Croacia, Filipinas, Finlandia, Haití, Indonesia, Kuwait, Mauricio, Nicaragua, Países Bajos, Perú, Qatar, Rumania, Santa Sede, Suecia, Togo, Túnez, Turquía y Yemen.

11. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Oficina de Asuntos Jurídicos y Banco Mundial.

12. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones intergubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: Comisión Europea (CE), Comité Consultivo Internacional del Algodón (CCIA), Corte Centroamericana de Justicia (CCJ), Corte Permanente de Arbitraje, MERCOSUR, Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana.

13. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: Alumnos del Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Willem C. Vis, American Association of Private International Law (ASADIP), American Bar Association (ABA), Asian Pacific Regional Arbitration Group (APRAG), Asociación Árabe para el Arbitraje Internacional, Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos, Asociación Europea de Abogados de Empresa, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Asociación Internacional de Abogados, Asociación para la Promoción del Arbitraje en África (APAA), Asociación Suiza de Arbitraje y

[11] Ibíd., párr. 314.

Unión Internacional de Abogados, Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Center for International Environmental Law (CIEL), Centre pour l'Étude et la Pratique de l'Arbitrage National et International (CEPANI), Centro de Arbitraje Comercial, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Consejo de Cooperación del Golfo (CCG), Consejo de la Abogacía Europea (CCBE), Consejo Interamericano de Arbitraje Comercial (CIAC), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), Corte Internacional de Arbitraje, Federación Interamericana de Abogados (FIA), Forum for International Commercial Arbitration C.I.C. (FICACIC), Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA), School of International Arbitration of the Queen Mary University of London, Singapore International Arbitration Centre (SIAC).

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

Presidente: Sr. Michael E. Schneider (Suiza);

Relator: Sr. Abbas Bagherpour Ardekani (República Islámica del Irán).

15. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: a) programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.153); b) notas de la Secretaría sobre la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (A/CN.9/WG.II/WP.151, A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, A/CN.9/WG.II/WP.152 y A/CN.9/WG.II/WP.154).

16. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

17. El Grupo de Trabajo reanudó su labor sobre el tema 4 del programa basándose en las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.151, A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, A/CN.9/WG.II/WP.152 y A/CN.9/WG.II/WP.154). Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo respecto de este tema se recogen en el capítulo IV. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI basándose en las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo. Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo respecto del tema 5 se recogen en el capítulo V.

IV. Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

18. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 49º período de sesiones, había concluido la primera lectura de los artículos 1 a 17 (A/CN.9/665) y convenido en reanudar los debates sobre la revisión del Reglamento basándose en el documento A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 y en las propuestas de revisión que figuraban en él.

Sección III. Procedimiento arbitral

Artículo 18: Escrito de demanda

Párrafo 1

19. El Grupo examinó la última frase del párrafo 1, que se había agregado al texto para regular el caso del demandante que decida considerar que su notificación de arbitraje constituye su escrito de demanda. La finalidad de esa frase es dar al demandante la posibilidad de aplazar su decisión sobre si su notificación de arbitraje constituye su escrito de demanda hasta que el tribunal arbitral lo inste a presentar su escrito de demanda, en vez de tener que adoptar tal decisión en el momento de la notificación de arbitraje. Se opinó que esta disposición sería útil en la práctica, pues especificaba que no era preciso que una parte presentara un escrito de demanda si estimaba que su notificación de arbitraje ya cumplía esa finalidad.

20. Se observó que, aun así, toda notificación de arbitraje equiparada a un escrito de demanda habría de cumplir los requisitos enunciados en el párrafo 2 del artículo 18, por lo que se propuso aclarar este punto agregando, al final del párrafo 1, una frase del siguiente tenor: “, siempre y cuando tal notificación cumpla los requisitos enunciados en el párrafo 2”. Se sostuvo además que la notificación de arbitraje debería cumplir también lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 18.

21. Se puso en entredicho la necesidad de agregar esta frase al texto del párrafo. Concretamente, una delegación estimó que era el tribunal arbitral el que debía ocuparse de la cuestión general de las consecuencias de un escrito de demanda incompleto, y que en el Reglamento no debían regularse tales detalles. Esta opinión no obtuvo apoyo.

22. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en general en que toda notificación de arbitraje que se equiparara a un escrito de demanda debería cumplir con lo dispuesto en el artículo 18; por consiguiente, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara la última frase del párrafo 1 teniendo en cuenta lo acordado. El Grupo de Trabajo también tomó nota de la observación hecha por un delegado en el sentido de que cabía la posibilidad de que las disposiciones relativas al contenido de la notificación de arbitraje, enunciadas en el artículo 3, y las disposiciones referentes al contenido del escrito de demanda, que figuraban en el artículo 18 contuvieran repeticiones, por lo que estimó que tal vez convendría que esta cuestión se examinara en una etapa posterior de las deliberaciones sobre el artículo 3.

Párrafo 2

23. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido del párrafo 2.

Párrafo 3

24. El Grupo de Trabajo convino en que, en el párrafo 3, se sustituyeran las palabras “otros materiales probatorios” por las palabras “otras pruebas”, conforme figuran en la versión de 1976 del Reglamento, debido a que estas últimas palabras abarcan todas las pruebas que puedan presentarse en la etapa del escrito de demanda, mientras que los términos “otros materiales probatorios” podrían interpretarse en un sentido más restrictivo, por ejemplo, suponiendo que la expresión no abarca los testimonios o las declaraciones por escrito de testigos.

Artículo 19: Contestación

Párrafo 1

25. Se observó que la última frase del párrafo 1 se había agregado al texto con miras a regular el caso del demandado que decide considerar que su respuesta a la notificación de arbitraje constituye su contestación. El Grupo de Trabajo convino en que esta frase se revisara para ajustarla a las modificaciones aprobadas de la última frase del párrafo 1 del artículo 18 (véanse los párrafos 19 a 22 *supra*).

Párrafo 2

26. El Grupo de Trabajo adoptó en lo esencial el párrafo 2 del artículo 19, a reserva de que se sustituyeran las palabras “otros materiales probatorios” por “otras pruebas”, a fin de ajustar la disposición a la enmienda introducida en el párrafo 3 del artículo 18 (véase el párrafo 24 *supra*).

Párrafo 3

Demandas formuladas a los efectos de una compensación y reconvenciones

27. El Grupo de Trabajo recordó que, en sus anteriores deliberaciones, había convenido en que se introdujera en el párrafo 3 una disposición relativa a la compensación y en que, en determinadas condiciones, la competencia del tribunal arbitral para resolver sobre las demandas con fines de compensación, así como sobre las reconvenciones, debería ir más allá del ámbito del contrato del que naciera la demanda principal y que esa competencia debería abarcar supuestos más diversos (A/CN.9/614, párrs. 93 y 94; A/CN.9/619, párrs. 157 a 160). El Grupo de Trabajo tomó nota de que en la versión revisada del párrafo 3 figuraban dos opciones. De conformidad con la primera, el demandado podría hacer valer una demanda a los efectos de una compensación o formular una reconvención “basada en una misma relación jurídica, sea ésta contractual o no”. Conforme a la segunda opción, podría presentarse una demanda con fines de compensación o una reconvención “siempre y cuando entre en el ámbito del acuerdo de arbitraje”.

28. El Grupo de Trabajo tuvo también a su disposición una propuesta presentada por una delegación en el documento A/CN.9/WG.II/WP.152. Conforme a esa propuesta, el tribunal arbitral debería admitir a trámite toda demanda presentada a efectos de compensación aun cuando el derecho que se invocara no fuera objeto del acuerdo de arbitraje o incluso si fuera objeto de otro acuerdo de arbitraje o de un pacto de elección de foro, siempre y cuando se cumplieran los requisitos exigibles para otorgar la compensación con arreglo al derecho sustantivo aplicable a la demanda principal. Se explicó que una demanda de compensación era un

mecanismo de defensa, y que en algunos ordenamientos jurídicos la demanda de compensación hacía decaer la demanda principal desde que se cumplían las circunstancias que la justificaban. En tal caso, se dijo que no requería que se examinara si era aplicable el acuerdo de arbitraje. En cambio, según la propuesta, las reconvenciones eran demandas diferentes que iban más allá de un mero mecanismo de defensa y que, por lo tanto, habrían de entrar en el ámbito del acuerdo de arbitraje concertado entre las partes en un litigio y debían tener un vínculo suficiente con la demanda principal.

