



# Asamblea General

Distr. general  
16 de abril de 2004\*  
Español  
Original: inglés

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

## **Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 40º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de febrero de 2004)**

### Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción.....	1-10	3
II. Resumen de las deliberaciones y decisiones .....	11	5
III. Proyecto de disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para su inserción como nuevo artículo, provisionalmente 17 bis, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional) .....	12-67	5
Observaciones generales.....	13-16	7
Párrafo 1).....	17	9
Párrafo 2) a).....	18-35	9
Párrafo 2) b).....	36-48	13
Párrafo 3).....	49-50	15
Párrafo 4).....	51-53	15
Párrafo 5).....	54-61	16
Párrafo 6).....	62-67	18

\* La presentación tardía de este documento es consecuencia de la falta de personal que actualmente afecta a la Secretaría.



IV. Proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional relativo a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares .....	68-116	19
Observaciones generales .....	68	19
Párrafo 1).....	69	21
Párrafo 2).....	70-83	21
Párrafo 3).....	84-91	25
Párrafo 4).....	92-96	27
Párrafo 5) .....	97-100	28
Párrafo 6) .....	101-104	29
Párrafo 6 bis) .....	105-108	29
Párrafo 7) .....	109-116	31

## I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión se mostró en general de acuerdo en que había llegado el momento de evaluar, en el foro universal que ofrecía la Comisión, la aceptabilidad de las ideas y propuestas formuladas para la mejora del régimen legal y de los reglamentos y prácticas del arbitraje. La Comisión encomendó dicha labor al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y decidió que entre las cuestiones prioritarias, que el Grupo de Trabajo habría de examinar, debía figurar la de la ejecutoriedad de las medidas cautelares. El Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones sobre el tema de las medidas cautelares en su 32º período de sesiones (Viena, 21 a 30 de marzo de 2000), en cuya ocasión el Grupo de Trabajo dio su apoyo general a la idea de que se preparara un régimen legal modelo de la ejecutoriedad de las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral (A/CN.9/468, párrs. 60 a 79). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo inició asimismo un análisis preliminar de la necesidad de que se dispusiera de alguna norma uniforme para las medidas cautelares judiciales ordenadas en apoyo de actuaciones arbitrales (A/CN.9/468, párrs. 85 a 87).

2. El Grupo de Trabajo convino, en su 33º período de sesiones (Viena, 20 de noviembre a 1º de diciembre de 2000), que el nuevo artículo propuesto para su introducción en la Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (“Ley modelo de la CNUDMI”) relativo a la ejecutoriedad de las medidas cautelares (numerado provisionalmente artículo 17 bis) debería imponer a la jurisdicción estatal la obligación de dar curso ejecutivo a las medidas cautelares arbitrales, siempre que se cumplieran las condiciones prescritas para ello (véase A/CN.9/485, párrs. 78 a 106). En su 34º período de sesiones, (Nueva York, 21 de mayo a 1º de junio de 2001), además de proseguir su examen del proyecto de artículo 17 bis, el Grupo de Trabajo pasó a examinar una propuesta por la que se revisaba el texto del artículo 17 de la Ley modelo de la CNUDMI, en donde se definía el alcance de las facultades de un tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares y en donde se preveía además la concesión de medidas cautelares *ex parte*, es decir, impuestas sin escuchar a la parte afectada por la medida demandada (véase A/CN.9/487, párrs. 64 a 76). El Grupo de Trabajo prosiguió sus deliberaciones sobre los proyectos revisados de artículos 17 y 17 bis de la Ley Modelo de la CNUDMI a lo largo de sus períodos de sesiones 36º (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002) (véase A/CN.9/508, párrs. 51 a 94), 37º (Viena, 7 a 11 de octubre de 2002) (véase A/CN.9/523, párrs. 15 a 76, 78 a 80), 38º (Nueva York, 12 a 16 de mayo de 2003) (véase A/CN.9/524, párrs. 16 a 75) y 39º (Viena, 10 a 14 de noviembre de 2003) (véase A/CN.9/545, párrs. 19 a 112). Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del texto de dichos artículos para su examen por el Grupo de Trabajo en su 40º período de sesiones.

3. El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 40º período de sesiones en Nueva York, del 23 al 27 de febrero de 2004. Asistieron a él los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Burkina Faso, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Marruecos, México, Paraguay, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sierra Leona, Singapur, Suecia, Tailandia y Uganda.

4. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Albania, Belarús, Croacia, Cuba, Dinamarca, Egipto, Filipinas, Finlandia, Gabón, Irlanda, Jamahiriya Árabe Libia, Madagascar, Malasia, Myanmar, Pakistán, Perú, Polonia, Qatar, República de Corea, República Democrática del Congo, República Unida de Tanzania, Serbia y Montenegro, Sudáfrica, Suiza, Timor Leste, Turquía, Venezuela y Viet Nam.
5. Asistió también al período de sesiones un Estado no miembro que mantiene una misión de observador en la Sede de la Organización: la Santa Sede.
6. Asistieron, además, al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones intergubernamentales: Comité consultivo sobre el artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Comité Consultivo Internacional del Algodón (CCIA) y Corte Permanente de Arbitraje.
7. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones no gubernamentales, invitadas por la Comisión: *American Bar Association*, *Association of the Bar of the City of New York (ABCNY)*, *Association Suisse de l'Arbitrage*, Cámara de Comercio Internacional (CCI), *Center for International Legal Studies*, Centro Regional del Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional, Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, *Global Center for Dispute Resolution Research*, *Regional Centre for International Commercial Arbitration* (Lagos, Nigeria), *School of International Arbitration* y *Union des Avocats Européens*.
8. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:  
*Presidente:* Sr. José María ABASCAL ZAMORA (México);  
*Relator:* Sr. Sundaresh MENON (Singapur).
9. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: a) el programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.126); b) el texto de un proyecto revisado de disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares preparado a raíz de las decisiones del Grupo de Trabajo en su 38º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.125); c) una nota de la Secretaría con el texto nuevamente revisado de un proyecto de disposición relativa a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, preparada a raíz de las decisiones del Grupo de Trabajo en su 39º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.128); d) una nota de la Secretaría con la información facilitada por las delegaciones sobre el régimen de la responsabilidad en el contexto de las medidas cautelares (A/CN.9/WG.II/WP.127); e) una propuesta de la Cámara de Comercio Internacional relativa a los artículos 17 y 17 bis (A/CN.9/WG.II/WP.129); y f) los informes del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en sus períodos de sesiones 38º y 39º (A/CN.9/524 y 545).
10. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:
  1. Calendario de reuniones.
  2. Elección de la Mesa.
  3. Aprobación del programa.

4. Preparación de disposiciones uniformes sobre las medidas cautelares para su incorporación a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

## II. Resumen de las deliberaciones y decisiones

11. El Grupo de Trabajo examinó el tema 4 del programa basándose en el texto de las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.125, 127 y 128), así como en la propuesta de la Cámara de Comercio Internacional (A/CN.9/WG.II/WP.129). Sus deliberaciones y conclusiones sobre ese tema quedan recogidas en los capítulos III y IV *infra*. Se pidió a la Secretaría que, basándose en las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, preparara proyectos revisados de varias disposiciones.

## III. Proyecto de disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para su inserción como nuevo artículo, provisionalmente 17 bis, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)

12. El Grupo de Trabajo recordó que en su 39º período de sesiones, celebrado en Viena del 10 al 14 de noviembre de 2003, había empezado a examinar una nueva versión revisada de la disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (denominada en adelante “el proyecto de artículo 17 bis”) (véase A/CN.9/545, párrs. 93 a 112). El Grupo de Trabajo procedió a reanudar su examen del artículo 17 bis, cuyo texto (según figura enunciado en el párrafo 4 del documento A/CN.9/WG.II/WP.125 y reproducido en el párrafo 94 del documento A/CN.9/545) era el siguiente:

“1) A reserva de lo dispuesto en el presente artículo, toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral, que satisfaga los requisitos del artículo 17, se reconocerá como vinculante para las partes y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada a raíz de la presentación de una demanda [por escrito] al foro judicial competente, cualquiera que sea el país en donde haya sido ordenada\*.

2) El foro judicial sólo podrá denegar el reconocimiento [y] [o] la ejecución de una medida cautelar:

a) Si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, el foro judicial constata que:

---

\* Las condiciones enunciadas en el presente artículo tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que un foro judicial podrá denegar la ejecución de una medida cautelar. No se menoscabará en nada el objetivo de armonización que se intenta lograr con estas disposiciones modelo si un Estado prevé en ellas menos supuestos en los que pueda denegarse la ejecución.

i) *Variante 1*: existe una cuestión de fondo en cuanto a la competencia del tribunal arbitral [[de tal naturaleza que sea improcedente el reconocimiento o la ejecución de][de tal naturaleza que haga inejecutable] la medida cautelar]] [y que el tribunal arbitral no ordenó que se prestara caución adecuada respecto de esa medida cautelar];

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

ii) *Variante 1*: no se había dado, a la parte afectada, la notificación debida del nombramiento de un árbitro o de la apertura de las actuaciones arbitrales [, en cuyo caso el foro judicial podrá suspender toda actuación ejecutoria [hasta que el tribunal arbitral haya oído a las partes][hasta que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas por el tribunal arbitral][hasta que las partes hayan sido debidamente notificadas]];

*Variante 2*: dicha denegación está justificada por algún motivo enunciado en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

iii) *Variante 1*: no se había dado a la parte afectada por la medida la oportunidad de hacer valer sus argumentos al respecto [, en cuyo caso el foro judicial [podrá] [deberá] suspender toda actuación ejecutoria hasta que las partes hayan sido oídas por el tribunal arbitral]; o

*Variante 2*: dicha denegación está justificada por algún motivo enunciado en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

iv) La medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o por decisión de un foro judicial competente; o

b) Si, el foro judicial llega a la conclusión de que:

i) La medida cautelar demandada es incompatible con las facultades que su propia ley le confiere, a menos que dicho foro decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o que

ii) *Variante 1*: el reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar sería un acto contrario al orden público del foro.

*Variante 2*: alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o la ejecución de la medida demandada.

3) Toda determinación a la que llegue el foro judicial respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 2) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar.

4) La parte que demande o haya obtenido la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al foro judicial de toda revocación, suspensión o enmienda que se ordene de dicha medida.

5) *Variante A:* El foro judicial ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte afectada que preste una caución adecuada por concepto de gastos, salvo [que el tribunal arbitral haya exigido ya dicha caución] [, salvo que el tribunal arbitral haya exigido ya dicha caución, a menos que el foro determine que la caución exigida es inapropiada o insuficiente en las circunstancias del caso].

*Variante B:* El foro judicial ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera apropiado, ordenar que se preste caución por concepto de gastos.

*Variante C:* El foro judicial ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar no podrá, en el ejercicio de dicho cometido, reconsiderar el contenido de la medida demandada.

*Variante D:* El foro judicial ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución sólo podrá exigir caución de gastos cuando esa caución sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

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

*Variante X:* a una medida cautelar ordenada sin ser notificada a la parte contra la que se haya de aplicar, cuando el plazo durante el cual la medida vaya a aplicarse no exceda de los [treinta] días y siempre que la ejecución de la medida sea solicitada antes de la expiración de dicho plazo.

