

**Asamblea General**

Distr. general
11 de noviembre de 2002
Español
Original: inglés

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

36º período de sesiones

Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003

**Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la
labor realizada en su 37º período de sesiones
(Viena, 7 a 11 de octubre de 2002)****Índice**

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-13	2
II. Deliberaciones y decisiones	14	4
III. Medidas cautelares impuestas por un tribunal arbitral	15-76	5
A. Observaciones generales sobre las medidas cautelares impuestas a instancia de parte	16-27	6
B. Párrafo 4)(a)	28-33	10
C. Párrafo 1)	34	12
D. Párrafo 2)	35-38	12
E. Párrafo 3)	39-44	13
F. Párrafo 5)	45-48	14
G. Párrafo 6)	49	15
H. Párrafo 7)	50-52	16
I. Párrafo 4) a) (continuación)	53-72	16
J. Párrafo 4) b)	73	22
K. Párrafo 4) c)	74-75	23
L. Párrafo 4) d)	76	23
IV. Medidas cautelares ordenadas por los tribunales	77	24
V. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares	78-80	24



I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión tuvo a su disposición una nota titulada “Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional” (A/CN.9/460). Agradeciendo la oportunidad de examinar si era conveniente y factible impulsar el desarrollo del derecho aplicable al arbitraje comercial internacional, la Comisión consideró en su conjunto que había llegado el momento de que se evaluara la amplia y favorable experiencia adquirida en la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, denominada también en el presente informe “la Ley Modelo”), así como en la aplicación del Reglamento de Arbitraje y del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de proceder a determinar, en el foro universal constituido por la Comisión, si las ideas y propuestas presentadas eran aptas para mejorar la legislación, los reglamentos y las prácticas aplicables en materia de arbitraje¹.

2. La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), y decidió que los temas prioritarios del Grupo de Trabajo fueran la conciliación², el requisito sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje³, la ejecutoriedad de las medidas cautelares⁴ y la posible ejecutoriedad de un laudo anulado en el Estado de origen⁵.

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

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

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

5. En su 35º período de sesiones celebrado en Nueva York del 17 al 28 de junio de 2002, la Comisión tomó nota con reconocimiento del informe del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones (A/CN.9/508). La Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados hasta la fecha en las cuestiones tratadas, concretamente el requisito sobre la forma escrita para el acuerdo de arbitraje y los problemas de las medidas cautelares. En el mismo período de sesiones, la Comisión aprobó asimismo la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional.

6. Con respecto a la cuestión de las medidas cautelares, la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había examinado un proyecto de texto para la revisión del artículo 17 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 74) y de que se había pedido a la Secretaría que preparara disposiciones revisadas basadas en las deliberaciones del Grupo de Trabajo, a fin de que pudieran examinarse en un futuro período de sesiones. Se señaló asimismo que, en su 37º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinaría un proyecto revisado de nuevo artículo preparado por la Secretaría para complementar la Ley Modelo en lo relativo a la ejecutoriedad de las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral (párr. 83) (A/CN.9/508, párr. 16).

7. El Grupo de Trabajo está integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, que son los siguientes:

Alemania, Argentina, Austria, Benin, Brasil, Burkina Faso, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Honduras, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, la ex República Yugoslava de Macedonia, Lituania, Marruecos, México, Paraguay, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Rwanda, Sierra Leona, Singapur, Sudán, Suecia, Tailandia y Uganda.

8. Asistieron al 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo los siguientes Estados miembros: Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Hungría, India, Italia, Japón, Lituania, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rwanda, Singapur, Sudán, Suecia y Tailandia.

9. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argelia, Australia, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, Filipinas, Finlandia, Grecia, Indonesia, Irlanda, Líbano, Perú, Polonia, Qatar, República Checa, República de Corea, Suiza, Turquía, Ucrania, Venezuela y Yemen.

10. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) **Organizaciones intergubernamentales:** Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Comité Asesor del artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Corte Permanente de Arbitraje, Liga de los Estados Árabes;

b) **Organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión:** Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, *Centre d'Arbitrage et d'Expertise du Rwanda*, *Chartered Institute of Arbitrators*, *Global Center for Dispute Resolution Research*, Cámara de Comercio Internacional (CCI), Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, Instituto de Derecho Internacional, Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), *Moot Alumni Association* (MAA), y Centro Regional de Lagos de Arbitraje Comercial Internacional.

11. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

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

Relator: Sr. Prem Kumar MALHOTRA (India).

12. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

- a) Programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.120);
- b) Nota de la Secretaría: Elaboración de disposiciones uniformes sobre medidas provisionales cautelares (A/CN.9/WG.II/WP.119);
- c) Propuesta de los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.II/WP.121).

13. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

- 1. Elección de la Mesa
- 2. Aprobación del programa
- 3. Preparación de textos armonizados sobre las medidas cautelares
- 4. Otros asuntos
- 5. Aprobación del informe.

II. Deliberaciones y decisiones

14. El Grupo de Trabajo examinó el tema 3 del programa sobre la base de la propuesta de los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.II/WP.121) y del documento preparado por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.119). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo relativas a este tema se reflejan en el capítulo III, que figura más adelante.

III. Medidas cautelares impuestas por un tribunal arbitral

15. El Grupo de Trabajo recordó que en su 36º período de sesiones había iniciado su examen de las potestades de un tribunal judicial o de un tribunal arbitral para imponer medidas cautelares (A/CN.9/508, párrafos 51 y sigs.) y se había examinado un proyecto de texto por el que se revisaba el artículo 17 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (A/CN.9/WG.II/WP.119). Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no ultimó, en dicho período de sesiones, sus deliberaciones sobre las medidas cautelares impuestas por un tribunal arbitral. Se decidió que el Grupo de Trabajo prosiguiera sus deliberaciones sobre la base de una propuesta presentada por los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.II/WP.121) en la que se sugería una nueva formulación para el artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (la Ley Modelo), teniendo en cuenta también el proyecto de texto anteriormente preparado que figura en los documentos A/CN.9/508 y A/CN.9/WG.II/WP.119. El texto propuesto examinado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.II/WP.21, denominado también en el presente informe “la propuesta”) decía:

“1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, si una de las partes lo solicita, el tribunal arbitral podrá ordenar a otra parte que adopte medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entiende toda medida de carácter temporal impuesta mediante una resolución provisional o de otra forma, por la cual el tribunal arbitral, antes de pronunciar el laudo con el que se dirima definitivamente la controversia, ordene a una parte:

- a) mantener o restablecer el *statu quo* mientras no se dirima la controversia, con el objeto de garantizar o facilitar la eficacia del futuro laudo;
- b) tomar medidas para prevenir un daño emergente o inminente, o abstenerse de tomar medidas que puedan causarlo a fin de garantizar o facilitar la eficacia del futuro laudo;
- c) proveer garantías para la ejecución definitiva del laudo, así como para la asignación de las costas; o
- d) conservar las pruebas que puedan ser pertinentes y de interés para la solución de la controversia.

3) El tribunal arbitral podrá ordenar una medida cautelar cuando la parte que la solicita haya demostrado que:

- a) urge adoptar tal medida;
- b) el hecho de no adoptar la medida redundaría en un perjuicio irreparable, y que dicho perjuicio sería considerablemente superior al que sufriría la parte que se opone a la medida, de concederse ésta; y
- c) existe una probabilidad importante de que prosperen los argumentos de la parte requirente sobre el fondo del litigio.

4) a) El tribunal arbitral podrá dictar una medida cautelar sin notificar a la parte contra la que la medida se dirija o antes de que dicha parte haya tenido

oportunidad de responder cuando, además de cumplirse los requisitos enunciados en el párrafo 3), la parte requirente demuestre la necesidad de proceder de esa forma para garantizar la eficacia de la medida.

b) Toda medida cautelar dictada de conformidad con el presente párrafo será eficaz durante un plazo máximo e improrrogable de 20 días. El presente apartado no afecta a la facultad del tribunal arbitral para otorgar, confirmar, prorrogar o modificar una medida cautelar de conformidad con el párrafo 1) una vez que la parte contra la que se ha dictado la medida haya sido notificada y haya tenido oportunidad de ser oída.

c) Salvo en la medida en que el tribunal arbitral haya determinado, en virtud del apartado a) del párrafo 4), la necesidad de proceder sin notificar a la parte contra la que se dirige la medida cautelar a fin de garantizar su eficacia, esa parte será notificada y tendrá la posibilidad de ser escuchada en cuanto resulte factible.

d) [La parte que solicite una medida cautelar en virtud del presente párrafo tendrá la obligación de comunicar al tribunal arbitral todas las circunstancias que éste pueda considerar pertinentes y de interés para determinar si se han cumplido los requisitos del presente párrafo.]

5) Como condición para conceder una medida cautelar, el tribunal arbitral podrá instar a la parte requirente a proveer garantías suficientes.

6) Una vez presentada la solicitud, la parte requirente informará sin demora al tribunal cuando cambien sustancialmente las circunstancias que motivaron la solicitud de la medida cautelar por dicha parte o su concesión por el tribunal arbitral.

7) El tribunal arbitral podrá, en cualquier momento, modificar o dejar sin efecto la medida cautelar.”

A. Observaciones generales sobre las medidas cautelares impuestas a instancia de parte

16. Se invitó al Grupo de Trabajo a que centrara su atención sobre la controvertida facultad otorgada a un tribunal arbitral para imponer medidas cautelares a instancia de una de las partes, conforme a lo previsto en el párrafo 4) de la propuesta.

