



# Asamblea General

Distr. general  
4 de octubre de 2004  
Español  
Original: inglés

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

38º período de sesiones  
Viena, 4 a 22 de julio de 2005

### Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 41º período de sesiones (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004)

#### Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción . . . . .	1-10	3
II. Deliberaciones y decisiones . . . . .	11	4
III. Proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional relativo a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares . . . . .	12-72	5
Párrafo 7) . . . . .	13-72	7
Observaciones generales . . . . .	13-17	7
Opciones de desvinculación o de adhesión . . . . .	18-22	9
Apartado a) . . . . .	23-32	11
Apartado b) . . . . .	33-38	13
Apartado c) . . . . .	39-43	15
Apartado d) . . . . .	44-51	16
Apartado e) . . . . .	52-61	18
Apartado f) . . . . .	62-64	19
Apartado g) . . . . .	65	20
Apartado h) . . . . .	66-68	21



Debate general y futuras actuaciones del Grupo de Trabajo . . . . .	69-72	21
IV. Posible inclusión de la Convención de Nueva York en la lista de instrumentos internacionales a que se aplicaría el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales . . . . .	73-79	23
V. Otros asuntos . . . . .	80	24

## I. Introducción

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

2. En los párrafos 5 a 17 del documento A/CN.9/WG.II/WP.130 figura el resumen más reciente de las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo sobre, entre otras cosas, un proyecto revisado de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante denominada “la Ley Modelo”) relativo a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, y sobre la propuesta de un nuevo artículo para la Ley Modelo que rija la ejecución de las medidas cautelares (que se ha insertado provisionalmente en el texto como artículo 17 bis). Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de esos textos para someterla al examen del Grupo de Trabajo en su 41º período de sesiones.

3. El Grupo de Trabajo, que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 41º período de sesiones en Viena del 13 al 17 de septiembre de 2004. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Austria, Belarús, Bélgica, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Italia, Japón, Kenya, Líbano, Marruecos, México, Nigeria, Pakistán, Polonia, Qatar, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Rwanda, Serbia y Montenegro, Singapur, Suecia, Suiza, Túnez, Turquía y Venezuela.

4. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Bulgaria, Eslovaquia, Filipinas, Finlandia, Grecia, Iraq, Irlanda, Malasia, Myanmar, Nueva Zelandia, Países Bajos, Perú y Yemen.

5. Asistieron también observadores de las siguientes organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI).

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

7. Asimismo estuvieron presentes observadores de las siguientes organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: *American Arbitration Association (AAA)*, *Association of the Bar of the City of New York (ABCNY)*, *Association Suisse de l'Arbitrage (ASA)*, Cámara de Comercio Internacional (CCI), *Center for International Legal Studies*, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, *Chartered Institute of Arbitrators*, Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial

(ICCA), Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), *Forum for International Commercial Arbitration* (FICA), *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* (KLRCA), *Regional Centre for International Commercial Arbitration* (Lagos), *School of International Arbitration*, Unión Árabe de Arbitraje Internacional y *Union des Avocats Européens*.

8. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

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

*Relator:* Sr. Il Won KANG (República de Corea).

9. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: a) el programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.130); b) una nota de la Secretaría con el nuevo texto revisado de un proyecto de disposición relativa a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, preparado en atención a las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 39º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.131); c) una nota de la Secretaría relativa a la propuesta de incluir una referencia a la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (“la Convención de Nueva York”) en el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en el contexto de los contratos internacionales (A/CN.9/WG.II/WP.132); y d) el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 40º período de sesiones (A/CN.9/547).

10. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones;
2. Elección de la Mesa;
3. Aprobación del programa;
4. Preparación de disposiciones uniformes sobre las medidas cautelares para su incorporación a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional;
5. Posible inclusión de la Convención de Nueva York en la lista de instrumentos internacionales a que se aplicaría la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales;
6. Otros asuntos;
7. Aprobación del informe.

## II. Deliberaciones y decisiones

11. El Grupo de Trabajo examinó el tema 4 del programa basándose en el texto de la nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.131). Las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo y las conclusiones a que éste llegó con respecto a este tema se recogen en el capítulo III. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de determinadas disposiciones basándose en las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo. Éste examinó los temas 5 y 6 del programa, el primero de ellos sobre la base de las propuestas enunciadas en la nota de la

Secretaría A/CN.9/WG.II/WP.132. Sus deliberaciones y conclusiones sobre esos temas se recogen en los capítulos IV y V, respectivamente.

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

12. El Grupo de Trabajo recordó que había convenido en reanudar el debate sobre una versión revisada de la disposición relativa a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares. El Grupo de Trabajo examinó el nuevo texto revisado del artículo 17 de la Ley Modelo, que la Secretaría había preparado basándose en las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo en su 40º período de sesiones y sus correspondientes decisiones (A/CN.9/547, párrs. 68 a 116) y que en adelante se denominará “el proyecto de artículo 17” (A/CN.9/WG.II/WP.131). Su enunciado es el siguiente:

“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 o no en forma 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 el menoscabo del propio procedimiento arbitral], o se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente lo ocasionarían;

c) Ofrezca algún medio de preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve ciertos elementos de prueba 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 algún daño, no resarcible adecuadamente mediante un mandato de indemnización, que sea notablemente más grave que el que podría sufrir la parte afectada por la medida en caso de ser otorgada; y

b) Existe una posibilidad razonable de que prospere su demanda sobre el fondo del litigio, siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno la determinación final subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

4) El tribunal arbitral podrá exigir del demandante de la medida cautelar o de toda otra parte interesada que preste una caución adecuada respecto de la medida demandada.

5) El demandante deberá dar a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que se demandara la medida cautelar o que el tribunal arbitral la otorgara.

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 de la medida cautelar será responsable de todo gasto, daño o perjuicio que dicha medida 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. El tribunal arbitral podrá exigir en cualquier momento de las actuaciones el pago de costas o de una indemnización.

