



Asamblea General

Distr. LIMITADA

A/CN.9/WG.II/WP.108
14 de enero de 2000

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
Grupo de Trabajo sobre Arbitraje
32º período de sesiones
Viena, 20 a 31 de marzo de 2000

ARREGLO DE CONTROVERSIAS COMERCIALES

Posible régimen uniforme sobre ciertas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: conciliación, medidas provisionales de protección, forma escrita del acuerdo de arbitraje

Informe del Secretario General

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	1-10	3
I. CONCILIACIÓN	11-62	5
A. Observaciones generales	11-15	5
B. Examen en la Comisión	16-17	6
C. Posibles cuestiones sobre las que puede prepararse un régimen uniforme	18-62	6
1. Admisibilidad de ciertas pruebas en ulteriores procedimientos judiciales o arbitrales	18-28	6
2. Función eventual del conciliador en un procedimiento arbitral o judicial	29-33	8
3. Fuerza ejecutoria de los acuerdos de arreglo de conciliación	34-42	9
4. Otras cuestiones cuyo tratamiento cabría armonizar	43-62	11

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
II. FUERZA EJECUTORIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES		63-108
15		
A. Observaciones generales		63-68
15		
B. Facultad para ordenar medidas provisionales		69-72
17		
C. Argumentos a favor de dar fuerza ejecutoria a las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral		73-80
18		
D. Consideraciones expresadas por la Comisión		81-82
19		
E. Soluciones legislativas actuales		83-91
20		
F. Posibilidad de armonizar ciertas soluciones		92-101
21		
G. Alcance de las medidas cautelares que puede imponer un tribunal arbitral y procedimiento para emitir la orden correspondiente		102-108
24		

[El capítulo III, “Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje”, se publicará en el documento A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1]

INTRODUCCIÓN

1. En su 32º período de sesiones, la Comisión celebró, el 10 de junio de 1998, una jornada conmemorativa especial, el “Día de la Convención de Nueva York”, para celebrar el cuadragésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958). Además de los representantes de los Estados Miembros de la Comisión y de los observadores participaron en este acto unos 300 invitados. El Secretario General de las Naciones Unidas pronunció el discurso de apertura. Además de los discursos de antiguos participantes en la conferencia diplomática en que se aprobó la Convención, destacados expertos en arbitraje informaron sobre materias tales como la promoción de la Convención, su promulgación y aplicación. También se informó sobre cuestiones que iban más allá del ámbito de la Convención propiamente dicha, tales como el acoplamiento de la Convención con otros textos jurídicos internacionales sobre arbitraje comercial internacional, y las dificultades con que se ha tropezado en la práctica pero que no han sido tratadas en los actuales textos legislativos o no legislativos sobre arbitraje.¹

2. En esos informes se hicieron diversas sugerencias sobre la forma de presentar a la Comisión algunos de los problemas identificados en la práctica a fin de que ésta pudiera considerar si sería conveniente y viable realizar cualquier labor al respecto.

3. En su 31º período de sesiones en 1998, la Comisión, con referencia a lo debatido en el Día de la Convención de Nueva York, estimó que sería conveniente abrir, en su 32º período de sesiones en 1999, un debate sobre la posible labor futura en materia de arbitraje. La Comisión pidió a la Secretaría que preparase una nota que sirviera de base para ese debate de la Comisión.²

4. En su 32º período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí la nota que había solicitado con el título de “Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional” (documento A/CN.9/460). En esa nota se recogían ideas, sugerencias y observaciones formuladas en diferentes contextos, como el Día de la Convención de Nueva York, el Congreso del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial (París, 3 a 6 de mayo de 1998)³ y otras conferencias y foros internacionales, como la conferencia de “Freshfields” de 1998⁴. La nota examinaba algunos de los temas y problemas identificados en la práctica arbitral a fin de facilitar el debate de la Comisión sobre si deseaba incluir alguno de estos temas en su programa de trabajo.

¹ *Ejecución de laudos arbitrales según la Convención de Nueva York: experiencia y perspectivas* (Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.99.V.2).

² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/53/17), párr.235.*

³ *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, International Council for Commercial Arbitration Congress Series N° 9*, Kluwer Law International, 1999.

⁴ Gerold Herrmann, “Does the world need additional uniform legislation on arbitration?” *Arbitration International*, vol. 15 (1999), N° 3, página 211.

5. La Comisión se felicitó de la nota de la Secretaría y de la oportunidad de examinar la conveniencia y viabilidad de perfilar aún más el régimen del arbitraje comercial internacional. Se consideró en general que había llegado el momento de sacar el balance de la abundante y rica experiencia adquirida, gracias a la promulgación de normas de derecho interno inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) y a la frecuencia con que se recurría al Reglamento de Arbitraje y al Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, a fin de evaluar en un foro universal, como el de la Comisión, la aceptabilidad de algunas de las ideas y propuestas presentadas para mejorar las leyes, reglamentos y prácticas actualmente aplicables al arbitraje.

6. Los posibles temas de trabajo examinados por la Comisión fueron los siguientes:

- a) Conciliación (A/CN.9/460, párrs. 8 a 19; A/54/17, párrs. 340 a 343);
- b) Requisito de la forma escrita (A/CN.9/460, párrs. 20 a 31; A/54/17, párrs. 344 a 350);
- c) Posibilidad de someter a arbitraje (A/CN.9/460, párrs. 32 a 34; A/54/17, párrs. 351 a 353);
- d) Inmunidad soberana (A/CN.9/460, párrs. 35 a 50; A/54/17, párrs. 354 y 355);
- e) Acumulación de procedimientos arbitrales (A/CN.9/460, párrs. 51 a 60; A/54/17, párrs. 356 y 357);
- f) Confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales (A/CN.9/460, párrs. 62 a 71; A/54/17, párrs. 358 y 359);
- g) Establecimiento de reclamaciones a efectos de compensación (A/CN.9/460, párrs. 72 a 79; A/54/17, párrs. 360 y 361);
- h) Decisiones tomadas por tribunales de arbitraje incompletos (A/CN.9/460, párrs. 80 a 91; A/54/17, párrs. 362 y 363);
- i) Responsabilidad de los árbitros (A/CN.9/460, párrs. 92 a 100; A/54/17, párrs. 364 a 366);
- j) Facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses (A/CN.9/460, párrs. 101 a 106; A/54/17, párrs. 367 a 369);
- k) Costas en procedimientos de arbitraje (A/CN.9/460, párrs. 107 a 114; A/54/17, párr. 370);
- l) Fuerza ejecutiva de las medidas provisionales de protección (A/CN.9/460, párrs. 115 a 127; A/54/17, párrs. 371 a 373);
- m) Posibilidad de ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen (A/CN.9/460, párrs. 128 a 144; A/54/17, párrs. 374 y 376);

7. En diversas etapas de las deliberaciones, se mencionaron algunos temas, además de los ya presentados en el documento A/CN.9/460, como merecedores de ser adoptados por la Comisión para su estudio en el momento oportuno (A/54/17, párr. 339).

8. La Comisión inició sus deliberaciones sin ninguna idea preconcebida sobre la forma definitiva que pudiera adoptar el texto cuya preparación emprendiera la Comisión. Se convino en que las decisiones relativas a la forma se adoptarían más adelante, cuando ya se tuviera una idea más clara del contenido de las soluciones propuestas. La elaboración de un nuevo régimen uniforme podría por ejemplo adoptar la forma de un texto legislativo (en forma de disposiciones legislativas modelo o de un tratado) o de un texto de rango no legislativo (como un reglamento contractual modelo o una guía práctica). Se insistió en que si se consideraba la elaboración de un tratado internacional, ese instrumento no sería una modificación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Se estimó que, aun cuando no se optara por preparar ningún texto nuevo de derecho uniforme, el debate a fondo de esas cuestiones entre delegados provenientes de los principales sistemas jurídicos, sociales y económicos representados en la Comisión, y las pautas de interpretación uniforme eventualmente sugeridas, constituirían una contribución importante a la práctica del arbitraje comercial internacional. Las

consideraciones de la Comisión sobre estos temas figuran en el documento A/54/17 (párrs. 337 a 376 y párr. 380).

9. Tras concluir las deliberaciones sobre su labor futura en el ámbito del arbitraje comercial internacional, se convino en que los temas prioritarios de estudio del grupo de trabajo fueran la conciliación (A/54/17, párrs. 340 a 343), el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje (A/54/17, párrs. 344 a 350), la fuerza ejecutoria de las medidas cautelares (A/54/17, párrs. 371 a 373) y la posibilidad de ejecutar un laudo que hubiera sido anulado en el Estado de origen (A/54/17, párrs. 374 y 375). Se esperaba que para el primer período de sesiones del Grupo de Trabajo, la Secretaría preparase la documentación requerida para el examen de dos, o a ser posible tres, de los cuatro temas. En cuanto a los demás temas considerados en el documento A/CN.9/460, así como a los temas para una posible labor futura que se sugirieron en el 32º período de sesiones de la Comisión (A/54/17, párr. 339), que obtuvieron menor prioridad, el Grupo de Trabajo decidiría el momento y la manera de abordarlos.

10. La Comisión encomendó la labor a un grupo de trabajo que se denominaría “Grupo de Trabajo sobre Arbitraje”, al que autorizó a reunirse del 20 al 31 de marzo de 2000 y pidió a la Secretaría que preparase la documentación necesaria para la reunión. El presente documento se ha elaborado en cumplimiento de dicha solicitud.

I. CONCILIACIÓN

A. Observaciones generales

11. El término “conciliación” se utiliza en este documento como una noción amplia para hacer referencia a procedimientos en los que una persona o un grupo de personas ayuda a las partes en conflicto a llegar a un arreglo amistoso. La conciliación se diferencia de las negociaciones abiertas entre las partes (habitualmente a raíz del inicio de la controversia) en que en la conciliación mediará un tercero independiente e imparcial, mientras que las negociaciones entre las partes para llegar a un arreglo se hacen sin mediación alguna. La diferencia entre la conciliación y el arbitraje es que la conciliación termina sea por un arreglo de la controversia acordado por las partes, sea infructuosamente, sin el arreglo de la controversia; en cambio, en el caso del arbitraje, el tribunal arbitral dictará un laudo obligatorio para las partes, a menos que éstas hayan llegado a un acuerdo antes de que se emita dicho laudo.

12. El procedimiento de conciliación así descrito ha sido objeto de varios reglamentos de instituciones de arbitraje o especializadas en la administración de otros métodos alternativos de solución de controversias, así como del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, que fue aprobado por la Comisión en 1980. Se recurre a menudo a este Reglamento que ha servido además de modelo para elaborar el reglamento de numerosas instituciones.