*Variante Y:* a una medida cautelar ordenada sin ser notificada a la parte contra la que se haya de aplicar, cuando esa medida haya sido confirmada por el tribunal arbitral tras haber dado, a la parte afectada, la oportunidad de hacer valer sus argumentos al respecto.

*Variante Z:* si el tribunal arbitral determina, en el ejercicio de su poder discrecional, que, a la luz de las circunstancias a que se hace referencia en el párrafo 2) del artículo 17, la medida cautelar sólo será eficaz si el foro judicial dicta la orden de ejecución sin notificar previamente a la parte contra la que se haya de aplicar.”

### **Observaciones generales**

13. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 39º período de sesiones, había adoptado una serie de decisiones respecto del proyecto de artículo 17 bis, concretamente, la de suprimir las palabras “por escrito” que figuraban entre corchetes en el párrafo 1) (A/CN.9/545, párr. 96), así como la de suprimir, en el mismo párrafo 1), las palabras “que satisfaga los requisitos del artículo 17” y de agregar al párrafo 2) un nuevo motivo por el que el foro judicial pudiera denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar (véanse, en el documento A/CN.9/545, el párrafo 102 y también los párrafos 107 a 110). Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo recordó que, en líneas generales, había considerado aceptable el contenido de la nota de pie de página correspondiente al párrafo 1).

14. Se expresó la opinión de que el texto del proyecto de artículo 17 bis era problemático e innecesariamente complejo. Se propuso, por consiguiente, una

variante (en adelante denominada “la propuesta de proyecto abreviada”) cuyo texto era el siguiente:

- “1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante para las partes y [, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa,] será ejecutada al ser demandada ante el foro judicial competente, cualquiera que sea el país en donde haya sido ordenada.
- 2) El foro competente sólo podrá denegar el reconocimiento [y] [o] la ejecución de una medida cautelar cuando:
  - a) al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, el foro constate que:
    - i) no se ha dado la notificación debida a dicha parte del nombramiento de un árbitro o de la apertura de un procedimiento arbitral;
    - ii) no se ha dado a la parte afectada por la medida la oportunidad de hacer valer sus argumentos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17;
    - iii) el tribunal arbitral no estaba facultado para ordenar la medida cautelar.
- 3) El foro judicial concluya que:
  - a) la medida cautelar es incompatible con las facultades que la ley le confiere, a menos que reformule la medida cautelar para adaptarla a sus facultades a dicho respecto;
  - b) el reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar serían actos contrarios al orden público del foro.”

15. Se estimó que el texto de la propuesta de artículo abreviada era más claro y que, al mismo tiempo, prevenía el riesgo de que la normativa aplicable al reconocimiento y la ejecución de las medidas cautelares fuera más estricta que la que rigiera el reconocimiento y la ejecución de los laudos por los que se dirimía el fondo de los litigios. Algunas delegaciones apoyaron la propuesta de proyecto abreviada por considerar que era más concisa y que enunciaba reglas específicamente aplicables al reconocimiento y a la ejecución de medidas cautelares, a diferencia del texto del proyecto de artículo 17 bis, en el que se plasmaban esencialmente las disposiciones de la Convención de Nueva York en lo referente al reconocimiento y a la ejecución de los laudos arbitrales.

16. No obstante, se expresaron reservas contra el criterio general seguido en la propuesta abreviada, pues en la nueva versión se excluían ciertos detalles importantes que sí figuraban en el proyecto de artículo 17 bis. Se recordó que en el Grupo de Trabajo ya se había convenido en que, dada la diferencia entre las características de las medidas cautelares y las de los laudos definitivos, habría que regular las medidas cautelares de forma diferente a los laudos. Se explicó que una de las razones por las que convenía hacer esta distinción era el hecho de que las medidas cautelares, a diferencia del laudo definitivo, eran reformables en el curso de las actuaciones arbitrales. Así pues, al formular las reglas a las que habría de atenerse la jurisdicción estatal al ejecutar tales medidas, el Grupo de Trabajo había hecho hincapié en que la disposición pusiera de relieve esta distinción, es decir, el carácter temporal de toda medida cautelar. Se objetó asimismo que en la propuesta



de proyecto abreviada no se abordaban cuestiones como la de la caución exigible (regulada en el inciso i) del apartado a) del párrafo 2) del proyecto de artículo 17 bis)) ni la de la obligación de informar al foro judicial de toda revocación, suspensión o enmienda que se decretara de una medida cautelar (como ya se prevé en el párrafo 4) del proyecto de artículo 17 bis).

**Párrafo 1)**

17. El Grupo de Trabajo señaló que el texto del párrafo 1) del proyecto de artículo 17 bis coincidía sustancialmente con el de la propuesta abreviada, y que debería adoptarse el primero, con las supresiones señaladas en el párrafo 13 *supra*.

**Párrafo 2) a)**

*Apartado a), inciso i)*

18. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 39º período de sesiones, se prefirió retener la segunda de las variantes que se proponían para ese proyecto de apartado (A/CN.9/545, párrs. 105 y 106). Se señaló que esa variante 2 reflejaba el propósito del Grupo de Trabajo de alinear mejor los motivos para denegar la ejecución de una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral con los motivos enunciados en los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo y con los motivos previstos por el artículo V de la Convención de Nueva York para denegar la ejecución de un laudo (véase A/CN.9/WG.II/WP.125, párr. 12, y A/CN.9/524, párr. 57).

19. Se convino en general en que se adoptara la variante 2, dado que en su texto se hacía una remisión directa al artículo 36, mientras que la variante 1 reproducía el contenido del artículo 36 con ligeras modificaciones, lo cual, a juicio de algunas delegaciones, podía ser fuente de ambigüedad y confusión. En cuanto a la redacción, se sugirió que se suprimieran las palabras “dicha denegación” (en la versión inglesa: “*for such refusal*”, es decir, “para dicha denegación”), pues existía el riesgo de que se entendieran referidas a los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral definitivo conforme al artículo 36. Las delegaciones consideraron en general que en el texto debería indicarse con mayor claridad que lo que el foro judicial denegaría sería el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar. A fin de disipar esa ambigüedad, se convino en que se suprimiera en la versión inglesa la palabra “*such*” que precede a “*refusal*”.

20. Se formularon reservas sobre las palabras “existe una cuestión de fondo” y se sugirió que, en aras de la coherencia y de la claridad, y a fin de que el texto de la variante 2 fuera más acorde con los términos empleados en otras partes del proyecto de párrafo 17 bis, se sustituyeran las palabras “existe una cuestión de fondo suscitada por” por las palabras “dicha denegación está justificada por”.

21. Se sugirió que se hiciera referencia a la cuestión de la caución exigible, que se abordaba expresamente en la variante 1, pero que se omitía en la variante 2. Se apoyó con vehemencia la opinión de que cuando el demandante de la medida incumpliera la orden emitida por un tribunal arbitral de prestar caución, ese incumplimiento constituyera un motivo para que el foro judicial denegara la ejecución de la medida cautelar requerida. Se convino en que se insertara algún texto que reflejara dicha idea en el lugar apropiado del proyecto de artículo 17 bis, posiblemente en su párrafo 5).

*Apartado a), inciso ii)*

22. El Grupo de Trabajo examinó las variantes 1 y 2 del inciso ii) del apartado a). Se señaló que la variante 1 preveía un requisito, no enunciado en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, por la que el foro judicial podría suspender la ejecución de una medida cautelar hasta que ésta fuera debidamente notificada a las partes. No obstante, en aras de la coherencia del texto de esta disposición con el criterio ya convenido por el Grupo de Trabajo, conforme al cual el marco jurídico para la ejecución de medidas cautelares debería guardar similitud con el marco ya previsto en el artículo 36 de la Ley Modelo para la ejecución de los laudos arbitrales, el Grupo de Trabajo optó por mantener el texto actual de la variante 2 sin modificaciones.

*Apartado a) iii)*

23. El Grupo de Trabajo convino en que se mantuviera la variante 2 del inciso iii) del apartado a).

24. Dado que el Grupo de Trabajo había decidido que en el apartado a) del párrafo 2 del proyecto de artículo 17 bis se mantuviera la remisión al artículo 36 de la Ley Modelo (concretamente a los incisos i) a iv) del apartado a) del párrafo 1)), se planteó la cuestión de fusionar los tres incisos del apartado a) del párrafo 2) del proyecto de artículo 17 bis. Se convino en que se fusionaran los incisos ii) y iii) del apartado a). Se argumentó que era crucial preservar la facultad del tribunal arbitral para pronunciarse sobre su propia competencia y que el foro estatal o judicial competente no debería poder impedir que un tribunal arbitral se pronunciara sobre su propia competencia en primera instancia. Por esta razón, se sugirió que se mantuviera en su forma actual el texto de la variante 2 del inciso i) del apartado a). En este contexto se puso también de relieve que, cuando el Grupo de Trabajo examinara el párrafo 3) del proyecto de artículo 17 bis, debería tal vez estudiar los diversos motivos para denegar la ejecución de un laudo que prevé el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, a fin de no dar a entender que, cuando un foro judicial deba pronunciarse sobre una demanda de ejecución de una medida cautelar y adopte una decisión al respecto (por ejemplo, cuando decida acerca de si la parte afectada por la medida ha recibido o no la debida notificación del nombramiento del árbitro), la decisión que pronuncie dicho foro podrá ir más allá del ámbito limitado del reconocimiento y la ejecución de la medida que haya sido demandada.

*Apartado a), iv)**Distinción entre el inciso iv) y el artículo 36 1) a) v) de la Ley Modelo*

25. Se sugirió que se reemplazara el texto del inciso iv) por una remisión al inciso v) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo. Frente a esta sugerencia se argumentó que dicha remisión podría inducir a error, habida cuenta de que estas dos disposiciones tienen finalidades distintas y rigen dos supuestos diferentes. El inciso v) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo pretendía regular la situación en que un laudo definitivo hubiera sido anulado o fuera objeto de algún tipo de recurso interpuesto con arreglo al derecho interno en el marco del cual dicho laudo hubiera sido pronunciado. En cambio, el inciso iv) reflejaba el carácter efímero de toda medida cautelar, que el propio tribunal arbitral podía suspender o revocar.

*Efectos del inciso iv)*

26. Una delegación preguntó si el inciso iv) podía tener como consecuencia que el foro judicial pudiera anular una medida cautelar dictada por el tribunal arbitral. Al responderse a esta pregunta, se recordó que el Grupo de Trabajo, en su anterior período de sesiones, había decidido suprimir, en el párrafo 1), la referencia general a los requisitos del artículo 17, precisamente para evitar que se creara un motivo suplementario y oculto para denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar (A/CN.9/545, párrs. 101 y 102). Se había convenido en que no debía exigirse ni sugerirse al foro, que hubiera de otorgar el exequátur, que procediera a examinar de nuevo si la medida cautelar cumplía o no con los requisitos del artículo 17 (ibíd., párr. 99). El Grupo de Trabajo reafirmó esa decisión en el contexto del inciso iv), de cuyo enunciado no habría que deducir que creaba un motivo en virtud del cual el foro judicial podía anular la medida cautelar dictada por el tribunal arbitral. Se recordó que la finalidad general del artículo 17 bis era sentar ciertas reglas para el reconocimiento y la ejecución de las medidas cautelares, y no enunciar un régimen paralelo al del artículo 34 de la Ley Modelo, aplicable a la anulación de las medidas cautelares. Se sugirió que tal vez el Grupo de Trabajo debiera examinar más a fondo si una medida cautelar dictada en forma de laudo podía anularse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia.