17. El Grupo de Trabajo recordó que en su 36º período de sesiones se expresaron diversos pareceres sobre si sería, en principio, conveniente revisar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje para facultar al tribunal arbitral a imponer medidas cautelares a instancia de una de las dos partes (A/CN.9/508, párrs. 77 a 94). El Grupo de Trabajo recordó que ciertas delegaciones expresaron el parecer de que esa facultad debía ser una facultad exclusiva del foro judicial competente. Ese parecer fue de nuevo reiterado. Otras delegaciones opinaron que debería otorgarse esa potestad al tribunal arbitral con tal de que la medida cautelar por él impuesta fuera de duración limitada. Otras delegaciones adujeron que, dado el perjuicio eventual que esa medida pudiera causar a la parte afectada, facultar al tribunal arbitral para emitir esa orden sería únicamente aceptable si se imponían condiciones muy estrictas para que no se abusara de la misma. El parecer predominante fue que,

aun cuando la versión revisada del artículo 17 de la Ley Modelo se ocupara de estas medidas, debía redactarse de manera que indicase que las medidas cautelares impuestas a instancia de una de las partes sólo debían concederse en circunstancias excepcionales.

18. El Grupo de Trabajo escuchó una relación histórica del contenido de esta propuesta. Se observó que la propuesta partía del criterio de que el tribunal arbitral debería estar facultado para emitir medidas cautelares a instancia de parte, de duración explícitamente limitada. Se dijo que se daban al menos dos supuestos en los que estaría justificado que un tribunal arbitral impusiera una medida cautelar a instancia de una de las partes, sin violar el principio fundamental de la legalidad procesal del procedimiento arbitral y de la igualdad entre las partes en dicho proceso. El primer supuesto sería el de que la parte que demandara la medida cautelar en el caso de que fuera urgentemente necesitada estuviera dispuesta a notificar dicha demanda a la otra parte pero que, por razones de índole práctica, no hubiera podido hacerlo. El segundo, y más controvertido, supuesto sería el de que la parte que demandara la medida cautelar sostuviera que era necesario imponerla sin previo aviso para que surtiera efecto o para que la otra parte no frustrara su eficacia. Se dijo que la cuestión de principios que habría de resolverse era la de si cabía otorgar a un tribunal arbitral una facultad de imponer medidas cautelares, que complementara el ejercicio de esa misma facultad por el foro judicial competente.

19. A favor de que se diera esa facultad complementaria al tribunal arbitral, se adujo que si el Grupo de Trabajo convenía en que la facultad de otorgar medidas cautelares era un componente necesario de la potestad del tribunal arbitral para resolver controversias, sería lógicamente necesario que el tribunal arbitral estuviera facultado para otorgar dichas medidas a instancia de parte, si las circunstancias del caso lo exigieran. Se sugirió que el principal argumento aducido contra otorgar dicha facultad al tribunal arbitral era la inquietud de que el tribunal arbitral abusara de la misma. Se observó que ese riesgo existía igualmente cuando una de esas medidas era solicitada ante un tribunal judicial. Se reconoció que esa facultad para otorgar medidas cautelares a instancia de parte habría de compaginarse con las disposiciones de índole ejecutoria aún no examinadas por el Grupo de Trabajo. Dado que el régimen ejecutorio enunciado en la propuesta preveía que se permitiera recurrir ante el foro judicial competente para que reconsiderara el fundamento alegado para la imposición de toda medida cautelar otorgada a instancia de parte, en algunos casos, la parte que solicitara esa medida tendría que engañar con éxito tanto al tribunal arbitral como al tribunal judicial para poder abusar de esa medida. Se dijo que dicho riesgo se vería reducido por razón de que la posibilidad de recurrir contra la medida impuesta ante el foro nacional competente proporcionaba una salvaguardia eficaz apropiada contra todo abuso. Se dijo también que la medida impuesta por el tribunal arbitral no afectaría directamente a terceros y que cabía imponer a toda parte que solicitara una medida cautelar la obligación de depositar una caución que amparara a la parte que se viera afectada por la medida contra todo daño indebido. Se observó que había indicios de que la judicatura de algunos países era favorable a que se otorgara a los tribunales arbitrales la facultad de imponer medidas cautelares. Se observó, no obstante, que en algunos ordenamientos una tal medida cautelar impuesta a instancia de parte sería tenida por una decisión de carácter procesal que el foro estatal competente no podría hacer ejecutoria.

20. Se explicó, en particular, que la facultad general de otorgar medidas cautelares a instancia de parte prevista en el párrafo 4 a) de la propuesta llevaba incorporada salvaguardias contra su posible abuso. En el párrafo 4 b) se disponía que toda medida cautelar a instancia de parte sólo surtiría efecto durante un plazo máximo de 20 días y en el párrafo 4 c) se disponía que deberá notificarse lo antes posible a la parte afectada por la medida cautelar impuesta y deberá dársele igualmente la oportunidad de ser oída. En el párrafo 4 d) se dispone además que la parte que solicite la medida estará obligada a informar al tribunal de toda circunstancia que sea pertinente o de interés para la decisión adoptada.

21. Se expresaron ciertas reservas respecto de la propuesta. Se dijo, en primer lugar, que esa facultad podría socavar el principio básico del acuerdo por el que las partes convenían en recurrir al arbitraje. Se sugirió que facultar al tribunal arbitral para imponer medidas cautelares a instancia de parte era contrario a la propia índole del arbitraje que se basaba en un consenso de las partes en facultar a una o más personas para resolver su controversia. Se dijo que conferir esa facultad al tribunal arbitral sería contrario a la expectativa genérica de que el tribunal arbitral gozaba de un poder limitado y a las expectativas de las partes de que el arbitraje suponía cierto respeto de la posición conflictiva de una y otra parte. Se dijo, al respecto, que el consenso entre las partes y su confianza en los árbitros era el fundamento básico de este método de solución de controversias. Se observó que el texto originalmente propuesto hablaba de “la posibilidad (probabilidad) de que prosperen los argumentos del peticionario sobre el fondo del litigio” (A/CN.9/508, párr. 51) mientras que la propuesta presentada en el párrafo 3 c) hablaba de “una probabilidad importante de que prosperen los argumentos de la parte requirente sobre el fondo del litigio” (A/CN.9/WG.II/WP.121). Se sugirió que el texto original corría el peligro de ser entendido como una invitación a que el tribunal arbitral prejuzgara el fondo de la causa al examinar los méritos del caso y que el nuevo texto propuesto agravaba ese peligro. Se observó que ello restaría confianza en el procedimiento arbitral y daría una impresión engañosa respecto de la imparcialidad supuesta de un tribunal arbitral. Se sugirió suprimir el párrafo 3 c) a fin de evitar este problema. Se expresaron pareceres contrarios, y se objetó a esa supresión que esa necesidad de indagar los méritos del caso era un principio consagrado del régimen de las medidas cautelares a instancia de parte dictadas por los tribunales del Estado, y suponía además una salvaguardia adicional de que la medida había de estar justificada.

22. Se sugirió que la facultad de un tribunal arbitral para imponer medidas cautelares a instancia de parte debería ser únicamente aplicable cuando las partes hubieran convenido expresamente en que el tribunal ejerciera dicha facultad, por ejemplo, estipulándolo así en el acuerdo de arbitraje o por remisión a un reglamento de arbitraje, o por estar así previsto por el derecho interno aplicable al arbitraje. Esa sugerencia recibió cierta medida de apoyo. Se recordó, no obstante, que el Grupo de Trabajo rechazó, en un período de sesiones anterior, una sugerencia similar por considerar que “resultaba irreal imaginar que las partes se pusieran de acuerdo sobre una regla procesal de esa índole, ni antes ni después de que la controversia surgiera” (A/CN.9/508, párrafo 78). Se observó que, particularmente cuando una de las partes en un arbitraje fuera algún órgano o entidad pública del Estado, podría ser difícil obtener dicho acuerdo explícito. Se señaló, sin embargo, que un Estado parte en una operación con una parte privada quizá también deseara poder pedir medidas cautelares. Como alternativa al parecer de que sólo cabría imponer una medida cautelar si las partes así lo habían estipulado previamente en su acuerdo, ciertas

delegaciones sugirieron que la facultad de imponer dichas medidas fuera condicionada a que las partes no hubieran estipulado nada en contrario en su acuerdo. Se sugirió, a este respecto, que debería precisarse en el párrafo 1) de la propuesta, en donde se disponía que la facultad de imponer una medida cautelar estaba condicionada a que no hubiera ninguna estipulación en contrario de las partes, a fin de explicitar que esa salvedad era igualmente aplicable a la facultad de imponer medidas cautelares a instancia de parte prevista en el párrafo 4) del proyecto.

23. Se expresaron además inquietudes acerca de la conveniencia de que se permita a un tribunal arbitral privado ordenar medidas cautelares a instancia de una parte. Se sostuvo que la determinación de salvaguardias apropiadas frente a la posibilidad de abusos era una cuestión compleja cuya reglamentación podría durar años. A este respecto, se señaló que la propuesta no preveía que el solicitante de medidas cautelares debiera comprometerse sistemáticamente a su vez a indemnizar a la otra parte cuando la medida solicitada resultara injustificada. Se observó que, en tales circunstancias, algunos ordenamientos jurídicos debían permitir a una parte solicitar indemnización al árbitro que hubiera ordenado la medida. Se señaló que esta cuestión no entraba en el ámbito de la legislación de arbitraje. Otra de las inquietudes radicaba en que la propuesta no aclaraba si la decisión sobre la indemnización habría de tomarla el mismo tribunal. Además, se criticó el hecho de que la propuesta no reconocía la posibilidad de que la medida adoptada a instancia de una parte podía afectar a terceros, aunque no fueran parte en el arbitraje.