7) a) [Salvo acuerdo en contrario de las partes,] cuando la divulgación previa a la parte que haya de cumplir la medida cautelar solicitada entrañe el riesgo de hacerla fracasar, el demandante podrá presentar una demanda al respecto sin notificarla a dicha parte y solicitar un mandato preliminar del tribunal arbitral [por el que se ordene a tal parte que mantenga el statu quo hasta que el tribunal arbitral haya oído a dicha parte y se haya pronunciado sobre la procedencia de la medida solicitada].

b) Las disposiciones de los párrafos [2),] 3), 5), 6) y 6 bis) del presente artículo serán aplicables a todo mandato preliminar que el tribunal arbitral pueda emitir con arreglo al presente párrafo.

c) [El tribunal arbitral podrá emitir un mandato preliminar siempre que llegue a la conclusión de que la finalidad de la medida cautelar solicitada puede verse frustrada de algún modo antes de que se haya escuchado a todas las partes interesadas.]

d) Después de haberse pronunciado sobre la procedencia del mandato solicitado, el tribunal arbitral notificará inmediatamente, a la parte que vaya a verse afectada, la demanda presentada y el mandato preliminar, en caso de ser éste otorgado, así como toda otra comunicación intercambiada entre alguna de las partes y el tribunal arbitral relativa a dicha solicitud [, a no ser que el tribunal determine [con arreglo al apartado i) del párrafo 7<sup>1</sup>] que tal notificación

---

<sup>1</sup> Propuesta de apartado relativo al aplazamiento de la notificación de un mandato preliminar a efectos de dar margen para su ejecución oportuna por vía judicial:

“[i] Si la notificación por el tribunal arbitral entraña el riesgo de frustrar la ejecución, por la vía judicial, del mandato preliminar, el tribunal arbitral podrá aplazar la notificación a la parte afectada de la demanda recibida, del mandato otorgado y de toda otra comunicación relativa a dicha demanda intercambiada entre alguna de las partes y el tribunal arbitral. Todo mandato preliminar otorgado deberá indicar la duración del aplazamiento de su notificación, que no deberá exceder del período máximo de validez del mandato preliminar. Al término del plazo así indicado, el tribunal arbitral deberá notificar sin más demora a la parte afectada la demanda presentada y el mandato

debe postergarse hasta que el mandato preliminar se ejecute por vía judicial o expire].

e) Deberá darse a la parte afectada por el mandato preliminar la oportunidad de hacer valer sus argumentos ante el tribunal arbitral a la mayor brevedad posible y, [en cualquier caso], en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas a partir de la notificación, o en todo [otro] momento o fecha [anterior] que sea adecuado en las circunstancias del caso.

f) Todo mandato preliminar emitido 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 lo haya emitido, a menos que dicho tribunal lo confirme, prorrogue o modifique dándole forma de medida cautelar [o cualquier otra forma]. Tal confirmación, tal prórroga o tal modificación no se efectuarán hasta que se haya notificado a la parte afectada la medida solicitada y hasta que dicha parte haya tenido la oportunidad de hacer valer sus argumentos.

g) El tribunal arbitral exigirá la debida caución a todo demandante de un mandato preliminar.

h) En tanto que la parte que vaya a verse afectada por el mandato no haya podido exponer sus argumentos ante el tribunal arbitral, con arreglo al apartado e) del párrafo 7), el demandante estará obligado a informar oportunamente al tribunal arbitral de toda nueva circunstancia que éste pueda considerar pertinente para determinar si otorgará o no un mandato preliminar con arreglo al apartado c) del párrafo 7).”

## **Párrafo 7)**

### **Observaciones generales**

13. El Grupo de Trabajo recordó que en su 40º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de febrero de 2004), por falta de tiempo, no había podido examinar el texto del párrafo 7) del proyecto de artículo 17. Se señaló que la Comisión, en su 37º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004), había reiterado que la cuestión de las medidas cautelares dictadas *ex parte* (a instancia de parte), que, a su juicio, seguía siendo una cuestión importante y controvertida, no debería frenar los avances en la revisión de la Ley Modelo. No obstante, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo no había dedicado mucho tiempo en sus recientes períodos de sesiones al examen de esta cuestión y expresó la esperanza de que en su siguiente período de sesiones llegara a un consenso al respecto sobre la base de un proyecto revisado que preparara la Secretaría (A/59/17, párr. 58).

14. El Grupo de Trabajo recordó que la cuestión de la inclusión de las medidas cautelares *ex parte* en el proyecto ya había sido objeto de deliberaciones (véanse

---

preliminar otorgado, así como toda otra comunicación relativa a dicha demanda intercambiada entre alguna de las partes y el tribunal arbitral. Se dará a la parte contra la que vaya dirigido el mandato preliminar la oportunidad de hacer valer sus argumentos ante el tribunal arbitral a la mayor brevedad posible y [en cualquier caso] en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas a partir de la notificación, o en todo [otro] momento o fecha [anterior] que sea adecuado en las circunstancias del caso.]”

A/CN.9/468, párr. 70; A/CN.9/485, párrs. 89 a 94; A/CN.9/487, párrs. 69 a 76; A/CN.9/508, párrs. 77 a 79; A/CN.9/523, párrs. 15 a 76; A/CN.9/545, párrs. 49 a 92; y A/CN.9/547, párrs. 109 a 116).

15. Se recordó que la idea de formular una disposición que previera el otorgamiento de medidas cautelares a instancia de parte se había planteado al reconocerse que, en algunos casos, el factor sorpresa era necesario, por ejemplo, cuando la parte afectada pudiera tratar de adelantarse a la medida tomando disposiciones que la hicieran inútil o inejecutable (A/CN.9/WG.II/WP.110, párr. 69). Se indicó también que era habitual que los tribunales estatales otorgaran medidas cautelares *ex parte* y que el hecho de que esas medidas raras veces se solicitaban en procedimientos de arbitraje obedecía, tal vez en parte, a la falta de reglamentación legal de dichas medidas. Se argumentó que si se omitía la disposición sobre las medidas cautelares, las partes que hubieran decidido dirimir sus controversias al margen del sistema judicial se verían obligadas a recurrir a él cuando se plantearan cuestiones de medidas cautelares *ex parte*.