13. Los detalles procesales de los procedimientos de conciliación en los que las partes en conflicto acuerdan recibir ayuda para tratar de llegar a un arreglo pueden diferir en función del método que se considere más adecuado seguir para llegar a un arreglo entre las partes. No obstante, dichos procedimientos, tal y como se examinan en el presente documento, se caracterizan por la ayuda independiente e imparcial que será prestada para llegar al arreglo amistoso de una controversia y por el hecho de que no se emitirá ningún fallo vinculante si las partes no llegan a un arreglo.

14. En la práctica, se utilizan otros términos para referirse a la conciliación, siendo frecuente el empleo de “mediación” o de otros términos de significado similar. También se emplea la expresión “vías alternativas

para la solución de controversias” para designar colectivamente a las diversas técnicas y adaptaciones de las mismas que se utilizan para solucionar controversias por vía conciliatoria en vez de por un método vinculante como el arbitraje. En el presente documento se utiliza el término “conciliación” como sinónimo de todos esos procedimientos. Dichas “vías alternativas para la solución de controversias” son objeto del presente documento en la medida en que les sean aplicables las características mencionadas.

15. La conciliación se practica cada vez con más frecuencia en diversas partes del mundo, incluso en regiones en las que hasta hace una o dos décadas apenas se utilizaba. Esta tendencia se refleja, por ejemplo, en el establecimiento de cierto número de entidades privadas y públicas que ofrecen sus servicios de conciliación a las partes interesadas en llegar a un arreglo amistoso de las controversias. Esta tendencia, y el deseo cada vez más difundido en diversas partes del mundo, de promover la conciliación como medio de arreglo de las controversias, han suscitado peticiones, cada vez más frecuentes, de soluciones jurídicas, armonizadas en el plano internacional, que faciliten la conciliación.

B. Examen en la Comisión

16. Cuando la Comisión debatió su posible labor futura en el ámbito de la conciliación (A/54/14, párr. 340), se convino en general en que las tres cuestiones siguientes revestían una especial importancia: la admisibilidad de determinadas pruebas presentadas en el curso de un procedimiento conciliatorio en ulteriores procedimientos arbitrales o judiciales; la función que incumbiría al conciliador en ulteriores procedimientos; y las vías de ejecución de todo arreglo eventualmente convenido. Se opinó en general que, además de esas tres cuestiones, cabía examinar la posible interrupción de los plazos de prescripción a raíz del inicio de un procedimiento conciliatorio.

17. Predominó la opinión de que la Comisión debería estudiar la posibilidad de preparar normas legislativas uniformes a fin de promover un mayor recurso a la conciliación (A/54/17, párr. 342). Se explicó que, si bien cabía resolver ciertas cuestiones (como la admisibilidad de determinadas pruebas en procedimientos judiciales o arbitrales ulteriores o la función del conciliador en ulteriores procedimientos) mediante remisión expresa a normas como el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, era frecuente que no se llegara a un acuerdo al respecto. Así pues, el proceso de conciliación podría beneficiarse del establecimiento de reglamentos supletorios que se aplicasen cuando ambas partes desearan una conciliación pero no hubiesen acordado el reglamento correspondiente. Además, en los países en que había incertidumbre acerca de los efectos de los acuerdos relativos a la admisibilidad de ciertas clases de pruebas, una legislación uniforme podría proporcionar aclaraciones útiles. Se señaló además que, con respecto a cuestiones como facilitar la ejecución de todo arreglo concertado resultante de una conciliación y los efectos de la conciliación con respecto a la interrupción de un plazo de prescripción, el nivel de previsibilidad y certeza necesario para fomentar la conciliación únicamente se lograría por vía legal.

C. Posibles cuestiones sobre las que puede prepararse un régimen uniforme

1. Admisibilidad de ciertas pruebas en ulteriores procedimientos judiciales o arbitrales

18. En los procedimientos de conciliación es usual que las partes hagan sugerencias y expresen sus opiniones relativas a propuestas de un posible arreglo, hagan concesiones o indiquen su disposición a aceptar un arreglo. Si, pese a esos esfuerzos, la conciliación no culmina en un arreglo y las partes inician procedimientos judiciales o arbitrales, esas sugerencias, opiniones, concesiones o indicaciones de estar en disposición de aceptar un arreglo podrían utilizarse contra la parte que las hizo. Esta posibilidad de “repercusión” de determinados hechos que tuvieron lugar durante la conciliación puede disuadir a las partes

de esforzarse en llegar a un arreglo durante el procedimiento de conciliación, lo que podría reducir notablemente la utilidad de la conciliación.

19. Para hacer frente a este problema, el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI dispone en su artículo 20 que:

“Las partes se comprometen a no invocar ni proponer como pruebas en un procedimiento arbitral o judicial, se relacionen o no con la controversia objeto del procedimiento conciliatorio:

- a) Opiniones expresadas o sugerencias formuladas por la otra parte respecto de una solución a la controversia;
- b) Hechos que haya reconocido la otra parte en el curso del procedimiento conciliatorio;
- c) Propuestas formuladas por el conciliador;
- d) El hecho de que la otra parte haya indicado estar dispuesta a aceptar una propuesta de solución formulada por el conciliador.”

20. Si las partes no se remiten a un reglamento de conciliación o se remiten a un reglamento que no contenga una disposición como la del artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, son muchos los ordenamientos jurídicos en los que las partes se verían afectadas por ese problema. Incluso si las partes han estipulado una regla como la del artículo 20, no es seguro que el tribunal aplique plenamente su estipulación concerniente a las pruebas. Para ayudar a las partes en tales situaciones, algunos países han promulgado leyes que prohíben la presentación de ciertas pruebas dimanantes de un procedimiento conciliatorio anterior en un procedimiento judicial o arbitral ulterior. Algunas de esas leyes siguen el modelo del artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

21. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si sería útil preparar una disposición uniforme sobre esta cuestión así como el enfoque que debería seguirse en la redacción de dicha disposición.

22. Una posible solución sería que la ley reconozca expresamente un acuerdo de las partes como el que figura en el mencionado artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. La finalidad de esta solución sería acabar con cualquier incertidumbre acerca de si las partes pueden acordar no utilizar como pruebas en procedimientos arbitrales o judiciales ciertos hechos acaecidos durante la conciliación. Además, con esta solución se dejaría a las partes la determinación de hasta qué punto pueden utilizarse esos hechos como prueba fuera de la conciliación. No obstante, una consecuencia de este enfoque sería que, si las partes participan en un procedimiento de conciliación sin haber acordado una regla de la prueba como la del artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, tal vez no se pueda impedir la presentación como prueba de ciertas opiniones, sugerencias o admisiones, formuladas durante el procedimiento de conciliación, en un procedimiento contradictorio ulterior.

23. Otro planteamiento sería considerar que ciertas circunstancias de un procedimiento de conciliación no deben aceptarse como prueba en un procedimiento arbitral o judicial aunque las partes no hayan acordado una regla como la del artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, en cuyo caso cabe adoptar una de dos soluciones: a) que la ley disponga que las pruebas de hechos como los mencionados en el artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI no son admisibles como prueba y que el tribunal arbitral o judicial no podrá ordenar que se desvelen dichos hechos; o b) que se disponga que en todo acuerdo de conciliación existe la condición implícita de que las partes se comprometen a no presentar como prueba en

ningún procedimiento arbitral o judicial hechos como los que se mencionan en el artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

24. En la práctica, tal vez sea escasa la diferencia en el Estado promulgante entre la regla de la prueba explícita enunciada en el apartado a) y la regla del “acuerdo implícito” enunciada en el apartado b). No obstante, su efecto puede ser diferente en el Estado extranjero en el que se vaya a seguir un procedimiento judicial o arbitral ulterior. Una regla de la prueba como la del apartado a) promulgada en el Estado A tal puede no ser invocable en el Estado B, mientras que de disponerse en esa regla que una cláusula de someterse a conciliación lleva implícita un compromiso de las partes de no invocar los actor del proceso conciliatorio como prueba, es posible que dicho compromiso sea reconocido en el Estado B.

25. Sea cual sea la solución elegida, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar asimismo si sería conveniente precisar que no debe existir limitación alguna a la admisibilidad de las pruebas si todas las partes que participan en la conciliación consienten posteriormente en que éstas se desvelen.

26. También cabría estudiar si debe establecerse que, en el supuesto de que se presente una prueba en contravención de la disposición legal, el tribunal arbitral o el tribunal ordinario emitirá la orden que considere oportuna para resolver la cuestión. Dicha orden puede ser, por ejemplo, un mandato prohibiendo la presentación de ciertas pruebas, o un mandato desestimando el caso por razones procesales sin entrar en el fondo del asunto.

27. En algunas legislaciones, además de una disposición basada en artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, se enuncian otras relativas a los documentos preparados a los fines de la conciliación, en el transcurso de ésta, o a raíz de ella, en las que se establece que estos documentos no son admisibles como prueba, y que no se obligará a revelarlos en ningún procedimiento arbitral o civil. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar cuáles serían las consecuencias prácticas de una disposición de este tipo teniendo en cuenta que una disposición que impida presentar los hechos que se mencionan en el artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI tendría en gran medida el mismo efecto que una disposición que prohíba utilizar como prueba documentos preparados a los fines de la conciliación, en el transcurso de ésta, o a raíz de ella.

28. En algunos ordenamientos jurídicos no se puede obligar a las partes a que presenten en un procedimiento judicial documento de índole “privilegiada”, como por ejemplo una comunicación escrita entre un cliente y su abogado. No obstante, tal vez se pierda esa índole privilegiada si una de las partes hace uso de ese documento privilegiado en alguna actuación. Puesto que cabe utilizar esos documentos privilegiados en un procedimiento de conciliación con miras a facilitar el arreglo, y a fin de no disuadir ese empleo, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la conveniencia de disponer en el régimen uniforme que la utilización de documentos privilegiados en un procedimiento de conciliación no constituirá acto de renuncia de su carácter privilegiado.

2. Función eventual del conciliador en un procedimiento arbitral o judicial

29. Una parte puede mostrarse reticente a la hora de obrar en aras de llegar a una transacción en un procedimiento de conciliación si tiene que tener en cuenta la posibilidad de que, de no prosperar la conciliación, la otra parte podría nombrar al conciliador como su representante (o abogado) o como árbitro en un procedimiento judicial o de arbitraje ulterior. Del mismo modo, esa parte se mostraría reticente si el conciliador puede ser presentado como testigo en dicho procedimiento. El conocimiento por parte del conciliador de ciertos hechos acaecidos en el curso de la conciliación (por ejemplo, propuestas de arreglo y reconocimientos de hechos) puede resultar perjudicial para una de las partes en el supuesto de que el

conciliador los ponga de manifiesto o haga uso de ellos en un procedimiento ulterior. Esa es la razón por la cual se formuló el artículo 19 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, que dice:

“Las partes y el conciliador se comprometen a que el conciliador no actúe como árbitro, representante ni asesor de una parte en ningún procedimiento arbitral o judicial relativo a una controversia que hubiera sido objeto del procedimiento conciliatorio. Las partes se comprometen, además, a no llamar al conciliador como testigo en ninguno de tales procedimientos.”