29. Algunas delegaciones apoyaron la propuesta por estimar que preveía normas diferentes para las demandas a efectos de compensación y para las reconvenciones y que, por consiguiente, orientaría a los tribunales arbitrales acerca de sus competencias. No obstante, según la opinión general, la propuesta iba demasiado lejos y probablemente no resultaría de fácil aceptación en todos los ordenamientos jurídicos. Se señaló que las demandas a efectos de compensación y las reconvenciones eran cuestiones de derecho procesal interno y que tal vez no sería adecuado que en el Reglamento figuraran normas sustantivas de carácter universal sobre esas cuestiones. Se sostuvo que, en ambos casos, el tribunal arbitral debería ante todo decidir si era competente o no al respecto y tratar del mismo modo las demandas de compensación y las reconvenciones. Además se observó que la propuesta podría suscitar impugnaciones en virtud de la Convención de Nueva York respecto del alcance del acuerdo de arbitraje, aun en el caso de que las partes hubieran aceptado esta ampliación de competencias al acordar la aplicación del Reglamento.

30. El Grupo de Trabajo examinó las opciones 1 y 2 del párrafo 3 del artículo 19, que figuraban en el documento A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1. Algunas delegaciones se declararon partidarias de la opción 2. Se formuló la propuesta de que el texto de la opción 2, en vez de “del acuerdo de arbitraje”, dijera “de un acuerdo de arbitraje”, a fin de que quedara claro que el concepto de acuerdo de arbitraje no se limitaba al acuerdo en que se basara la demanda principal, sino que debería interpretarse con un criterio más amplio. Se propuso asimismo que se combinaran los textos de las opciones 1 y 2 para así regular mejor las consecuencias que pudieran tener los acuerdos de arbitraje redactados con criterios amplios en la admisibilidad de las demandas presentadas a efectos de compensación y de las reconvenciones. Otra delegación sugirió que se permitieran las demandas de compensación y las reconvenciones, siempre que entraran en el ámbito del acuerdo de arbitraje y estuvieran suficientemente vinculadas a la demanda principal. Si bien algunas delegaciones apoyaron esta propuesta, se consideró en general que era demasiado restrictiva. Además, se opinó que la idea de “estar suficientemente vinculadas” podría dar pie a distintas interpretaciones.

31. Se observó que sería mejor que en el texto no se previera ninguna regla sustantiva sobre la determinación de la competencia del tribunal arbitral, pues podría interpretarse de distintas maneras en los diversos ordenamientos jurídicos. Así pues, se sugirió que, en el párrafo 3, se sustituyeran las dos opciones por la siguiente frase: “, siempre y cuando el tribunal fuera competente al respecto”. Si bien algunas delegaciones objetaron que, con esas palabras, no se daba suficiente orientación para determinar la competencia del tribunal arbitral, la propuesta obtuvo un amplio apoyo. Además, se estimó que su texto era suficientemente amplio para abarcar una amplia gama de supuestos y que no requería definiciones sustantivas de

los conceptos de reconvención y de demanda a efectos de compensación, permitiendo además tener en cuenta el caso de decaimiento de la demanda a consecuencia de la compensación.

32. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en enmendar el contenido del párrafo 3 sustituyéndolo por un texto del siguiente tenor: "En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones, si el tribunal arbitral decidiese que las circunstancias justificaban la demora, el demandado podrá formular una reconvención o hacer valer una demanda a los efectos de una compensación, siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas".

Párrafo 4

33. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido del párrafo 4.

Artículo 20: Modificaciones de la demanda o de la contestación

"Alcance del acuerdo de arbitraje" - "Competencia del tribunal arbitral"

34. El Grupo de Trabajo convino en que, habida cuenta de la revisión aprobada del párrafo 3 del artículo 19 (véase el párrafo 32 *supra*), habría que enmendar en consecuencia la última frase del artículo 20, y en que la referencia al campo de aplicación del acuerdo de arbitraje debería sustituirse por una referencia a la competencia del tribunal arbitral, a fin de que pudiera modificarse o complementarse una demanda si el tribunal arbitral fuera competente para conocer de ella.

"Demanda o contestación"

35. El Grupo de Trabajo convino además en que la segunda frase del artículo 20, en vez de decir "una demanda no podrá [...] la demanda modificada no entre ...", dijera "una demanda o una contestación no podrán [...] la demanda o la contestación modificadas ...", a fin de ajustar su texto al de la primera frase del artículo.

Artículo 21: Declinatoria de la competencia del tribunal arbitral

Párrafo 1

"o de un instrumento jurídico"

36. El Grupo de Trabajo recordó su anterior decisión por la que acordó que el párrafo 1 se formulara de nuevo siguiendo la pauta del párrafo 1) del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, a fin de aclarar que el tribunal arbitral está facultado para entender de cuestiones relativas a la existencia y al alcance de su propia competencia y para pronunciarse al respecto (véase A/CN.9/614, párr. 97). En aras de la coherencia con las modificaciones aprobadas por el Grupo de Trabajo de los artículos 1, 3 y 18, se sugirió que, en las frases segunda y tercera del artículo 21 se agregaran, después de las palabras "un contrato" y "el contrato", respectivamente, las palabras "o de un instrumento jurídico" (en la segunda frase) y "o el instrumento jurídico" (en la tercera frase). Se sostuvo que con la inserción de esas palabras se evitaría una limitación de los tipos de controversias que las partes pudieran someter a arbitraje y, en particular, se regularían útilmente las controversias derivadas de tratados internacionales sobre inversiones.

37. Si bien las delegaciones estimaron que la coherencia era un factor importante en la revisión del Reglamento, el Grupo de Trabajo convino en que la modificación sugerida podía tener consecuencias de gran alcance en cuestiones de derecho internacional público. Se argumentó que el principio de disociación, enunciado en el párrafo 1 del artículo 21, que era aplicable en el contexto de los contratos comerciales, no podía transponerse a los tratados internacionales mediante una enmienda del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. El Grupo de Trabajo no se pronunció acerca de si los derechos sustantivos conferidos a un inversionista por un contrato, inclusive el derecho a someter una controversia a arbitraje, quedarían extinguidos cuando el tratado perdiera su vigencia. A este respecto se puso de relieve que ese principio de disociación no estaba siempre reconocido en el contexto de los tratados internacionales. Además, numerosas delegaciones estimaron que no sería apropiado tratar de regular cuestiones de derecho internacional público en un instrumento como el Reglamento.

"admisibilidad de las demandas de las partes" – "y el ejercicio de sus competencias"

38. Se observó que en el artículo 21 se regulaba la facultad del tribunal arbitral para decidir si era o no competente y en qué medida. En aras de la claridad, se sugirió que se insertara también en el texto una referencia a la facultad del tribunal arbitral para decidir si las demandas de las partes eran o no admisibles. Concretamente se sugirió que, en la primera frase del párrafo 1, después de las palabras "para decidir acerca de su propia competencia", se insertaran las palabras "y sobre el ejercicio de la misma". En el mismo sentido, otra delegación propuso que el texto previera la capacidad del tribunal arbitral para "decidir el alcance de sus propias competencias". Estas propuestas no obtuvieron apoyo, pues se consideró que las cuestiones de la competencia del tribunal, por una parte, y de la admisibilidad de las demandas, por otra, eran cuestiones diferentes que se planteaban en distintos momentos del procedimiento arbitral. Por consiguiente, se estimó que no sería apropiado regularlas en el párrafo 1.

39. Si bien se decidió no modificar el texto de esta disposición del Reglamento, el Grupo de Trabajo confirmó que, a su modo de ver, debería entenderse que la facultad general del tribunal arbitral de decidir sobre sus competencias, mencionada en el párrafo 1, implicaba también la facultad de decidir sobre la admisibilidad de las demandas de las partes o, de forma más general, sobre el ejercicio de sus propias competencias. El Grupo de Trabajo confirmó además que, a su entender, el artículo 21 era también aplicable a toda objeción formulada por una parte respecto de la capacidad del tribunal arbitral para ejercer sus competencias o examinar las cuestiones de fondo de una demanda.