24. En apoyo de la propuesta de conferir a los tribunales arbitrales la facultad para ordenar medidas cautelares a instancia de parte, se argumentó que esa facultad supondría una importante contribución al desarrollo del arbitraje internacional, que sería así más eficaz como método de solución de controversias. Se observó que si bien tradicionalmente el derecho a ordenar medidas cautelares a instancia de parte era únicamente competencia de los tribunales nacionales, había una tendencia en varios ordenamientos jurídicos a conferir también esa facultad a los tribunales arbitrales. Además de las salvaguardias ya incluidas en la propuesta, se sugirió que se impusiera la obligación de dar una garantía a la parte que solicitara la orden del tribunal a fin de cubrir los perjuicios que pudiera causar tal medida. Se sugirió también que se impusiera además a la parte solicitante la obligación de indemnizar a la otra parte si ulteriormente la medida resultaba haber sido injustificada.

25. Una opinión que contó con mucho apoyo fue que las disposiciones sobre medidas cautelares impuestas a instancia de una de las partes solamente podían incluirse en el artículo 17, si se establecían salvaguardias adecuadas. El debate prosiguió sobre esa base. Algunas delegaciones indicaron que la propuesta podía resultar aceptable si se perfeccionaban las salvaguardias, por ejemplo, disponiendo el pronto examen contradictorio del asunto por el tribunal arbitral si la otra parte formulaba alguna objeción. A este respecto se formularon reservas sobre el establecimiento de un plazo general de 20 días. Se observó que esta disposición podía interpretarse erróneamente en el sentido de que establecía una norma para la duración de la medida solicitada por una parte, y no un límite externo, y que, en el mundo del comercio, 20 días podía representar un plazo indebidamente oneroso o, en algunos ordenamientos jurídicos, insuficiente para plantear la cuestión ante un tribunal nacional. Se sugirió que sería más conveniente disponer que la medida ordenada a instancia de parte tuviera una vigencia temporal limitada en función de

las circunstancias del caso. No obstante, se señaló que sería excesivamente vago hacer simplemente referencia a un período razonable. Se sugirió que la disposición puntualizara que la parte afectada por la medida ordenada a instancia de la otra parte no debería tener que esperar 20 días para poder impugnarla, sino que la medida debería poder impugnarse en cualquier momento una vez otorgada. Además, se sugirió que el tribunal que hubiera ordenado la medida estuviera obligado a escuchar a la parte que la impugnara poco tiempo después, por ejemplo, en un plazo de 48 horas tras la impugnación.

26. Frente a las preocupaciones expresadas, se señaló que podía revisarse el proyecto para confirmar que la facultad para ordenar medidas cautelares a instancia de parte estaba sujeta a un acuerdo en contrario entre las partes. También se observó que la referencia, en el proyecto de párrafo 3 c), a “una posibilidad importante” de que prosperaran los argumentos sobre el fondo del litigio tenía la finalidad de dar al texto un enunciado más neutral que en la referencia original a una “probabilidad importante”, a fin de evitar el riesgo de que un tribunal arbitral se considerara invitado a prejuzgar el litigio en su examen sobre el fondo al decidir sobre medidas cautelares adoptadas a instancia de una parte. Se convino en que, si bien se debía revisar el texto para evitar que se prejuzgara el litigio, el tribunal arbitral tendría no obstante la obligación de entrar a analizar el fondo del asunto al determinar si otorgaba o no medidas cautelares solicitadas por una parte.

27. En el Grupo de Trabajo hubo amplia coincidencia de pareceres en el sentido de que si se reforzaban e incrementaban las salvaguardias, tal vez las medidas cautelares ordenadas a instancia de una parte podían ser más aceptables. A este respecto, se sugirió que, al solicitar una medida cautelar, no había que atenerse únicamente a las condiciones enunciadas en el párrafo 3).

B. Párrafo 4 a)

28. El Grupo de Trabajo procedió a examinar en detalle el párrafo 4 a). Si bien un cierto número de delegaciones continuó oponiéndose a la inclusión en el texto de la facultad de los tribunales para otorgar medidas cautelares a instancia de parte, el Grupo de Trabajo acordó, sin embargo, continuar examinando la propuesta. Además se plantearon cuestiones sobre el contenido de la propuesta, dado que, en su 36º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había revisado una parte del texto de esta disposición, que difería notablemente de la propuesta que se estaba examinando. El Grupo de Trabajo tomó nota de estas cuestiones, pero se señaló que sería apropiado examinar detenidamente la propuesta para concretar las opiniones sobre la cuestión de las medidas ordenadas a instancia de parte. Se observó ante el Grupo de Trabajo que la propuesta pretendía tener en cuenta las opiniones expresadas en el 36º período de sesiones.

29. Se plantearon tres cuestiones con respecto al párrafo 4 a). En primer lugar, la manera en que las partes podían eludir por completo la aplicación del párrafo 4) mediante una cláusula de adhesión o de exclusión. En segundo lugar, la cuestión de si los requisitos enunciados en el proyecto de párrafo 3) de la propuesta debían ser también aplicables en el caso de medidas ordenadas a instancia de una parte. Se señaló que en los casos de medidas ordenadas a instancia de una parte habría que demostrar también todas y cada una de las condiciones que hacía falta demostrar en caso de medidas cautelares convenidas por las partes. Por ejemplo, se había opinado que el requisito enunciado en el párrafo 3 c) de que hubiera “una probabilidad importante de que prosperaran los argumentos sobre el fondo del litigio” equivalía a

prejuzar el litigio y, por consiguiente, ello no debería ser un requisito para una medida ordenada a instancia de una parte. Se replicó que el párrafo 3 c) estaba concebido como un límite mínimo para la obtención de medidas cautelares y que era posible evitar que se perjudicara el litigio enmendando el texto, por ejemplo, requiriendo un caso de presunción rebatible. Se indicó además que el requisito de urgencia enunciado en el párrafo 3 a) de la propuesta no era necesario como criterio general para las medidas cautelares adoptadas entre las partes, pero era un criterio imprescindible para las medidas ordenadas a instancia de una parte, en las que la urgencia impedía la notificación de la otra parte. Esta sugerencia recibió un amplio apoyo.

30. La tercera cuestión planteada con respecto al párrafo 4 a) era la de los requisitos suplementarios que había que imponer cuando una parte solicitara medidas cautelares. Además de los requisitos enunciados en el párrafo 3 c) para las medidas cautelares convenidas por las partes, se sugirió que se impusieran cinco requisitos suplementarios para las medidas solicitadas por una parte. En primer lugar, la parte que solicitara la medida debería obligatoriamente constituir una garantía para indemnizar a la parte contraria si posteriormente la medida cautelar resultaba haber sido injustificada. En segundo lugar, la parte solicitante habría de indemnizar a la parte contra la que estuviera dirigida la medida asumiendo una estricta responsabilidad por las pérdidas ocasionadas por una medida erróneamente otorgada. Con respecto a este segundo requisito, se señaló que sería importante que la cuestión de la responsabilidad pudiera dirimirse ante el mismo tribunal que otorgara la medida original. Un problema que planteaba también este segundo requisito era el de si el tribunal sería competente para dirimir una cuestión de indemnización por pérdidas ocasionadas por una medida ordenada a instancia de una parte, particularmente en el caso de que tal competencia no se pudiera deducir del acuerdo de arbitraje o cuando el acuerdo estuviera enunciado en términos estrictos. El tercer requisito propuesto era que la parte que solicitara la medida pudiese demostrar que no existía ningún otro recurso y que éste era el último que le quedaba. En cuarto lugar, aunque no era específicamente un requisito, se sugirió que el texto del párrafo 4 a) comenzara con las palabras “en circunstancias excepcionales”, a fin de poner de relieve el carácter excepcional de las medidas cautelares ordenadas a instancia de una parte. Por último, se sostuvo que, en el caso de las medidas solicitadas por una parte, deberían tenerse en cuenta los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad.

31. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que se preparara un texto revisado que recogiera las opiniones y preocupaciones expresadas en el Grupo de Trabajo. En particular, en el texto revisado debería figurar una disposición que reconociera la libertad contractual de las partes que pudieran así declarar no aplicable una disposición que diera al tribunal la facultad de otorgar medidas cautelares a instancia de parte. En el texto revisado debería reconocerse también que los requisitos aplicables a las medidas convenidas entre las partes, enunciadas en el párrafo 3 de la propuesta, fueran también aplicables a las medidas ordenadas a instancia de parte, pero que el requisito del párrafo 3 c) de “una probabilidad importante de que prosperen” los argumentos sobre el fondo del litigio se redactara en un tono menos estricto y más neutral. Además, el proyecto revisado debería asegurar que el requisito de que la parte que solicitara la medida cautelar constituyera una garantía fuera obligatorio y que la parte requirente fuera considerada estrictamente responsable de los perjuicios causados a la parte requerida por una medida injustificada. El mismo tribunal debería poder dirimir esta cuestión de estricta responsabilidad.