16. Algunas delegaciones se opusieron a que se incluyera tal disposición en el texto. Se sostuvo que la inclusión de una disposición sobre las medidas cautelares *ex parte* iba en contra de los principios de la confianza y del consenso en que se basaba el arbitraje internacional, y que contradecía el principio de que las partes en procedimientos arbitrales debían ser tratadas con equidad y en pie de igualdad. Se argumentó que si en el proyecto se insertaba una disposición de esta índole, habría enormes dificultades para conciliarla con las disposiciones ya existentes de la Ley Modelo, concretamente con el artículo 18 (que dispone que deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos), con el párrafo 3) del artículo 24 (en virtud del cual debe darse traslado de todos los documentos a ambas partes) y con el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 (que permite denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo cuando una de las partes no ha podido hacer valer sus derechos). Asimismo, se consideró que el párrafo 7) daba excesiva complejidad al texto y podía crear obstáculos para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno de los países en que se consideraba que las medidas *ex parte* eran contrarias al orden público, las normas constitucionales o los tratados internacionales. Se señaló que, en los países en que las medidas cautelares dictadas a instancia de parte fueran aceptables, tales medidas podrían dictarse sobre la base de un arreglo contractual en ausencia de legislación concreta al respecto. Desde esa perspectiva, la incorporación al texto de una disposición del tenor del párrafo 7) podría incluso considerarse una limitación de la autonomía de las partes. Además, se argumentó que en los ordenamientos jurídicos en que raras veces se dictaban medidas cautelares *ex parte* o en que eran prácticamente desconocidas, podría resultar difícil para los tribunales estatales ejecutar medidas cautelares otorgadas a instancia de parte por un tribunal arbitral.

17. En cambio, otras delegaciones se declararon partidarias de que se incluyera en el texto una disposición en que se reconocieran las medidas cautelares *ex parte*. Se estimó que las debidas garantías procesales y el trato igualitario de las partes en una controversia eran elementos esenciales de la mayoría de los sistemas de justicia, si bien, no obstante, había surgido la práctica de otorgar medidas cautelares *ex parte* al reconocerse que, en determinadas circunstancias, sólo los procedimientos *ex parte* podían evitar la injusticia que entrañaba el hecho de que una parte hiciera fracasar el

procedimiento arbitral. A fin de obviar las reservas que suscitaban las medidas dictadas a instancia de parte, los tribunales habían formulado salvaguardias estrictas. Se señaló que en el párrafo 7) se habían tenido en cuenta esos precedentes procesales en tribunales estatales y se habían previsto salvaguardias rigurosas, como la limitación estricta del plazo, el requisito de que la parte contra la que se solicitara la medida tuviera la oportunidad de ser escuchada lo antes posible, la obligatoriedad de prestar caución y el requisito de revelar plenamente los hechos. Sin embargo, se recordó que, si bien los procedimientos *ex parte* eran aceptables en el caso de los tribunales estatales, dado su carácter público, tal vez no resultara tan aceptable crear un mecanismo paralelo aplicable a los tribunales arbitrales. Se sostuvo también que los intentos de equiparar plenamente los tribunales arbitrales con los tribunales estatales podía resultar contraproducente y frenar el desarrollo del arbitraje comercial internacional en determinados países.

### **Opciones de desvinculación o de adhesión**

18. Ante la disparidad de los criterios expuestos en los párrafos anteriores, el Grupo de Trabajo emprendió un debate sobre la eventual conveniencia de que en la Ley Modelo se abordara la cuestión de las medidas *ex parte* previendo una disposición en virtud de la cual las partes pudieran declararse no vinculadas por tales medidas o adherirse a ellas.

19. La opción de “desvinculación” se había enunciado en la expresión entre corchetes “Salvo acuerdo en contrario de las partes”, al principio del párrafo 7). Algunas delegaciones apoyaron este criterio argumentando que era más inherente al carácter contractual del arbitraje. Se consideró que el criterio de “no considerarse vinculado” reflejaba mejor el criterio legislativo que se había seguido en otras disposiciones de la Ley Modelo y, en cuanto al criterio de la adhesión, se dijo que ese criterio era prácticamente desconocido en la tradición legislativa de muchos países. Se argumentó también que si se dejaba la cuestión de las medidas *ex parte* en manos de las partes, no se cumpliría el objetivo de fomentar la uniformidad en la legislación sobre esa cuestión.

20. No obstante, varias delegaciones se declararon partidarias de que se introdujera en el texto el criterio de la “adhesión” y propusieron que la disposición que rigiera las medidas cautelares *ex parte* empezara con una frase como: “Cuando las partes lo acuerden expresamente”, o “Cuando las partes faculden al tribunal arbitral a tal efecto”. Se observó que el criterio de la adhesión tal vez contribuiría más a preservar el carácter consensual del arbitraje limitando la posibilidad de que se aplicara automáticamente la disposición relativa a las medidas *ex parte*. Por otro lado, se estimó que la incorporación de una cláusula de “desvinculación” podría suscitar objeciones de orden público en algunos ordenamientos jurídicos.

21. Al concluir el debate no se había creado consenso sobre si debía darse a las partes la posibilidad de desvincularse del régimen de las medidas *ex parte* o de adherirse a él. Varias delegaciones compartieron el parecer de que podía resultar imposible regular la cuestión con una norma armonizada o uniforme. En otras palabras, tal vez convendría dejar esta cuestión en manos de los legisladores de los Estados promulgantes. En cuanto a la posibilidad de formular el párrafo 7) con criterios prácticos dándole carácter facultativo, se señaló que existían precedentes al respecto, concretamente en la nota de pie de página correspondiente al párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo, o en la nota de pie de página correspondiente al

artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

22. Antes de decidir si mencionar o no concretamente las medidas cautelares *ex parte* y, en caso afirmativo, de qué forma hacerlo, el Grupo de Trabajo procedió a examinar detenidamente el texto del párrafo 7) del proyecto de artículo 17 que figuraba en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.131). Durante sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo también examinó otra posible versión del proyecto de artículo 17 propuesta por una delegación. Por falta de tiempo, sólo examinó el párrafo 7) de esa propuesta, cuyo texto completo era el siguiente:

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

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada o no en forma 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 se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente lo ocasionarían;

c) Ofrezca algún medio de preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser de interés o de importancia para resolver la controversia.

3) Salvo en lo referente a la medida enunciada en el apartado d) del párrafo 2, 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 algún daño, no resarcible adecuadamente mediante un mandato de indemnización, que sea notablemente más grave que el que podría sufrir la parte afectada por la medida en caso de ser otorgada; y

b) Existe una posibilidad razonable de que prospere su demanda sobre el fondo del litigio, siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno la determinación final subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

4) El tribunal arbitral podrá exigir del demandante de la medida cautelar o de toda otra parte interesada que preste una caución adecuada respecto de la medida demandada.