27. En el contexto de este debate, muchas delegaciones suscribieron la opinión de que el inciso iv) debía ser analizado tanto desde la perspectiva de un país que hubiera incorporado la Ley Modelo a su derecho interno, como desde la de un país cuya legislación no se basara en ese modelo. En particular, dado que no existía ningún vínculo directo entre el artículo 17 y el artículo 17 bis, no debería darse a entender que la aplicación del artículo 17 bis en un determinado país presuponia la existencia, en su derecho interno, de una disposición del tenor del artículo 17. En el mismo orden de ideas, se estimó que debería procurarse que no se dedujera del texto que sólo podría reconocerse o ejecutarse una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral cuando dicho tribunal hubiera otorgado la medida ateniéndose a lo dispuesto en la Ley Modelo.

*“O por decisión de un foro judicial competente”*

28. El Grupo de Trabajo pasó a examinar si era necesario mencionar el supuesto en que una medida cautelar haya sido anulada “por un foro judicial competente”. Se recordó que el artículo 5 de la Ley Modelo disponía que “en los asuntos que se rijan por la presente Ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga”. Por consiguiente, la legislación de los Estados que hayan incorporado la Ley Modelo a su derecho interno no facultará a los tribunales de dicho Estado para examinar la conformidad de una medida cautelar con el artículo 17. Sin embargo, numerosas delegaciones opinaron que en el artículo 17 bis debería regularse el supuesto en que la medida cautelar hubiera sido dictada conforme a la legislación de un país que no hubiera incorporado la Ley Modelo a su derecho interno, y en que dicha legislación permitiera que el foro competente examinara la medida cautelar dictada por un tribunal arbitral y que, eventualmente, la anulara.

29. Otra consecuencia de esa situación es que los tribunales que actuaran conforme al artículo 17 bis podrían encontrarse con la situación en que se les presentaran medidas cautelares y se les solicitara su ejecución, incluso en el caso de que esas medidas hubieran sido anuladas por un tribunal de otro país. Se convino en general en que, cuando se diera el caso de que la medida cautelar hubiera sido anulada en el país en que hubiera sido dictada, habría que permitir que el foro judicial competente, de todo Estado que adopte la Ley Modelo, pueda denegar el reconocimiento y la ejecución de la medida cautelar. Se convino asimismo en que, dado que en el artículo 17 bis se hacía una enumeración exhaustiva de los motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar, habría que abordar en dicho artículo la eventualidad mencionada.

30. Se formularon diversas sugerencias sobre los posibles modos de regular ese supuesto. Concretamente se sugirió que se enmendara el inciso iv) del apartado a) de forma que no se especificara el órgano que hubiera revocado o suspendido la medida cautelar. Conforme a esta sugerencia, el enunciado del inciso iv) diría simplemente: “La medida cautelar ha sido revocada o suspendida”. No obstante, se argumentó que si no se especificaba el órgano que hubiera adoptado tal decisión, podría propiciarse que las partes afectadas recurrieran a la práctica de buscar el foro más conveniente.

31. Según otra sugerencia, basada en la versión abreviada que se había propuesto como variante del texto examinado, se propuso que se suprimiera totalmente el inciso iv). Esta sugerencia se fundamentó en que no era necesario regular expresamente la suspensión o revocación de una medida cautelar por un tribunal arbitral, pues no podía invocarse ningún motivo para que se reconociera y ejecutara tal medida, y en que tampoco era necesario regular de forma específica la anulación de la medida cautelar por un tribunal competente, dado que tal anulación se regiría por las norma aplicable del derecho procesal del país. Esta sugerencia no recibió apoyo.

32. Por otra parte, se sugirió que se enmendara el inciso iv) con palabras del siguiente tenor:

“iv) La medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, caso de que esté facultado para hacerlo, por un foro judicial del país en donde, o conforme a cuyo derecho, dicha medida se otorgó”.

33. Si bien se expresaron algunas dudas sobre el modo en que ese texto sugerido se aplicaría en la práctica, se consideró en general que la propuesta podría servir para reanudar ulteriormente las deliberaciones al respecto. Se observó que tal vez convendría sustituir las palabras “o conforme a cuyo derecho, dicha medida se otorgó” por una remisión al derecho interno del país en donde tuviera su sede el tribunal arbitral.

*Propuestas de insertar algunas disposiciones suplementarias en el párrafo 2) a)*

*Medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral no facultado para hacerlo*

34. En su anterior período de sesiones, el Grupo de Trabajo había tomado nota de una propuesta en virtud de la cual el foro judicial pudiera negarse a reconocer o ejecutar una medida cautelar en todo supuesto en el que el tribunal arbitral tuviera prohibido dictar medidas cautelares, ya fuera por estipulación explícita de las partes

o en virtud del derecho interno del país en donde tuvieran lugar las actuaciones arbitrales (véase A/CN.9/545, párr. 107). En el actual período de sesiones se apoyó la idea de incluir en el proyecto de artículo este motivo adicional de denegación. Se examinó también, desde esta perspectiva, la propuesta de proyecto abreviada. En apoyo de esta versión más breve se subrayó que también era necesario agregarle el motivo de denegación suplementario, debido a que en esa propuesta abreviada se había omitido, en el párrafo 1), la remisión a los requisitos del artículo 17. Se sostuvo también que la cuestión no quedaba suficientemente resuelta con la referencia al inciso iv) del apartado a) del párrafo 1 del artículo 36 de la Ley Modelo, que regulaba cuestiones procesales, y no la *lex arbitri*. Esta propuesta suscitó reparos por considerarse que podía dar pie a que el foro judicial pasara a examinar el fondo del litigio. Se prefirió no incluir en el texto el motivo suplementario propuesto, dado que las delegaciones consideraron que esta cuestión ya quedaba suficientemente resuelta con la referencia al apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 y con la elección de la variante 2 de cada uno de los incisos i), ii) y iii) del apartado a).

#### *Inmunidad jurisdiccional de los Estados*

35. Se formuló la propuesta de insertar en el texto una disposición sobre el tema de la inmunidad jurisdiccional de todo Estado soberano y de los bienes públicos, conforme a una sugerencia hecha durante el anterior período de sesiones en el contexto del examen del artículo 17 (véase A/CN.9/545, párr. 51). Se observó que tal vez sería más conveniente analizar este tema en un contexto más amplio, por ejemplo, en el marco de alguna tarea futura asignable a la CNUDMI, pero que no debería debatirse en el ámbito restringido de las medidas cautelares.

#### **Párrafo 2) b)**

##### *Apartado b) i)*

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

##### *Apartado b) ii)*

37. El Grupo de Trabajo procedió a analizar las dos variantes del inciso ii) del apartado b). Predominó la opinión de que debería optarse por la variante 2, puesto que era coherente con el enfoque adoptado en el apartado a) del párrafo 2). Se señaló que el enunciado de la variante 1 difería ligeramente del texto del inciso ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, lo cual podría dificultar su interpretación. Por ejemplo, el inciso ii) del apartado b) hace referencia al “orden público reconocido por el tribunal”, mientras que en el inciso ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo se hace referencia al “orden público de ese Estado”. Se dijo que era preferible referirse al orden público de un Estado que al orden público reconocido por un tribunal, habida cuenta de que esa última variante podría dar a entender que se otorgaban facultades excesivas al tribunal.

38. Se planteó la cuestión de si debería hacerse referencia a los incisos i) y ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, o si las cuestiones reguladas en esas dos disposiciones (la arbitrabilidad de una controversia y el orden público de la ley del foro) deberían ser tratadas por separado en el artículo 17 bis.

39. Se sugirió que se suprimiera, en el inciso ii) del párrafo b), la remisión al apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo. Se observó, en apoyo de esa sugerencia, que, cuando se solicite la ejecución de una medida cautelar, el tribunal tal vez aún no disponga de todos los elementos requeridos para determinar el fondo de la controversia. Por lo tanto, tal vez no proceda facultar al tribunal para decidir, en esa etapa del proceso, sobre si la controversia puede ser dirimida por arbitraje. Sin embargo, se señaló que, cuando se hubiera podido determinar claramente que el objeto de la controversia no era dirimible por arbitraje con arreglo a la ley del foro ejecutor, no sería procedente que dicho foro diera curso ejecutorio, en ese contexto, a una medida cautelar. Por consiguiente, se propuso que, en vez de eliminar dicha remisión al inciso i) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, se revisara la variante 2 alineando su texto con el del inciso i) del apartado a) del párrafo 2, que decía: “Existe una cuestión de fondo suscitada por alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36”.

40. Se expresó la opinión de que las reservas formuladas respecto de la determinación de si la controversia es susceptible de arbitraje en el momento de la ejecución ya se habían tenido en cuenta en el párrafo 3), el cual garantiza que toda decisión que adopte un tribunal para ejecutar una medida cautelar será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar.

41. Tras un debate, el Grupo de Trabajo aprobó el texto de la variante 2 sin modificaciones, a reserva de que, el Grupo de Trabajo volviese a examinar los términos empleados en la remisión que se hacía en los apartados a) y b) del párrafo 2) a los apartados a) y b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, una vez concluido su examen del artículo 17 bis.

42. Al término del debate, el Grupo de Trabajo tomó nota de la opinión de que, en cualquier caso, no debería entenderse que la remisión que se hacía, en el inciso ii), al inciso i) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, obligaba al tribunal a recabar información sobre el objeto de la controversia para determinar si ésta era susceptible de arbitraje.

43. Se observó que, en el párrafo 2), el Grupo de Trabajo había mantenido la remisión que se hace a la regla enunciada en el párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, que en dicho artículo está referida al laudo en cuanto tal. Habida cuenta de que el Grupo de Trabajo había adoptado la decisión de no definir la forma en que debía dictarse una medida cautelar, se sugirió que se aclarase que, en el párrafo 1) del artículo 36, por “laudo” se había de entender también todo tipo de medida cautelar, sin restricción implícita alguna de que los motivos enunciados en el párrafo 1) del artículo 36 serán únicamente aplicables a las medidas cautelares dictadas en forma de laudo.

44. Se dijo que, al preparar un proyecto revisado para que el Grupo de Trabajo volviese a ocuparse de la cuestión, la Secretaría debería tratar de redactar un texto refundido en términos acordes con los empleados en el texto de la Ley Modelo. Se sugirió, por ejemplo, que en la frase “las facultades que las leyes del país confieren al tribunal”, que figuraba en el inciso i) del apartado b) del párrafo 2), la referencia a “las leyes del país” se sustituyera por las palabras “la ley del foro” o “las normas procesales”.