32. Varias delegaciones se declararon dispuestas a preparar un proyecto revisado de párrafo 4 a). El Grupo de Trabajo suspendió sus deliberaciones sobre el párrafo 4) hasta que pudiera examinarse un nuevo proyecto de párrafo 4 a) (la continuación del debate se recoge en los párrafos 53 a 69 *infra*).

33. Con respecto a los apartados b) a d), el Grupo de Trabajo tomó nota de las siguientes sugerencias: 1) en los proyectos de disposición debería aclararse a partir de qué momento empieza a correr el plazo de 20 días; 2) en las disposiciones sobre medidas cautelares ordenadas a instancia de parte debería mencionarse la continua obligación de la parte solicitante de revelar al tribunal información cabal y veraz; 3) la parte afectada por la medida debería tener la oportunidad de impugnarla durante un breve plazo; y 4) debería estudiarse la posibilidad de que se pudiera levantar la medida cuando la parte que se viera afectada por ella diera una garantía suficiente.

C. Párrafo 1)

34. Se observó que el párrafo 1), reformulado en el documento A/CN.9/WG.II/WP.121, se ajustaba al texto anteriormente examinado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/508, párrs. 51 a 54). El Grupo de Trabajo consideró generalmente aceptable el contenido del párrafo reformulado. En cuanto a la redacción, se expresó la opinión de que las palabras “ordenar a otra parte que adopte medidas cautelares” podían limitar indebidamente el alcance de la disposición. Se sugirió que estas palabras se sustituyeran por las palabras “otorgar medidas cautelares”. El Grupo de Trabajo tomó nota de esta sugerencia.

D. Párrafo 2)

35. Se explicó que la revisión del párrafo 2) en el documento A/CN.9/WG.II/WP.121 tenía la finalidad de reflejar el contenido de las deliberaciones del anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/508, párrs. 51 y 64 a 76).

36. Se puso en tela de juicio la referencia al concepto de “resolución provisional”, por estimarse que iba en contra de la opinión que había prevalecido en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo, en virtud de la cual no convenía limitar el concepto de laudo calificándolo de “parcial” o “provisional” (véase A/CN.9/508, párr. 66). También se expresaron dudas sobre el concepto de que la medida cautelar se “reflejaba” en un laudo. Se señaló que era preferible el enunciado anteriormente examinado por el Grupo de Trabajo, cuyo texto decía: “Por medida cautelar se entiende toda medida de carácter temporal establecida en forma de laudo arbitral o de otra forma”. Esta sugerencia recibió una aceptación general.

37. El debate se centró en el apartado c). Se expresó la opinión de que el apartado c), si bien se basaba en el enfoque anteriormente adoptado por el Grupo de Trabajo (“las medidas encaminadas a garantizar o facilitar preventivamente la ejecución del laudo”; véase A/CN.9/508, párr. 74), ampliaba de forma considerable, y tal vez indebida, el alcance de la disposición. En particular, se criticó la referencia a la “asignación de las costas” por considerar que podía mal interpretarse en el sentido de que una orden de garantía para costas podía dictarse no sólo contra una parte reclamante o contrarreclamante sino también contra un demandado, lo cual iría en contra de los principios de derecho establecidos en muchos países. Se replicó que podía solicitarse a cualquier parte un depósito para las costas, por ejemplo, como lo

dispone el artículo 41 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. No obstante, se objetó que convendría hacer una distinción más clara entre 1) la cuestión de la parte a la que finalmente correspondería pagar las costas del procedimiento de arbitraje, 2) la cuestión de la parte a la que podía pedirse que efectuara un depósito para costas, por ejemplo en virtud del artículo 41 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, 3) la cuestión de la parte que debería dar una garantía para las costas, por ejemplo en virtud del artículo 25.2 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (Reglamento de Arbitraje de dicha Corte). Se señaló que, si bien normalmente se pedía a ambas partes que pagaran depósitos para costas a fin de asegurar que el tribunal arbitral dispusiera de fondos suficientes para sustanciar el procedimiento, la idea de requerir una garantía para las costas se asociaba a menudo a reclamaciones consideradas frívolas. Tal garantía sólo podía solicitarse al reclamante y en ningún caso debería ser impuesta al demandante, que no debería estar obligado a aportar una garantía simplemente para defenderse a sí mismo. Según una opinión ampliamente compartida, la disposición no debería abordar en términos generales la cuestión de las costas del arbitraje sino que debería limitarse a asegurar la ejecución del laudo. La supresión de las palabras “así como para la asignación de las costas” recibió un apoyo considerable. Se señaló que, conforme al artículo 38 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y diversos otros reglamentos, un laudo puede pronunciarse sobre las costas. Sin embargo, tras los debates, el Grupo de Trabajo decidió sustituir el texto completo del apartado c) por palabras del siguiente tenor: “facilitar medios preliminares para constituir una garantía que permita ejecutar el laudo”.

38. Al término del debate, se recordó que el Grupo de Trabajo, en su anterior período de sesiones, había acordado que debería quedar totalmente claro que la lista de medidas cautelares enunciadas en los diversos apartados no pretendía ser exhaustiva (A/CN.9/508, párr. 71). Se observó que, en su nuevo enunciado, la lista del párrafo 2) era exhaustiva. Frente a este argumento, se dijo que el nuevo enunciado del párrafo 2) ya no contenía una lista de las distintas medidas cautelares que podía otorgar un tribunal sino que hacía referencia a “toda medida de carácter temporal”, con lo cual el texto tenía un carácter abierto y no limitado. Además, en la disposición se enumeraban los diversos objetivos por los que cabía otorgar una medida cautelar. Si la lista revisada abarcaba todos estos objetivos, ya no era necesario que la lista no fuera exhaustiva. Si bien esta explicación fue objeto de una aceptación general, el Grupo de Trabajo decidió celebrar más consultas antes de adoptar una decisión definitiva sobre si en la formulación actual se daban todos los motivos imaginables por los que pueda haber que otorgar una medida cautelar. Se convino en volver a examinar esta cuestión en un futuro período de sesiones.

E. Párrafo 3)

39. Se explicó que la nueva redacción del párrafo 3), que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.121, tenía la finalidad de reflejar los debates mantenidos durante el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/508, párrs. 51 y 55 a 58).

40. Se expresó la preocupación de que el verbo “demostrar”, en la introducción del párrafo, pudiera denotar un nivel probatorio muy alto. Se recordó que en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo se había mantenido un debate similar y que se habían sugerido los verbos “mostrar”, “probar” y “establecer” junto

con el verbo “demostrar”, sin que el Grupo de Trabajo adoptara una decisión al respecto (A/CN.9/508, párr. 58). El Grupo de Trabajo decidió que se mantuvieran todos esos verbos entre corchetes con miras a la continuación del debate en una etapa ulterior.

41. La supresión del apartado a) del párrafo 3) y su reubicación en el párrafo 4) recibieron un apoyo general. Se convino en que la urgencia de la medida no debiera ser la característica general de las medidas cautelares sino que fuera un requisito específico para otorgar una medida cautelar a petición de una parte.

42. Con respecto al apartado b) se sugirió que se sustituyeran las palabras “la parte que se opone a la medida” por las palabras “la parte que se ve afectada por la medida”. También se sugirió que las palabras “y que dicho perjuicio” fueran sustituidas por las palabras “y que tal perjuicio”. Ambas sugerencias recibieron un apoyo general. Se expresó la opinión de que las palabras “perjuicio irreparable” podían prestarse a confusión con las palabras “daño emergente o inminente”, que figuraban en el apartado b) del párrafo 2), creando así el riesgo de que los criterios enunciados en el párrafo 3) se entendieran únicamente aplicables a las medidas otorgadas a efectos del apartado b) del párrafo 2). El Grupo de Trabajo tomó nota de esta opinión.

43. Con respecto al apartado c), se convino en general en que las palabras “existe una probabilidad importante” podrían ser fácilmente malinterpretadas por el tribunal en el sentido de que requerían un juicio previo sobre las circunstancias del caso. Se convino en que debía quedar totalmente claro que la determinación que debía efectuarse en virtud del apartado c) se limitara a una determinación acerca de la gravedad del caso sin prejuzgar de ningún modo las conclusiones a las que ulteriormente pudiera llegar el tribunal. A fin de limitar de forma más clara la disposición, se consideró que serían más adecuadas las siguientes palabras: “existe una posibilidad razonable de que prosperen los argumentos de la parte requirente sobre el fondo del litigio, siempre y cuando la determinación de este factor no prejuzgue ninguna determinación ulterior del tribunal”. Esta sugerencia recibió apoyo.

44. Se pidió a la Secretaría que, al preparar el futuro proyecto de disposición, tomara en consideración todas las sugerencias, opiniones y preocupaciones expresadas.

F. Párrafo 5)

45. En el marco de las deliberaciones acerca del párrafo 5), se hizo una sugerencia sobre la estructura del propio artículo. Se observó que, dado que los párrafos 5), 6) y 7) serían aplicables a las medidas cautelares en general, en vez de únicamente a las medidas otorgadas a instancia de parte conforme a lo previsto en el párrafo 4), convendría anteponer los párrafos 5) a 7) al texto del párrafo 4). El Grupo de Trabajo estimó que la reestructuración propuesta era razonable.