5) Si así lo ordena el tribunal arbitral, el demandante deberá dar a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que se demandara la medida cautelar o que el tribunal arbitral la otorgara.

6) (suprimido)

6 bis) El demandante de la medida cautelar será responsable de todo gasto, daño o perjuicio que dicha medida ocasione a la parte contra la que sea aplicable, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no se justificaba tal medida. El tribunal arbitral podrá exigir en cualquier momento de las actuaciones el pago de costas o de una indemnización.

7) a) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la parte que solicite una medida cautelar podrá presentar su demanda sin notificar a la otra parte, junto con una solicitud de mandato preliminar con objeto de impedir que se haga fracasar el objetivo de la medida cautelar solicitada.

b) Las disposiciones de los párrafos [2),] 3), 4), 5), 6) y 6 bis) del presente artículo serán aplicables a todo mandato preliminar que el tribunal arbitral pueda emitir con arreglo al presente párrafo.

c) [El tribunal arbitral podrá emitir un mandato preliminar siempre que llegue a la conclusión de que la finalidad de la medida cautelar solicitada puede verse frustrada de algún modo antes de que se haya escuchado a todas las partes interesadas.]

d) Después de haberse pronunciado sobre la procedencia del mandato solicitado, el tribunal arbitral notificará inmediatamente, a la parte que vaya a verse afectada, la demanda presentada y el mandato preliminar, en caso de ser éste otorgado, así como toda otra comunicación intercambiada entre alguna de las partes y el tribunal arbitral relativa a dicha demanda, a no ser que el tribunal determine que tal notificación debe postergarse hasta que el mandato preliminar se ejecute por vía judicial o expire.

e) Deberá darse a la parte afectada por el mandato preliminar la oportunidad de hacer valer sus argumentos ante el tribunal arbitral a la mayor brevedad posible. Una vez transcurridas cuarenta y ocho horas u otro breve plazo contado a partir de la expiración del plazo para que la otra parte exponga sus argumentos, el tribunal arbitral decidirá si procede o no confirmar, prorrogar o modificar un mandato preliminar.

f) Todo mandato preliminar emitido 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 lo haya emitido, a menos que dicho tribunal lo confirme, prorrogue o modifique dándole forma de medida cautelar [o cualquier otra forma].

g) (suprimido)

h) (suprimido)”

#### **Apartado a)**

“[*Salvo acuerdo en contrario de las partes*]”

23. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el debate sobre si sería procedente o no incluir en el texto la expresión “[*Salvo acuerdo en contrario de las partes*]” hasta que hubiera concluido su examen del párrafo 7.

*Carácter de los mandatos preliminares*

24. Se expresaron dudas sobre si cabría considerar que el concepto de “mandato preliminar” era una subcategoría del concepto más amplio de “medida cautelar”. Se sostuvo que si ambos conceptos tuvieran el mismo rango legal, el hecho de hacer una distinción entre ambos podría parecer artificial y crear dificultades en la ejecución y en la práctica. Se estimó que, si se pretendía que las medidas cautelares tuvieran el mismo carácter y los mismos efectos que los mandatos preliminares, a fin de evitar confusiones, sería preferible que se empleara una única expresión para ambos conceptos.

25. En apoyo de los partidarios de que los mandatos preliminares y las medidas cautelares tuvieran el mismo carácter jurídico, una delegación observó que, al remitir el párrafo 7) b) a los párrafos 2), 3), 5), 6) y 6 bis), la definición y el régimen legal aplicable a las medidas cautelares resultaba también aplicable a los mandatos preliminares. Se explicó que la definición de medidas cautelares en el párrafo 2) era tan amplia que forzosamente abarcaría también la de mandato preliminar.

*Finalidad, función y régimen legal de los mandatos preliminares*

26. Se aclaró que, si bien un mandato preliminar podía considerarse una subcategoría de una medida cautelar, podía distinguirse de cualquier otra medida cautelar por su alcance más limitado, que era simplemente el de evitar que se hiciera fracasar la medida cautelar concretamente solicitada. Otro rasgo distintivo de los mandatos preliminares radicaba en su función, que se limitaba a ordenar a una parte que mantuviera el statu quo hasta que el tribunal arbitral hubiera escuchado los argumentos de la otra parte y hubiera adoptado una decisión sobre la demanda de la medida cautelar. Además, los mandatos preliminares se distinguían también de las medidas cautelares por su régimen jurídico, en virtud del cual los mandatos preliminares estaban sujetos a límites temporales más estrictos que otras medidas cautelares. Las características concretas de un mandato preliminar se resumieron señalando que el mandato preliminar se limitaba a establecer un mecanismo provisional hasta que la medida cautelar solicitada fuera objeto de un procedimiento *inter partes*, es decir, en el que fueran escuchadas todas las partes.

*Versiones propuestas del apartado a)*

27. A fin de aclarar la distinción entre las medidas cautelares y los mandatos preliminares, y para limitar más las funciones que puedan cumplir los mandatos preliminares, varias delegaciones apoyaron la siguiente variante del apartado a):

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, la parte que solicite una medida cautelar podrá presentar su demanda sin notificar a la otra parte, junto con una solicitud de mandato preliminar con objeto de impedir que se haga fracasar el objetivo de la medida cautelar solicitada.”

28. Se estimó que esta variante tenía más probabilidades de propiciar un consenso al fijar un tope más alto, limitando los casos en que podrían dictarse mandatos preliminares a las situaciones en que el tribunal arbitral determinara que el mandato *ex parte* era necesario para impedir que se hiciera fracasar la medida cautelar. Se sostuvo que, al omitirse la referencia al mantenimiento del statu quo, esa variante daba al tribunal arbitral un mayor margen de flexibilidad. Otra delegación también

consideró que con la nueva variante mejoraba el proyecto de texto, al aclararse las diferencias entre la medida cautelar y el mandato preliminar.

29. En cuanto a la redacción, se sugirió que las palabras “una solicitud de mandato preliminar” se sustituyeran por las palabras “la solicitud de mandato preliminar que se estime necesaria”. Se propuso otro cambio de redacción cuando se planteó la cuestión de si la omisión del requisito de notificar a la otra parte era aplicable tanto a la demanda de la medida cautelar como a la solicitud de un mandato preliminar. Con miras a dejar bien claro que tanto la demanda como la solicitud se hacían sin notificar a la otra parte, se sugirió que las palabras “sin notificar a la otra parte” se trasladaran al final del apartado a). Algunas delegaciones apoyaron esas sugerencias.