*Posibles motivos suplementarios para denegar el reconocimiento o la ejecución*

45. El Grupo de Trabajo consideró la posibilidad de si se deberían agregar al párrafo 2) otros motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar. El Grupo de Trabajo recordó la sugerencia de que, cuando una parte incumpliera la orden dictada por un tribunal arbitral de prestar caución, ese incumplimiento constituyera un motivo para que el tribunal denegara la ejecución de la medida cautelar (véase párr. 21 *supra*). Dicha opinión fue apoyada con vehemencia. Se recordó que las consecuencias del incumplimiento de una orden de prestar caución deberían reflejarse en las partes pertinentes del texto del proyecto del artículo 17 bis.

46. En contra de que se incorpore el incumplimiento de una orden de prestar caución a la lista del párrafo 2), a título de nuevo motivo de denegación, se dijo que el párrafo 4) del artículo 17 de la Ley Modelo bastaba para asegurar que, si un tribunal arbitral decidía exigir caución del demandante de una medida cautelar, dicha condición sería interpretada como una condición suspensiva respecto del otorgamiento de la medida.

47. Se señaló que esta interpretación del párrafo 4) del proyecto de artículo 17 era incompatible con el criterio práctico que un tribunal arbitral pudiera adoptar al dictar una medida cautelar. Se observó que si bien podría ser preciso que una medida cautelar surtiera efecto inmediato, el tribunal arbitral al ordenar que se prestara caución, podría conceder un plazo al demandante de la medida para darle margen para constituir la caución. Para tener en cuenta esa realidad práctica, se sugirió que, en el párrafo 4) del nuevo artículo 17, se exigiera la caución a título de condición resolutoria, y no meramente a título de condición suspensiva.

48. Se sostuvo que, cuando se hubiese otorgado la medida cautelar, pero no se hubiese prestado la caución exigida por el tribunal arbitral, el texto actual del párrafo 2) del artículo 17 no permitía al tribunal denegar el reconocimiento y la ejecución de la medida. Se sugirió que esta cuestión se regulase tanto en el párrafo 4) del nuevo artículo 17 como en el párrafo 2) del nuevo artículo 17 bis, puesto que los tribunales nacionales tal vez aplicaran independientemente uno u otro artículo.

**Párrafo 3)**

49. El Grupo de Trabajo consideró que el contenido del párrafo 3) era, en general, aceptable.

50. Se sugirió que la variante C del párrafo 5), en la que se establece el importante principio de que el tribunal al que se solicite la ejecución de la medida cautelar no debe entrar a examinar la razón de ser o el fundamento de dicha medida, debería figurar en el párrafo 3). El Grupo de Trabajo convino en reconsiderar dicha sugerencia cuando examinara el párrafo 5).

**Párrafo 4)**

51. Se recordó que el párrafo 4) se inspiraba en el principio de que debería obligarse a toda parte que solicitara la ejecución de una medida cautelar a informar al foro judicial de toda revocación, suspensión o modificación de dicha medida que decretara el tribunal arbitral. Se recordó que el Grupo de Trabajo había apoyado

ampliamente ese principio en su 38° período de sesiones (A/CN.9/524, párrs. 35 a 39).

52. La pertinencia de dicho párrafo fue puesta en tela de juicio. Se señaló que si la medida cautelar se suspendía o se revocaba, el procedimiento de ejecución en sí carecería, entonces, de todo sentido. Se sugirió que, en vez de obligar a la parte que hubiera solicitado u obtenido una medida cautelar a informar al foro judicial de toda revocación, suspensión o modificación de dicha medida, sería preferible solicitar al foro competente que no ejecutara la medida cautelar. Dicha sugerencia no recibió apoyo alguno.

53. El Grupo de Trabajo consideró aceptable en líneas generales el contenido del párrafo 4). En cuanto a la redacción se observó que había una diferencia entre los términos empleados en el párrafo 4), en el que se hace referencia a la “revocación, suspensión o enmienda”, y los términos utilizados anteriormente en el inciso iv) del apartado a) del párrafo 2), en el que se menciona solamente la revocación o la suspensión. Se sugirió que se revisara el proyecto de disposición para dar una mayor coherencia a todo el texto. También se sugirió que la omisión, en el párrafo 4), del término “reconocimiento” no parecía concordar con los términos utilizados en las demás disposiciones del texto. El Grupo de Trabajo convino en que se volviera a tratar estas cuestiones de redacción en la etapa final de la preparación del proyecto de artículo 17 bis.

#### **Párrafo 5)**

54. El Grupo de Trabajo recordó que el párrafo 5) aborda la importante cuestión de si un tribunal al que se solicite la ejecución de una medida cautelar debería estar facultado para exigir una caución del demandante de la medida, y en qué medida podría hacerlo. Esa disposición fue debatida en el Grupo de Trabajo en su 38° período de sesiones (A/CN.9/524, párrs. 72 a 75). Se recordó asimismo que las cuatro variantes (A a D) reflejaban las diferentes opiniones expresadas al respecto en el 38° período de sesiones del Grupo de Trabajo.

#### *Variantes A y B*

55. Se opinó que la variante B y el segundo texto entre corchetes de la variante A parecían permitir que un tribunal conjeturase acerca de los motivos que tuvo un tribunal arbitral para exigir del demandante una caución. Por esas razones, era preferible la variante A y el primer texto entre corchetes (“salvo que el tribunal arbitral haya exigido ya dicha caución”). Esta opinión recibió un amplio apoyo.

56. Se expresó, como principio general, que un tribunal no debería estar facultado para revisar en cuanto al fondo la decisión de un tribunal arbitral de que se exija caución para otorgar una medida cautelar. Sin embargo, se observó que, en su forma actual, el primer texto entre corchetes se prestaba a ser entendido en el sentido de que aun cuando el tribunal arbitral no hubiese considerado apropiado ordenar que se prestara caución, el tribunal judicial aún podría decidir lo contrario. Se señaló que si el Grupo de Trabajo descartaba totalmente la posibilidad de que un tribunal judicial pudiera reconsiderar la decisión de un tribunal arbitral de ordenar o no que se preste caución, habría que aclarar los términos empleados en la variante A. A tales efectos, se sugirió que la expresión “una orden” fuese reemplazada por la expresión “una determinación” para hacer hincapié en que el tribunal judicial no debería hacer



conjeturas sobre los motivos por los que el tribunal arbitral hubiera decidido o no que se prestara caución. Dicha sugerencia fue aprobada.

57. Se sugirió que no debería descartarse totalmente la posibilidad de que un tribunal revisase de oficio la conveniencia de ordenar que se prestara caución. A ese respecto, se observó que era preferible el enfoque adoptado en el segundo texto entre corchetes de la variante A, que permitía que el tribunal judicial ordenase el pago de una caución para cubrir gastos si determinase que la orden del tribunal arbitral era inapropiada o insuficiente en las circunstancias del caso. Se dijo que la atribución de esa facultad a los tribunales facilitaría, de hecho, la ejecución de las medidas cautelares y también les ofrecería una oportunidad adicional de tener en cuenta los intereses de terceros al decidir si debe exigirse caución. En cambio, otras delegaciones propugnaron que, el texto debería aclarar que la orden de prestar caución debería adoptarse a instancia de la parte “contra la que se fuera a aplicar la medida” o a instancia de la parte contra la que la medida fuera dirigida o que se viera afectada por ella”. Tras un debate, el Grupo de Trabajo no aprobó esas sugerencias.

*“Caución para responder por los gastos”*

58. Se convino en que la expresión “caución para responder por los gastos” era muy restrictiva y, conforme al criterio seguido en el proyecto de artículo 17, debería ser substituida por términos como “caución” o “caución adecuada”, como figura en el párrafo 4) del proyecto de artículo 17.

*“La otra parte”*

59. Se indicó que el texto del párrafo 5) creaba incertidumbre sobre cuál era la parte que se denominaba “la otra parte”. Se explicó que, en ciertas situaciones de arbitraje multilateral, la parte a la que se ordene que preste caución puede no ser la parte que solicitó la medida cautelar. No obstante, habida cuenta de que, en la mayoría de los casos, la parte a la que se ordene prestar caución será la parte que solicite la medida cautelar, el texto debería referirse más explícitamente a la parte requirente. Se propuso que la expresión “la otra parte” fuese reemplazada por la expresión “la parte requirente”. Tras un debate, el Grupo de Trabajo aprobó dicha propuesta.

*Variante C*

60. Se afirmó que la variante C se basaba en la premisa general de que los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar deberían limitarse a cuestiones procesales y excluir la posibilidad de que el tribunal emprendiera un nuevo examen del fondo de la medida. Se sugirió que la variante C no se limitara a tratar solamente la cuestión de la caución para responder por los gastos y que, por lo tanto, debería figurar como artículo aparte (véase el párrafo 51, *supra*). Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que el tenor de la variante C debería insertarse en el párrafo 3) como segunda frase.

*Variante D*

61. Se expresó la opinión de que la variante D, al estar limitada a las órdenes necesarias para proteger los derechos de terceros, tenía un alcance demasiado restringido. Se sugirió que las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral

fueran sólo vinculantes para las partes en el procedimiento arbitral, mientras que la decisión de un foro judicial podría tener un mayor alcance y ser aplicable a terceros. Se sugirió que en la variante D se tratara una importante cuestión de la protección de terceros, que quizá podría incorporarse a la variante A. Se convino en que la Secretaría estudiara cuál sería la ubicación adecuada para reflejar el principio enunciado en la variante D.

#### **Párrafo 6)**

62. El Grupo de Trabajo recordó que, dado el perjuicio eventual que una medida *ex parte*, sin escuchar a la parte afectada por la medida, pudiera causar a la parte objeto de la misma, sólo sería aceptable facultar al tribunal arbitral para dictar esa orden si se imponían condiciones muy estrictas para evitar que se abusara de tal facultad (A/CN.9/523, párr.17).

63. Ante la objeción expresada se propuso que se enmendara el párrafo 6) del modo siguiente:

“No se denegará la ejecución de una medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral conforme al inciso ii) del apartado a) del párrafo 2) y ateniéndose a normas sustancialmente similares a las enunciadas en el párrafo 7) del artículo 17 por el mero hecho de tratarse de una medida *ex parte*, siempre y cuando toda decisión judicial de ejecución de dicha medida se adopte dentro de un plazo de 20 (veinte) días a partir de la fecha en que el tribunal arbitral haya otorgado la medida”.

64. Se explicó que se propuso la expresión “sustancialmente similares” para tener en cuenta las ligeras variaciones que los países puedan introducir al adoptar legislación basada en la Ley Modelo. Se puso de relieve que el plazo de 20 días que preveía este proyecto se refería a la adopción de acciones judiciales de ejecución de la medida después de que el tribunal arbitral la hubiese otorgado, y no, como se propuso en la variante X del actual proyecto, al plazo de que disponía una parte para solicitar al tribunal la ejecución de una medida cautelar.

65. Entre las variantes sometidas al examen del Grupo de Trabajo en el presente proyecto, se prefirió la variante X. También se apoyó la propuesta enmendada. El Grupo de Trabajo consideró de vital importancia las referencias a las salvaguardias establecidas en el artículo 17.

66. Habida cuenta de la naturaleza temporal de toda medida cautelar *ex parte*, que expiraría al transcurrir el plazo de 20 días, o que se transformaría en una medida confirmada tras oír a ambas partes (*inter partes*), se puso en tela de juicio la necesidad de mantener las disposiciones específicas relativas a la ejecución de medidas *ex parte* que figuran en el proyecto.

67. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que las deliberaciones respecto del párrafo 6) se reanudarían sobre la base de la propuesta revisada del proyecto, que se colocaría entre corchetes, una vez concluido el examen del proyecto de artículo 17.

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

##### **Observaciones generales**

68. Tras haber completado su examen del proyecto de artículo 17 bis, el Grupo de Trabajo pasó a examinar el nuevo proyecto revisado del artículo 17 de la Ley Modelo relativo a las facultades de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.128, redactado en los siguientes términos:

“1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

a) Mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se dirima la controversia;

b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente lo ocasionarían;

c) Ofrezca alguna vía [preliminar] para [constituir en caución] [preservar] ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve ciertas pruebas que pudieran ser de interés o de importancia para resolver la controversia.

3) El demandante de la medida cautelar deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que:

a) De no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca [un daño irreparable] mucho más grave que el que podría sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

b) Exista una posibilidad razonable de que la demanda presentada por el demandante de la medida prospere sobre el fondo del litigio, siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno las determinaciones subsiguientes a que pueda llegar dicho tribunal.

4) El tribunal arbitral podrá ordenar al demandante, o a toda otra parte, que deposite la caución que estime oportuna como requisito para otorgar la medida cautelar requerida.

5) El demandante deberá informar con prontitud al tribunal arbitral de todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que se solicitara la medida cautelar o que el tribunal arbitral la otorgara. De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte.

6) El tribunal arbitral podrá, en todo momento, modificar, suspender o levantar toda medida cautelar [que haya otorgado] cuando lo solicite una de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación de las partes.

[6 bis) El demandante será responsable de todo gasto, daño o perjuicio que ocasione la medida cautelar a la parte contra la que sea aplicable, desde la fecha en que se otorgó y hasta que se levante la medida [en la cuantía que proceda, habida cuenta de todas las circunstancias del caso y en función de lo que disponga el laudo que dirima el fondo del litigio]. El tribunal arbitral podrá ordenar la indemnización inmediata de todo daño ocasionado.]

7) a) [Salvo acuerdo en contrario de las partes] [Si las partes lo acuerdan expresamente], el tribunal arbitral podrá [, en supuestos excepcionales,] otorgar una medida cautelar sin notificar a la parte contra la que se otorgue la medida, [si] [cuando el demandante demuestre que]:

- i) Dicha medida es urgente;
- ii) [Se dan los requisitos enunciados en el párrafo 3]; y
- iii) [[El demandante demuestre que] [El demandante aporte al tribunal arbitral pruebas convincentes de que]] es necesario obrar así a fin de que el objetivo de la medida no se vea frustrado antes de haber sido otorgada.

b) El demandante será responsable de todo gasto, daño o perjuicio que ocasione a la parte afectada por la medida cautelar a partir de la fecha de su otorgamiento y hasta que se levante [en la cuantía que proceda, habida cuenta de todas las circunstancias del caso y en función de lo que disponga el laudo que dirima el fondo del litigio]. El tribunal arbitral podrá ordenar la indemnización inmediata de los daños y perjuicios causados.

c) El tribunal arbitral deberá exigir del demandante, o de toda otra parte, que preste la debida caución como condición para que sea otorgada la medida cautelar requerida.

d) *Variante 1:* El tribunal arbitral será competente, entre otras cosas, para pronunciarse [, en cualquier momento del procedimiento de arbitraje,] sobre toda cuestión suscitada por el anterior apartado b) [por los anteriores apartados b) y c)] o con ella relacionada.];

*Variante 2:* Toda parte podrá presentar, en cualquier momento del procedimiento de arbitraje, una demanda que tenga por fundamento lo dispuesto en el apartado b).

e) *Variante A:* Deberá darse, a la parte afectada por la medida cautelar, notificación inmediata de la medida otorgada, así como la oportunidad de hacer valer sus argumentos ante el tribunal arbitral a la mayor brevedad posible y, en cualquier caso, en un plazo de [cuarenta y ocho] horas a partir de la notificación, o en todo otro momento o fecha que sea adecuado en las circunstancias del caso.

*Variante B:* Toda parte afectada por una medida cautelar otorgada conforme a lo previsto en el presente párrafo será notificada inmediatamente de la medida y le será dada la oportunidad de hacer valer sus argumentos ante

el tribunal arbitral en un plazo de [cuarenta y ocho] horas a partir de la notificación, o en todo otro momento o fecha que se estime oportuna en las circunstancias del caso.

f) Toda medida ordenada con arreglo a lo previsto en el presente párrafo expirará al término de un plazo de veinte días a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya otorgado, a menos que dicho tribunal la confirme, prorrogue o modifique [, a instancia del demandante y] una vez que se haya notificado la medida a la parte por ella afectada y que ésta haya tenido la oportunidad de hacer valer sus argumentos. Deberá darse traslado a la otra parte de toda declaración, documento y demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral.

g) Toda parte que solicite que una medida cautelar sea otorgada con arreglo al presente párrafo deberá [informar al tribunal arbitral de] [presentar al tribunal arbitral información sobre] toda circunstancia que el tribunal arbitral pueda estimar del caso o de interés para determinar [si se cumplen los requisitos enunciados en el presente párrafo] [si procede otorgar la medida demandada].”

#### **Párrafo 1)**

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

#### **Párrafo 2)**

##### *Texto del encabezamiento “en forma o no de laudo”*

70. Se sugirió que se suprimiera la frase “otorgada en forma o no de laudo”. Se dijo que en muchos ordenamientos, no se otorgaría jamás una medida cautelar en forma de laudo, al ser lo más probable que se dictara en forma de una providencia. Se dijo también que hablar del laudo como único ejemplo explícito de la forma que podría adoptar dicha medida podría dar la falsa impresión de que el laudo era la forma más indicada para otorgarla. Se dijo además que la inserción del término “laudo” en la definición de una medida cautelar resultaría improcedente en todos aquellos ordenamientos que definieran el laudo como una decisión de un tribunal arbitral sobre el fondo de la controversia. Se sugirió, asimismo, que suprimir dicha frase del apartado b) del párrafo 2) no restaría efectividad alguna a la disposición en él enunciada. Se sugirió, por ello, suprimir dicha frase y sustituirla por términos más neutros, como “con independencia de la denominación y la forma de la medida otorgada”.

71. Se dijo en sentido contrario que convendría mantener dicha frase, dado que en algunos ordenamientos existía el requisito de que la medida cautelar no fuera reconocida ni aplicada, de no haber sido dictada en forma de laudo. Se dijo, además, que se había formulado la frase en términos lo bastante latos para que englobara toda medida cautelar, con independencia de la denominación que se le diera. Se adujo como argumentos a favor de retener dicha frase, el de que su texto había sido tomado del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, así como el de que el lenguaje utilizado era lo bastante neutro para reflejar la intención del Grupo de Trabajo de

que no se expresara preferencia alguna respecto de la forma en que convendría dictar una medida cautelar.

72. El Grupo de Trabajo recordó que dicho texto había sido ya examinado en su 35° período de sesiones en 2002 (véase A/CN.9/508, párrs. 65 a 68) y en su 36° período de sesiones en 2003 (véase A/CN.9/523, párr. 36) y que había sido en general aceptado. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió no modificar el encabezamiento del párrafo 2). En el marco de dicha discusión, se sugirió que todo texto explicativo que se preparara más adelante, tal vez en forma de una guía para la promulgación del proyecto de artículo 17, indicara claramente que el lenguaje utilizado, al hablar de la forma que podría adoptar una medida cautelar, no debía ser entendido como expresando parecer alguno respecto del punto controvertido de si se había o no de ordenar una medida cautelar en forma de laudo para que pudiera ser objeto de ejecución judicial con arreglo a lo dispuesto en la Convención de Nueva York.

*Apartado c)*

*[preliminar]*

73. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera el término “preliminar” por razón de que resultaba confuso y no añadía nada al significado de la disposición.

*[Garantizar][preservar]*

74. El Grupo de Trabajo expresó su preferencia por que se retuviera el término “preservar”, en vez de “constituir en caución”, dado que este último término podría ser entendido como referido a algún método particular de proteger los bienes. Se convino en suprimir el término “garantizar” y en retener “preservar”.

*Interdicción de toda otra actuación procesal*

75. Se planteó la cuestión de si el texto actual del párrafo 2) del artículo 17 se prestaba a ser interpretado como referido igualmente a la facultad de un tribunal arbitral para emitir una orden por la que se prohibiera toda otra actuación procesal (es decir, una medida cautelar por la que el tribunal arbitral conminara a las partes a no entablar ninguna actuación judicial o ningún otro procedimiento arbitral separado). Dado que el párrafo 2 del artículo 17 enunciaba una lista general exhaustiva de las medidas cautelares (véase A/CN.9/545, párr. 21), se sugirió que el Grupo de Trabajo aclarara si deseaba que esa lista englobara dicha interdicción arbitral de toda otra actuación procesal.

76. Como cuestión de política legislativa general, se formularon reservas contra la eventualidad de que el artículo 17 facultara directa o indirectamente al tribunal arbitral para imponer interdictos de toda otra actuación procesal. Se dijo que este tipo de medida conminatoria era muy poco frecuente en la práctica judicial internacional, además de ser desconocida en algunos ordenamientos y de ser contraria al derecho interno de algunos países, por contravenir al derecho constitucional básico de toda parte en un litigio de acudir ante los tribunales. Se dijo además que la formulación de una regla que previera la imposición de dicha medida no estaría exenta de peligros, como el de que su texto entrara en demasiados detalles.

Pese a la finalidad expresa del Grupo de Trabajo de obrar en aras de la armonización del régimen jurídico internacional del arbitraje, había un riesgo inherente en respaldar el recurso a una práctica procesal que no estaba aún consagrada. Se dijo que la inclusión de dicha disposición pondría en peligro las probabilidades de que la Ley Modelo fuera aplicada, así como su aceptabilidad general, particularmente para aquellos países que no habían reconocido medida conminatoria alguna de esta índole. Desde una perspectiva distinta, se observó que si la paralización cautelar de cualquier otra actuación procesal fuera a adquirir mayor importancia en el arbitraje internacional, dicha práctica merecía ser objeto de cuidadoso estudio, previéndose incluso la posibilidad de que se examinara la preparación de un régimen independiente de la CNUDMI para las medidas cautelares de esa índole, pero que no procedía, en cambio, ocuparse de ellas, en términos indirectos e incompletos, en el marco de una disposición modelo relativa a las medidas cautelares, en donde no cabría abordarla debidamente y que pudiera dar lugar a la impresión errónea de que dichos interdictos de toda otra actuación procesal pudieran constituir una subcategoría de las medidas cautelares definidas en el proyecto de artículo 17.