46. Partiendo del parecer general de que fuera imperativo depositar una caución respecto de toda medida que se otorgara a instancia de parte, el Grupo de Trabajo examinó la relación entre lo dispuesto en el párrafo 5) y lo dispuesto en el párrafo 4). Se expresó la inquietud de que el texto actual del párrafo 5) permitiera eludir la obligación de depositar una caución conforme al párrafo 4), dado que el párrafo 5) se inspiraba en la idea de que respecto de toda medida otorgada tras haber

escuchado a ambas partes, la obligación de depositar una caución quedaría al arbitrio de lo que decidiera al respecto el tribunal arbitral. A fin de responder en parte a esta inquietud, se sugirió que el párrafo 5) fuera explícitamente supeditado a lo dispuesto en el párrafo 4). Se sugirió fusionar en un solo párrafo el texto actual del párrafo 5) y la disposición que se había sugerido agregar al párrafo 4). El Grupo de Trabajo tomó nota de ambas sugerencias.

47. Se sugirió que el párrafo 5) previera la posibilidad de que la parte afectada por una medida cautelar (ya sea otorgada a instancia de parte o tras haber escuchado a las dos partes) pudiera obtener el levantamiento de la medida que le hubiera sido impuesta mediante el depósito de una garantía adecuada. Se sugirió insertar en el párrafo 5) el siguiente texto: “La parte a la que haya sido impuesta una medida cautelar podrá optar por depositar, cuando proceda, una caución equivalente, con tal de que esa sustitución no suponga algún cambio esencial respecto de la finalidad para la que se otorgó la medida cautelar”. Esa sugerencia no obtuvo al parecer el apoyo requerido del Grupo de Trabajo. Se recordó al Grupo de Trabajo que el párrafo 7) otorgaba al tribunal una gran latitud para modificar o levantar toda medida cautelar en todo momento, por lo que la sugerencia de depositar una caución a título de contragantía pudiera ser abordada en dicho párrafo.

48. Se sugirió sustituir en el proyecto de párrafo 5) las palabras “a la parte requirente” por “a toda parte” para que el lenguaje utilizado correspondiera al del artículo 17 de la Ley Modelo. Se respondió que, por cuestión de principio, correspondía a la parte requirente depositar una caución por la medida cautelar otorgada. Se sugirió utilizar las palabras “a la parte requirente o toda otra parte, salvo aquélla contra la que vaya dirigida la medida cautelar”. Se observó, no obstante, que aun cuando se utilizaran las palabras “a toda parte”, el texto del párrafo 5) seguiría hablando de la necesidad de depositar una caución “como condición para conceder una medida cautelar”, evitando así todo riesgo de que dicha caución fuera exigida del demandado. A favor de que se incluyera el texto “a toda parte”, se dijo que daría margen para que el tribunal pudiera acomodar ciertos supuestos de arbitraje plurilateral, por ejemplo el supuesto de que hubiera varios demandantes, y la medida requerida fuera ventajosa para todos ellos, pero esa medida cautelar hubiera sido demandada por uno solo de ellos que no poseyera bienes. En ese supuesto, el tribunal podría exigir el depósito de una caución por algún otro de los demandantes. Se dijo además que esa referencia a “toda parte” permitiría acomodar el supuesto de que dicha parte otorgara una contragantía. El Grupo de Trabajo indicó su preferencia por el texto “a la parte requirente o a toda otra parte”.

G. Párrafo 6)

49. Se sugirió que, si se convenía en incluir el texto “o a toda otra parte” en el proyecto de párrafo 5) convendría incluirlo también en el proyecto de párrafo 6). Se expresó el parecer de que esa inclusión fuera fuente de controversias entre las partes. Se sugirió que si bien existía el deber de informar al tribunal arbitral de todo cambio importante en las circunstancias que dieron lugar a que se otorgara una medida cautelar, no se había previsto sanción alguna para el supuesto de que se incumpliera este deber. Se convino, en respuesta, que este asunto podría ser adecuadamente resuelto en el párrafo 7). Sobre la base de ese acuerdo, se decidió no modificar el texto del párrafo 6).

H. Párrafo 7)

50. Se expresó cierto apoyo en pro del texto de este proyecto de disposición que estaba redactado en términos genéricos y no entraba en demasiados detalles. Se preguntó si esta disposición sería aplicable a una medida cautelar ya impuesta por un tribunal judicial. Se preguntó asimismo si no convendría modificar el texto de este párrafo a fin de que facultara claramente al tribunal arbitral para modificar o dejar sin efecto toda medida cautelar, ya fuera actuando de oficio o a instancia de alguna de las partes. Se dijo que si se permitía que el tribunal arbitral actuara de oficio, tal vez procediera precisar que el tribunal habría de informar a la parte requirente de que la medida otorgada había sido modificada o levantada.

51. Se dijo además que no estaba claro si la facultad de modificar o levantar una medida cautelar sería únicamente reconocida en un supuesto en el que ya no se dieran las razones por las que se había otorgado dicha medida o si se pretendía dar al tribunal una mayor autonomía a este respecto. Se expresó cierta oposición a que se facultara al tribunal arbitral para actuar de oficio y sin que hubiera escuchado a las partes. Se recordó a este respecto que, en el supuesto de que modificar o levantar una medida cautelar causara cierto daño a alguna de las partes, no estaba claro quién sería responsable de dicho daño. Por ese motivo, se dijo que toda modificación o levantamiento de una medida debería hacerse a instancia de las partes. Se objetó a esa sugerencia de que con ella se complicaría tal vez el asunto al no quedar claro si el tribunal había de actuar a instancia de una o de todas las partes. Se sugirió además que la potestad de modificar o de levantar una medida cautelar debería quedar restringida a supuestos en los que las circunstancias hubieran cambiado.

52. Habida cuenta de lo hasta aquí dicho, se sugirió insertar el siguiente texto al final del párrafo 7): “a instancia de cualquiera de las partes o actuando de oficio, pero tras haber escuchado a las partes”. Se sugirió, no obstante, que no convenía restringir la facultad del tribunal para modificar o levantar una medida cautelar. Se observó que, dada la índole excepcional de esas medidas, si se otorgaba al tribunal la facultad de otorgarlas, convenía que el tribunal estuviera igualmente facultado para modificarlas o levantarlas. Se dijo además que, dado que el párrafo 7) sería aplicable asimismo a las medidas otorgadas a instancia de parte, las circunstancias que motivaran que el árbitro deseara levantar o modificar la medida podrían ocurrir durante la fase en que la medida había de ser adoptada sin escuchar a la parte afectada, por lo que el requisito de que informara a las partes podría frustrar la medida otorgada. Se sugirió que cabría examinar más a fondo si se había de hacer una distinción en función de que la medida hubiera sido otorgada a instancia de parte o tras haber escuchado a la parte afectada, en cuyo caso tal vez fuera preciso formular una disposición aparte que se ocupara de las medidas otorgadas a instancia de parte y sin escuchar a la parte afectada. No se decidió ningún cambio respecto del texto del párrafo 7).

I. Párrafo 4) a) (continuación)

53. A fin de facilitar el curso ininterrumpido de las deliberaciones sobre el párrafo 4), cierto número de delegaciones prepararon un proyecto reformulado para su examen por el Grupo de Trabajo. El texto así reformulado tenía por objeto reflejar los pareceres e inquietudes que se habían ido expresando en el curso de las deliberaciones sobre el párrafo 4) a) (ver párrs. 28 a 32 *supra*). El Grupo de Trabajo

reanudó sus deliberaciones por el párrafo 4) a) sobre la base del siguiente texto (denominado en adelante “Párrafo 4) a), texto reformulado”):

“4) a) Salvo acuerdo en contrario, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar sin notificar a la parte contra la que la medida se dirija o antes de que esa parte haya tenido oportunidad de responder a la solicitud, con tal de que:

i) la parte requirente demuestre la necesidad de proceder de esa forma, [para garantizar la eficacia de la medida] [por razón de que la medida sería frustrada si se notificaba antes de ser otorgada]; y

ii) la medida sea urgentemente necesaria; y

iii) se prevea algún daño irreparable caso de no imponerse esa medida, y ese daño sobrepase notablemente todo daño que pueda ocasionar a la parte afectada la imposición de esta medida caso de ser otorgada; y

iv) exista [una posibilidad importante] [una probabilidad razonable] de que la demanda de la parte requirente prospere sobre el fondo del litigio], [con tal de que la determinación a la que llegue el tribunal a este respecto no prejuzgue toda otra determinación ulterior del mismo tribunal]; y

v) la parte requirente sea [estrictamente] responsable de cualquier gasto o pérdida que esa medida pueda ocasionar a la parte contra la que se dirija [a la luz de la determinación definitiva a la que llegue el tribunal sobre el fondo del litigio]; y

vi) la parte requirente deposite [una garantía] [una caución de indemnidad que esté a su vez garantizada conforme el tribunal arbitral considere apropiado] [toda modalidad de caución que el tribunal arbitral estime oportuna], [para cubrir cualquier gasto o pérdida que la observancia de esa medida ocasione a la parte contra la que vaya dirigida] [para cubrir cualquier gasto o pérdida que sea imputable conforme a lo dispuesto en el anterior apartado v)].

Párrafo adicional

El tribunal arbitral será competente para determinar, entre otras cosas, toda cuestión suscitada por lo dispuesto en los anteriores apartados v) y vi) *supra*, o que guarde relación con lo dispuesto en esos apartados.”