30. Se observó que el apartado a) tenía la finalidad de reflejar una práctica ya existente, en virtud de la cual los árbitros notificaban a una parte la solicitud de un mandato preliminar requiriendo a dicha parte, mediante una orden (que en inglés a veces se denominaba “stop order”), que se abstuviera de adoptar medidas que pudieran afectar a la posición de las partes hasta que ambas hubieran sido escuchadas. Con miras a restringir más la función de una medida cautelar de modo que reflejara esa práctica, se propuso el siguiente texto:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, la parte que solicite una medida cautelar podrá presentar su demanda sin notificar a la otra parte, junto con una solicitud de mandato preliminar por el que se ordene a la otra parte que se abstenga de adoptar medidas que puedan hacer fracasar el objetivo de la medida cautelar solicitada.”

31. Si bien a juicio de algunas delegaciones esa propuesta era demasiado restrictiva, recibió un amplio apoyo, pues podía conciliar las opiniones contrapuestas que se habían expresado en relación con las medidas cautelares *ex parte*. Se señaló asimismo que ese enunciado sería particularmente útil para diferenciar el propósito limitado de un mandato preliminar de las funciones más generales que desempeñaban las medidas cautelares. Respondiendo a preguntas formuladas, se explicó que la frase “ordene a la otra parte que se abstenga de adoptar medidas que puedan hacer fracasar la medida cautelar” no debería entenderse en el sentido de que únicamente se pedía a una parte que se abstuviera de actuar, sino también en un sentido más amplio, de que se le ordenaba que adoptara medidas positivas. Además, se señaló que no debería entenderse que con la palabra “mandato” se imponían requisitos procesales en cuanto a la forma que debía revestir el mandato preliminar.

32. Tras sostener un debate, el Grupo de Trabajo adoptó la nueva variante enunciada en los párrafos 30 y 31 *supra*, a reserva de lo que decidiera en sus futuras deliberaciones sobre el lugar en que habría que insertar el párrafo 7) y sobre la formulación de toda cláusula de desvinculación o de adhesión.

#### **Apartado b)**

*Remisión a los párrafos 2), 3), 5), 6) y 6 bis)*

33. Se expresó inquietud de que el hecho de remitirse en el apartado b) a los párrafos 2), 3), 5), 6) y 6 bis) podía interpretarse en el sentido de establecer un único régimen aplicable tanto a las medidas cautelares como a los mandatos

preliminares. Se respondió que la remisión a los párrafos 3), 5), 6) y 6 bis) tenía por objeto incorporar al régimen del mandato las mismas salvaguardias y requisitos que serían aplicables a toda medida cautelar, pero que no debía interpretarse que se equiparaba el mandato preliminar con alguna otra medida cautelar.

34. Dado que el Grupo de Trabajo convino en que se circunscribiera más la definición de mandato preliminar (véanse los párrafos 30 a 32 *supra*), tras haber deliberado al respecto, convino en suprimir la remisión al párrafo 2). Se convino, asimismo, en que se mantuviera la remisión a los párrafos 3), 5), 6) y 6 bis).

*Possible remisión al párrafo 4)*

35. Se propuso que en el apartado b) se hiciera remisión al párrafo 4), en que se dispone que el tribunal arbitral “podrá” exigir una caución al serle demandada una medida cautelar. De resultas de esa propuesta, se sugirió también suprimir el apartado g) (con arreglo al cual el tribunal arbitral estaría obligado a exigir una caución al emitir un mandato preliminar). Se recordó que el Grupo de Trabajo había concluido, en anteriores deliberaciones, que la constitución de una caución adecuada debería ser un requisito ineludible para la concesión de toda medida cautelar *ex parte* (véase A/CN.9/545, párr. 69). Se expresó cierto apoyo a favor de que se retuviera la caución como un requisito exigible para la emisión de un mandato preliminar, dado que constituía una de las salvaguardias más importantes frente a la posible arbitrariedad de una medida cautelar otorgada *ex parte*.

36. Ahora bien, se expresó cierta inquietud de que, en algunos supuestos, no sería viable exigir una caución, por ejemplo, cuando el demandante de la medida no dispusiera de fondos por razón de algún incumplimiento del demandado o cuando se estuviera demandando desagravio por mandato judicial de algún daño ya causado. Se respondió que en el apartado g) se habían previsto ya dichos supuestos al hablar de caución “debida”.

37. No obstante, se expresó firme apoyo a favor del parecer de que sería preferible que el tribunal arbitral gozara de cierto margen de discrecionalidad al decidir si procedía o no exigir caución. Con ese fin, se sugirió que el apartado g) se formulara en términos que obligaran al tribunal arbitral a tomar en consideración la conveniencia de exigir caución, pero dejando que decidiera a su arbitrio si procedía o no exigirla. Se expresaron inquietudes, no obstante, respecto de las posibles consecuencias de que el tribunal no cumpliera debidamente esa obligación. Para disipar esas inquietudes, se propuso que no se hiciera remisión alguna al párrafo 4) en el texto del apartado b), sino que se insertaran al final del apartado g) las palabras siguientes: “salvo que el tribunal estime que existe algún motivo especial para no hacerlo”. Hubo notable apoyo a favor del contenido de dicha propuesta. Desde una perspectiva formal, se cuestionó el empleo de la palabra “especial”, ya que se corría el riesgo de sugerir que deberían alegarse ante el tribunal arbitral ciertas razones previamente definidas. Se sugirió, en respuesta, utilizar un texto como el siguiente: “salvo que el tribunal arbitral estime que es innecesario o que no procede hacerlo”. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de texto revisado del apartado g) en el que se tuviera en cuenta lo dicho en las deliberaciones.

38. Se expresó asimismo inquietud de que no se hubiera definido claramente el momento en el que se había de exigir caución. Se expresó además cierta inquietud

de que no se hubiera prestado, hasta el momento, suficiente atención a la relación entre lo dispuesto en el apartado g) y las disposiciones del proyecto de artículo 17 bis relativas a la ejecución de una medida cautelar. Se recordó que ese asunto había sido objeto de deliberaciones anteriores en el seno del Grupo de Trabajo, pero que no se habían considerado plenamente los efectos o la influencia que pudiera tener el mandato de constituir caución emitido por un tribunal arbitral sobre las actuaciones judiciales posteriores relativas a la ejecutoriedad de la medida cautelar demandada (véase lo dicho en A/CN.9/524, párrs. 72 a 75). Se convino en que tal vez procediera examinar más en detalle esa cuestión más adelante.