77. Se dijo, a favor de que el proyecto de artículo 17 previera la categoría de los interdictos de toda otra actuación procesal, que ese tipo de interdicto era cada vez más frecuente y cumplía una función importante en el comercio internacional. Se sugirió que el hecho de que algunos ordenamientos no se hubieran familiarizado aún con esta categoría de interdictos constituía un argumento a favor de que la Ley Modelo los abordara, a fin de favorecer la modernización y armonización de la práctica judicial y arbitral al respecto. Se dijo que, pese al hecho de que el derecho interno de algunos países no reconociera dichos interdictos existían claros indicios de que los tribunales arbitrales que actuaban en dichos países contemplaban cada vez más la conveniencia de pronunciar interdictos de esa índole. Se dijo además que el interdicto de toda otra actuación procesal tenía por objeto amparar el curso normal del procedimiento arbitral, por lo que dichos tribunales tenían un interés legítimo en poder pronunciarlo. Se observó que no debía interpretarse la imposición de un interdicto de toda otra actuación procesal como una medida destinada a impedir el recurso eventual de alguna parte en el litigio ante el foro judicial competente del lugar del arbitraje para obtener un pronunciamiento judicial sobre la validez del acuerdo de arbitraje que se hubiera invocado. Se observó también que, a fin de responder a las inquietudes acerca de la aceptabilidad general de los interdictos de toda otra actuación procesal, cabría ofrecer salvaguardias adecuadas al respecto en otras disposiciones de la Ley Modelo, por ejemplo, al tratar de la índole de los motivos invocables para denegar el reconocimiento y la ejecución de una providencia arbitral, particularmente al hacer remisión a la normativa por la que se rijan las facultades conferidas por el artículo 17 bis 2) b) i) al foro judicial, o al remitir en el proyecto de artículo 17 bis 2) b) ii) a los principios de orden público interno de la ley aplicable.

78. Se dijo que el Grupo de Trabajo había expresado, en anteriores períodos de sesiones, cierta preferencia por no desautorizar, en el proyecto de artículo 17, los interdictos de toda otra actuación procesal. Se sugirió que, aun cuando no se insertara en el párrafo 2) b) ninguna referencia expresa a la facultad de dictar dichos interdictos, esa facultad estaría no obstante implícita en su texto, particularmente en todo supuesto en el que se fuera a aplicar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Se dijo que el lenguaje del párrafo 2) a) del proyecto de artículo 17 era a

la vez flexible y genérico, por lo que era probablemente lo bastante lato para dar entrada a los interdictos de toda otra actuación procesal. Se dijo que esa interpretación se había visto reforzada al suprimirse del proyecto de artículo 17, en un anterior período de sesiones, el requisito de que la medida cautelar guardara relación con el objeto de la controversia (que figuraba en la versión original del artículo 17 de la Ley Modelo). Se observó que el requisito de que la medida cautelar había de estar vinculada al objeto de la controversia figuraba asimismo en el texto del artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y que dicho requisito había sido interpretado por algunas jurisdicciones como limitativo de la disponibilidad del interdicto de toda otra actuación procesal. Ahora bien, ciertas delegaciones recordaron que dicha vinculación de las medidas cautelares al “objeto de la controversia” no había impedido, sin embargo, la imposición por ciertos tribunales arbitrales de interdictos de toda otra actuación procesal, en el marco del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

79. En aras de la claridad, se sugirió que el texto del párrafo 2) facultara al tribunal arbitral para dictar interdictos de toda otra actuación procesal. Se formularon diversas propuestas sobre la manera de prever expresamente en el texto del proyecto de artículo 17 la imposición por un tribunal arbitral de un interdicto de toda otra actuación procesal. Una de ellas sugería la inserción de un texto que expresamente facultara al tribunal arbitral para imponer dicho interdicto, junto con una nota explicativa que dijera que dicha regla sería únicamente aplicable en la medida en que el interdicto dictado fuera admisible en el marco del derecho procesal interno del país interesado. Ahora bien, se observó que un inconveniente de dicha propuesta era que, en aquellos países que no adoptaran dicho texto explícito, cabía interpretar el texto actual del párrafo 2) como enunciando una interdicción implícita de los interdictos de toda otra actuación procesal.

80. Otra sugerencia fue la de resolver la cuestión de los interdictos de toda otra actuación procesal insertando al final del apartado b) del párrafo 2) del proyecto de artículo 17, un texto que dijera “o que agraven sensiblemente la controversia entre las partes”. Se dijo que dicha fórmula estaba ya reconocida en algunas jurisdicciones y había sido utilizada en algunos arbitrajes internacionales, particularmente en arbitrajes sustanciados con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

81. También se sugirió insertar al final del apartado b) del párrafo 2) del artículo 17 el texto “o que puedan causar algún perjuicio al procedimiento arbitral en curso”. Se dijo que con la inserción de dicho texto se aclararía, sin dejar lugar alguno a dudas, el entendimiento expresado por cierto número de delegaciones de que la frase “llevar a cabo ciertos actos que probablemente (ocasionarían algún daño actual o inminente)”, del texto actual del apartado b) del párrafo 2), facultaba ya al tribunal arbitral para imponer un interdicto de toda otra actuación procesal.

82. Se expresó el parecer de que el debate sobre la admisibilidad del interdicto de toda otra actuación procesal se había desarrollado en gran parte sobre el entendimiento de que se recurriría a dicho interdicto para impedir que alguna de las partes entablara una acción ante un tribunal judicial. No obstante, en algunos casos, se utilizaban dichos interdictos para impedir que alguna de las partes presentara alguna demanda ante otro tribunal arbitral. Se sugirió que el texto que se formulara se prestara claramente a englobar ambos supuestos.



83. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que se reformulara el texto del apartado b) del párrafo 2) en términos como los siguientes: “adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente lo ocasionarían, o que pudieran perjudicar a la buena marcha del procedimiento arbitral en curso”. Ahora bien, dado que el Grupo de Trabajo no había examinado a fondo las posibles interpretaciones del texto sugerido, se convino en que se colocara dicho texto entre corchetes para ser examinado en algún período de sesiones ulterior.

### **Párrafo 3)**

#### *Apartado a) – “Daño irreparable”*

84. Se expresaron reservas acerca de la utilización de las palabras “daño irreparable” en el apartado a). El Grupo de Trabajo recordó que ya había examinado la expresión en sus períodos de sesiones 35º (A/CN.9/508, para. 56) y 39º (A/CN.9/545, para. 29).

85. Se sostuvo que “irreparable” no era un término usual en todos los ordenamientos jurídicos y que se prestaba a interpretaciones divergentes, por lo que debería suprimirse. Se sugirió que se sustituyera “irreparable” por “sustancial”. Se argumentó que la expresión “daño sustancial” propiciaría un mayor equilibrio entre el daño sufrido por el demandante de la medida cautelar, en caso de no ser otorgada, y el daño que sufriría la parte opuesta a la medida en caso de que ésta fuera otorgada.

86. No obstante, las delegaciones apoyaron con firmeza que se mantuviera la referencia a “daño irreparable”. Se sostuvo que el apartado a) del párrafo 3) se había concebido con la finalidad de regular un determinado tipo de daño que se produjera cuando, incluso en una fase preliminar en la que el tribunal no tuviera conocimiento de todos los hechos, pudiera demostrarse que era preciso proteger al demandante de todo daño que no pudiera subsanarse mediante una indemnización. En cambio, la expresión “daño sustancial” daba pie a la interpretación de que el daño ocasionado podía repararse mediante una indemnización. Se señaló que el concepto de “daño irreparable” no implicaba referencia cuantitativa alguna a la magnitud de los daños sino que se refería, con un criterio cualitativo, a la naturaleza intrínseca del daño. Se dieron diversos ejemplos de “daños irreparables”. Además de la pérdida de una obra de arte invaluable o irreplicable, supuesto que ya se mencionó en el anterior período de sesiones (A/CN.9/545, párr. 29), se explicó que los “daños irreparables” podían sobrevenir en situaciones como la de la insolvencia de una empresa, la pérdida de pruebas esenciales, el hecho de no haber podido aprovechar una oportunidad de gran rentabilidad económica (como la celebración de un contrato valioso) o al dañarse la reputación de una empresa a consecuencia de la violación de una marca comercial patentada.

87. A pesar de que el concepto de “daño irreparable” estaba plenamente reconocido en algunos ordenamientos jurídicos, y pese a que constituía un requisito previo ordinario para el otorgamiento de una medida cautelar, se reconoció, no obstante, que el concepto de daño irreparable podía prestarse a diversas interpretaciones, en particular en los países que desconocieran el concepto. Se propuso que se sustituyera la expresión “daño irreparable” por palabras o por una frase de carácter más neutral y descriptivo. Se sugirieron enmiendas como las

siguientes: “un daño que no pueda repararse de forma adecuada o que no pueda indemnizarse pecuniariamente”; “un daño que sea difícil de reparar”; “un daño que no pueda indemnizarse”; “un daño importante que no pueda repararse con una indemnización”; “un daño inevitable”; “un daño ineludible”; o “un daño grave”.

88. Además de las reservas señaladas en los párrafos anteriores se argumentó que, si la Ley Modelo dispusiera que sólo podrían otorgarse medidas cautelares con el fin de evitar daños que no pudieran indemnizarse monetariamente, existiría el riesgo de que la disposición se interpretara de forma muy restrictiva. A consecuencia de ello, podría ser mucho más difícil obtener medidas cautelares en un procedimiento arbitral que en un proceso judicial; además, las partes que solicitaran la ejecución de tales medidas cautelares se verían obligadas también a entablar procedimientos suplementarios ante el foro judicial competente. Se planteó la cuestión de si la intención del Grupo de Trabajo era adoptar ese criterio restrictivo de forma que no pudieran dictarse medidas cautelares para indemnizar pérdidas que pudieran repararse otorgando daños y perjuicios. Se indicó también que, en la práctica actual, se daba bastantes veces el caso de que un tribunal arbitral dictaba una medida cautelar simplemente en circunstancias en que sería mucho más difícil compensar el daño mediante una indemnización por daños y perjuicios.

89. A fin de que el texto del apartado a) fuera más flexible se formuló otra propuesta de sustitución de las palabras “daño irreparable”, en este caso por las palabras “un daño que no sea suficientemente reparable mediante una indemnización por daños y perjuicios”. Se argumentó que con esta propuesta se pretendía eludir el inconveniente de que el concepto de daño irreparable podía crear un límite difícil de superar y que, en cambio, con las palabras sugeridas se fijarían con mayor claridad los límites del poder discrecional del tribunal arbitral a la hora de decidir si debe o no dictar una medida cautelar. El Grupo de Trabajo consideró que en general esta propuesta era aceptable.

*Apartado a) - efecto combinado con la aplicación del párrafo 2)*

90. Se hicieron observaciones sobre el contenido del párrafo 3) y concretamente sobre su relación con el párrafo 2). Se expresó la opinión de que la referencia, en el párrafo 3), al concepto de “daño” podía crear confusión con los términos empleados en el apartado b) del párrafo 2), “daño actual o inminente”, con el consiguiente riesgo de que pudiera considerarse que los criterios enunciados en el párrafo 3) se aplicaban únicamente a las medidas otorgadas para los fines del apartado b) del párrafo 2).