Encabezamiento del párrafo 4) a), texto reformulado

54. Como cambio de redacción se sugirió introducir a continuación de la frase inicial “Salvo acuerdo en contrario”, las palabras “de las partes”. Se sugirió además que se suprimiera la conjunción “y” que figuraba al final de cada apartado del texto reformulado del párrafo 4) a), salvo a final del penúltimo apartado. No hubo objeción alguna contra esas sugerencias.

55. Respecto del contenido, se expresó el parecer de que el encabezamiento del texto reformulado del párrafo 4) a) entrañaba cierta anomalía ya que no sólo se refería al supuesto de que se solicitara una medida cautelar sin dar aviso a la otra parte, sino también al supuesto de que se hubiera notificado la medida pero no se hubiera dado a la otra parte la oportunidad de responder mientras que el apartado 4) a) i) no se ocupaba al parecer de ese segundo supuesto.

Párrafo 4 a) i) y ii), texto reformulado

56. Se observó que el texto reformulado de la disposición requería que la parte requirente “demuestre” que era necesario actuar sin dar aviso a la otra parte. Se sugirió que, a fin de eliminar inquietudes respecto del grado de prueba requerido, ese apartado fuera reformulado como sigue: “el tribunal obre en el convencimiento de que es necesario actuar sin notificar a la parte afectada”. Esta sugerencia recibió cierto apoyo. No obstante, se recordó que, en un período anterior de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en considerar el empleo de términos como “establecer”, “demostrar” o “indicar”, que se estimaron que ofrecían una variante preferible a exigir que se “probara” la necesidad de proceder sin notificar a la parte afectada (A/CN.9/508, párr. 55). El Grupo de Trabajo convino en que se reflejaran todas esas sugerencias en el proyecto revisado que la Secretaría prepararía para proseguir estas deliberaciones en alguna etapa ulterior.

57. Respecto de las dos variantes entre corchetes presentadas en el párrafo 4 a) i) del texto reformulado, se expresó apoyo a favor de la primera variante por considerar que enunciaba una norma genérica en términos que concordaban con los de otras disposiciones. Se sugirió respecto de la primera variante que tal vez procediera utilizar la fórmula “surtan necesariamente efecto”. Pero se expresó en general preferencia por la segunda variante entre corchetes. Se expresó, no obstante, cierta inquietud por el empleo de la versión inglesa de la palabra “*defeated*” (burlada), al estimarse preferible el término “frustrada”.

58. Se sugirió que cabría suprimir en su totalidad el texto del inciso 4) a) i) ya que la noción de urgencia enunciada en el inciso 4) a) ii) del texto reformulado ofrecería un fundamento suficiente para que el tribunal actuara. Se argumentó, no obstante, que para la imposición de una medida a instancia de parte, o sin notificar a la parte afectada, sería necesario fundamentarla no sólo en la noción de urgencia enunciada en el inciso 4) a) ii) del texto reformulado sino también en la necesidad de impedir que la medida fuera frustrada, conforme se indicaba en el inciso 4) a) i) de ese mismo texto. Se expresó amplio apoyo en pro de que se incluyera uno y otro elemento. Se observó que la urgencia de la medida no justificaba adecuadamente la imposición de una medida a instancia de parte, es decir sin notificar a la parte afectada. Se dijo que el inciso i) enunciaba el verdadero motivo para otorgar una medida a instancia de parte, que no era otro que el riesgo de que su notificación frustrara la finalidad misma de la medida solicitada.

59. A raíz de las observaciones efectuadas, se sugirió reformular los incisos i) y ii) del apartado 4) a) como sigue:

“4) a) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar sin notificar a la parte contra la que la medida se dirija o antes de que esa parte haya tenido oportunidad de responder a la solicitud, cuando la parte requirente demuestre que es necesario proceder de esa forma para garantizar [que la medida será eficaz] [que no se frustre el objetivo de la medida antes de que esta haya sido otorgada], con tal de que:

i) Esa medida sea urgentemente necesaria, y”.

60. El parecer generalizado fue que la primera parte del encabezamiento nuevamente revisado enunciaba correctamente el supuesto de una medida otorgada a instancia de parte, es decir el supuesto de que un tribunal arbitral decida otorgar una

medida cautelar sin notificar a la otra parte. Ahora bien, las palabras “antes de que esa parte haya tenido oportunidad de responder a la solicitud” no enunciaban un supuesto genuino de medida cautelar a instancia de parte, dado que en ese supuesto, la parte afectada habría sido ya notificada. Se sugirió que el encabezamiento debería prever únicamente el supuesto que justificaba que se impusiera tal medida sin dar aviso a la otra parte. Se dijo asimismo que si el Grupo de Trabajo deseaba prever el segundo supuesto, tal vez procediera reconsiderar la propia estructura del párrafo. Se reconoció que el texto “o antes de que esa parte haya tenido oportunidad de responder a la solicitud” tenía por objeto prever el supuesto de que se hubiera dado aviso a la parte afectada, sin que ésta hubiera tenido tiempo u oportunidad para responder a la solicitud, así como el supuesto de que no deseara responder a la solicitud a fin de obstaculizar la concesión de la medida cautelar. Se expresó apoyo por el parecer de que ese segundo supuesto estaría ya previsto por las palabras “podrá otorgar una medida cautelar sin notificar a la parte contra la que la medida se dirija” así como por toda regla supletoria de interpretación aplicable al respecto. Se convino en que se suprimieran las palabras “o antes de que esa parte haya tenido oportunidad de responder a la solicitud”, al partirse de la hipótesis de que el solo texto anterior del párrafo bastaría para resolver el supuesto de que se hubiera dado aviso a la parte afectada, pero que ésta no pudiera o no quisiera dar respuesta a esa notificación.

61. Si bien se expresó cierto apoyo en favor de la primera variante entre corchetes del inciso i) (“[para garantizar la eficacia de la medida]”), se expresó un decidido apoyo en favor de la segunda variante entre corchetes (“[por razón de que la medida sería frustrada si se notificaba antes de ser otorgada]”) ya que esta última reflejaba mejor el supuesto que debería darse para que se otorgara una medida cautelar a instancia de parte.

Párrafo 4) a) iii), texto reformulado

62. Se convino en que se suprimiera el inciso 4) a) iii) por considerarse que ese supuesto estaba adecuadamente previsto en el apartado c) del párrafo 3), dado que en ese apartado se enunciaban las condiciones requeridas para otorgar tanto una medida a instancia de parte como una medida otorgada tras notificarse a la parte afectada. Se recordó al Grupo de Trabajo que la referencia a que se dieran las condiciones enunciadas en el párrafo 3) sería añadida al encabezamiento del texto reformulado del párrafo 4) a).

63. Una propuesta de que se reformulara en sentido condicional el texto del encabezamiento, en términos como los siguientes “si el tribunal arbitral otorga una medida cautelar”, para reflejar mejor la índole excepcional de que se solicite la adopción de una medida cautelar sin notificar a la otra parte, no obtuvo apoyo.

Párrafo 4) a) iv), texto reformulado

64. El Grupo de Trabajo examinó los dos textos entre corchetes del inciso 4) a) iv), a saber, “[una posibilidad importante]” o “[una probabilidad razonable]” de que la demanda de la parte requirente prospere sobre el fondo del litigio. Si bien se expresó cierto apoyo en pro de una y otra variante, prevaleció el parecer de que ninguna de las dos respondía adecuadamente a las inquietudes anteriormente formuladas (ver el párrafo 26 *supra*) de que esas palabras parecían invitar al tribunal arbitral a prejuzgar el fondo del litigio en una etapa demasiado

temprana del procedimiento, lo que comprometería la neutralidad de los árbitros o pondría esa neutralidad en entredicho a los ojos de las partes. Se sugirió que el Grupo de Trabajo preparara un texto que, al tiempo que servía de salvaguardia contra la solicitud de medidas cautelares a instancia de parte que no estuvieran justificadas, no obligara al tribunal arbitral a pronunciarse sobre el fondo del litigio. Una propuesta fue la de que ese inciso se limitara a exigir que el tribunal había de decidir, a la luz de los hechos conocidos, si la medida cautelar solicitada estaba o no justificada. Se propuso también que se revisara el texto para que dijera “existe una posibilidad razonable de que la demanda de la parte requirente prospere en función de sus méritos o de los motivos alegados con tal de que todo pronunciamiento del tribunal arbitral al respecto no prejuzgue las conclusiones a las que pueda subsiguientemente llegar”. Otra propuesta fue la de que se utilizara un lenguaje más neutral y objetivo, empleando ejemplos ilustrativos, que no aludiera a la necesidad de prejuzgar el fondo del litigio insertando un texto que dijera algo así como “el tribunal estima que existen motivos importantes para determinar”. Se sugirió además que la frase inicial del inciso dijera “existe al menos una posibilidad razonable” y no simplemente “existe una posibilidad razonable” y que se sustituyera el texto “prospere sobre el fondo del litigio” por “tal vez prospere sobre el fondo del litigio”. Tras deliberar al respecto, se sugirió que el texto revisado dijera: “existe una posibilidad razonable de que la demanda de la parte requirente pueda prosperar sobre el fondo del litigio, con tal de que toda determinación a ese respecto no prejuzgue en modo alguno las determinaciones a las que el tribunal arbitral pueda llegar ulteriormente”. Se pidió a la Secretaría que prepara ese texto revisado en forma de un nuevo párrafo 3) b) que respetara la nueva numeración dimanante de que se hubiera fusionado el párrafo 3) a) en el párrafo 4 a).