"es inexistente o carece de validez" – "es nulo" [defectos de un contrato]

40. Se sugirió que, en la tercera frase del párrafo 1 del artículo 21, se sustituyeran las palabras "es nulo" por "es inexistente o carece de validez". Esta sugerencia se justificó con el argumento de que los términos "es nulo" habían suscitado especiales dificultades de aplicación, en particular en algunos ordenamientos de "common law". Se sostuvo también que había supuestos que no quedaban necesariamente reglamentados con los términos "es nulo", por ejemplo, el caso de un contrato que hubiera expirado con el paso del tiempo. Se consideró que el hecho de decir que un

contrato carecía de validez o no existía sustentaba mejor la idea general de que en ningún caso un defecto en un contrato entrañaría de por sí la invalidez de la cláusula compromisoria. Además, se propugnó la inserción de las palabras "no existe o carece de validez", pues eran necesarias para armonizar la tercera frase con las palabras "existencia o validez", que figuraban en la primera frase del párrafo 1 del artículo 21.

41. Frente a esta propuesta se puso de relieve que en algunos ordenamientos jurídicos el concepto de la "inexistencia de un contrato" había suscitado especiales dificultades de aplicación. Se señaló además que las palabras "es nulo" no habían causado problemas en la práctica y que también figuraban en el párrafo 3 del artículo II de la Convención de Nueva York y en el párrafo 1 del artículo 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje. Se observó asimismo que la primera frase del párrafo trataba la cuestión de la existencia o de la validez del acuerdo de arbitraje, mientras que la tercera frase se refería a la validez del contrato en el que figurara la cláusula compromisoria. Por consiguiente, no se estimó que fuera necesario armonizar ambas frases.

42. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que los defectos de un contrato mencionados en la tercera frase del párrafo 1 deberían interpretarse con el criterio más amplio posible a fin de que abarcaran todos los supuestos en que un contrato pudiera considerarse nulo de pleno derecho, inexistente, carente de validez o ineficaz. A tal efecto, se sugirió que, en la versión inglesa, se suprimieran, en la última frase del párrafo 1, los términos "and void" y se mantuviera el término "null". Se consideró que este último término era lo suficientemente amplio para abarcar todos los defectos legales de un contrato. Se argumentó también que, suprimiendo esos términos, se ajustaría la versión inglesa a las versiones en otros idiomas y se propiciaría una interpretación amplia del concepto de defectos de un contrato. A este respecto una delegación comentó que en la jurisprudencia se había dado al término "null" una interpretación más amplia que al concepto de "null and void".

43. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que, en la versión inglesa de la tercera frase del párrafo 1, se suprimieran los términos "and void".

"ipso jure"

44. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 46º período de sesiones, había decidido, en aras de la simplicidad, sustituir la expresión "ipso jure" por términos como "en sí mismo" (véase A/CN.9/619, párr. 162). Se observó que el término "automáticamente" sería una mejor traducción que "en sí mismo" de la expresión latina "ipso jure". Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se sustituyera la expresión "ipso jure" por el término "automáticamente". Sin embargo, habría que mantener la expresión ipso jure en la versión española del Reglamento. La expresión más adecuada para la versión francesa del Reglamento sería "de plein droit".

Párrafo 2

45. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 2.

Párrafo 3

46. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 3.

Artículo 22: Otros escritos

47. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del artículo 22.

Artículo 23: Plazos

48. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del artículo 23.

Artículo 24: Pruebas y audiencias

Párrafos 1 y 3

49. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del artículo 24, con las modificaciones consideradas en los párrafos 70 a 75 *infra*.

Propuesta de supresión del párrafo 2 del artículo 24 de la versión de 1976 del Reglamento

50. En respuesta a la pregunta de si debía suprimirse el párrafo 2 del artículo 24 de la versión de 1976 del Reglamento, se recordó que la gran mayoría de las delegaciones había propugnado la supresión de ese párrafo por estimar que tal vez no fuera práctica corriente que un tribunal arbitral requiriera a las partes que presentaran un resumen de los documentos (véase A/CN.9/641, párrs. 22 a 25). Se recordó asimismo que el párrafo 2 se basaba en el supuesto de que las pruebas sustanciales no se presentarían más que en la audiencia, lo que colisionaba con las disposiciones de los artículos 18 y 19 revisados que alentaban a las partes a adjuntar al escrito de demanda o la contestación, "en la medida de lo posible, todos los documentos y otros materiales probatorios en que se funde el demandante [o el demandado] o referencias a los mismos".

51. Se insistió también en que no habría que deducir de la supresión del párrafo 2 que con ello se mermaba la facultad discrecional del tribunal arbitral para pedir a las partes que presentaran resúmenes de sus documentos y pruebas sobre la base del artículo 15. El Grupo de Trabajo confirmó su decisión de suprimir el párrafo 2 que figura en la versión de 1976 del Reglamento.

Artículo 25: Audiencias, testigos y peritos

Comentarios sobre el artículo 25

52. A continuación se exponen los comentarios que hicieron varias delegaciones sobre el artículo 25.

"Peritos y testigos presentados por las partes" (título del artículo 25)

53. A fin de dejar claro que los peritos designados por las partes se incluían en la categoría más general de testigos, se sugirió sustituir el título del artículo 25 por palabras del siguiente tenor: "Audiencias, testigos, inclusive testigos presentados por las partes". Se señaló asimismo que en el párrafo 2 del artículo 15, se hablaba de audiencias para la presentación de pruebas por testigos, inclusive peritos. Se indicó también que en las otras partes pertinentes del texto del artículo 25 deberían

emplearse estos mismos términos. De otra parte se observó que los peritos normalmente no testifican ante un tribunal sino que ofrecen una opinión, por lo que quizá no fuera adecuado utilizar el verbo "testifique".

54. Los términos que se emplearan en el título y en la disposición deberían dejar claro que el artículo 25 es aplicable a los testigos y peritos presentados por una parte, y no a los peritos designados por el tribunal, y que los testigos previstos en el artículo 25 abarcan a las personas que prestan testimonio sobre hechos o que dan opiniones periciales.

Regla general sobre la organización de las audiencias (párrafo 1)

55. En el párrafo 1 se enuncia el principio general de que el tribunal arbitral debe dar aviso a las partes, con suficiente antelación, de la celebración de una audiencia, mientras que en los párrafos 2 y 3 se regula la organización de las audiencias. Se consideró que el tribunal arbitral debería gozar de un amplio margen de discrecionalidad para organizar las audiencias y se propuso que las disposiciones de los párrafos 2 y 3, consideradas demasiado detalladas, se suprimieran y se sustituyeran por una disposición más genérica que se insertaría en el párrafo 1, cuyo texto sería entonces el siguiente: "En caso de celebrarse una audiencia, el tribunal arbitral dará aviso a las partes, con suficiente antelación, de su fecha, hora y lugar, y organizará las actuaciones de modo que las partes estén oportunamente informadas de los testigos y peritos que vayan a testificar, de los idiomas en que se celebrará la audiencia y de los procedimientos que se seguirán en ella".

56. Sobre esta disposición genérica se formuló una reserva en el sentido de que, si debía reemplazar los párrafos 2 y 3, no daría suficiente orientación a los tribunales arbitrales, y se opinó que esos párrafos cumplían útiles fines de información. Se respondió que en las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral ya se daba orientación sobre esas cuestiones, por lo que no era preciso insertar en el Reglamento disposiciones detalladas sobre los aspectos organizativos de las audiencias.

Condiciones en que prestarán declaración los testigos (párrafo 1 bis)

57. Se observó que en el párrafo 1 bis se enunciaba el principio general de que el tribunal arbitral fijaría las condiciones para las audiencias de testigos. Se señaló que en la primera frase del párrafo 1 bis y en la última frase del párrafo 4 se establecía una regla general sobre las condiciones en que los testigos deben prestar declaración, y se sugirió que se unificaran las dos frases en un texto del siguiente tenor: "Los testigos y peritos presentados por las partes podrán prestar testimonio en las condiciones que fije el tribunal arbitral y ser interrogados de la forma en que éste decida". Esta sugerencia obtuvo apoyo.