#### **Apartado c)**

39. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el apartado c). Se sugirió suprimir dicho apartado por razón de que su texto se limitaba a repetir algo que ya estaba dicho en el apartado a). Se sugirió además que, en la medida en que el apartado c) impartiera cierta orientación que pudiera ser conveniente para algún árbitro, cabría incorporar su contenido a algún texto explicativo que aclarara el significado del apartado a).

40. Se expresaron, no obstante, pareceres a favor de que se retuviera el apartado c) en el cuerpo del párrafo 7). Se dijo que el apartado a) se ocupaba del procedimiento que había de seguirse para solicitar un mandato preliminar, mientras que el apartado c) abordaba la cuestión en función de las facultades del tribunal arbitral, al que impartía orientación sobre las consideraciones que habría de tener en cuenta al emitir ese mandato. Por ello, cabía leer el apartado c) como un texto que explicitaba y complementaba el del apartado a).

41. Para destacar la índole excepcional del mandato preliminar y para cerciorarse de que el texto del apartado c) complementara, en vez de duplicar, el texto del apartado a), se sugirió formular el apartado c) de la siguiente manera: “El tribunal arbitral no podrá emitir un mandato preliminar sin cerciorarse de que existen motivos para abrigar cierta inquietud de que, de no emitirse el mandato, la medida cautelar demandada pueda verse frustrada antes de que se haya escuchado a todas las partes interesadas”. Se expresó apoyo a favor de dicha propuesta, ya que en ella se insistía debidamente en la índole excepcional de las circunstancias que podían justificar la emisión de un mandato preliminar. Se sugirió que cabría insistir aún más en la posible gravedad de un mandato preliminar, para la parte que se viera afectada por dicho mandato, sustituyendo las palabras “motivos para abrigar cierta inquietud” (que se consideraron imprecisas y de sentido demasiado lato) por las palabras “fuerte probabilidad” o “motivos razonables de inquietud”. Se sugirió, al respecto, que el texto del proyecto de disposición no sólo versara sobre el riesgo de que se frustrara la medida demandada, sino también sobre la procedencia de otorgarse tal medida.

42. Se expresó inquietud de que el hecho de exigir a los árbitros que observaran ciertas normas como las de “una fuerte probabilidad” o “motivos razonables de inquietud” pudiera restar previsibilidad al mandato demandado y no impartir criterios de actuación sencillos de seguir, particularmente en el supuesto de árbitros con poca experiencia. El Grupo de Trabajo tomó nota de dicha inquietud.

43. Se sugirió también que el texto del apartado c) resultaría más conveniente si se formulara en sentido afirmativo, en vez de negativo. Se sugirió sustituir la frase “llegue a la conclusión” por el término “considere”, y suprimir, además, la

expresión “de algún modo”, por ser innecesaria. Se sugirió formular el apartado c) de la siguiente manera: “El tribunal arbitral sólo podrá emitir un mandato preliminar si considera que existen causas razonables que hagan temer que se frustré la finalidad de la medida cautelar demandada antes de que se haya escuchado a todas las partes interesadas”. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de dicha propuesta.

#### **Apartado d)**

##### *Notificación*

44. El Grupo de Trabajo centró su atención en el texto inicial, previo a los corchetes, del apartado d). Tras observar que, en algunos casos, le sería difícil al tribunal arbitral dar aviso de su actuación a la parte afectada por el mandato preliminar, se sugirió que, conforme al criterio seguido en otros lugares de la Ley Modelo, se dejara abierta la cuestión de quién habría de dar aviso. Por ejemplo, en el párrafo 2) del artículo 24 de la Ley Modelo se disponía que “deberá notificarse a las partes con suficiente antelación”, sin decirse quién habría de ser el que diera dicho aviso o notificación. Se dijo que de ese modo se facultaría al tribunal arbitral para ordenar al demandante del mandato preliminar que fuera él quien diera aviso a la otra parte de la actuación. El Grupo de Trabajo convino en la procedencia de que el apartado d) dejara ese margen de flexibilidad al tribunal arbitral.

45. Se indicó que en el apartado d) se exigía que se diera aviso de la solicitud de un mandato preliminar, aunque sin enunciar la obligación de que se diera también aviso de la demanda de una medida cautelar. Se sugirió que, aun cuando cabría englobar la mencionada demanda bajo el término “toda otra comunicación”, no estaría de más insertar la expresión “, la demanda de una medida cautelar” a continuación de “la demanda presentada [de dicho mandato]” en el texto del apartado d), para no dejar lugar a dudas. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de dicha sugerencia y pidió a la Secretaría que revisara en consecuencia el texto del apartado c).

##### *Aplazamiento de la notificación y vía ejecutoria judicial*

46. El Grupo de Trabajo pasó a examinar la cuestión del aplazamiento de la notificación hasta que el foro judicial competente hiciera ejecutorio el mandato preliminar, como puede verse enunciada al final del texto entre corchetes del apartado d).

47. Se dijo que incorporar el texto entre corchetes al apartado d) abriría la posibilidad de un diálogo continuo entre el solicitante del mandato preliminar y el tribunal arbitral, que se desarrollaría a espaldas de la parte afectada y que haría que el tribunal arbitral se viera implicado en toda renovación eventual del aplazamiento de la notificación. Se dijo que la confianza en el procedimiento arbitral podría verse socavada por la inclusión de un texto que desatendiera el principio de las garantías procesales al permitir que el tribunal arbitral adoptara una decisión duradera contra una de las partes sin haberla escuchado previamente. Se respondió que la finalidad era prevenir que se malograra la medida cautelar y, en cualquier caso, el plazo durante el cual cabría aplazar la notificación a la parte afectada quedaría, a tenor del apartado f), limitado a 20 días. Respecto de la opinión de que la inclusión del texto entre corchetes socavaría la confianza en el procedimiento arbitral, se señaló que en el curso de un arbitraje el árbitro a menudo tenía que adoptar decisiones que

contrariaban los deseos de alguna de las partes, por ejemplo, al dictar ciertas providencias o al fijar algunos plazos. Se puntualizó que el procedimiento arbitral inspiraba confianza porque evitaba que una de las partes obtuviera una ventaja indebida, no porque permitiera precaverse de decisiones molestas. Con todo, se señaló que esos ejemplos no eran del caso, ya que esas cuestiones procesales solían resolverse tras haber escuchado el tribunal a las dos partes, por lo que no se violaba en absoluto la legalidad del proceso.