Párrafo 4) a) v), texto reformulado

65. Se observó que este inciso ofrecía una salvaguardia adicional para la parte afectada por la medida respecto de todo gasto o pérdida que le ocasionara la medida impuesta a instancia de parte. Esa salvaguardia sería activada por la resolución definitiva sobre el fondo del litigio. Se recordó que se había convenido en que la cuestión de la responsabilidad de la parte requirente por toda medida cautelar otorgada, tras haberse escuchado a la parte afectada, no se regiría por esta disposición sino que se dejaría al arbitrio de la norma por lo demás aplicable. Se expresó el parecer general de que sería más lógico hablar de “daños y costos” que de “gastos y pérdidas”. Se sugirió que se aclarara el significado del término “costo” para que abarcara las “costas procesales ocasionadas por la medida cautelar”. Se expresó inquietud respecto de todo proyecto que sugiriera que la atribución de los gastos y pérdidas ocasionados por una medida cautelar a instancia de parte dependían de cual fuera la resolución definitiva de la controversia. Se dijo que toda cuestión de si la parte requirente debía o no responder por dichas pérdidas o daños debería quedar al arbitrio del tribunal arbitral, pero sin vincularla a la resolución definitiva que adoptara el tribunal sobre el fondo del litigio. Se dijo a este respecto que aun cuando se dictara eventualmente un laudo sobre el fondo del litigio favorable a la parte requirente, esa parte podía no obstante ser responsable por los daños o las pérdidas ocasionadas por una medida cautelar dictada a instancia de parte que resultara no estar justificada. Se sugirió que a fin de dar mayor flexibilidad y margen para que el tribunal arbitral resolviera al respecto, tal vez procediera considerar para su inclusión en una futura versión revisada de esta

disposición, palabras como las de “en la medida en que esa medida resulte oportuna, habida cuenta de las circunstancias del caso, así como de la resolución definitiva sobre el fondo del litigio”. Se sugirió, en otro sentido, que se tuviera en cuenta en el texto revisado del enfoque adoptado en el párrafo 17.1.3 del proyecto de principios y reglas básicas de derecho procesal civil transnacional preparado por el *American Law Institute* y el UNIDROIT, reflejado en el párrafo 69 del documento A/CN.9/WG.II/WP.119.

66. Se sugirió que la noción de “responsabilidad estricta” o absoluta era un tecnicismo jurídico que no sería correctamente entendido en todos los países, por lo que, a fin de dar mayor flexibilidad al texto de esta disposición, debería suprimirse el término “estrictamente”. Otra sugerencia fue la de sustituir en la versión inglesa la forma verbal “*shall*” por “*may*”. Si bien se estimó que la primera sugerencia era en general aceptable, el Grupo de Trabajo convino en retener la forma verbal “*shall*”. Se recordó al Grupo de Trabajo que no debía olvidarse la finalidad de esta disposición al reformular su texto. Se dijo que esta disposición había de ser valorada a la luz de su objetivo de hacer responsable a la parte requirente por todo daño que hubiera causado la medida otorgada a instancia de parte, si se determinaba que esa medida no estaba justificada. Se dijo que tal vez hubiera de reconsiderarse el propio supuesto de hecho de esa responsabilidad, es decir, si la disposición tenía por objeto responder al supuesto de que la parte requirente hubiera actuado con fraude o negligencia, o si respondía igualmente al supuesto de que un tribunal arbitral hubiera actuado por error de cálculo.

67. Se convino en insertar entre corchetes el texto “en la medida oportuna, habida cuenta de las circunstancias del caso, a la luz de la resolución definitiva que se emita sobre el fondo del litigio” para que figure en toda futura revisión de esta disposición que se prepare para su ulterior examen.

Párrafo 4) a) vi), texto reformulado

68. Se hicieron preguntas sobre los distintos matices de los significados que podían tener las palabras “garantía”, “caución de indemnidad garantizada” y “caución”, que figuraban como opciones en el texto reformulado del párrafo 4 a) vi). Si bien se apoyó el mantenimiento en el texto de la palabra “garantía”, se observó que la palabra “*security*” (“caución”) se había empleado en el artículo 17 de la Ley Modelo y se había traducido como “garantía” en ciertos idiomas. Predominó la opinión de que no convenía que la nueva disposición se apartase innecesariamente del enunciado de la Ley Modelo. Se expresó preferencia por un enunciado del siguiente tenor: “una garantía en la forma que el tribunal arbitral considere apropiada”.

69. Con respecto a los términos “gastos y pérdidas”, predominó la opinión de que el apartado vi) debería reflejar los términos empleados en el apartado v). Se señaló que en ambas disposiciones debería puntualizarse que sólo hacían referencia a los gastos de arbitraje relacionados con la medida cautelar y con los daños sufridos al cumplir la medida cautelar. Según la preferencia general, habría que redactar el texto del siguiente modo: “para cubrir cualquier pérdida o gasto del arbitraje a que se hace referencia en el apartado v) *supra*”.

Párrafo adicional

70. Se sugirió que, al principio del párrafo, se agregaran las palabras “a fin de evitar dudas”. Si bien esta sugerencia recibió cierto apoyo, se señaló que tales palabras resultarían generalmente inapropiadas para un texto legislativo. Además, se observó que en muchos países, el efecto de un apartado no consistiría en disipar dudas sino en crear jurisdicción para el tribunal arbitral más allá de la jurisdicción que le hubieran conferido las partes en el acuerdo de arbitraje. Se decidió insertar las palabras “a fin de evitar dudas” entre corchetes, al principio del párrafo adicional, con objeto de reexaminarlas en un futuro período de sesiones.

71. Se expresó la opinión de que, al formular una disposición por la que se amplíe la jurisdicción del tribunal arbitral en lo relativo a las medidas cautelares ordenadas a instancia de parte, el Grupo de Trabajo debería evitar sugerir que esa disposición se interpretara *a contrario* en el caso de las medidas cautelares ordenadas por el tribunal tras escuchar a ambas partes.

72. Si bien se convino en general que era adecuado que el apartado vi) se remitiera al apartado v), se preguntó si era necesario hacer una remisión al apartado vi). Se señaló que el párrafo 5) ya confería jurisdicción al tribunal arbitral en cuestiones de garantías. El Grupo de Trabajo tomó nota de ese punto. Las remisiones mutuas a los apartados v) y vi) se colocaron entre corchetes con el fin de seguir examinándolas en un futuro período de sesiones.

J. Párrafo 4) b)

73. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el párrafo 4) b), que figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.121. Se recordó que anteriormente se había expresado la preocupación (véase el párrafo 25 *supra*) que el establecimiento de un plazo, como el de 20 días, podría entenderse como una regla supletoria en vez de ser un período máximo durante el cual la persona afectada por la medida cautelar debiera tener la oportunidad de ser escuchada. Se reiteraron las objeciones ya expresadas anteriormente sobre el establecimiento de un período fijo. Se señaló que, en su forma actual, la disposición tal vez no evitaría la situación en que la medida cautelar resultara de hecho prorrogada en la práctica al solicitarse otra medida de la misma índole una vez expirado el plazo de 20 días. Según una opinión muy general, la finalidad del párrafo era equilibrar el procedimiento arbitral tras la concesión de una medida a instancia de parte otorgando a la parte afectada la oportunidad de ser escuchada y de que la medida fuera revisada lo antes posible. Se expresó preocupación por el hecho de que, en su forma actual, el párrafo 4 b) no cumplía ese objetivo, pues se concentraba en la limitación a 20 días de los efectos de la medida adoptada a instancia de parte. Se observó que el apartado c) cumplía el objetivo de restablecer el equilibrio del procedimiento arbitral. A este respecto, predominó la opinión de que convendría invertir los apartados b) y c). Se invitó a la Secretaría a tener presente esas consideraciones al preparar el proyecto revisado de disposición. También se pidió que se aclarara si el apartado 4 b) se refería solamente a las medidas cautelares a instancia de una parte, o a todas ellas, porque este apartado contenía una referencia en general al párrafo 1).

K. Párrafo 4) c)

74. Sobre la base de anteriores observaciones (véase el párrafo 33 *supra*), el Grupo de Trabajo procedió a examinar una versión reformulada del apartado c) cuyo texto era el siguiente: “Se notificará la medida a la parte a la que ésta vaya dirigida y se le dará la oportunidad de ser escuchada a partir del momento en que ya no sea necesario actuar a sola instancia de parte para garantizar la eficacia de la medida”.

75. Se expresaron diversas opiniones sobre el contenido de la propuesta. Según una de ellas, las palabras “la oportunidad de ser escuchadas” deberían sustituirse por una referencia al “derecho” de la parte al ser escuchada, a fin de dejar claro que el tribunal arbitral que haya ordenado una medida cautelar a instancia de parte debe permanecer disponible para actuar en cuanto lo requiera la parte afectada. Según otra opinión, convendría revisar la referencia a la “eficacia” de la medida, teniendo en cuenta las anteriores deliberaciones sobre el párrafo 4 a) i) (véanse los párrafos 56 a 61 *supra*). Se consideró también que la disposición habría de fijar un plazo durante el cual el tribunal arbitral estuviera obligado a escuchar a la parte afectada por la medida cautelar. Se propuso que se insertara al párrafo 4 c) el siguiente texto: “se notificará a esa parte la medida y se le [dará la oportunidad] [reconocerá el derecho] a ser escuchada por el tribunal arbitral [a partir del momento en que ya no sea necesario actuar a instancia de parte para garantizar la eficacia de la medida] [en el plazo de 48 horas a contar a partir de la notificación, o en cualquier otra fecha o momento que resulte apropiado habida cuenta de las circunstancias]”. Se invitó a la Secretaría a tener en cuenta todas estas consideraciones al reformular la disposición. Se sugirió que en el futuro se estudiara la conveniencia de determinar si el párrafo 4 c) debía ser únicamente aplicable en el contexto de las medidas cautelares ordenadas a instancia de parte o si debía serlo de forma más general, a todos los tipos de medidas cautelares.