30. Sin embargo, en algunos casos, cierto conocimiento previo por parte del árbitro podría ser considerado por las partes como ventajoso, en particular si piensan que ese conocimiento permitirá que el árbitro tramite el caso con más eficiencia. En tales supuestos, las partes pueden incluso preferir que se nombre al conciliador y no a otra persona como árbitro en un procedimiento arbitral ulterior. La regla del artículo 19 del Reglamento de Conciliación no impide en nada que se nombre a la persona que había actuado previamente como conciliador siempre que las partes convengan en ello, lo que podrían hacer nombrando de común acuerdo al conciliador para que actúe como árbitro.

31. Consideraciones como las que se resumen en el párrafo anterior han dado lugar a que algunas jurisdicciones adopten disposiciones legislativas inspiradas en el artículo 19, precisándose en ellas que dicha disposición no es de derecho imperativo.

32. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si sería conveniente preparar una disposición legislativa uniforme sobre este tema. De ser así, una cuestión que debe examinarse es si en la disposición debe estatuirse que se sobreentiende que las partes y el conciliador se comprometen a que el conciliador no participe en ningún procedimiento arbitral ni judicial (como árbitro, representante, abogado o testigo) o formularse una prohibición clara de que el conciliador participe en dichos procedimientos ulteriores. El Grupo de Trabajo tal vez desee disponer, para ambos supuestos, que las partes podrán anular, de común acuerdo, ese compromiso o prohibición. En cuanto a la limitación relativa a la admisibilidad del testimonio del conciliador en procedimientos judiciales o arbitrales, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si esa restricción debe ser matizada. Por ejemplo, cabe prever la posibilidad de que se llame al conciliador a prestar testimonio acerca de ciertos hechos mencionados en el artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI a fin de probar otros supuestos (por ejemplo, fraude).

33. Otra cuestión que cabría examinar es la de si la prohibición debe limitarse a su participación como árbitro en un procedimiento “relativo a una controversia que hubiera sido objeto del procedimiento conciliatorio”. Por ejemplo, en el supuesto de contratos diferentes pero estrechamente vinculados desde una perspectiva comercial o circunstancial, cabría prohibir que el conciliador intervenga en todo procedimiento arbitral o judicial concerniente a un cierto contrato pero no respecto de otros contratos conexos, a los que pudieran ser aplicables las mismas reservas u otras similares relativas a la participación del conciliador. Extender dicha limitación a un grupo de contratos plantearía cuestiones como la de cómo definir la relación entre esos contratos y la de saber si las ventajas de dicha extensión justificarían las posibles limitaciones de largo alcance que resultarían de la misma.

3. Fuerza ejecutoria de los acuerdos de arreglo de conciliación

34. Muchos profesionales han señalado que la conciliación sería mucho más atractiva si al arreglo concertado en un procedimiento conciliatorio se diera un tratamiento, a efectos de su ejecutoriedad, igual o semejante al de un laudo arbitral. De someterse los arreglos logrados en la conciliación al régimen ejecutorio de los laudos arbitrales, se simplificaría y agilizaría la ejecución de estos arreglos. En general, esto

supondría que los arreglos de conciliación podrían ser ejecutados por los tribunales sin reabrir cuestiones jurídicas de fondo o relativas a los hechos (salvo que se suscitara alguna cuestión de orden público).

35. Al sopesar las ventajas de conceder fuerza ejecutoria a un arreglo alcanzado en un procedimiento de conciliación, puede plantearse la cuestión de si vale la pena conceder dicho carácter a los arreglos de conciliación dado que todo arreglo, se concluya o no en un procedimiento de conciliación, tiene fuerza ejecutoria y es vinculante como contrato. Es cierto que normalmente es relativamente fácil obtener una sentencia o un laudo arbitral sobre la base de un arreglo concluido (en cualquier caso más fácil que en el supuesto de que las partes en conflicto no hayan llegado a un arreglo). No obstante, la perspectiva de tener que emplear tiempo y dinero en procedimientos judiciales o arbitrales para que se ejecute un arreglo resta atractivo a la conciliación. Siguiendo este razonamiento, se han presentado propuestas, y algunos Estados han promulgado normas para facilitar la ejecución de los arreglos concertados en la conciliación.

36. Una manera de lograr que un arreglo tenga fuerza ejecutoria y evitar la apertura de un procedimiento por la vía contradictoria sería que las partes que hayan llegado a un arreglo designen como árbitro al conciliador y limiten las actuaciones arbitrales a la consignación de ese arreglo en forma de laudo arbitral en los propios términos convenidos por las partes (conforme a lo dispuesto, por ejemplo, en el párrafo 1 del artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI). No obstante, puede surgir un posible obstáculo a este planteamiento en una serie de ordenamientos jurídicos en los que, una vez logrado el arreglo y por tanto concluida la controversia, no sea posible iniciar un procedimiento arbitral. Para evitar este obstáculo, la legislación debería permitir de manera expresa que las partes en el arreglo, inicien el procedimiento de arbitraje, pese a haber desaparecido la controversia, a fin de solicitar del árbitro (que previamente podía haber sido el conciliador) la consignación de su arreglo en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes.

37. A fin de ofrecer una solución clara y evitar así la necesidad de iniciar un procedimiento arbitral que convierta el arreglo en un laudo arbitral que falle en los propios términos convenidos por las partes, en algunas leyes se ha estipulado que el acuerdo de arreglo al que se llegue en un procedimiento de conciliación tendrá la misma fuerza ejecutoria que un laudo arbitral. Por ejemplo, a tenor de una ley, el acuerdo de arreglo de conciliación se considerará, a los fines de su ejecución en dicho Estado, como si fuera un laudo arbitral emitido de conformidad con lo estipulado en un acuerdo de arbitraje y tendrá la misma fuerza ejecutoria que éste; a tenor de otra ley el acuerdo de arreglo de conciliación consignado por escrito tendrá la misma consideración y los mismos efectos que un laudo arbitral emitido por un tribunal de arbitraje en los términos convenidos por las partes sobre el fondo de la controversia.

38. La cuestión que se plantea al dictar una disposición legislativa por la que se someta los arreglos de conciliación a las reglas de ejecución aplicables a los laudos arbitrales es la de saber distinguir los arreglos que deben recibir esta consideración especial de aquellos (que se hayan o no alcanzado con ayuda de un tercero) que no deban gozar de dicha consideración.

39. Las normas de un ordenamiento por las que se someten los arreglos de conciliación a las reglas aplicables a la ejecución de los laudos arbitrales no ofrecen una definición o distinción clara y expresa de dichos arreglos de conciliación. No obstante, cabe deducir una respuesta de la siguiente consideración: la ley enuncia ciertos procedimientos de conciliación y requiere que el conciliador sea una persona independiente e imparcial, con el resultado de que sólo aquellos arreglos que se concierten conforme a los procedimientos establecidos en la ley tendrán la fuerza ejecutoria de un laudo arbitral. Cierta ley impone el requisito de que el conciliador “autentique el acuerdo de arreglo de conciliación y entregue una copia autenticada a cada una de las partes”. Otras leyes disponen que si “el resultado de la conciliación figura por escrito y está firmado por el conciliador o los conciliadores y las partes o sus representantes, dicho acuerdo

será tratado como si fuera un laudo arbitral”. Otra ley dice que “si las partes en un acuerdo de arbitraje” llegan a un arreglo por vía de conciliación o alguna otra vía para resolver la controversia entre ellas y celebran un acuerdo por escrito en el que figuren las condiciones del arreglo, dicho acuerdo será tratado al igual que un laudo arbitral. Cabe deducir de dicha disposición que sólo los arreglos concertados entre partes que hayan concluido un acuerdo de arbitraje serán ejecutables como laudos en la medida en que la controversia sea objeto del acuerdo de arbitraje. Finalmente, las reglas sobre la ejecutoriedad de los arreglos de conciliación suelen figurar en normas de arbitraje comercial, de lo que cabe deducir que sólo los arreglos de conciliación sobre asuntos comerciales tienen la fuerza ejecutoria de los laudos arbitrales.

40. Tal vez haya otros rasgos que puedan considerarse como distintivos de los arreglos con la fuerza ejecutoria de un laudo arbitral. Una de ellas podría ser que el arreglo de conciliación firmado por las partes y por el conciliador contenga una “cláusula de ejecutoriedad”; la ventaja de dicho requisito es que las partes serían conscientes de que, al firmar ese arreglo, están optando por un procedimiento de ejecución distinto de los que se aplican generalmente a la ejecución de los contratos.

41. Como se ha dicho previamente, por “procedimiento de conciliación” se entienden diversos tipos de procedimiento, incluidos los que se denominan de “mediación”. Por ello, sea cual sea la definición de arreglos ejecutables, parece conveniente asegurarse de que la definición sea lo bastante amplia para abarcar cualquier procedimiento, se denomine o no de “conciliación”, siempre que reúna los rasgos requeridos. Al formular dicha definición, cabría inspirarse en el artículo 7 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (que se reproduce en el párrafo 61 *infra*). Asimismo, tal vez el Grupo de Trabajo desee tener en cuenta, que según cuáles sean las decisiones que se adopten sobre otras cuestiones relativas a la conciliación que se mencionan más adelante, la definición dada a la conciliación puede ser importante para cuestiones de aplicación.

42. Otro aspecto de importancia práctica que tal vez desee examinar el Grupo de Trabajo es la de si los acuerdos de arreglo de conciliación declarados ejecutables por la ley de un país deben gozar de una consideración igual o semejante en otros países. Si se desea obtener la ejecutoriedad en el ámbito internacional, el tratado sería la vía tradicional para lograr ese objetivo. Si la firmeza de un tratado parece ofrecer una ventaja indudable, su desventaja estriba en la dificultad de que sea ratificado por un número suficiente de países en un plazo previsible. Por tanto, tal vez el Grupo de Trabajo opte por considerar que un régimen legislativo modelo sería la vía más adecuada de armonización, al igual que los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional han servido para regular la ejecución de los laudos arbitrales nacionales y extranjeros.

4. Otras cuestiones cuyo tratamiento cabría armonizar

43. Además de examinar la posibilidad de formular un régimen uniforme para las cuestiones anteriormente mencionadas, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si, con miras a fomentar y facilitar el arreglo de controversias mediante la conciliación, sería útil preparar disposiciones modelo armonizadas sobre otras cuestiones conexas que se enumeran a continuación.

a) Admisibilidad o conveniencia de la conciliación llevada a cabo por árbitros

44. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no aborda la cuestión de si el árbitro está autorizado a proponer durante el procedimiento arbitral la posibilidad de un arreglo y, de ser así, en qué medida podrá hacerlo.