48. Se expresó también el parecer de que obligar al tribunal arbitral a dar margen para los trámites de la vía ejecutoria judicial de la medida suponía un grado de cooperación entre el tribunal arbitral y el foro judicial competente que no existía en todos los países. Se observó que, siempre que se previera que el mandato preliminar habría de ser ejecutado por vía judicial (particularmente, en supuestos en los que la sorpresa fuera un factor requerido para que no se frustrara la medida cautelar), resultaría más lógico y, a la vez, práctico que el demandante presentara una demanda al respecto directamente ante el foro judicial competente, en vez de tener que prolongar la actuación unilateral (a instancia de una sola parte) ante el tribunal arbitral. Contra dicho parecer se alegó que en ciertos casos complejos sería mucho más conveniente para las partes solicitar un mandato preliminar al propio tribunal arbitral, que ya conocía el caso objeto de litigio. Se dijo también que, en todo caso, debía dejarse que fuera la parte interesada la que decidiera si procedía solicitar el mandato preliminar directamente ante el foro judicial o ante el tribunal arbitral.

49. Se observó que en el apartado i) del párrafo 7), que actualmente figuraba en una nota de pie de página del apartado d), se detallaba el procedimiento a seguir para el aplazamiento de la notificación, a fin de dar suficiente margen para la ejecución judicial del mandato preliminar. Cierta número de delegaciones señalaron que dicho texto pormenorizaba excesivamente dicho procedimiento. Se dijo que tales pormenores no se prestaban a ser armonizados por medio de una ley modelo uniforme, adolecían de complejidad excesiva, imponían al tribunal arbitral un marco procesal que se ajustaba demasiado al procedimiento seguido ante algunos foros judiciales, y entrañaban el riesgo de no ser aplicables a ciertos supuestos prácticos que pudieran darse en el marco de las relaciones entre los tribunales estatales y los tribunales arbitrales. Prevalió el parecer de que debía simplificarse el procedimiento que habría de seguirse para aplazar la notificación. Se convino, con ese fin, en suprimir la remisión que se hacía en el apartado d) del párrafo 7) al apartado i) del mismo párrafo, y en suprimir el propio apartado i).

50. Como cuestión de forma, se sugirió sustituir, al final del apartado, la frase “hasta que el mandato preliminar se ejecute por vía judicial o expire” por “hasta que el foro judicial decida si da o no fuerza ejecutoria al mandato preliminar, o hasta que dicho mandato expire”. Se sugirió también, como cuestión de forma, que, para poner en claro que todo aplazamiento debía ser lo más breve posible, se insertaran al final del apartado d) las palabras “, de suceder esto antes”. El Grupo de Trabajo tomó nota de dichas sugerencias.

51. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo no llegó a un consenso sobre si la cuestión de la ejecutoriedad por vía judicial de todo mandato preliminar debía ser abordada o no en el marco del proyecto de artículo 17 revisado. Se decidió mantener entre corchetes el texto final del apartado d), pero suprimiendo la remisión al apartado i), a fin de seguirlo examinando en un período de sesiones posterior. Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de apartado d)

en que se tuvieran en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Al concluir las deliberaciones, se recordó al Grupo de Trabajo que la supresión de todas las disposiciones referentes a la ejecutoriedad por vía judicial del mandato preliminar tal vez contribuyera a que el texto del párrafo 7), en general, incluida la cláusula de desvinculación, resultara más aceptable para cierto número de delegaciones.

#### **Apartado e)**

52. Se recordó que el apartado e) regulaba la oportunidad que había de darse a la parte afectada (el demandado) para hacer valer sus argumentos y se fijaba un plazo al respecto. Ese plazo era lo más breve posible, de no más de 48 horas a partir de la notificación dada al demandado.

53. Se sugirió que, a fin de poner en claro que el tribunal arbitral estaba obligado a dar al demandado la oportunidad de hacer valer sus argumentos, convendría formular el comienzo de dicho apartado poniendo el verbo en la voz activa, de la siguiente manera: “El tribunal arbitral deberá dar a la parte afectada por el mandato preliminar la oportunidad de hacer valer sus argumentos ...”. El Grupo de Trabajo aprobó esa sugerencia.

54. Se expresó la inquietud de que el plazo límite de 48 horas pudiera no ser apropiado, ya que el demandado tal vez necesitaría más tiempo para preparar y presentar sus argumentos. Se respondió que el texto por el que se pedía que se diera a “la parte afectada por el mandato preliminar” la oportunidad de “hacer valer sus argumentos” tenía por objeto reconocer el derecho de dicha parte a ser escuchada por el tribunal, no imponerle la obligación de actuar en un plazo máximo de 48 horas.

55. Se hicieron varias propuestas con miras a dotar a dicho texto de mayor claridad y evitar así el riesgo de que se interpretara erróneamente que se imponía a la parte afectada la obligación de reaccionar en un plazo de 48 horas. Se propuso, por ejemplo, que el plazo fijado al demandado para hacer valer sus argumentos fuera más flexible, para lo que cabría hablar simplemente de que actuara “a la mayor brevedad posible”. En ese mismo sentido, se propuso sustituir las palabras “a la mayor brevedad posible” por “tan pronto como sea practicable”. También se propuso cambiar la referencia que se hacía a un plazo de 48 horas o a algún otro breve plazo a fin de delimitar también, con dicho plazo, el tiempo de que dispondría el tribunal arbitral para pronunciarse sobre la medida cautelar, tras haber escuchado los argumentos de la parte afectada. A la luz de todas esas propuestas, el texto del apartado e) pasaría a ser el siguiente: “El tribunal arbitral deberá dar a la parte afectada por el mandato preliminar la oportunidad de hacer valer sus argumentos ante el tribunal arbitral tan pronto como sea practicable hacerlo. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, o de algún otro breve plazo, a partir de la expiración del plazo de que disponga la parte afectada para hacer valer sus argumentos, el tribunal arbitral deberá decidir si confirma, prorroga o modifica su mandato preliminar”.