91. Según otra observación más general, se planteó el problema de que los requisitos generales enunciados en el párrafo 3) pudieran no resultar aplicables a todos los tipos de medidas cautelares enunciadas en el párrafo 2). Por ejemplo, se señaló que no sería apropiado exigir en toda circunstancia a una parte que solicitara una medida cautelar con el simple propósito de preservar ciertas pruebas, conforme a lo previsto en el apartado d) del párrafo 2), que demostrara que, en caso de no otorgarse la medida, se produciría un daño excepcional, como tampoco sería apropiado exigir del demandante que, para obtener la medida, se habrían de cumplir los criterios muy estrictos del párrafo 3). El Grupo de Trabajo tomó nota del problema señalado y convino en que tal vez debiera volver a estudiarse esa cuestión en una etapa ulterior.

**Párrafo 4)**

92. Se recordó que el Grupo de Trabajo, al examinar el párrafo 5) del artículo 17 bis (véanse los párrafos 54 a 60 *supra*), había examinado la cuestión de si cabía exigir una caución a título de requisito para que un tribunal arbitral dictara una medida cautelar. Según la opinión general de las delegaciones, la práctica de exigir caución no debería constituir una condición suspensiva para dictar una medida cautelar. Se subrayó que ni el artículo 17 de la Ley Modelo ni el párrafo 2) del artículo 26 del Reglamento del Arbitraje de la CNUDMI preveían tal requisito. Se presentaron varias propuestas para enmendar en consecuencia el párrafo 4).

93. Una de las propuestas consistía en que el párrafo tuviera el siguiente tenor: “El tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar tras exigir, del demandante o de toda otra parte interesada, la constitución de una caución adecuada”, o simplemente disponiendo que “cabrá ordenar al demandante o a toda otra parte interesada que constituya una caución adecuada para que el tribunal arbitral otorgue una medida cautelar”. Esta propuesta suscitó reservas por estimarse que se impondría un requisito demasiado estricto al supeditar el otorgamiento de la medida cautelar a la prestación previa de una caución. Según otra propuesta, se sugirió que, en el párrafo 4), se suprimieran las palabras “como requisito para otorgar la medida cautelar requerida”. Se objetó que la solución no estaba en suprimir simplemente esas palabras, ya que el criterio enunciado resultaría valioso en la práctica. Además, se señaló que las propuestas sugeridas se prestaban a ser entendidas como un reconocimiento de que el tribunal arbitral estuviera facultado para exigir, por sí mismo, caución en cualquier momento del procedimiento.

94. Para responder a la inquietud de que el requisito de prestar caución se interpretara como una disposición independiente por la que se facultara al tribunal arbitral para exigir caución en cualquier momento del procedimiento, se propuso que se enmendara el párrafo 4 del modo siguiente: “El tribunal arbitral podrá ordenar al demandante o a toda otra parte interesada que preste una caución adecuada en el momento en que el tribunal arbitral vaya a otorgar la medida cautelar”. Se sugirió también la siguiente formulación: “El tribunal arbitral podrá exigir del demandante y/o de toda otra parte interesada que presten una caución adecuada respecto de la medida cautelar solicitada”. Se argumentó que con esta propuesta no sólo se respondía a la inquietud expresada, sino que además se aseguraba que el tribunal arbitral sólo pudiera exigir caución en el momento en que se solicitara la medida cautelar. Se señaló que las palabras “respecto de” deberían interpretarse en sentido restrictivo, a fin de que vinculara inequívocamente la medida otorgada a la caución prestada. Tras un debate, el Grupo de Trabajo consideró aceptable esta propuesta.

95. En cuanto a la redacción, se indicó que sería preferible que el texto, en vez de decir “al demandante y a toda otra parte”, dijera “al demandante o a toda otra parte”, para dar a entender que el tribunal arbitral podría exigir caución tanto del demandante como de toda otra parte interesada, pero no a ambas a la vez. El Grupo de Trabajo aprobó esta propuesta.

96. Respecto de la posibilidad de que el tribunal arbitral ordenara a “cualquier otra parte” prestar una caución adecuada, se señaló que era indispensable mantener la posibilidad de que el tribunal arbitral ordene al demandado (es decir, a la parte

contra la que se otorgue la medida) que preste tal caución. Se sostuvo que esa condición se ajustaba al principio de la igualdad de trato entre las partes en actuaciones arbitrales. Si bien es razonable creer que raras veces se requerirá del demandado que preste caución, se daban casos de que, para obtener el alzamiento de una medida cautelar, como el embargo o secuestro de un buque, fuera el demandado el que depositara una caución.

#### **Párrafo 5)**

97. Se planteó la cuestión de si convenía o no eliminar la segunda frase del párrafo 5) que preveía la obligación de que cuando una parte presentara declaraciones, documentos o demás información al tribunal arbitral, debiera darse traslado de todo ello a la otra parte. Se sostuvo que esa obligación constituía una repetición de la obligación que ya se aplicaba en virtud del párrafo 3) del artículo 24 de la Ley Modelo. Se observó que, dado que el texto del artículo examinado formaría parte de la Ley Modelo, no era, por lo tanto, lógico repetir una obligación ya enunciada en otra disposición de la Ley Modelo. No obstante, se expresó la opinión de que la obligación de una parte de informar al tribunal arbitral sólo se mencionaba en el artículo 17, y en ninguna otra disposición de la Ley Modelo. Así pues, en aras de la claridad, era apropiado vincular la obligación de informar al tribunal a la obligación general de informar a la otra parte.

98. Sobre esta disposición se formularon diversas propuestas. Se sugirió que, después de las palabras “con prontitud” se insertaran palabras como “, enviando copias a todas las otras partes,” y que se suprimiera la segunda frase del párrafo 5). Según otra sugerencia, habría que enmendar las palabras iniciales del párrafo del modo siguiente: “La parte requirente deberá revelar con prontitud todo cambio importante (...)”, y también se sugería que se suprimiera la segunda frase del párrafo 5). Se argumentó que con esas palabras se expresaba la obligación de forma más neutral y se evitaba que se infiriera que el párrafo excluía toda obligación en virtud del párrafo 3) del artículo 24 de la Ley Modelo. Tras un debate, el Grupo de Trabajo estimó que en general esta última propuesta era aceptable.

#### *Sanción por incumplimiento*

99. Se observó que, en la forma en que estaba redactado, el párrafo 5) no preveía ninguna sanción en caso de incumplimiento de la obligación de informar. Se sugirió que en el párrafo 6) se previera una sanción al respecto, en virtud de la cual todo incumplimiento de la obligación de revelar información constituiría un motivo para la modificación, suspensión o revocación de la medida cautelar.

100. Se estimó que no era necesario prever expresamente una sanción en el párrafo 6), ya que en cualquier caso la sanción habitual de todo incumplimiento de la obligación de revelar información era la suspensión o revocación de la medida, o la indemnización de los daños y perjuicios causados. No obstante, se señaló que podía haber casos en que la indemnización de los daños no representara una solución, en particular cuando la otra parte no estuviera en condiciones de pagar una indemnización. A fin de reflejar mejor esa realidad, se sugirió que, al final del párrafo 5), se agregara la siguiente frase: “; todo incumplimiento de esta última obligación podrá constituir un motivo para suspender o revocar la medida cautelar con arreglo al párrafo 6) del presente artículo”. Tras un debate, el Grupo de Trabajo

convino en que no era necesario agregar al párrafo 5) una disposición relativa a sanciones.

#### **Párrafo 6)**

101. Con respecto a la redacción de este párrafo, se señaló que, si bien en el párrafo 4) del artículo 17 bis se hablaba de “revocación, suspensión o enmienda de dicha medida cautelar”, en el párrafo 6) del presente artículo 17 se hacía referencia a la posibilidad de “modificar, suspender o levantar toda medida cautelar”. Se convino en que deberían armonizarse ambas disposiciones. Se prefirió que, en vez del verbo “enmendar”, se empleara el verbo “modificar”.

*“Que haya dictado”*

102. Se recordó que las palabras “que haya otorgado” se habían insertado en el proyecto de párrafo para tener en cuenta la decisión del Grupo de Trabajo conforme a la cual el tribunal arbitral sólo podía modificar o revocar las medidas cautelares otorgadas por él mismo (A/CN.9/545, párrafo 41). En función de ello, se convino que las palabras “que haya otorgado” quedaran incorporadas al texto del párrafo eliminando los corchetes.

103. Se planteó la cuestión de si sería procedente prohibir al tribunal arbitral que modificara una medida cautelar dictada por un foro judicial, habida cuenta de que toda parte en un acuerdo de arbitraje podía demandar ante el foro competente que impusiera una medida cautelar antes de que se constituyera el tribunal arbitral. Se sostuvo que, en tales circunstancias, podía haber buenas razones para permitir que el tribunal arbitral, una vez constituido, modificara tales medidas. Esta opinión recibió cierto apoyo.

104. Se señaló que la cuestión de si debía permitirse que un tribunal arbitral revisara una orden cautelar dictada por un foro judicial era una cuestión espinosa que planteaba problemas delicados acerca de la función de la jurisdicción estatal y del equilibrio entre la función asumida por los órganos arbitrales privados y la que corresponde a los tribunales judiciales, que actuaban en el ejercicio de un poder soberano y disponían de su propia vía de recurso. El Grupo de Trabajo señaló que el artículo 9 de la Ley Modelo regulaba adecuadamente la jurisdicción concurrente del tribunal arbitral y del foro judicial competente, y preveía de forma inequívoca el derecho de las partes a demandar una medida cautelar del foro judicial competente antes de la apertura de las actuaciones arbitrales o en el curso de las mismas. El Grupo de Trabajo convino en que en la Ley Modelo no debería regularse la cuestión de la posible revisión, por un tribunal arbitral, de una medida cautelar ordenada por un foro judicial. A este respecto, se observó que existían diversas vías para resolver dicha cuestión. Por ejemplo, las partes podían acudir de nuevo ante el foro que hubiera ordenado la medida para pedir que faculte al tribunal arbitral, una vez constituido, para modificar la medida. Además, el tribunal arbitral siempre podría exigir a las partes que presenten al foro judicial la decisión que el tribunal arbitral haya adoptado.

#### **Párrafo 6 bis)**

105. El Grupo de Trabajo recordó que a fin de ayudar a las deliberaciones sobre el apartado 6 bis), la Secretaría había preparado una nota (A/CN.9/WG.II/WP.127) con información recibida de los Estados acerca del régimen de la responsabilidad

aplicable con arreglo al derecho interno a las medidas cautelares. Se observó que, en las normas citadas en dicho documento, el derecho interno no distinguía entre las medidas otorgadas “*ex parte*”, o sin escuchar a la parte afectada, y las otorgadas tras haber escuchado a las dos partes, en lo referente al régimen de la responsabilidad aplicable. Se sugirió, por ello, que se suprimieran los corchetes que englobaban dicho párrafo y que el Grupo de Trabajo examinara la posibilidad de mejorar su texto.