45. En las notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral se señala que:

“Las opiniones difieren sobre si resulta conveniente que el tribunal arbitral evoque la posibilidad de un acuerdo. Teniendo en cuenta la diversidad de prácticas a este respecto, el tribunal sólo debe sugerir con cautela la apertura de negociaciones. Sin embargo, puede ser oportuno que el tribunal programe sus actuaciones con miras a facilitar la apertura de negociaciones para llegar a un acuerdo o su continuación.” (párr. 47).

46. Algunos Estados que quieren dejar claro que, de existir acuerdo entre las partes, no constituye una violación del procedimiento arbitral el hecho de que los árbitros faciliten la concertación de un arreglo, han aprobado disposiciones como la que establece que no será incompatible con un acuerdo de arbitraje que el tribunal arbitral fomente el arreglo de la controversia, y que, con el acuerdo de las partes, el tribunal arbitral podrá recurrir a la mediación, la conciliación o a otros procedimientos para promover el arreglo.

47. Otras jurisdicciones han ido más lejos y han incluido en su legislación disposiciones que alientan al tribunal arbitral a que lleve a cabo la conciliación entre las partes, sin hacerla depender expresamente del acuerdo de las partes.

48. Dadas las diversas prácticas y actitudes con respecto a esta cuestión, tal vez sea difícil formular una única regla uniforme igualmente aceptable para las diferentes jurisdicciones. Sin embargo, si el Grupo de Trabajo entiende que deben prepararse una o más disposiciones legislativas modelo, tal vez sea conveniente distinguir tres posibles conceptos de disposición. Según uno de ellos, la disposición se limitaría a reconocer que el tribunal arbitral podrá sustanciar y programar, el procedimiento de forma tal que facilite las negociaciones de arreglo, sin hacer sugerencias ni participar él mismo en ellas. Otro concepto sería reconocer la facultad discrecional del tribunal arbitral para recomendar a las partes que traten de llegar a un arreglo sobre la controversia, sin que el tribunal arbitral participe en las negociaciones. Un tercer concepto sería declarar que no es incompatible con la función del tribunal arbitral sugerir a las partes que lleguen a un arreglo de la controversia y, en la medida en que las partes lo acuerden, participar en la tarea de llegar a un arreglo convenido.

b) Efecto de un acuerdo de recurrir a la conciliación sobre el procedimiento judicial o arbitral

49. El artículo 16 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI dispone que:

“Las partes se comprometen a no iniciar, durante el procedimiento conciliatorio, ningún procedimiento arbitral o judicial respecto de una controversia que sea objeto del procedimiento conciliatorio, con la salvedad de que una parte podrá iniciar un procedimiento arbitral o judicial cuando ésta estime que tal procedimiento es necesario para conservar sus derechos.”

50. Algunas jurisdicciones han aprobado disposiciones legislativas inspiradas en esta norma; pero, en lugar de redactarlas en términos de un compromiso de las partes como se hace en el mencionado artículo 16, han dispuesto que las partes no iniciarán, durante el procedimiento conciliatorio ningún procedimiento arbitral o judicial respecto de una controversia que sea objeto del procedimiento conciliatorio, con la salvedad de que toda parte podrá iniciar un procedimiento arbitral o judicial si estima que tal procedimiento es necesario para conservar sus derechos. No obstante, otras legislaciones han dispuesto que el acuerdo de conciliación se considerará como un acuerdo de paralizar todo procedimiento judicial o arbitral desde el inicio de la conciliación hasta el término de ésta. Parece que el término “paralizar” empleado en dichas leyes debe entenderse como entrañando una paralización de todo procedimiento arbitral o judicial en curso y una prohibición de iniciar un nuevo procedimiento. Si el Grupo de Trabajo entiende que sería conveniente preparar una disposición uniforme que impida a las partes iniciar procedimientos arbitrales o judiciales, tal vez sea necesario determinar el momento en el que se entiende que ha comenzado el procedimiento de

conciliación (dicha definición podría inspirarse en el artículo 2 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI).

51. En la medida en que las reglas relativas a la conciliación que hayan acordado las partes permitan de manera explícita o implícita que una de las partes ponga término a la conciliación en cualquier momento (sin requisito de forma o mediante una declaración escrita), el efecto de cualquier disposición legislativa que impida el inicio de un procedimiento arbitral o judicial será escaso, en el sentido de que la parte interesada podrá superar el impedimento dando fin al procedimiento de conciliación. Sin embargo, si la participación en el procedimiento de conciliación se entiende como una obligación (impuesta por ley en algunos Estados y sujeta a plazos imperativos) o se ha restringido el derecho de poner término al procedimiento de conciliación (por ejemplo, antes de que se haya presentado una primera propuesta de arreglo), una disposición legislativa inspirada en el artículo 16 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI puede constituir un impedimento real al inicio de un procedimiento arbitral o judicial.

52. Las posiciones del derecho interno difieren con respecto al carácter vinculante de un acuerdo de recurrir a la conciliación o con respecto a la obligación legal de recurrir a la conciliación antes de hacerlo a un procedimiento de índole contradictoria. Algunos países han introducido la noción de que las partes en litigio están obligadas a entablar un procedimiento previo de conciliación a fin de fomentar la conciliación y reducir los procedimientos arbitrales o judiciales contradictorios. A la vista de ello, el Grupo de Trabajo tal vez desee compaginar el examen de una posible disposición legislativa modelo que limite el inicio de un procedimiento arbitral o judicial, con el estudio de si sería aconsejable (y de ser así hasta qué punto) considerar la obligatoriedad de un acuerdo de las partes de recurrir a la conciliación (en el sentido de que el derecho de las partes a negarse a recurrir a la conciliación o a dar por terminada la conciliación estaría sujeto a plazos o condiciones), así como si sería conveniente que la Comisión presentara a los legisladores directrices armonizadas sobre este punto. El enfoque que se sigue en el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI sobre esta última cuestión es que las partes podrán poner fin en cualquier momento al procedimiento de conciliación mediante una declaración escrita dirigida a la otra parte y al conciliador. La razón principal alegada en favor de este enfoque es la de que, pese a la política general de fomentar la conciliación, carece de sentido recurrir a la conciliación en una controversia en la que al menos una de las partes se muestre reticente a llegar a un arreglo y la de que el tiempo y el dinero invertidos en esos casos es probable que se hayan invertido en vano.

c) Efectos de la conciliación en el transcurso del plazo de prescripción

53. El artículo 16 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, anteriormente citado en el párrafo 49, parte del supuesto de que el procedimiento de conciliación no interrumpe el transcurso del plazo de prescripción. La finalidad del artículo 16 es permitir que tenga lugar la conciliación a la vez que se permite que el acreedor conserve sus derechos iniciando un procedimiento arbitral o judicial. De no existir el artículo 16, el acreedor podría encontrarse en una situación inconveniente en la que se consideraría lo más adecuado para sus intereses dar por terminado el procedimiento de conciliación e iniciar un procedimiento judicial o arbitral, no porque la conciliación no ofrezca una esperanza de éxito sino porque el acreedor no quiera arriesgarse a que la conciliación fracase y perder la facultad de esgrimir su derecho al haber vencido el plazo de prescripción. En algunos ordenamientos jurídicos el acreedor y el deudor pueden resolver este dilema mediante el acuerdo de prorrogar el plazo de prescripción; dicho acuerdo permitiría al acreedor seguir participando en el procedimiento de conciliación sin arriesgarse a perder su derecho como resultado del vencimiento de un plazo. No obstante, estos acuerdos entre el acreedor y el deudor no están permitidos en todos los ordenamientos.

54. Se ha dicho que, al permitir el inicio de un procedimiento arbitral o judicial, aunque sólo sea para conservar los derechos, ocasiona gastos que pueden malograr el espíritu conciliador entre las partes. Por ello, se argumenta que sería preferible que el inicio de la conciliación interrumpa, por efecto de la ley, el transcurso del plazo. Algunas jurisdicciones han aprobado legislación a este fin.

55. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la conveniencia de preparar una disposición uniforme que determine el efecto de la conciliación sobre el transcurso del plazo de prescripción. Si se considera conveniente dicha disposición, debe tenerse en cuenta que deberá ser aplicable a todo plazo cuyo vencimiento pueda afectar a derechos, como los plazos de prescripción o de caducidad.

d) Comunicación entre el conciliador y las partes; revelación de información

56. En un procedimiento de arbitraje el árbitro debe tratar a las partes con equidad y dar a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Ese principio (consagrado en el artículo 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI), impide al árbitro comunicarse o reunirse con una de las partes excluyendo a la otra. Sin embargo, en el procedimiento de conciliación (en el que la controversia sólo puede resolverse por acuerdo de las partes y no por una decisión vinculante) no se considera necesario imponer una norma tan estricta, y se estima en general permisible que el conciliador se reúna o se comunique con las partes conjuntamente o con cada una de ellas por separado. La posibilidad de dicha comunicación por separado entre el conciliador y una de las partes se recoge en el párrafo 1 del artículo 9 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI que dice:

“El conciliador podrá invitar a las partes a reunirse con él o comunicarse con ellas oralmente o por escrito. Podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o con cada una de ellas por separado.”

57. Algunos Estados han incorporado este principio a su derecho interno en materia de conciliación disponiendo que el conciliador podrá comunicarse con las partes conjuntamente o por separado.

58. Otro reflejo del principio de igualdad entre las partes es el principio, que se considera en general indispensable en un procedimiento arbitral (y que figura en el artículo 24 de la Ley Modelo de la CNUDMI), que toda información de hechos relativa a la controversia que el tribunal arbitral reciba de una de las partes debe comunicarse a la otra, a fin de que ambas partes tengan plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Una vez más, en el procedimiento de conciliación se considera permisible suavizar, de alguna manera, este principio. Así, el artículo 10 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI dispone:

“Si el conciliador recibe de una de las partes información de hechos relativos a la controversia, revelará su contenido a la otra parte a fin de que esta pueda presentarle las explicaciones que estime convenientes. Sin embargo, si una parte proporciona información al conciliador bajo la condición expresa de que se mantenga confidencial, el conciliador no revelará esa información.”