Definición de los testigos (párrafo 1 bis)

58. Se objetó que de la segunda frase del párrafo 1 bis cabía deducir que el término "persona" excluía a las personas jurídicas, lo cual tal vez no se correspondiera con el sentido que se pretendía dar a la frase.

59. Se propuso que se simplificara la segunda frase del párrafo 1 bis sustituyéndola por una frase del siguiente tenor: "A los efectos del presente Reglamento, toda persona podrá ser testigo o testigo pericial". Se señaló que el párrafo 2) del artículo 25 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional (en adelante, "el Reglamento Suizo") contenía una disposición similar.

60. Sobre la cuestión de si una parte o el representante de una parte podía declarar en calidad de testigo o en otra calidad, tal como dispone el párrafo 1 bis, se observó que los diversos ordenamientos jurídicos regulaban esta cuestión de distintas maneras, por lo que se formularon reservas acerca de la inclusión de una disposición al respecto en el Reglamento. Se respondió que existían disposiciones de tenor similar en el artículo 4 del Reglamento de la Asociación Internacional de Abogados relativo a las reglas de la prueba en el arbitraje comercial internacional (de 1º de junio de 1999), en el párrafo 2) del artículo 25 del Reglamento Suizo y en el artículo 20.7 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de la LCIA de Londres ("el Reglamento de la LCIA Londres").

Interrogatorio de los testigos (párrafo 2)

61. Se sugirió que en el párrafo 2 se incluyeran disposiciones que regularan el procedimiento de interrogatorio de los testigos y que, con tal fin, se agregaran, al final del párrafo 2, las siguientes palabras: "así como los nombres de los testigos y peritos que proponga interrogar". Sin embargo, se observó que el Reglamento no impedía el interrogatorio de testigos y, por esta razón, se puso en entredicho la necesidad de agregar al texto esas palabras.

Datos para establecer contacto (párrafo 2)

62. A fin de ajustar el texto del artículo a los términos empleados en los artículos 3 y 18 del Reglamento, se propuso que, en el párrafo 2, se sustituyeran las palabras "la dirección" por "los datos para establecer contacto con ellos".

Disposiciones detalladas para la organización de audiencias (párrafo 3)

63. En el párrafo 3 se detallan las disposiciones prácticas que podrá adoptar el tribunal arbitral al organizar audiencias. Se propuso que se suprimiera este párrafo por estimarse que fijaba demasiados detalles, que raras veces solían especificarse en los reglamentos de arbitraje modernos. Una delegación discrepó por considerar que el párrafo 3 podía servir de orientación útil para los tribunales arbitrales. Si se decidía mantener el párrafo en el texto del artículo, se sugirió que se sustituyera la palabra "traducción" por la palabra "interpretación", que se consideraba más apropiada.

"salvo cuando el testigo sea parte en el arbitraje" (párrafo 4)

64. En relación con la segunda frase del párrafo 4, se sugirió que las palabras "salvo cuando el testigo sea parte en el arbitraje" se antepusieran, entre comas, a las palabras "durante la declaración de otros testigos". Las delegaciones que se oponían a que se incluyera en el Reglamento una disposición en virtud de la cual una parte pudiera ser oída en calidad de testigo sugirieron que se suprimieran esas palabras.

Videoconferencia (párrafo 5)

65. Se observó que en el párrafo 5 se permitía que los testigos presentaran sus declaraciones verbalmente por algún medio de comunicación que hiciera innecesaria su presencia física. Se señaló además que el párrafo 5 se había redactado en términos genéricos y que tal vez fuera necesario aclarar que la finalidad de la disposición era permitir que las audiencias de testigos pudieran celebrarse por medios de comunicación tales como las videoconferencias. A fin de aclarar mejor el sentido de este párrafo se propuso que, en la versión inglesa, se agregara la palabra "physical" antes de "presence". Estas propuestas recibieron apoyo.

66. Se observó que el derecho de las partes a presentar testigos utilizando medios que no requirieran su presencia física debería estar sujeto al beneplácito del tribunal. A tal efecto, se propuso que, al final del párrafo 5, se agregaran las palabras ", a menos que el tribunal arbitral decida que no procede recurrir a tales medios". Se expresaron dudas sobre la necesidad de agregar al texto las palabras propuestas, habida cuenta de que en el párrafo 4 ya se enunciaba el principio general de la libertad del tribunal arbitral para decidir la forma en que habían de interrogarse los testigos y peritos.

67. En este contexto se observó que el tema de la comunicación de información por las partes sobre los testigos que propusieran que fueran interrogados por medios que no requirieran su presencia física debía regularse expresamente en el párrafo 2.

Presentación de pruebas (párrafo 6)

68. Se puso de relieve que la cuestión de la admisibilidad de las pruebas presentadas, tratada en el párrafo 6, debía interpretarse con criterios amplios. Se opinó que tal vez conviniera enmendar el párrafo 6 de modo que previera la determinación de un plazo para la presentación de pruebas. Se sostuvo que el tribunal arbitral debería tener la facultad discrecional de rechazar las pruebas presentadas tardíamente. Se señaló asimismo que la referencia a esta facultad concreta del tribunal arbitral podría ser útil para respetar el principio de las debidas garantías procesales, en particular en los países con ordenamientos de derecho civil. Se observó también que el Reglamento no preveía ninguna sanción en caso de incumplimiento de lo dispuesto en materia de presentación de pruebas.

Variante de propuesta del artículo 25

69. Tras las amplias deliberaciones mantenidas sobre el artículo 25, en el Grupo de Trabajo se planteó el problema del posible riesgo de que con esa disposición se reglamentara en exceso el procedimiento de las audiencias, y la eventual necesidad de seguir un criterio diferente. Se opinó que algunas disposiciones del artículo 25, en particular los párrafos 2 y 3, regulaban detalles del procedimiento de las audiencias que podrían sobrecargar el reglamento y reducir su flexibilidad; además, esos detalles no solían regularse en los reglamentos modernos de arbitraje internacional. Se estimó que tal vez sería más adecuado adoptar el criterio de establecer un marco general por el que se dejara a la discreción del tribunal arbitral el modo de organizar las audiencias según las circunstancias de cada caso. Muchas delegaciones opinaron que habría que mantener las disposiciones del artículo 25 en las que se enunciaban principios fundamentales, pero deberían suprimirse las que sólo contenían detalles de carácter procesal. Otras delegaciones, sin embargo,

objetaron que no debía suprimirse ninguna disposición actual sin una razón imperiosa. Se manifestó también que si sólo se mantuvieran en el texto los principios básicos, no se daría suficiente orientación a los tribunales arbitrales para la sustanciación de las audiencias. Frente a esa objeción se sostuvo que el Reglamento no era un instrumento que tuviera principalmente fines didácticos.

70. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que el artículo 25 tenía la finalidad de establecer un marco general para la celebración de audiencias, y en que fuera enmendado para tener en cuenta ese objetivo. Así pues, se propuso que se revisaran los artículos 24 y 25 ("la nueva propuesta") del modo siguiente:

Artículo 24:

- El párrafo 1 permanecería sin cambios.
- Se propuso que se insertara en el artículo 24, como párrafo 2, la siguiente frase: "A menos que el tribunal arbitral disponga otra cosa, las declaraciones de los testigos y peritos podrán presentarse por escrito, en cuyo caso deberán ir firmadas por los interesados."
- El párrafo 3 permanecería sin cambios.
- Se insertaría a la disposición, como párrafo 4, el párrafo 6 del artículo 25.

Artículo 25:

- El artículo 25 se titularía "Audiencias".
- El párrafo 1 permanecería sin cambios.
- El párrafo 1 bis diría lo siguiente: "Los testigos y los peritos designados por las partes podrán prestar declaración y ser interrogados de la manera que disponga el tribunal arbitral. Conforme al presente Reglamento, toda persona que preste testimonio ante el tribunal sobre hechos o que dé una opinión pericial será considerada un testigo, a pesar de que dicha persona sea parte en el arbitraje o esté de algún modo vinculada a él.".
- El párrafo 2 diría lo siguiente: "Al menos 15 días antes de la audiencia, el tribunal arbitral, tras haber invitado a las partes a expresar sus opiniones, elaborará una lista de las personas que vayan a ser interrogadas durante la audiencia y determinará el idioma o los idiomas que se emplearán.".
- El párrafo 3 sería omitido.
- El párrafo 4 diría lo siguiente: "Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada, a menos que las partes acuerden lo contrario.".
- El párrafo 5 diría lo siguiente: "El tribunal arbitral podrá disponer que los testigos y peritos sean interrogados por algún medio de comunicación que no haga necesaria su presencia física, como la videoconferencia.".
- El contenido del párrafo 6 sería omitido y se trasladaría al artículo 24, relativo a las pruebas, como párrafo 4.