L. Párrafo 4) d)

76. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el párrafo 4) d), que figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.121. Se expresó la opinión de que este párrafo, en su forma actual, no cumplía ninguna finalidad y debería suprimirse. A este respecto, se estimó que sería indispensable que en la disposición se fijara un plazo en el que la parte que solicitara una medida cautelar debiera revelar al tribunal arbitral todo cambio de circunstancias. Se señaló también que la disposición debería prever una sanción por el incumplimiento de la obligación enunciada en el párrafo 4) d). Se sugirió asimismo que en la futura revisión de la disposición se estableciera un claro vínculo entre la obligación de revelar los cambios de circunstancias y el régimen de responsabilidad aplicable a la parte que solicitara la medida cautelar. Se pidió a la Secretaría que tuviera presentes esas sugerencias al preparar el proyecto revisado de disposición que habría de examinarse en el próximo período de sesiones.

IV. Medidas cautelares ordenadas por los tribunales

77. En el Grupo de Trabajo se produjo un breve intercambio de opiniones sobre la posible reglamentación de las medidas cautelares ordenadas por tribunales judiciales en el contexto de la revisión del artículo 17 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.II/WP.119). Se apoyó el principio general de que las reglas que rigieran las medidas ordenadas por tribunales judiciales habían de asemejarse lo más posible a las reglas aplicadas a las medidas cautelares ordenadas por el tribunal arbitral. No obstante, predominó la opinión de que sería muy ambicioso tratar de armonizar, mediante un instrumento internacional, las reglas aplicables a las medidas cautelares ordenadas por los tribunales en apoyo del arbitraje. A título de ilustración, se observó que resultaría sumamente difícil conciliar las reglas aplicables a las medidas cautelares ordenadas por un tribunal judicial en apoyo de un arbitraje con el principio aplicable en algunos ordenamientos de que la jurisdicción de los tribunales para decidir medidas cautelares estaba en función de que en el mismo tribunal se celebraran actuaciones sobre el fondo del litigio. Se convino en que habría que proseguir ese debate en un futuro período de sesiones.

V. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

78. En el Grupo de Trabajo se produjo un breve debate sobre la cuestión del reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares basado en el texto que figuraba en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.119). Ese texto decía lo siguiente:

Ejecución de las medidas cautelares

1) A solicitud de la parte interesada, hecha con la aprobación del tribunal arbitral, el tribunal judicial competente denegará el reconocimiento y la ejecución de una de las medidas cautelares enunciadas en el artículo 17, independientemente del país en que se haya dictado, si:*

a) La parte contra la que se invoque la medida presenta pruebas de que:

i) *[Variante 1]* El acuerdo de arbitraje a que se hace referencia en el artículo 7 no es válido *[Variante 2]* El acuerdo de arbitraje a que se hace referencia en el artículo 7 no parece válido, en cuyo caso el tribunal judicial podrá someter la cuestión de la [competencia del tribunal arbitral] [validez del acuerdo de arbitraje] a la decisión del tribunal arbitral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la presente Ley;

ii) No ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales [en cuyo caso el tribunal judicial podrá suspender el procedimiento de ejecución hasta que el tribunal arbitral haya escuchado a las partes]; o

iii) No ha podido hacer valer sus derechos en relación con la medida cautelar [en cuyo caso el tribunal judicial podrá suspender el procedimiento de ejecución hasta que el tribunal arbitral haya escuchado a las partes]; o

- iv) El tribunal arbitral haya revocado, suspendido o modificado la medida.
 - b) El tribunal judicial determina que:
 - i) La medida solicitada es incompatible con las facultades que le confieren sus leyes procesales, a menos que decida reformularla a fin de adaptarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de la ejecución; o
 - ii) El reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar sería contrario al orden público del Estado.
 - 2) A solicitud de la parte interesada, hecha con la aprobación del tribunal arbitral, el tribunal judicial competente podrá denegar a su discreción el reconocimiento y la ejecución de una de las medidas provisionales cautelares mencionadas en el artículo 17, independientemente del país en que se haya dictado, si la parte contra la que se invoca la medida presenta pruebas de que se ha solicitado la misma medida o una medida análoga a un tribunal judicial del Estado, haya tomado éste o no una decisión al respecto.
 - 3) La parte que solicite la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal judicial de toda cesación, suspensión o modificación de esa medida.
 - 4) Al reformular la medida cautelar de conformidad con el inciso i) del apartado b) del párrafo 1, el tribunal judicial no modificará el fondo de ésta.
 - 5) El inciso iii) del apartado a) del párrafo 1) no se aplicará
- [Variante 1]* a una medida cautelar dictada sin informar a la parte contra la que se invoque, siempre y cuando sea válida durante 30 días como máximo y su ejecución se haya solicitado antes de la expiración de ese plazo.
- [Variante 2]* a una medida cautelar dictada sin informar a la parte contra la que se invoca, siempre y cuando dicha medida sea confirmada por el tribunal arbitral después de que la otra parte haya podido hacer valer sus derechos al respecto.
- [Variante 3]* si el tribunal arbitral determina a su discreción que, a la luz de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 17, la medida cautelar sólo puede tener efecto si el tribunal judicial dicta la orden de ejecución sin dar aviso a la parte contra la que se invoca la medida.

* Las condiciones establecidas en el presente artículo tienen por objeto limitar las circunstancias en que el tribunal judicial debe denegar la ejecución de medidas cautelares. El hecho de que un Estado imponga menos condiciones para denegar la ejecución no redundaría en detrimento de la armonización que se procura lograr con las disposiciones modelo.

79. A fin de ofrecer una versión más simple de una posible disposición sobre el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares, una delegación propuso el siguiente texto:

1) Toda medida cautelar que haya sido ordenada y esté en vigor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17, con independencia de cuál sea el país en donde se haya emitido y de que figure en un laudo provisional o en alguna otra resolución arbitral, será reconocida como vinculante y, tras haber sido presentada solicitud por escrito ante el foro competente, será ejecutada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 35 y 36, salvo que en el presente artículo se haya dispuesto otra cosa. Toda determinación adoptada, por alguno de los motivos enunciados en el artículo 36, al pronunciarse sobre una solicitud de esta índole surtirá efecto para los fines únicamente de dicha solicitud.

2) a) No se denegará el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente por motivo de que la parte contra la que esa medida sea solicitada no haya sido notificada del procedimiento que haya dado lugar a la solicitud de una medida cautelar ni haya tenido oportunidad de ser oída, siempre que

i) el tribunal arbitral determine que es necesario obrar de tal modo para que la medida surta efecto, y que

ii) el tribunal judicial coincida con dicha determinación.

b) El tribunal judicial podrá condicionar la continuidad de dicho reconocimiento o de la ejecución de una medida cautelar que haya sido ordenada, sin notificar a la otra parte o sin darle la oportunidad de ser oída, a que dicha parte sea notificada o sea oída conforme a las condiciones prescritas por el tribunal judicial.

3) El foro competente podrá reformular la medida cautelar en lo que estime necesario para conformarse a lo prescrito en la ley procesal del foro, con tal de que dicho foro no modifique el contenido esencial de la medida cautelar.

4) En tanto esté pendiente la solicitud de reconocimiento o de ejecución de una medida cautelar o, en tanto surta efecto toda orden de reconocimiento o de ejecución de una medida solicitada, la parte que haya solicitado o haya obtenido la ejecución de una medida cautelar deberá informar prontamente al tribunal judicial de toda modificación, suspensión o extinción de esa medida.

80. Los autores de la propuesta explicaron que su texto se basaba en los cinco principios siguientes: 1) el marco legal para la ejecución de medidas cautelares debería ser similar al marco ya existente para la ejecución de laudos arbitrales; 2) la decisión relativa a la ejecución de una medida cautelar no debería tener efectos vinculantes para el resto del proceso de arbitraje; 3) de ordenar una medida a instancia de parte, los tribunales deberían estar plenamente facultados para verificar si la medida estaba justificada; 4) las partes no deberían estar obligadas a obtener autorización del tribunal arbitral antes de solicitar la ejecución de la medida cautelar ante un tribunal; y 5) cuando se solicitara la ejecución ante varios tribunales, esos tribunales deberían tener libertad para evaluar la mejor manera de proceder. Al término del debate se señaló que sería esencial que el Grupo de Trabajo adoptara

una decisión sobre la forma que podía tener una medida cautelar. En particular, debería decidirse si la medida cautelar había de revestir la forma de un laudo arbitral o de una providencia. Se decidió que ese debate se proseguiría en un futuro período de sesiones y se basaría en los dos textos propuestos.

Notas

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

² *Ibid.*, párrs. 340 a 343.

³ *Ibid.*, párrs. 344 a 350.

⁴ *Ibid.*, párrs. 371 a 373.

⁵ *Ibid.*, párrs. 374 y 375.

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