59. Algunos Estados han incorporado el principio que recoge el artículo 10 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI en su legislación en materia de conciliación. En relación con dicha disposición se plantearía un problema en el supuesto de que el conciliador que haya obtenido información con la condición expresa de que se mantenga confidencial se convierta posteriormente en árbitro de la misma controversia (porque la conciliación ha concluido sin éxito y ese conciliador es nombrado válidamente árbitro). En ese caso puede considerarse conveniente o necesario que la información se ponga a disposición de todas las partes conforme a los principios generales aplicables al procedimiento de arbitraje. Algunas leyes que permiten que el conciliador reciba información con la condición expresa de mantenerla

confidencial disponen que, si el procedimiento de conciliación concluye sin llegar a un arreglo, el árbitro que haya recibido dicha información deberá revelar toda la información que considere relevante para el procedimiento arbitral.

60. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si sería útil elaborar: a) una disposición modelo permitiendo que el conciliador se reúna o se comuniquen con las partes conjuntamente o con cada una de ellas por separado, y b) una disposición modelo que establezca que el conciliador no revelará a ambas partes la información recibida de una de ellas que esté sujeta a una condición expresa de confidencialidad. Una posible ventaja de dichas disposiciones es que acabarían con las dudas acerca de la idoneidad de procedimientos como los previstos en los artículos 9 y 10 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI y que, en la medida en que se otorgue a la conciliación determinados efectos (por ejemplo, la fuerza ejecutoria del arreglo de conciliación o la interrupción del plazo de prescripción), no se cuestionarán esos efectos por haberse recurrido a dichos procedimientos.

e) Función del conciliador

61. Las reglas aplicables en materia de conciliación enuncian a menudo principios por los que deberá regirse el conciliador para sustanciar el procedimiento. Por ejemplo, el artículo 7 del Reglamento de Conciliación de las CNUDMI establece:

- “1) El conciliador ayudará a las partes de manera independiente e imparcial en sus esfuerzos por lograr un arreglo amistoso de la controversia.
- 2) El conciliador se atenderá a principios de objetividad, equidad y justicia, teniendo en cuenta, entre otros factores, los derechos y las obligaciones de las partes, los usos del tráfico mercantil de que se trate y las circunstancias de la controversia, incluso cualesquiera prácticas establecidas entre las partes.
- 3) El conciliador podrá conducir el procedimiento conciliatorio en la forma que estime adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los deseos que expresen las partes, incluida la solicitud de cualquiera de ellas de que el conciliador oiga declaraciones orales, y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.
- 4) El conciliador podrá, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, formular propuestas para una transacción de la controversia. No es preciso que esas propuestas sean formuladas por escrito ni que se aplique el fundamento de ellas.”

62. Las leyes de algunos países han incorporado algunos de estos principios a su derecho interno en materia de conciliación. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la conveniencia de preparar una disposición modelo que establezca estos principios. Dicha disposición podría ser útil, ya que contribuiría a armonizar las normas en materia de conciliación y de ese modo facilitaría y fomentaría su empleo en el comercio internacional.

II. FUERZA EJECUTORIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

A. Observaciones generales

63. Los tribunales de arbitraje, a petición de una de las partes, ordenan con frecuencia medidas cautelares hasta que se dicte el laudo arbitral. Estas medidas, dirigidas a una o ambas partes, se conocen además por

términos como “medidas provisionales de protección”, “órdenes provisionales”, “laudos provisionales”, “medidas de conservación” o “mandatos de interdicción”. Dichas medidas cumplen diversos cometidos entre los que cabe citar los siguientes:

a) *Medidas para facilitar la sustanciación de un procedimiento arbitral*, como órdenes en las que se pide a una de las partes que permita obtener una prueba determinada (por ejemplo, dando acceso a sus locales u oficinas a fin de inspeccionar mercaderías, bienes o documentos concretos); órdenes para que una parte conserve una prueba (por ejemplo, no efectuar cambios en determinado lugar); órdenes a las partes y a otros participantes en el procedimiento arbitral para que protejan la confidencialidad de las actuaciones (por ejemplo, guardando los expedientes en determinado lugar y bajo llave o no revelando la hora y el lugar de una vista);

b) *Medidas para evitar cierta pérdida o daño o para preservar cierto estado de cosas hasta que se resuelva la controversia*, como órdenes de que prosiga la ejecución de un contrato durante el curso del procedimiento (por ejemplo, una orden dada a un contratista de que prosiga las obras, aun cuando desee hacer valer su derecho a suspenderlas); órdenes para impedir la adopción de medidas hasta que se dicte el laudo; órdenes para proteger los bienes (por ejemplo, de adoptar ciertas medidas de seguridad, de vender los bienes que sean perecederos o de nombrar un administrador de los bienes); órdenes de que se adopten medidas adecuadas para evitar la pérdida de un derecho (por ejemplo, el pago de las cantidades necesarias para prorrogar la validez de un derecho de propiedad intelectual); orden de que se limpie un lugar contaminado;

c) *Medidas para facilitar la ejecución ulterior del laudo*, como el embargo de bienes y medidas similares con el fin de que los bienes permanezcan en la jurisdicción en la que se ejecutará el laudo (los embargos pueden ser, por ejemplo, de bienes materiales, cuentas bancarias o créditos comerciales); órdenes de no sacar los bienes o el bien objeto de la controversia de una jurisdicción; órdenes de depositar en una cuenta conjunta la cantidad en litigio o de depositar los bienes muebles en litigio en manos de un tercero; órdenes de que una o ambas partes ofrezcan una garantía (por ejemplo una fianza) para cubrir los gastos del arbitraje, u órdenes de que se aporte una garantía que cubra la totalidad o parte de la cantidad reclamada.

64. Las medidas cautelares podrán afectar a activos o bienes situados en la jurisdicción en la que tenga lugar el arbitraje o fuera de aquélla.

65. La enumeración precedente de posibles medidas cautelares no es exhaustiva. Los reglamentos de arbitraje que prevén su adopción no dan, en general, una definición estricta y precisa de esas medidas. El texto de los reglamentos de arbitraje suelen referirse a ellos en términos generales; por ejemplo, tal vez disponga que el tribunal arbitral podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias con respecto al objeto de la controversia; en algunos casos se darán ejemplos de las medidas que cabría adoptar (por ejemplo, el artículo 26 1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI). Algunos reglamentos facultan al tribunal arbitral, en sentido lato, para que ordene con carácter provisional, en espera del fallo definitivo emitido en el laudo, cualquier medida que el tribunal arbitral estaría facultado para imponer en un laudo.

66. El carácter provisional de las medidas cautelares se refleja en el hecho (que también se establece en algunas leyes sobre arbitraje) de que esté previsto que cualquier medida provisional ordenada por un tribunal arbitral podrá ser revisada y modificada por el propio tribunal y de que, en todo caso, quedará al arbitrio del laudo definitivo del tribunal, que tendrá en cuenta toda medida cautelar que se haya ordenado previamente. No obstante, una medida provisional puede tener, por sí misma, consecuencias definitivas importantes, que

sean irreversibles aun cuando esa medida se modifique ulteriormente o resulte haber sido innecesaria a la vista del laudo definitivo.

67. Algunas medidas cautelares se conceden en ausencia de una parte, es decir a instancia de una de las partes, pero sin oír a la otra parte afectada antes de ordenarla. Generalmente, las leyes de arbitraje no tratan de la posibilidad de que se impongan medidas en ausencia de una parte y no especifican cuáles son esas medidas. Entre las razones aducidas en los laudos arbitrales para otorgar medidas en ausencia de una parte se encuentran las siguientes: la evidencia de que si no se adopta la medida se producirían pérdidas o daños irreparables; la urgencia de la situación que no permite oír a la otra parte (por ejemplo, en medidas relativas a mercaderías perecederas); o la conveniencia de no dar a conocer la medida por adelantado a la parte contra la que dicha medida vaya dirigida (por ejemplo, la vista relativa a una demanda de una medida prohibiendo sustraer activos del territorio de una jurisdicción daría ocasión a la parte afectada para sustraerlos antes de que se dicte la medida).

68. En ninguna ley sobre el procedimiento arbitral ni en los reglamentos de arbitraje figuran normalmente disposiciones expresas acerca de si las decisiones relativas a medidas cautelares deben indicar los motivos en los que se basan. Parece ser que, en general, los tribunales arbitrales emiten decisiones motivadas.

B. Facultad para ordenar medidas provisionales

69. Las soluciones legislativas relativas a la facultad de los tribunales arbitrales para dictar medidas cautelares no son uniformes. En algunas jurisdicciones, esta facultad es implícita. En otras, hay disposiciones expresas que facultan al tribunal arbitral para ordenar medidas provisionales. Este es el caso, por ejemplo, de las jurisdicciones que han aprobado legislación inspirada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. El artículo 17 de la Ley Modelo dispone lo siguiente:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.”

70. Según algunas leyes sobre arbitraje, la facultad del tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares depende del acuerdo de las partes, y la ley se limita a reconocer la validez del acuerdo de las partes para otorgar dicha facultad al tribunal arbitral. También hay jurisdicciones en las que se considera que un tribunal arbitral no está facultado para ordenar esas medidas y que las partes no pueden conferir dicha facultad.

71. A tenor de muchos reglamentos de arbitraje, el tribunal arbitral está facultado para imponer medidas cautelares. Por ejemplo, el párrafo 1) del artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone lo siguiente:

“A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos.”

72. En muchas jurisdicciones las partes pueden elegir entre solicitar una medida cautelar al tribunal arbitral o solicitarla a un tribunal judicial. Cuando el tribunal arbitral aun no se haya constituido, y una de las partes desee que se adopte una medida cautelar, su única posibilidad sería acudir a un tribunal judicial. Esta posibilidad de solicitar una medida cautelar ante un tribunal arbitral o judicial también está prevista en la

Ley Modelo de la CNUDMI, en la cual, además de facultar al tribunal arbitral para dictar medidas cautelares (véase el artículo 17 previamente citado), dispone en su artículo 9:

“No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas.”

El artículo 9 de la Ley Modelo se limita a declarar que no es incompatible con el acuerdo de arbitraje que un tribunal judicial imponga una medida cautelar. Si el tribunal estará o no facultado para adoptar dichas medidas al servicio de un arbitraje en curso, y hasta qué punto podrá hacerlo, queda al arbitrio de la ley por lo demás aplicable.

C. Argumentos a favor de dar fuerza ejecutoria a las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral

73. Al no haberse dotado a los árbitros de la facultad coercitiva requerida para ejecutar medidas cautelares, se ha argumentado en los últimos años en diversos foros que la cuestión de la fuerza ejecutoria de las medidas cautelares deberá ser abordada por el legislador. La necesidad de la fuerza ejecutiva se basa, en general, en argumentos como que el laudo definitivo puede tener poco valor para la parte ganadora si la parte recalcitrante ha adoptado medidas que hacen que el resultado del procedimiento sea prácticamente inútil (por ejemplo, haciendo desaparecer activos o sustrayéndolos de la jurisdicción); o que no debe permitirse que se produzca el daño o la pérdida que puedan evitarse (ejemplo, si una de las partes se niega a adoptar medidas cautelares en el emplazamiento de la construcción o no continúa los trabajos de construcción mientras que se está solventando la controversia). Por ello, se argumenta que en algunos casos una medida cautelar puede ser tan importante en la práctica como el laudo.