71. Se explicó que la nueva propuesta tenía la finalidad de aclarar las diversas etapas de la organización de las audiencias en lo que respecta al momento en que se darían a conocer los testigos y peritos, conforme a lo dispuesto en el articulo 18, así como el modo en que deberían presentarse las declaraciones de los testigos y peritos, conforme al artículo 24, y la organización de las audiencias, según el artículo 25.

Párrafo 2 del artículo 24 de la nueva propuesta

72. Se puso en duda que la palabra "perito", empleada en el párrafo 2 del artículo 24 de la nueva propuesta, abarcara tanto los peritos presentados por las partes como los que designe el tribunal, habida cuenta de que el artículo 27, relativo a los peritos designados por el tribunal, ya contenía una disposición sobre la presentación de declaraciones por tales peritos. Se puntualizó que la finalidad del párrafo 2 del artículo 24 era regular tanto la situación de los peritos presentados por las partes como la de los peritos designados por el tribunal. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo adoptó el contenido del párrafo 2 del artículo 24.

Párrafo 4 del artículo 24 de la nueva propuesta

73. Se pusieron reparos a que el párrafo 6 del artículo 25 fuera trasladado al artículo 24 por estimarse que ese párrafo no constituía una regla general sobre las pruebas. A pesar de esta reserva, la inserción del párrafo 6 del artículo 25 en el artículo 24, como párrafo 4, fue apoyada por numerosas delegaciones.

74. Se reiteró el argumento de que en esa disposición debía aclararse que el tribunal arbitral está expresamente facultado para rechazar las pruebas presentadas tardíamente. Por consiguiente, se propuso agregar, al final del párrafo 4 del artículo 24, una frase del siguiente tenor: "El tribunal arbitral podrá desestimar toda prueba presentada tardíamente". Frente a esta propuesta se señaló que esa cuestión ya se regulaba en el párrafo 3 del artículo 24, en cuyo texto se decía que "en cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten (...) pruebas". Se citó como ejemplo el Tribunal de Litigios entre Estados Unidos e Irán, que se regía por el Reglamento de la CNUDMI, y que había ejercido la facultad de rechazar las pruebas presentadas tardíamente basándose en esa disposición.

75. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que no era necesario agregar al Reglamento una disposición sobre la presentación tardía de pruebas. El Grupo de Trabajo reiteró que consideraba que la facultad del tribunal arbitral para rechazar pruebas presentadas tardíamente estaba regulada en el párrafo 3 del artículo 24.

Párrafo 1 bis del artículo 25 de la nueva propuesta

"Testigos periciales"

76. El Grupo de Trabajo convino en examinar más detenidamente la cuestión de los testigos periciales y la eventual necesidad de aclarar el concepto de "opinión pericial", que figuraba en la segunda frase del párrafo 1 bis. A este respecto se objetó que los términos "opinión pericial" tenían un significado más amplio y que darían a la disposición un alcance mayor del que pretendía dársele. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que formulara un enunciado adecuado en el que se

hiciera una clara distinción entre los testigos periciales presentados por una parte y los designados por el tribunal arbitral.

"Testigo que sea parte en al arbitraje"

77. Se expresaron reservas sobre la disposición que permitía que una parte declarara como testigo en su propio caso, pues con ello se abría la posibilidad de que esa parte pidiera prestar declaración, en lugar de presentar pruebas. También se dijo que de ese modo se entraría en colisión con las normas de procedimiento vigentes en algunas jurisdicciones según las cuales la información facilitada por este tipo de testigos se debía considerar facilitada por una parte, y no un testimonio de un testigo. A fin de paliar el problema, se propuso insertar, al principio de la segunda frase del artículo 1 bis, las siguientes palabras: "A reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 24,". Se sugirió asimismo que, en la segunda frase del párrafo 1 bis, después de las palabras "opinión pericial", se sustituyera "será" por "podrá ser". Estas sugerencias recibieron un apoyo limitado. Se argumentó que, en virtud del párrafo 4 del artículo 24, el tribunal arbitral estaba plenamente facultado para determinar el calibre de las pruebas presentadas. Se estimó también que en el arbitraje comercial internacional las declaraciones de las partes como testigos constituían una práctica habitual. No obstante, se observó que la disposición estaba redactada con criterios muy amplios de modo que, por ejemplo, era posible que el abogado de una parte declarara como testigo. Se recordaron al Grupo de Trabajo las deliberaciones que a este respecto había mantenido en su 46º período de sesiones (véase A/CN.9/641, párrs. 29 a 37), así como su decisión de facultar al tribunal arbitral para escuchar a una parte como testigo (A/CN.9/641, párr. 38). Tras deliberar, se acordó sustituir "testifique" por "preste testimonio" con objeto de puntualizar que el Reglamento no pretende limitar la facultad del tribunal arbitral de resolver sobre la admisión de testigos.

"Testigo vinculado a una parte"

78. Se explicó que las palabras "o esté de algún modo vinculada a él", que figuraban en la segunda frase del párrafo 1 bis, se habían insertado en esta disposición para expresar una idea general, de modo que no fuera necesario enumerar las personas capacitadas para declarar como testigos. Se especificó además que estas palabras tenían también la finalidad de soslayar las dificultades que entrañaban las distintas categorías de posibles testigos que preveían los diferentes ordenamientos jurídicos. Se recordó que el Grupo de Trabajo, en su 47º período de sesiones, había convenido en formular la idea en términos más neutrales (véase A/CN.9/641, párr. 38).

79. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en adoptar sin cambios el párrafo 1 bis, a reserva de que se debatieran más a fondo las cuestiones planteadas en los párrafos 76 y 77 *supra*.

Párrafo 2 de la nueva propuesta

80. Con respecto al párrafo 2 se observó que el requisito enunciado en el párrafo 1 de notificar por adelantado a las partes la celebración de una audiencia incluía también la obligación de especificar la identidad de las personas que serían interrogadas durante la audiencia. Se comentó además que en el artículo 17 del

Reglamento ya se regulaba la cuestión de los idiomas. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo convino en suprimir el párrafo 2.

Párrafo 3

81. Se observó que las delegaciones habían considerado que el párrafo 3 del artículo 25 era demasiado detallado para figurar en un reglamento de arbitraje moderno. En consecuencia, el Grupo de Trabajo convino en suprimir el párrafo 3.