106. Se sugirió que el texto por el que se dispone que el demandante será responsable de los gastos y daños que ocasione la medida “desde la fecha en que se otorgó y hasta que se levante” era innecesaria porque el requisito de que los gastos y daños fueran “ocasionados” por la medida ya definía su ámbito de aplicación. Se sugirió también que las condiciones actualmente enunciadas en el párrafo 6 bis) pudieran resultar confusas y que tal vez no fuera procedente el requisito que hacía depender la responsabilidad al respecto del fallo resolutorio sobre el fondo del litigio. A este respecto, se recordó al Grupo de Trabajo de que en su 39º período de sesiones, se expresó firmemente el parecer de que el fallo resolutorio en cuanto al fondo del litigio no debería ser un elemento esencial para la determinación de si estaba o no justificada la adopción de una medida cautelar (A/CN.9/545, párr. 68). Por ello, se sugirió sustituir la primera versión del párrafo 6 bis) por el texto “el demandante será responsable de todo gasto o daño que la medida cautelar ocasione a la parte contra la que sea aplicable, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida cautelar”. Se expresó apoyo a favor de dicha propuesta.

107. Se expresó cierta inquietud de que el texto del párrafo 6 bis) parecía hacer depender la facultad del tribunal arbitral para otorgar daños de que el tribunal llegara a la conclusión de que la medida cautelar no debería haber sido impuesta, lo que tal vez no dejara al tribunal arbitral suficiente margen de discrecionalidad para ejercitar dicha facultad en supuestos en los que la medida se hubiera adoptado a la luz de datos erróneos. A fin de dotar al tribunal de una discrecionalidad más amplia, se sugirió una segunda propuesta consistente en sustituir la totalidad del texto del párrafo 6 bis) por el siguiente: “El demandante será responsable de todo gasto o daño que la medida cautelar ocasione a la parte contra la que sea aplicable, en la etapa del procedimiento y en la medida que el tribunal arbitral considere oportuna habida cuenta de todas las circunstancias que puedan ser del caso”. Se dijo que, en el supuesto de aceptarse la nueva formulación, cabría suprimir la segunda oración del párrafo 6 bis). Dicha propuesta obtuvo escaso apoyo. Se expresaron preferencias a favor de la primera propuesta al estimarse que respondía mejor a las inquietudes expresadas y que impartía más orientación que la segunda.

108. Respecto de la última versión del párrafo 6 bis), se sugirió suprimir el término “inmediata” por estimarse que cabría interpretarlo erróneamente en el sentido de que sugería que el tribunal arbitral otorgara daños simultáneamente al otorgamiento de la medida cautelar. Se sugirió sustituir dicha oración por el siguiente texto: “El tribunal arbitral podrá otorgar una indemnización por daños en cualquier momento de las actuaciones, a partir del levantamiento de la medida cautelar”. Se sugirió que las palabras “a partir del levantamiento de la medida cautelar” eran innecesariamente restrictivas al limitar el otorgamiento de daños al período subsiguiente a la extinción de la medida cautelar. Se convino en suprimir las palabras “a partir del levantamiento de la medida cautelar”. Se convino asimismo en

que se aclarara, en todo texto explicativo que se publicara del párrafo 6 bis), que la referencia que se hacía en dicho texto a las “actuaciones”, estaba referida a las actuaciones arbitrales y no a alguna otra actuación relativa a la medida cautelar. A reserva de dichas modificaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del texto propuesto.

### **Párrafo 7)**

#### *Medidas otorgadas (ex parte) sin escuchar a la parte afectada*

109. El Grupo de Trabajo recordó que en anteriores períodos de sesiones se había examinado a fondo la cuestión de si procedía insertar alguna disposición relativa a las medidas “*ex parte*”, u otorgadas sin escuchar a la parte afectada, habiéndose expresado pareceres divergentes al respecto. El Grupo de Trabajo recordó asimismo que, en su 36° período de sesiones, la Comisión había tomado nota de la sugerencia relativa a las medidas “*ex parte*”, que, a juicio de la Comisión, sigue siendo un punto controvertido, por lo que convenía no dejar que dicha cuestión demorara la finalización del texto del proyecto de artículo 17 (A/58/17, párr. 203).

110. En su 39° período de sesiones el Grupo de Trabajo prosiguió su examen detallado del párrafo 7), y convino en que en su próximo período de sesiones, se examinara, como asunto de carácter general la conveniencia de incluir en el proyecto de artículo 17 una disposición relativa a las medidas cautelares otorgadas escuchando únicamente al demandante de la medida (A/CN.9/545, párr. 50). Se señaló que las denominadas medidas cautelares “*ex parte*”, u otorgadas sin escuchar a la parte afectada por la medida, apenas habían sido tratadas en el derecho interno de los países o en los principios generales de su derecho, así como tampoco en la práctica comercial internacional. Se indicó que tal vez fuera contraproducente que en un instrumento de la CNUDMI se intentara regular una práctica procesal que, hasta la fecha, estaba tan poco reconocida.

111. Las observaciones formuladas en el curso del actual período de sesiones indicaban que sigue habiendo opiniones sumamente divergentes sobre la cuestión de que se inserte una disposición por la que se faculte al tribunal arbitral a otorgar medidas sin escuchar a la parte afectada por la medida. Por una parte, se dijo que no existía un consenso mundial sobre los criterios y prácticas que serían aplicables a la concesión de dichas medidas por un tribunal arbitral y que incluir una disposición al respecto, en ausencia de dicho consenso, restaría valor a la función de la Ley Modelo como norma de rango internacional avalada por un consenso de ámbito mundial.

112. Se dijo, en sentido contrario, que la función de la CNUDMI iba más allá del mero cometido de armonizar el derecho existente, ya que la Comisión había asumido con regularidad una función al servicio del desarrollo de reglas innovadoras o más modernas promoviendo las mejores prácticas y evaluando su eventual impacto económico positivo. Se señaló que el Grupo de Trabajo tenía la posibilidad de abordar la práctica, cada vez más difundida, de las medidas “*ex parte*”, y que el hecho de que algunas no las adoptaran no restaría importancia a las nuevas reglas. Se expresó la opinión de que, además de ser cuestionable la necesidad de regular las medidas cautelares “*ex parte*”, se debía evitar introducir en la Ley Modelo disposiciones que tal vez obstaculizaran el desarrollo de la práctica basada en estas medidas. Se expresó, no obstante, apoyo en favor de la idea de que,

pese a la ausencia de un consenso, el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta la importancia del sector doctrinal favorable al otorgamiento de ciertas medidas sin escuchar a la parte afectada y preparara un texto, incorporable al derecho interno, para aquellos países que desearan regular esta cuestión. Se señaló también que varias instituciones arbitrales internacionales habían aprobado reglas de emergencia para que los árbitros atendieran la demanda creciente de estas medidas, por ejemplo en el caso del arbitraje deportivo.

113. Se expresó el parecer de que el texto del párrafo 7) que había aumentado y fortalecido las salvaguardias contra el recurso indebido a medidas otorgadas a instancia de una sola parte, fuera aceptable al Grupo de Trabajo.

114. Se propusieron cierto número de variantes al texto actual del proyecto de párrafo 7). Una de ellas, recogida y explicada en la propuesta presentada por la Cámara de Comercio Internacional (A/CN.9/WG.II/WP.129), decía:

“a) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar, sin dar a la parte [contra la que se otorgue la medida] [afectada por la medida] la oportunidad [de oponerse a la medida] [de ser oída], cuando:

- i) dicha medida sea urgente;
- ii) se den los requisitos enunciados en el párrafo 3); y
- iii) el demandante haga ver la necesidad de obrar así a fin de que la finalidad de la medida no se vea frustrada antes de haber sido otorgada.

b) El demandante:

i) será responsable de todo daño o gasto que la medida ocasione a la parte [contra la que vaya dirigida] [afectada por la misma] [en la cuantía que proceda, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, en función de lo que disponga el laudo que dirima el fondo del litigio]; y

ii) deberá constituir una caución en la forma que el tribunal arbitral considere adecuada [, para responder de todo daño o gasto ocasionado conforme a lo previsto en el inciso i),] [como requisito para otorgar una medida requerida en el marco del presente párrafo].

iii) Deberá dar aviso de que ha demandado la medida a la parte [contra la que vaya dirigida] [afectada por la misma] en el momento en que presente dicha demanda.

c) [Para no dar lugar a dudas,] el tribunal arbitral será competente para pronunciarse, entre otras cosas, sobre toda cuestión suscitada por el anterior [apartado b)] o con él relacionada].

d) [La parte [contra la que vaya dirigida] [afectada por] una medida cautelar otorgada con arreglo al presente párrafo tendrá la oportunidad [de oponerse a la medida y] de ser oída por el tribunal arbitral [dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su notificación, o en todo otro momento o fecha que sea adecuado en las circunstancias del caso].]

e) [Toda medida cautelar impuesta con arreglo a este párrafo no será válida por más de veinte días [a partir de la fecha en que el tribunal arbitral



imponga la medida] [a partir de la fecha en que la medida surta efecto frente a la otra parte], plazo que no será prorrogable. No se verá afectada, por lo dispuesto en el presente apartado, la autoridad del tribunal arbitral para otorgar, confirmar, prorrogar o modificar una medida cautelar con arreglo a lo previsto en el párrafo 1] una vez que la parte [contra la que vaya dirigida la medida] [afectada por la medida] haya tenido oportunidad de [oponerse a la medida] [y de ser oída].]

f) [La parte que demande una medida cautelar con arreglo al presente párrafo estará obligada a informar al tribunal arbitral de toda circunstancia que sea probable que dicho tribunal estime ser del caso o de interés para su determinación sobre si se cumplen o no los requisitos enunciados en el presente párrafo.]

*Modificaciones propuestas al artículo 17 bis, párrafos 1 y 6*

1) A reserva de lo dispuesto en el presente artículo, toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral que satisfaga los requisitos del artículo 17, a excepción de las medidas cautelares que se adoptan en virtud del párrafo 7 del artículo 17, se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada previa presentación [por escrito] a un tribunal competente de una solicitud, independientemente del país en que se haya formulado.

El párrafo 6 del artículo 17 bis debería suprimirse en su totalidad.”

115. Otro texto que se sugirió insertar en lugar del actual párrafo 7):

“En todo supuesto en el que la divulgación previa de la medida demandada a la parte que haya de cumplirla entrañe el riesgo de frustrar su aplicación, el demandante podrá presentar su demanda sin notificarla a parte alguna. A su recepción el tribunal arbitral deberá comunicar la demanda presentada a toda otra parte interesada, invitándola a que presente su respuesta. El tribunal arbitral podrá adjuntar a su comunicación un mandato provisional [por el que se impida toda tentativa de frustrar la medida demandada]/[para preservar el *status quo*] que deberá observarse hasta que haya oído a dicha parte y hasta que el tribunal se pronuncie respecto de la demanda presentada [con tal de que la validez de dicho mandato provisional no se prolongue más allá de X días].”

116. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no pudo examinar en detalle dichas propuestas. El Grupo de Trabajo tomó nota de las propuestas y decidió que proseguiría su examen en su próximo período de sesiones sobre la base de la documentación preparada para el actual período de sesiones y del texto de la propuesta adicional, así como toda otra propuesta que pudiera comunicarse a la Secretaría para la preparación del siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo. Se señaló que, además de examinar el contenido de una disposición sobre medidas cautelares “*ex parte*”, el Grupo de Trabajo debería prestar atención al lugar en que ubicaría dicha disposición. Entre los lugares propuestos se indicó una nota de pie de página del artículo 17, ya fuera en forma de una cláusula de aceptación o de exclusión, por vía contractual, de dichas medidas para su examen por los legisladores de los países.