74. En relación con los argumentos a favor de dar fuerza ejecutoria a las medidas cautelares, se ha señalado que los arbitrajes internacionales se celebran a menudo en lugares en los que ninguna de las partes dispone de bienes ni realiza operaciones comerciales (denominados lugares “neutrales”). Ello supone, a menudo, que se ha de dar curso a la medida cautelar ordenada por el tribunal arbitral fuera de la jurisdicción en la que tiene lugar el arbitraje. Por tanto, en la medida en que sea posible, debe establecerse un régimen de asistencia judicial para dar ejecución a las medidas cautelares arbitrales, que permita ejecutarlas tanto en el Estado en el que tenga lugar el arbitraje como fuera de éste.

75. No obstante, hay que señalar que, desde el punto de vista práctico, las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales son con frecuencia ejecutadas sin necesidad de coerción judicial, por alguna de las siguientes razones: que la parte afectada no quiera contrariar al tribunal arbitral, al que desea convencer del fundamento de su postura; que el tribunal arbitral pueda sacar conclusiones adversas de una negativa a cumplir la medida (por ejemplo, en el caso de una orden de conservar determinada prueba); que el tribunal arbitral pueda proceder a dictar un laudo partiendo de los datos de que disponga; y que el tribunal arbitral pueda condenar a la parte recalcitrante al pago de las costas o la indemnización a que haya dado lugar su incumplimiento de la medida y reflejar la responsabilidad de la parte en el laudo. No obstante, se ha señalado que hay muchos casos en los que se hace caso omiso de las medidas cautelares impuestas, y que los incentivos mencionados pueden no ser suficientes o eficaces.

76. Algunos proponen que las partes en el arbitraje que necesiten medidas cautelares ejecutables recurran a la vía judicial, conforme a lo previsto en muchos ordenamientos nacionales. No obstante, en respuesta a esta sugerencia, se señala que puede haber dificultades. Por ejemplo, la obtención de una medida judicial puede requerir tiempo, en particular porque el tribunal puede exigir que se le den argumentos o porque la

decisión judicial sea apelable. Además, los tribunales del lugar del arbitraje pueden no tener competencia sobre las partes o sobre los bienes. Puesto que los arbitrajes tienen lugar con frecuencia en un Estado que tiene poco o nada que ver con el objeto en litigio, puede ser necesario dirigirse a un tribunal de otro Estado pidiéndole que considere y dicte una medida. Además, en algunas jurisdicciones, puede que la ley no ofrezca a las partes la posibilidad de acudir ante un tribunal judicial que para obtener una medida cautelar, dado que se considera que las partes, al acordar someterse a arbitraje, excluyeron a los tribunales judiciales de intervenir en el conflicto; y aun cuando los tribunales judiciales sean competentes para imponer una medida cautelar, el tribunal requerido pudiera mostrarse reacio a hacerlo argumentando que es más adecuado que lo haga el propio tribunal arbitral.

77. Por tanto, se alega que sería más eficiente que las partes pudieran presentar sus solicitudes para la adopción de medidas cautelares directamente ante el tribunal arbitral en lugar de tener que hacerlo ante una instancia judicial y que se agilizara la intervención judicial requerida para dar fuerza ejecutoria a esas medidas. Dicha posibilidad se considera conveniente, en particular teniendo en cuenta que el tribunal arbitral ya está familiarizado con el asunto, conoce con frecuencia sus pormenores técnicos y puede adoptar una decisión en menor tiempo que el tribunal judicial.

78. Al examinar estos argumentos, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar que la asistencia judicial requerida para dar fuerza ejecutoria a las medidas cautelares no es igual para todas las medidas cautelares que pueda dictar un tribunal arbitral. Por ejemplo, si un tribunal arbitral ordena una de las medidas cautelares que se mencionan en el apartado a) del párrafo 63 (medidas para facilitar la sustanciación del procedimiento arbitral), y una de las partes no cumple una de esas medidas, el tribunal arbitral podrá “sacar conclusiones adversas” de ese incumplimiento y dictar el laudo basándose en la información y las pruebas de que disponga. Además de ello, o en su lugar, el tribunal arbitral podrá tener en cuenta ese incumplimiento en la decisión final que adopte para atribuir a quien corresponda las costas del procedimiento. Así pues, con respecto a ese tipo de medidas, el tribunal arbitral goza de cierta influencia sobre las partes que puede ejercer para reducir la necesidad de que intervenga un tribunal judicial.

79. Cuando se trate de una de las medidas mencionadas en el apartado b) del párrafo 63 (medidas para evitar cierta pérdida o daño irreparable o para preservar cierto estado de cosas hasta que se resuelva la controversia), el tribunal arbitral también podrá, en general, condenar a la parte recalcitrante al pago de las costas o la indemnización a que haya dado lugar su incumplimiento de la orden. No obstante, pese a la posibilidad de condenar al pago de las costas y la indemnización, el incumplimiento de la medida puede tener consecuencias graves e irreparables, y podría considerarse que va en interés de una buena administración de justicia que exista la posibilidad de asistencia judicial para ejecutar una de dichas medidas ordenada por un tribunal arbitral.

80. Cuando se trate de una de las medidas mencionadas en el apartado c) del párrafo 63 (medidas para facilitar la ejecución ulterior del laudo), y una de las partes esté decidida a tratar de impedir la ejecución del laudo, puede que ni el tribunal arbitral ni la parte interesada dispongan de medios eficaces para evitar las consecuencias negativas del incumplimiento de una medida cautelar por la otra parte. En la práctica, esto puede privar de todo valor al laudo para la parte ganadora. Por ello, dada la gravedad del problema que puede ocasionar una parte recalcitrante y dada la falta de medios eficaces a disposición del tribunal arbitral o de la otra parte para remediarlo, las medidas cautelares de este tipo son las que más pueden necesitar de asistencia judicial para ejecutarlas.

D. Consideraciones expresadas por la Comisión

81. Cuando la Comisión examinó la cuestión de la fuerza ejecutoria de las medidas cautelares impuestas por un tribunal arbitral (A/54/17, párr. 371), se convino en general en que se trataba de una cuestión que revestía una importancia práctica considerable y que en muchos ordenamientos jurídicos no se atendía en forma satisfactoria. Se consideró que las soluciones que pudiera hallar la Comisión al respecto constituirían una verdadera contribución a la práctica del arbitraje comercial internacional. Asimismo se convino en que debería resolverse esta cuestión por la vía legislativa.

82. En cuanto al fondo de las posibles soluciones, en la Comisión se formularon varias observaciones y sugerencias (A/54/17, párr. 372). Una de ellas fue que, además de la fuerza ejecutoria de las medidas contractuales decretadas en el Estado en que el arbitraje hubiera tenido lugar, también se debería considerar la fuerza ejecutoria de esas medidas fuera de ese Estado. Se indicó que, si bien la labor futura podía tener por objeto dotar a esas medidas contractuales de la misma fuerza ejecutoria que los laudos arbitrales, se debería tener en cuenta que las medidas cautelares diferían en algunos aspectos importantes de los laudos arbitrales (por ejemplo, una medida cautelar podía adoptarse en ausencia de la parte afectada y podía ser revisada por el propio tribunal a la luz de toda nueva circunstancia que surgiera). En cuanto a las medidas decretadas en ausencia de parte, se observó que en algunos ordenamientos jurídicos éstas únicamente se podían imponer por cierto plazo de, por ejemplo, 10 días, tras el cual se celebraría una vista para reconsiderarlas. Se sugirió asimismo que se estudiara la posibilidad de que se prestara asistencia judicial al procedimiento de arbitraje (en forma de medidas contractuales impuestas por un tribunal judicial, antes del inicio o en el curso de dicho procedimiento).

E. Soluciones legislativas actuales

a) Convención de Nueva York

83. A veces, los tribunales arbitrales dictan medidas cautelares en forma de laudos provisionales. Esta posibilidad se contempla expresamente, por ejemplo, en el artículo 26 2) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Por esta razón se plantea la cuestión de si la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras sería igualmente aplicable a esos laudos provisionales. Dado que la Convención no define el término “laudo”, no está claro que la Convención se aplique también a los laudos provisionales. La opinión predominante, confirmada también por la jurisprudencia de varios Estados, parece ser que la Convención no es aplicable a los laudos provisionales.

b) Ley Modelo de la CNUDMI

84. Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional trata expresamente en su artículo 17 la facultad del tribunal arbitral para imponer las medidas cautelares que estime necesarias y también para exigir de cualquiera de las partes que proporcione la garantía que proceda en relación con esas medidas. Sin embargo, la Ley Modelo no habla de la ejecución.

85. Cuando, en la fase de preparación de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo examinó el fondo del artículo 17, éste contenía la siguiente oración: “si fuera necesaria la ejecución judicial de alguna de esas medidas provisionales, el tribunal arbitral podrá requerir [a un tribunal competente] [al tribunal mencionado en el artículo V] que le preste su asistencia en la ejecución”⁵. Según una de las opiniones expuestas en el Grupo de Trabajo, la asistencia en la ejecución por los tribunales competentes se consideraba deseable y debía estar disponible. Según otra opinión expresada en el Grupo de Trabajo y que fue adoptada por éste tras su deliberación, dicha oración debía suprimirse pues trataba de manera incompleta de una cuestión de derecho procesal nacional y de la competencia de los tribunales y era improbable que fuera aceptada por muchos Estados. No obstante, el Grupo de Trabajo entendió que la supresión de dicha oración no debía

interpretarse como una exclusión de la asistencia en la ejecución en aquellos casos en que un Estado estuviera dispuesto a prestar tal asistencia de acuerdo con su derecho procesal⁶.

⁵ Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su sexto período de sesiones (1983), doc. A/CN.9/245, Anuario de la CNUDMI, vol. XV: 1984, parte dos, II, A, 1, párr. 70.

⁶ *Ibíd.*, párr. 72.

c) Legislaciones nacionales

86. En lo que respecta a la fuerza ejecutoria de las medidas contractuales dictadas por un tribunal arbitral, en las legislaciones se han seguido diversos métodos. En muchos Estados, la legislación no trata de este punto, mientras que en otros se aborda de modo expreso para la ejecución de esas medidas contractuales.

87. En varios países, la legislación prevé que las disposiciones relativas al reconocimiento y la ejecución de laudos también es aplicable a las medidas decretadas por un tribunal arbitral.