Párrafo 4 de la nueva propuesta

82. Se observó que en el párrafo 4 no se mencionaba la facultad del tribunal de exigir que se retiren uno o más testigos durante la declaración de otros testigos, según disponía la segunda frase del párrafo 4 de la versión revisada del artículo 25 (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1). Dado que se consideró muy importante esta facultad del tribunal arbitral, se sugirió que se insertara la segunda frase de dicho párrafo del artículo 25 en el párrafo 4 de la nueva propuesta. Esta sugerencia se respaldó con el argumento de que, con la inserción de esas palabras, se daría al tribunal arbitral la orientación necesaria acerca de sus atribuciones en lo que respecta a las audiencias. Se dijo que exigir a un testigo que se retirara podría considerarse un menoscabo de los derechos de una parte y que, por tanto, sería conveniente que se mencionara expresamente el método a seguir, mientras que se podrían utilizar otros métodos, igualmente aceptables, que no suscitarían esa preocupación. En sentido contrario se explicó que esa frase se había omitido a propósito por dos razones. En primer lugar, porque para el tribunal arbitral podía ser importante tener la posibilidad de pedir al representante de una parte que se retirara durante la declaración de otro representante de la misma parte, lo cual no sería posible conforme al párrafo 4 del artículo 25 revisado. En segundo lugar, la frase se había omitido debido a que este método de interrogatorio tal vez no fuera el más frecuente y porque si se enunciaba en el Reglamento, existiría el riesgo de que se entendiera que era el método preferido. Además, la inclusión de esa frase en el párrafo se consideró innecesaria, habida cuenta de que existía suficiente jurisprudencia que podía servir de orientación. También se indicó que los tribunales arbitrales disponían de un amplio margen de discrecionalidad al abordar este tipo de cuestiones y que existía una práctica del arbitraje internacional que orientaba el ejercicio de esa discrecionalidad. Las dos primeras explicaciones no fueron debatidas en sí mismas, pero no fueron sin embargo consideradas suficientes para justificar la supresión de la segunda frase del párrafo 4 del artículo 25. Se argumentó que el requisito de retirar a un testigo durante el testimonio de otros testigos, enunciado en la versión revisada del párrafo 4 del artículo 25, no era prescriptivo, pues se empleaba la forma verbal “podrá” y que, por lo tanto, no se daba a entender que fuera el método preferido para los interrogatorios. No se apoyó el argumento de la jurisprudencia que se había aducido en contra de la inserción de la frase en el párrafo, ya que la jurisprudencia derivaba de las disposiciones del párrafo 4 del artículo 25 de la versión de 1976 del Reglamento. Se opinó además que no había motivo alguno para imponer al tribunal arbitral la carga de investigar los casos de jurisprudencia pertinentes para saber a qué atenerse. Además se sostuvo que la omisión en el Reglamento de toda referencia a ese método de interrogatorio causaría incertidumbre, pues se induciría a los usuarios a pensar que no debía aplicarse ese método. Se recordó al Grupo de Trabajo que, conforme a su mandato, sólo debía modificar el Reglamento de 1976 en los casos en que fuera necesario.

83. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener el texto del párrafo 4 tal como figuraba en la versión de 1976 del Reglamento y en pedir a la Secretaría que agregara a su texto una frase a efectos de que no pudiera pedirse en general a una parte que prestara declaración como testigo que se retirara durante el testimonio de otro testigo, con lo cual se paliarían también las reservas expresadas durante el debate (véase el párrafo 82 *supra*).

Párrafo 5 de la nueva propuesta

84. El Grupo de Trabajo adoptó en lo esencial el párrafo 5 de la nueva propuesta y pidió a la Secretaría que formulara en términos apropiados la posibilidad de realizar los interrogatorios por videoconferencia.

Artículo 26: Medidas cautelares

Ubicación del artículo 26

85. El Grupo de Trabajo convino en que el artículo 26, relativo a las medidas cautelares, se insertara a continuación del artículo 23, o bien después del artículo 27 o del 29, a fin de reagrupar los artículos que tratan de las pruebas, las audiencias y los peritos designados por el tribunal.

Variante propuesta

86. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la versión revisada del artículo 26 reflejaba lo dispuesto acerca de las medidas cautelares en el capítulo IV A de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje. El Grupo de Trabajo tenía ante sí una variante propuesta por una delegación que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.152 ("la variante propuesta"). La variante propuesta del artículo 26 simplificaba y abreviaba su texto, al omitirse en esa variante los párrafos 2, 3 y 4 de la versión revisada. Se explicó que la supresión sugerida del párrafo 2 partía de la consideración de que no hacía falta una definición de las medidas cautelares en el Reglamento, dado que esa definición figuraría normalmente en el derecho interno aplicable. Se explicó además que se sugería suprimir los párrafos 3 y 4, al estimarse que la variante propuesta indicaba cuáles eran las condiciones en las que un tribunal arbitral podría adoptar medidas cautelares al haberse insertado el texto "que se estime necesaria para la resolución equitativa y eficiente de la controversia" al final de la primera oración del párrafo 1.

87. La variante propuesta obtuvo cierto apoyo por estimarse que su texto reflejaba el lenguaje del Reglamento y simplificaba la regulación de las medidas cautelares, al hacerse remisión al derecho interno aplicable en lo concerniente a la definición de medida cautelar y de las condiciones que han de darse para poder otorgar dicha medida. Se observó que no procedía sobrecargar el texto del Reglamento con disposiciones como la de la versión revisada del artículo 26, que estaban concebidas para el legislador, al definir en detalle las facultades que debería conferir al tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, con miras a que esas medidas fueran reconocidas y se les diera curso por vía judicial. Se dijo que esa tarea no formaba parte del cometido asignado al Reglamento y que la variante propuesta resumía adecuadamente las reglas básicas aplicables a las medidas cautelares. Se observó además que la definición de medida cautelar que se daba en la versión revisada del artículo 26 podía cercenar las facultades de un tribunal arbitral de otorgar

medidas cautelares en los países donde se hubiera adoptado un enfoque más liberal de las medidas cautelares que el adoptado en la Ley Modelo sobre Arbitraje de la CNUDMI. A ese respecto, se observó que las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje estaban recién aprobadas, por lo que no se tenía experiencia acerca de las cuestiones que pudieran suscitarse en su aplicación.

88. Pese a prevalecer el parecer de que la versión revisada del artículo 26 podía resultar demasiado larga, particularmente a la luz de la longitud de otras disposiciones del Reglamento, se expresaron ciertas reservas concernientes a la variante propuesta. Se observó que los detalles que se precisaban en la versión revisada no tenían una finalidad puramente didáctica ya que impartían una orientación necesaria para que los árbitros y las partes obraran con la debida certeza jurídica. Se insistió en que dicha función era particularmente importante para muchos ordenamientos jurídicos que no estaban familiarizados con el empleo procedente de las medidas cautelares en el contexto del arbitraje internacional. De conformidad con dicha propuesta, se dijo que se necesitaba una definición de medida cautelar. Se recordó que la definición dada en la versión revisada consistía en una lista genérica y exhaustiva de todos los supuestos en los que cabría otorgar una medida cautelar. Se expresaron otras reservas a la variante propuesta basadas en que en ella no se señalaban las condiciones que habrían de darse para poder otorgar una medida cautelar, lo que podría dar lugar a dificultades tanto interpretativas como prácticas.

89. Se expresó el parecer de que la variante propuesta se apartaba innecesariamente del régimen de las medidas cautelares enunciado en el capítulo IV A de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje y que sería preferible reproducir lo dispuesto en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje a fin de alentar el recurso a dichas medidas de conformidad con las normas enunciadas por la CNUDMI. Para responder a la inquietud expresada respecto de la longitud del artículo 26 de la versión revisada se sugirió dividir su texto en dos artículos, en uno de los cuales se definiría el poder de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares mientras que en el otro se definiría la manera en que debía proceder el tribunal arbitral para otorgar dichas medidas.

90. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en proseguir su examen de las medidas cautelares sobre la base del texto de la versión revisada del artículo 26 (recogida en el documento A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1), prestando atención a la posibilidad de simplificar dicho texto a la luz de la variante propuesta.

Párrafo 1

91. El Grupo de Trabajo tomó nota de que en el párrafo 1 se facultaba al tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares y aprobó dicho párrafo sin cambio alguno.

Párrafo 2

"se entenderá, sin límite alguno"

92. Se propuso combinar el texto del párrafo 2 de la variante propuesta con el párrafo 2 de la versión revisada a fin de que la definición de medida cautelar dada en el Reglamento se entendiera en sentido lato. Se sugirió insertar el texto "que se estime necesaria para la resolución equitativa y eficiente de la controversia" en el encabezamiento del párrafo 2 de la versión revisada. Se sugirió también insertar en

la lista enunciada en el párrafo 2 un apartado adicional que dijera: “e) toda otra medida cautelar que el tribunal arbitral estime necesaria para la resolución equitativa y eficiente de la controversia”. Pese a que se formularon reservas acerca de la enmienda propuesta del párrafo 2, por razón de que la definición de medida cautelar había sido objeto de una larga discusión en el Grupo de Trabajo al revisarse la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, se estimó oportuno insertar en el Reglamento algún texto que contemplara la posibilidad de que se adopten medidas no incluidas en la lista.

93. A dicho fin, se sugirió sustituir, en la primera línea del párrafo 2) de la versión inglesa revisada, el término “se entenderá” (“is”) por “incluirá”. Se sugirió también insertar a continuación de “se entenderá” la expresión “, sin límite alguno,” a fin de recalcar la índole no excluyente del párrafo 2.

94. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en insertar a continuación del término “se entenderá”, que figura en la primera oración del párrafo 2, la expresión “, sin límite alguno,”.

Párrafo 2 b)

95. Se expresó el temor de que los actos que se habían de impedir, o las medidas que una de las partes había de abstenerse de tomar, fueran entendidos como referidos únicamente al perjuicio que pudieran ocasionar al procedimiento arbitral. En respuesta a dicho temor se sugirió hacer un retoque editorial en el párrafo 2 b), insertando “i)” antes de “algún daño” y “ii)” antes de “el menoscabo” a fin de que “el menoscabo del procedimiento arbitral” entablado fuera considerado como una noción aparte de la del “daño actual inminente”, al que esté expuesto el solicitante de la medida.

Párrafos 3 y 4

96. Se observó que las condiciones para poder otorgar medidas cautelares, enunciadas en el párrafo 3, eran aplicables por igual a distintas clases de medidas cautelares. Se expresó el parecer de que dicho enfoque podía resultar problemático en aquellos países que habían previsto criterios especiales para la concesión de medidas destinadas a preservar una masa suficiente de bienes para ejecutar un laudo eventual subsiguiente, conforme se disponía en el párrafo 2 c). Se sugirió, por ello, suprimir el párrafo 3. También se sugirió trasladar la remisión que se hacía al párrafo 2 c), en el encabezamiento del párrafo 3, al párrafo 4 de este mismo artículo.

97. Se expresó apoyo a la supresión de los párrafos 3 y 4, por estimar que podían entrar en conflicto con el derecho interno aplicable. Se expresó también oposición a la supresión de dichos párrafos. Se dijo que el párrafo 3 impartía orientación al tribunal arbitral acerca de las condiciones requeridas para poder otorgar una medida cautelar. Se dijo además que las reglas de los apartados a) y b) eran esenciales para resolver cuestiones que se daban en la práctica. La ponderación del daño prevista en el apartado a) del párrafo 3 era una disposición importante, y se indicó que establecía un criterio menos rígido que el de daño irreparable, por lo que era importante que se reflejara expresamente en el texto.

98. Para conciliar ambas posiciones se propuso modificar el texto del párrafo 3 a fin de darle un carácter facultativo y no imperativo, al igual que el de la regla del párrafo 4. También se propuso que se insertara en el texto del párrafo 3 la salvedad

"salvo que el tribunal arbitral determine que procede aplicar otros criterios". Se dijo que esa salvedad daría margen para aplicar cualquier otra condición que el derecho interno exigiera para otorgar una medida cautelar. Dichas propuestas no obtuvieron apoyo. Se recordó también al Grupo de Trabajo que se había decidido en un período anterior de sesiones retener el párrafo 3 (A/CN.9/641, párr. 52).

99. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó los párrafos 3 y 4 sin cambio alguno.

Párrafo 5

Debate general

100. El Grupo de Trabajo recordó que, de conformidad con el texto revisado de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, aprobado por la Comisión en 2006, un tribunal arbitral estaría facultado para otorgar una orden preliminar, a instancia de una de las partes, sin previo aviso de la misma a la otra parte, en todo supuesto en el que estime que la revelación previa de la medida cautelar solicitada a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada. El Grupo de Trabajo consideró la procedencia de que se incluyera el párrafo 5, relativo a las órdenes preliminares, en el Reglamento. Se expresaron pareceres divergentes.

101. En contra de su inclusión se dijo que el Reglamento era un instrumento de rango contractual al servicio de las partes en una controversia mientras que la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI era un instrumento de índole legislativa dirigido al legislador, y que la necesidad de ofrecer una reglamentación detallada se planteaba en el contexto de la revisión de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, pero no en el de la revisión del Reglamento. Se señaló que los rasgos característicos de las órdenes preliminares eran contrarios a la índole consensual del arbitraje, por lo que el derecho interno de muchos países no las admitía. Se observó que algunos de los Estados que habían promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, enmendada en 2006, habían optado por no incluir la sección A del capítulo IV de la Ley Modelo donde se regulaban las órdenes preliminares. A dicho respecto, se advirtió al Grupo de Trabajo de la conveniencia de respetar el enfoque general del Reglamento para no restar a dicho instrumento su aplicabilidad universal, que era uno de los factores principales de su éxito. Se dijo también que la emisión de una orden preliminar podría suscitar objeciones fundadas en la violación eventual de la legalidad del procedimiento.

102. Se argumentó que la mejor forma de conciliar los distintos enfoques de la cuestión en los diferentes ordenamientos era no incluir en el Reglamento una disposición referente a las órdenes preliminares. Se expresó el parecer de que las órdenes preliminares eran en algunas jurisdicciones de la competencia de los tribunales estatales, y de que el procedimiento para emitirlas estaba sometido a unas garantías procesales tal vez ausentes, en mayor o menor medida, en un procedimiento arbitral. Las órdenes judiciales eran invocables tanto por las partes en un procedimiento de arbitraje como por terceros. Por ejemplo, el juez al que corresponda pronunciarse acerca de la admisibilidad de una orden preliminar no siempre será el que tenga que pronunciarse sobre el fondo del litigio, mientras que en un arbitraje es el mismo árbitro quien se pronuncia en uno y otro caso, lo que podría influir en el resultado del procedimiento. Se contestó a dicho parecer que en

algunos ordenamientos, un mismo juez se pronuncia acerca de la orden preliminar y el fondo del litigio, y que dicha práctica no había suscitado inquietud alguna. Se dijo también que resultaría incoherente facultar a las partes para acogerse al arbitraje, y obligarlas al mismo tiempo a recurrir a la vía judicial para obtener una orden preliminar.

103. Se dijo además, en apoyo del párrafo 5, que su texto se limitaba a reflejar la práctica existente. Se observó a dicho respecto que la eliminación del párrafo 5 del artículo 26 no impedía necesariamente que el tribunal arbitral dictara una orden preliminar. Se estimó conveniente impartir cierta orientación a los árbitros en lo concerniente a la emisión eventual de una orden preliminar. Se dijo también que era necesario que el Reglamento previera la emisión de órdenes preliminares, en aras de la coherencia de su texto con el de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI. Se dijo, en respuesta al argumento de que el párrafo 5 podría dar lugar a conflictos con el derecho interno aplicable al arbitraje, que, en cualquier caso, el derecho interno aplicable al arbitraje prevalecería en todo supuesto en que no facultara al tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares. Se dijo además que la supresión del párrafo 5 podría dar lugar a que se entendiera que el Reglamento no admitía, en general, la emisión de órdenes preliminares.

104. Se expresó la inquietud de que la inclusión del párrafo 5 podría restar aceptabilidad al Reglamento, particularmente en lo concerniente a la solución de controversias entre una entidad pública e inversionistas privados en el marco de un tratado. Se observó, en respuesta, que las controversias entre entidades públicas e inversionistas privados en el marco de un tratado serían objeto de examen prioritario tan pronto como se hubiera completado la revisión del Reglamento, por lo que en el curso de dicho examen cabría examinar más en detalle la cuestión de la admisibilidad de una orden preliminar en el marco de la solución de dichas controversias. Se recordó al Grupo de Trabajo que la Comisión le había conferido, en su 41º período de sesiones, un mandato concerniente a las controversias entre entidades públicas e inversionistas privados en el marco de un tratado, que se limitaba a la sola cuestión de su transparencia (véase el párrafo 8 *supra*).

105. Se sugirió que, a falta de un acuerdo acerca de la versión revisada del artículo 26, se retuviera la versión de dicho artículo que figuraba en la versión de 1976 del Reglamento. A ello se respondió que la necesidad de actualizar la disposición concerniente a las medidas cautelares era uno de los motivos principales para revisar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Por consiguiente, la propuesta de retener la versión de 1976 de este artículo no obtuvo apoyo.