88. En otros países, la ley establece que, cuando una de las partes no cumpla la orden dictada por un tribunal arbitral, éste podrá solicitar la asistencia judicial para la ejecución de dicha orden; en algunos países dicha asistencia la ha de solicitar una de las partes, mientras que en otros tanto el tribunal arbitral como las partes pueden hacerlo.

89. Cierta ley prevé que el tribunal judicial competente podrá emitir una orden exigiendo imperativamente a una de las partes que cumpla la orden dictada por el tribunal arbitral. La solicitud puede presentarla el tribunal arbitral, tras notificarlo a las partes, o una de las partes con autorización del tribunal arbitral y tras notificarlo a la otra parte. Este procedimiento sólo puede seguirse cuando se hayan agotado todas las vías arbitrales disponibles y se haya concedido a la otra parte un plazo razonable para cumplir la orden.

90. Otra ley dispone que un tribunal judicial podrá autorizar la ejecución de una medida cautelar otorgada por un árbitro a menos que ya se haya presentado ante otro tribunal judicial una demanda pidiendo una medida cautelar equivalente. El tribunal judicial estará facultado para volver a emitir dicha orden, si fuera necesario, a fin de ejecutar la medida. El tribunal judicial podrá también, a instancia de parte, denegar o modificar la decisión de ejecutar la orden. Además, se establece que si se demuestra que una medida ordenada por un tribunal arbitral carecía de fundamento desde el principio, la parte que obtuvo su ejecución estará obligada a indemnizar a la otra parte por los daños y perjuicios ocasionados.

91. En varios países, cuando una parte presenta ante un tribunal judicial una demanda de una medida cautelar y el tribunal arbitral ya se haya pronunciado sobre cualquier cuestión relativa a esa demanda, el tribunal judicial deberá considerar la decisión del tribunal arbitral sobre la demanda o sus fundamentos de hecho como concluyente a los fines de la demanda ante él presentada.

F. Posibilidad de armonizar ciertas soluciones

a) Medidas cautelares nacionales y extranjeras

92. Como se ha señalado en el párrafo 74, el lugar del arbitraje en los casos de arbitraje internacional suele elegirse por razones de conveniencia de las partes o de los árbitros, así como por la disponibilidad de determinados servicios, y no por su eventual relación con el objeto de la controversia. Por ello, muchas de las medidas decretadas en dichos arbitrajes habrán de ejecutarse fuera del Estado en el que el arbitraje tiene lugar. No obstante, aún en casos en los que un arbitraje internacional se celebre en el Estado donde se encuentre el objeto de la controversia, el tribunal arbitral puede dictar medidas que tengan que llevarse a cabo en otros Estados. A la vista de ello, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la conveniencia de idear un régimen que permita la ejecución judicial de medidas que hayan sido dictadas en arbitrajes celebrados dentro o fuera del Estado del foro competente para ejecutarlas. Si fuera necesario un tratamiento diferente para ciertas medidas extranjeras, cabría prever al respecto las excepciones que sean del caso.

b) Aplicación a las medidas cautelares del régimen aplicable al reconocimiento y la ejecución de los laudos

93. El Grupo de Trabajo podría examinar la viabilidad de una solución según la cual el tribunal judicial procediera a la ejecución de una medida cautelar al igual que si fuese un laudo, aplicándole las disposiciones que rigen el reconocimiento y la ejecución de los laudos. (En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, las disposiciones relativas al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales, sean dictados en el Estado de ejecución o fuera de dicho Estado, figuran en los artículos 35 y 36). Esta solución ya ha sido adoptada en varias jurisdicciones. Por ejemplo, se ha establecido que, las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de los laudos son aplicables, salvo acuerdo en contrario de las partes, a las medidas contractuales dictadas por un tribunal arbitral, en el entendimiento de que toda referencia a un laudo en dichas disposiciones sería aplicable a las medidas cautelares. En algunas jurisdicciones, el régimen de ejecución de los laudos arbitrales sólo será aplicable a las medidas cautelares si las partes así lo acuerdan. No obstante, debe señalarse que esas soluciones nacionales sólo son aplicables a los arbitrajes celebrados en dichos Estados. En esas legislaciones no existe disposición alguna relativa a la ejecución de las medidas dictadas en arbitrajes que se celebren en un país extranjero.

94. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si esta solución ha de servir de base para preparar un régimen armonizado para la ejecución de las medidas cautelares. La ventaja de esta solución puede estar en que se basaría en un régimen que ya se ha comprobado en la práctica.

95. Otra cuestión a examinar sería la de si un régimen basado en este planteamiento se presta a ser extendido a las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral fuera del Estado del foro requerido para ejecutar la medida. Una consideración a tener en cuenta al decidir si dicho régimen debe extenderse a las medidas extranjeras es la de que el concepto de medida cautelar puede diferir de un ordenamiento a otro y que, por tanto, el tribunal puede encontrarse ante la solicitud de una medida cautelar que es desconocida o poco frecuente en su ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en algunos ordenamientos se reconocen con más facilidad que en otros las medidas que se dictan en ausencia de una de las partes. Otro ejemplo puede ser la práctica seguida por los tribunales arbitrales de algunos Estados de dictar medidas cautelares “perentorias” que conllevan sanciones en caso de no cumplirse. En otro ejemplo, si la medida dictada por el tribunal arbitral no está motivada o si su motivación es insuficiente, el tribunal requerido a ejecutarla podrá tener dificultades en hacerlo, al no poder evaluar como es debido las consideraciones de orden público que conlleva. Además, la legislación en materia de arbitraje del Estado del foro requerido para ejecutar una medida, tal vez haya excluido de las facultades reconocidas a un tribunal arbitral la de imponer ciertos tipos de medidas contractuales (por ejemplo el embargo de bienes o de determinados tipos de bienes).

96. No obstante, cabe señalar, que aún cuando la medida haya sido dictada por un tribunal arbitral en el Estado donde dicha medida se vaya a ejecutar, el tribunal requerido para ejecutarla podrá encontrarse con medidas desconocidas o poco frecuentes en ese Estado. Esto se debe a que el derecho procesal en materia de arbitraje deja en general un amplio margen a las partes y al tribunal arbitral para que determinen el procedimiento al que han de ajustarse las actuaciones (véase, por ejemplo, el artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI) y, por tanto, el tribunal arbitral puede aplicar normas y prácticas para dictar una medida cautelar diferentes a las que se utilizan en general en el Estado en el que tenga lugar el arbitraje.

97. En los supuestos descritos, el tribunal requerido tal vez se muestre reacio a ejecutar dichas medidas, se hayan dictado o no en el Estado del foro. Si la ejecución de dichas medidas plantea dificultades, podría encontrarse una solución que haga ejecutables únicamente las medidas que cumplan determinados requisitos procesales del Estado del foro que ha de ejecutarlas. Por ejemplo, una medida dictada en ausencia de una de las partes será ejecutable una vez que al tribunal requerido le conste que ambas partes han tenido la posibilidad de presentar su caso. No obstante, tal vez se juzgue demasiado difícil formular un conjunto

armonizado de condiciones para la ejecución de diferentes tipos de medidas cautelares, incluidas las que sean desconocidas o infrecuentes en el Estado requerido a ejecutarlas. Otro planteamiento, más flexible y adaptable a las diferencias de los regímenes procesales, sería dejar al arbitrio del tribunal requerido el decidir cómo ha de proceder para ejecutar la medida requerida.

c) Discrecionalidad del tribunal judicial requerido para ejecutar una medida

98. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si el régimen que se adopte dejaría al tribunal requerido para ejecutar la medida margen de discrecionalidad suficiente respecto de la forma en que vaya a ejecutarse la medida, y tal vez también respecto de si se ejecutara o no la medida requerida, incluida cierta discrecionalidad para adaptar la medida cautelar al régimen procesal y ejecutorio del foro. Dicha adaptación puede requerir alguna enmienda o reformulación del enunciado de la orden. La ventaja de un enfoque basado, en cierto modo, en la discrecionalidad del tribunal que haya sido requerido para ejecutar la medida sería que, si bien ofrecería una base legislativa clara para la ejecución de medidas cautelares, tanto internas como extranjeras, no vulneraría el régimen procesal y ejecutorio del foro. Ello permitiría desarrollar una práctica judicial relativa a la ejecución de dichas medidas, cabe esperar, fuera favorable al arbitraje.

99. Si se concede al foro ejecutante un cierto margen de discrecionalidad para ejecutar las medidas contractuales impuestas por tribunales arbitrales, tal vez sea necesario examinar la cuestión de si la parte solicitante tendría que presentar argumentos a dicho foro para convencerlo de la necesidad de la medida. Por ejemplo, ¿tendría que probar la parte requirente los hechos que fundamenten la necesidad de la medida y presentar argumentos en relación con la forma o la cuantía de cualquier garantía que deba prestarse? Es más, ¿debería oírse a la otra parte acerca de estas cuestiones? Si dichos argumentos se van a oír de nuevo ante el tribunal judicial ejecutante, el proceso de ejecución se alargaría. Por ello, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la conveniencia de que el foro ejecutante pueda, o deba, considerar las decisiones del tribunal arbitral sobre cuestiones de hecho como concluyentes.

d) Disposiciones especiales que reflejan el carácter provisional de las medidas cautelares

100. Como se señala en el párrafo 66, las medidas cautelares que se han examinado aquí son provisionales e instrumentales respecto del laudo definitivo. No constituyen una resolución definitiva de la controversia en tanto en cuanto pueden ser modificadas por el tribunal arbitral a la luz del curso de las actuaciones arbitrales, y deberán ser tenidas en cuenta y eventualmente fusionadas en la resolución definitiva de la controversia por el tribunal arbitral. Esta característica distingue las medidas cautelares de los laudos arbitrales y tal vez requiera disposiciones especiales relativas a la ejecución de dichas medidas.

101. Sí haría falta una disposición especial, que previera la eventualidad de que en algún momento posterior a la presentación de la solicitud de ejecución, pero previo a la emisión del laudo, el tribunal arbitral desee modificar la medida cautelar adoptada ante un cambio de las circunstancias (por ejemplo, que el demandado demuestre tener bienes suficientes en la jurisdicción, lo que permitiría que el tribunal arbitral dejara sin efecto o modificara la orden anterior por la que prohibía la sustracción de determinados activos de su territorio; o bien que desaparezca el peligro de que se produzca un daño irreparable como argumento esgrimido para exigir la continuación de unas obras, lo que permitiría modificar una orden cautelar previamente emitida). Para tratar esta cuestión, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la necesidad de una disposición que faculte al foro ejecutante para modificar su orden de ejecución de una medida cautelar emitida por un tribunal arbitral. Además, puede ser necesaria una disposición que haga depender la orden de ejecución, dictada por el tribunal judicial, de una medida cautelar de un tribunal arbitral, de la obligación de la parte requirente de informar inmediatamente al foro ejecutante de cualquier modificación de la medida

decretada por el tribunal arbitral. Asimismo, tal vez sea necesaria una disposición que exija cierta garantía de la parte requirente de la asistencia judicial para la ejecución de la medida cautelar.