106. Algunos de los oponentes a la inclusión de reglas relativas a las órdenes preliminares en el Reglamento se mostraron dispuestos a aceptar la inclusión del párrafo 5 de este artículo, con tal de que se indicara en su texto que el tribunal arbitral no estaría facultado para otorgar órdenes preliminares en aquellos ordenamientos jurídicos que no le hubieran facultado para hacerlo, o con tal de que se indicara en el comentario del Reglamento que la facultad del tribunal arbitral para otorgar órdenes preliminares dependía de la normativa legal aplicable. A dicho respecto, se expresó el parecer de que la explicación que se daba de dicha disposición en el párrafo 15 del documento A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 (que figura asimismo en A/CN.9/641, párr. 59) expresaría correctamente el entendimiento a que había llegado el Grupo de Trabajo siempre que dijera “que, de permitirlo la ley aplicable, habida cuenta de la amplia discrecionalidad otorgada al tribunal

arbitral para dirigir las actuaciones con arreglo al párrafo 1 del artículo 15, el Reglamento no impediría de por sí que el tribunal arbitral emitiera órdenes preliminares".

Versión revisada – variante propuesta

107. Los partidarios de que el Reglamento previera la adopción de medidas cautelares a instancia de una sola parte expresaron sus reservas respecto de la versión revisada del párrafo 5 y el párrafo 2 y del texto presentado en el documento A/CN.9/WG.II/WP.152 ("la variante propuesta") que, en su opinión, no reflejaban como es debido el texto de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI.

108. Pese a que se estimó que la variante propuesta reconocía en términos sencillos y claros la facultad de un tribunal arbitral para otorgar órdenes preliminares, esa propuesta obtuvo muy escaso apoyo. Se expresó cierta preferencia, en el Grupo de Trabajo, por el texto relativo a las órdenes preliminares que figuraba en la versión revisada del párrafo 5. Ahora bien, se señaló que el lenguaje de la versión revisada resultaba ambiguo, y que su texto estaba formulado en sentido negativo, lo que no reflejaba el enfoque adoptado en la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI.

109. A fin de conciliar los pareceres divergentes expresados en el Grupo de Trabajo acerca de las órdenes preliminares, se propuso sustituir el párrafo 5 de la versión revisada por un texto que dijera: "Nada de lo dispuesto en el presente Reglamento dará lugar a la creación (donde no exista) o a la limitación (donde exista) del derecho eventual de toda parte para solicitar del tribunal arbitral, o de la facultad del tribunal arbitral para otorgar, una medida cautelar sin dar previo aviso de la misma a la otra parte".

110. Se expresó el parecer de que cabría insertar el nuevo texto en el comentario explicativo que se adjuntaría al Reglamento. Se expresó, no obstante, el parecer contrario de que no era práctica aconsejable fiarse de la documentación explicativa para expresar un principio normativo esencial que debería figurar en un instrumento autónomo como debía ser el texto del Reglamento.

111. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo expresó el parecer de que el lenguaje propuesto en el anterior párrafo 109 constituía una solución aceptable, ya que daba un enfoque neutro a la cuestión de las órdenes preliminares. Se hicieron diversas observaciones de forma al texto propuesto. Se observó que no todos los usuarios del Reglamento de la CNUDMI estarían familiarizados con el término "orden preliminar", por lo que sería preferible aclarar su significado en una frase descriptiva que se insertaría a continuación del término "otorgar" y que dijera: ", en uno y otro caso, una orden preliminar por la que se exigiera a una de las partes que no frustrara el objeto de la medida cautelar solicitada". Dicha sugerencia obtuvo apoyo. Se sugirió además que, a fin de evitar los paréntesis que figuraban en el texto propuesto en el anterior párrafo 109, se suprimieran los textos entre paréntesis insertándose las palabras "que esté reconocido al margen del presente Reglamento" a continuación de las palabras "cualquier derecho". Dicha sugerencia obtuvo apoyo.

112. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en reformular el párrafo 5 como sigue: "Nada de lo dispuesto en el presente Reglamento dará lugar a la creación de un derecho, o a la limitación de todo derecho eventualmente reconocido al margen del presente Reglamento, que sea invocable por una de las partes para solicitar del tribunal arbitral la emisión de una orden preliminar, ni

afectará a la facultad del tribunal arbitral para dictarla, en uno y otro caso, sin previo aviso a la otra parte, exigiendo a esa parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada". El Grupo de Trabajo convino en que se enmendara toda remisión que se hiciera al párrafo 5 en el resto del texto del artículo 26, es decir en sus párrafos 3 y 6 a 10, a fin de armonizar su texto con el nuevo texto aprobado en materia de órdenes preliminares.

Párrafo 6

113. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 6, a reserva de que se adaptara su texto conforme a lo indicado en el anterior párrafo 112.

Párrafo 7

114. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 7, a reserva de que se adaptara su texto conforme a lo indicado en el anterior párrafo 112.

Párrafo 8

115. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 8, a reserva de que se adaptara su texto conforme a lo indicado en el anterior párrafo 112.

Párrafo 9

116. Se observó que el párrafo 9 de la versión revisada podía dar lugar a que la parte que solicitara una medida cautelar tuviera que pagar costas y daños y perjuicios en supuestos en los que, por ejemplo, se cumplieran los requisitos del artículo 26 pero la demanda de dicha parte no prosperara en cuanto al fondo del litigio. En respuesta a dicha inquietud, se sugirió que se añadiera un texto que dispusiera que al adoptar el tribunal arbitral su determinación con arreglo al párrafo 9 debería obrar "a la luz del resultado del litigio". Esa propuesta no obtuvo apoyo.

117. Se observó además que la variante propuesta para el párrafo 5 en el documento A/CN.9/WG.II/WP.152 preveía una solución preferible, pues no se ocupaba de la responsabilidad por concepto de costas y de daños y perjuicios ya que dejaba dichas cuestiones al arbitrio de la ley aplicable. El texto de la variante propuesta decía: "El tribunal arbitral podrá pronunciarse en cualquier momento sobre toda demanda de indemnización por el daño indebidamente causado por la orden preliminar o la medida cautelar". La sugerencia de que se suprimiera la palabra "indebidamente" obtuvo apoyo por razón de que se estimó que se prestaba a lecturas muy diversas y, por ello, a incertidumbre jurídica. Se propuso que se explicara en la documentación explicativa el sentido de la fórmula "en cualquier momento", como estando referida a todo momento en el curso de las actuaciones, y no al período inmediato a la adopción de la medida.

118. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una nota que facilitara la prosecución del debate sobre la forma en que se abordan, en las distintas jurisdicciones arbitrales, las cuestiones que plantea la responsabilidad en concepto de daños resultantes de la aplicación de medidas provisionales.

Párrafo 10

119. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 10, a reserva de que se adaptara su texto conforme a lo indicado en el anterior párrafo 112.

V. Organización de la labor futura

120. Al concluir sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo observó que había resuelto con éxito un cierto número de cuestiones difíciles. También observó que no podría completar su examen del Reglamento en su actual período de sesiones de forma que el proyecto de texto tuviera el grado de madurez y calidad necesario para que pudiera presentarse en el siguiente período de sesiones de la Comisión en 2009. El Grupo de Trabajo había tenido presente durante el período de sesiones el aliento recibido de la Comisión en su 41º período de sesiones[12] y la encomienda de la Asamblea General (A/RES/637120) de que el texto revisado del Reglamento se finalizara en 2009, pero en general consideró que debía completar la lectura del texto antes de someterlo a la Comisión. Como la nueva versión del Reglamento debía mantenerse vigente durante muchos años, el Grupo de Trabajo consideró que debía dedicarse todo el tiempo necesario para satisfacer los elevados niveles de exigencia de la CNUDMI. El Grupo de Trabajo acordó pedir a la Comisión tiempo suficiente para completar su labor.

121. Se aclaró que, atendiendo al mandato recibido de la Comisión en su 41º período de sesiones, el Grupo de Trabajo tenía que considerar la cuestión de la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas privados y entidades públicas en el marco de un tratado como cuestión prioritaria después de la finalización de su labor de revisión del Reglamento. El Grupo de Trabajo consideró además si sería aconsejable adoptar un enfoque más amplio de la cuestión del arbitraje entre inversionistas privados y entidades públicas en el marco de un tratado. Se anticipó que cuando se debatiera la transparencia podrían plantearse nuevas cuestiones. Sin embargo, se consideró importante también no proponer la apertura de un debate general sobre el arbitraje entre inversionistas privados y entidades públicas en el marco de un tratado, con objeto de proteger la aplicabilidad general del Reglamento genérico.

---

[12] Ibíd., párr. 315.