G. Alcance de las medidas cautelares que puede imponer un tribunal arbitral y procedimiento para emitir la orden correspondiente

102. Al debatir los problemas de la ejecución de las medidas cautelares, tal vez el Grupo de Trabajo desee también examinar la conveniencia y viabilidad de preparar un texto armonizado sobre la índole o amplitud de las medidas cautelares que un tribunal arbitral podrá dictar y las reglas procesales que han de observarse para su emisión.

103. Muchas leyes se han redactado en términos generales que facultan a los tribunales arbitrales para ordenar la adopción de medidas cautelares. En este grupo se encuentran los países que han adoptado el artículo 17 de la Ley Modelo, conforme al cual el tribunal arbitral podrá ordenar la adopción de “las medidas provisionales cautelares que ... estime necesarias respecto del objeto del litigio”. En algunos países esa formulación es más precisa; por ejemplo, se faculta de manera expresa a los árbitros para que dicten órdenes de embargo u órdenes de que se depositen los bienes en litigio en manos de un tercero. Otras leyes siguen un criterio más restrictivo, al disponer, por ejemplo, que los árbitros no están facultados para ordenar el embargo de bienes.

104. Los informes tanto de profesionales como de instituciones de arbitraje hablan de una proliferación de la demanda de medidas cautelares. Esta tendencia, así como la carencia de directrices claras para los tribunales arbitrales sobre la índole o amplitud de las medidas cautelares que pueden imponer y sobre los requisitos procesales para la emisión de la orden pueden obstaculizar la eficacia y el funcionamiento del arbitraje comercial internacional. En la medida en que los tribunales arbitrales se muestren inseguros acerca de la imposición de medidas cautelares y como resultado de ello se abstengan de dictar las órdenes necesarias, se pueden producir consecuencias no deseadas, por ejemplo, pueden ocurrir pérdidas o daños innecesarios o una de las partes privar de eficacia a la ejecución del laudo impidiendo, de manera deliberada, el futuro acceso del demandante a ciertos bienes. Esa posibilidad pudiera impulsar a las partes a demandar la adopción de medidas cautelares ante un tribunal judicial, en vez de hacerlo ante el propio tribunal de arbitraje que podría estar en mejores condiciones para fallar al respecto, dando lugar a gastos y retrasos innecesarios (por ejemplo, si se han de traducir documentos al idioma del tribunal judicial o se han de presentar pruebas y argumentos ante el juez).

105. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la conveniencia de elaborar un texto armonizado sobre la imposición de medidas cautelares por los tribunales arbitrales. Cabría darle la forma de disposiciones legales uniformes o de estipulaciones de índole no legal, por ejemplo, en forma de cláusulas contractuales modelo que las partes pudieran incorporar a su contrato. Otra posibilidad sería la de preparar unas directrices o notas prácticas que sirvieran de ayuda a las partes y a los árbitros. En dichas directrices o notas prácticas se describirían y analizarían las diferencias entre varios tipos de medidas cautelares, los criterios aplicables por los tribunales arbitrales para determinar si se impone o no una medida cautelar, el procedimiento a seguir para demandar e imponer medidas cautelares y los medios de que dispone un tribunal arbitral para aplicar sanciones que lleven a ejecutar ciertas medidas cautelares, en contraposición con otros tipos de medidas para los que se necesita asistencia judicial.

106. Si se considera que debe emprenderse alguna labor al respecto, cabría inspirarse en los Principios sobre las Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales, adoptados en 1996 por el Comité de Litigación Civil y Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional (ILA)⁷. Estos Principios, que se reproducen a continuación en el párrafo 108, se refieren a las medidas cautelares que pueden imponer los tribunales judiciales; no obstante, hay una serie de ideas subyacentes en los Principios que también serían aplicables, por analogía, a la imposición de medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral.

107. Si se juzga prometedora la labor relativa a la imposición de medidas cautelares por los tribunales arbitrales, tal vez el Grupo de Trabajo desee intercambiar opiniones sobre el tema, así como sobre la forma que cabría dar al texto a adoptar, y pedir a la Secretaría que prepare un estudio para facilitar su ulterior examen. Este último tema parece ser lo bastante independiente del de la ejecución de las medidas cautelares (que se examina en los párrafo 63 a 102 *supra*), para tratarlo por separado; por ejemplo, uno en un texto de rango no legislativo y el otro en un texto legislativo.

108. El texto de los Principios sobre las Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales de la Asociación de Derecho Internacional es el siguiente:

Ámbito de aplicación de los principios

1. Las medidas cautelares cumplen dos objetivos principales en la litigación civil y comercial:
 - a) Mantener el statu quo en espera de que el tribunal resuelva el litigio; o
 - b) Asegurar la accesibilidad de ciertos bienes que permitan dar curso al fallo definitivo.
2. Los presentes principios tienen por finalidad ser de aplicación general en la litigación internacional. No obstante, se redactaron a la luz del paradigma propuesto en categoría b) *supra* relativo a las medidas destinadas a inmovilizar los bienes de que disponga el demandado en forma de sumas depositadas en una cuenta bancaria a nombre de un tercero neutral.

Características de la medida

3. Los Estados deberán poner a disposición de los demandantes, sin discriminación alguna, medidas cautelares con el fin de asegurar la accesibilidad de ciertos bienes que permitan dar curso al fallo definitivo.
4. La concesión de dichas medidas deberá estar al arbitrio del tribunal, que las podrá otorgar:
 - a) si el demandante presenta pruebas verosímiles de su razón sobre el fondo, aun cuando no sean del rigor requerido para fallar sobre el fondo, conforme al derecho aplicable; y
 - b) si se demuestra que el daño que podría sufrir el demandante es superior al que podría sufrir el demandado.
5. El demandado no tendrá derecho a ocultar sus bienes tras el velo jurídico de una sociedad legalmente constituida o mediante otro subterfugio.
6. El demandante deberá asegurarse de que se informe inmediatamente al demandado de la medida impuesta, sin perjuicio de cualquier formalidad de notificación de la orden que establezca la ley y de las consecuencias jurídicas a las que pueda dar lugar.

- ⁷ Asociación de Derecho Internacional, informe de la 67ª Conferencia celebrada en Helsinki (Finlandia), del 12 al 17 de agosto de 1996, publicado por la Asociación de Derecho Internacional, Londres 1996, págs. 202 a 204.

7. El demandado tendrá derecho a ser oído en un plazo razonable para impugnar, si procede, la medida cautelar ordenada.
8. El tribunal deberá estar facultado para exigir del demandante garantías u otras condiciones que permitan subsanar los daños que puedan ocasionarse al demandado o a terceros como consecuencia de la medida otorgada. Para determinar si debe exigir garantía, el tribunal tendrá en cuenta la solvencia del demandante para sufragar toda indemnización eventual de los daños ocasionados.
9. Deberán adoptarse medidas para obtener acceso a toda información requerida sobre los bienes del demandado, ya sea en aplicación de la ley o por mandato judicial.

Procedimientos auxiliares

10. La competencia para otorgar medidas cautelares debe ser independiente de la competencia para juzgar sobre el fondo del litigio.
11. La mera presencia de bienes en el territorio de un Estado debe ser motivo suficiente para que sus tribunales se declaren competentes para otorgar medidas cautelares en relación con dichos bienes.
12. Para que un tribunal goce de competencia para conceder medidas cautelares debe ser condición necesaria la interposición, dentro de un plazo razonable, de una acción sobre el fondo del litigio ante el propio foro (si éste tiene competencia sobre el fondo) o en el extranjero (si bien el tribunal no adoptará medidas en apoyo de un procedimiento sobre el fondo seguido en el extranjero a no ser que exista una posibilidad razonable de que la sentencia pronunciada sobre el fondo del litigio en el extranjero sea ejecutable en el territorio del foro).
13. Toda medida cautelar así otorgada será de validez limitada, pero podrá ser renovada a la luz de las actuaciones en el tribunal que conozca del fondo del litigio.
14. A instancia del demandado, cabe la posibilidad de que el tribunal competente para conocer sobre el fondo del litigio desempeñe una función supervisora de las medidas cautelares otorgadas en otros países, procurando que la acumulación de dichas medidas esté justificada por la importancia global de la acción entablada y de la suma reclamada.
15. Todo demandante de medidas cautelares debe informar al tribunal requerido del curso de todo otro procedimiento para obtener medidas cautelares, así como para resolver el fondo del litigio, que se esté siguiendo en el extranjero. No se excluye la posibilidad de que los Estados faculten, cuando sea posible, a sus tribunales para ponerse en comunicación directa con toda autoridad judicial que proceda en el extranjero.

Alcance territorial

16. El tribunal que ejerza de manera legítima su competencia sobre el fondo del litigio, deberá estar facultado para dictar órdenes cautelares ordenando al propio demandado que inmovilice sus bienes, sea cual sea el lugar en que éstos se encuentren.
17. El tribunal que no conozca del fondo del litigio, sino únicamente de la eventual concesión de medidas cautelares, gozará únicamente de competencia sobre los bienes sitos en su territorio. A reserva de lo dispuesto en el derecho internacional, la ubicación de los bienes vendrá determinada por la ley del foro (incluidas sus reglas de conflicto de leyes).

Reconocimiento transfronterizo y cooperación judicial internacional

18. A instancia de una de las partes, un tribunal judicial podrá tener en cuenta las órdenes dictadas en otras jurisdicciones.

19. Ese tribunal deberá además cooperar, si fuere necesario, para que surtan efecto las órdenes dictadas por otros tribunales, ordenando las medidas locales que procedan.
20. Para ello pudiera ser necesario ampliar el reconocimiento de las órdenes dictadas por tribunales extranjeros. El hecho de que una orden sea de índole provisional, en vez de definitiva o concluyente, no debe constituir, en sí mismo, un obstáculo para su reconocimiento o ejecución.

Los denominados *Forum Arresti* y *Forum Patrimonii*

21. El hecho de que un tribunal haya dictado una medida cautelar no le concede, sin más, competencia para conocer del fondo del litigio, aun cuando la demanda presentada se limite al valor de los bienes o activos embargados o congelados.

Pagos provisionales

22. El procedimiento de derecho interno por el que el tribunal puede ordenar un pago provisional (por ejemplo, un pago directo al demandante que posteriormente pueda ser revisado en la sentencia definitiva) no constituye una medida cautelar en el contexto de la litigación internacional.

[El capítulo III, "Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje", se publicará en el documento A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1]