56. Como cuestión de forma, se sugirió sustituir las palabras “si confirma, prorroga o modifica su mandato preliminar” por “si confirma o prorroga su mandato preliminar o lo transforma en una medida cautelar, o si opta por revocarlo” a fin de que se previeran todos los supuestos posibles. Con miras a evitar toda posible confusión entre una vista referente al mandato preliminar y una vista destinada a

examinar los fundamentos alegados para la demanda de una medida cautelar, se sugirió sustituir la frase “hacer valer sus argumentos” por “hacer valer sus argumentos para que se revoque el mandato preliminar emitido”.

57. Si bien se observó que en la versión revisada propuesta del apartado e) se preveía un margen cronológico más flexible para que la parte afectada por la medida presentara sus argumentos, se expresó inquietud de que la supresión del plazo de 48 horas durante el cual la parte afectada podría hacer valer sus argumentos eliminaba una de las salvaguardias más importantes otorgadas a dicha parte. Para responder a esa inquietud, se sugirió insertar al final de la primera oración de la versión revisada propuesta el texto “, por regla general, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes”. Si bien había una inquietud generalizada, también se opinó que el término inglés “*normally*” (“por regla general”) no era una fórmula habitual en los textos legales, por lo que convendría buscar alguna otra fórmula, tal vez inspirada en el texto original del apartado e) o que se refiriera al plazo que resultara adecuado “a la luz de las circunstancias del caso”.

58. Conforme a la revisión propuesta del apartado e), se expresó también la inquietud de que una vez que el tribunal arbitral hubiera escuchado a la parte afectada, perdía su razón de ser el mandato preliminar emitido y pasaba a aplicarse el régimen de las medidas cautelares. Tras deliberar al respecto, los autores del texto revisado propuesto retiraron la segunda oración. Se observó, no obstante, que la supresión de dicha oración podría dejar una laguna en el texto, dado que no estaba claro lo que sucedería al mandato preliminar una vez que se hubiera dado a la parte afectada la oportunidad de presentar sus argumentos.

59. Se propuso asimismo modificar el texto del apartado e) de la siguiente manera: “El tribunal arbitral deberá dar a la parte afectada por el mandato preliminar la oportunidad de presentar sus argumentos en un plazo que no exceda de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que se le haya dado la notificación o dentro de un plazo más largo, en el supuesto de que dicha parte lo solicite”. Se explicó que la finalidad del texto propuesto era prever expresamente la posibilidad de otorgar a la parte afectada un plazo más largo para hacer valer sus argumentos y facultar explícitamente a dicha parte para solicitar un plazo más largo, sin dejar que dichos extremos quedaran plenamente al arbitrio de lo que decidiera el tribunal a la luz de las circunstancias del caso.

60. Se observó que en el apartado e) no se preveían las consecuencias de que la parte afectada pudiera demorar deliberadamente la presentación de sus argumentos ante el tribunal arbitral con el propósito de valerse del plazo de 20 días de vigencia de los mandatos preliminares para hacer fracasar la demanda de una medida cautelar. Se respondió a esa observación que no procedía que la disposición pormenorizara todos los supuestos, ya que su objetivo era ofrecer al tribunal arbitral un procedimiento flexible para resolver supuestos como el indicado.

61. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de apartado e) en que se tuvieran en cuenta las inquietudes, propuestas y sugerencias formuladas.

#### **Apartado f)**

62. Se sugirió suprimir la segunda oración del apartado f), dado que su contenido había sido ya enunciado en el párrafo 6), que sería aplicable a todo mandato

preliminar con arreglo a la remisión que se hacía en el apartado b) del párrafo 7). Se convino en que cabía suprimir, por esa razón, la segunda oración del apartado. Ahora bien, se observó que tal vez fuera importante que se hiciera referencia a la “prórroga” del mandato preliminar, término no enunciado expresamente en el texto del párrafo 6). Se respondió que el término “modifica” daba implícitamente al tribunal arbitral el derecho a prorrogar todo mandato preliminar que hubiera emitido. Se expresó, no obstante, el parecer de que convendría que se precisara algo más el texto del párrafo 6) respecto de la posibilidad de que hubiera de prorrogarse una medida cautelar.

63. En lo concerniente a la primera oración del apartado f), se sugirió que se suprimiera la frase que comenzaba por las palabras “a menos que”. Se indicó que dicha cláusula no era necesaria, que creaba el riesgo de que se confundiera el mandato preliminar con la medida cautelar, y podría contravenir el principio de que todo mandato preliminar gozaba de una vida máxima de 20 días. Se observó, sin embargo, que la eliminación de dicha cláusula creaba el riesgo de que hubiera una laguna o desfase entre la fecha de expiración de un mandato preliminar y la fecha de entrada en vigor de una medida cautelar. Se sugirió que esa laguna o desfase surgiría, por ejemplo, si no se obtenía la ejecutoriedad de la medida cautelar demandada dentro de ese plazo de 20 días. Se dijo, en respuesta, que tal vez procediera precisar en el apartado f) que toda prórroga de un mandato preliminar supondría su transformación en una medida cautelar. A fin de lograr dicha aclaración, se sugirió sustituir las palabras “a menos que dicho tribunal lo confirme, prorrogue o modifique dándole forma de medida cautelar [o cualquier otra forma]” por una nueva oración en los siguientes términos: “El tribunal arbitral podrá convertir el mandato preliminar en una medida cautelar”. Si bien se expresó cierto apoyo a favor de dicha propuesta, se sugirió que tal vez fuera más sencillo declarar que cabría que el tribunal ordenara una medida cautelar en la que se recogiera la totalidad o parte del contenido del mandato preliminar.

64. Con miras a reforzar el principio de que un tribunal arbitral no podía prorrogar la fase del procedimiento en la que estuviera actuando *ex parte* (es decir, a instancia de una parte y a espaldas de la otra) más allá del límite de 20 días (que se designó como “término expiratorio” para ilustrar el parecer de que sólo cabría prorrogar un mandato preliminar más allá de dicho límite emitiéndolo en forma de una medida cautelar decretada tras haber escuchado a las dos partes), se propuso modificar el apartado f) de la siguiente manera: “Cualquiera que sea el caso, todo mandato preliminar emitido con arreglo al presente párrafo expirará a los veinte días de la fecha de su emisión por el tribunal arbitral”. Se expresó cierto apoyo a favor de dicha sugerencia. Se pidió a la Secretaría que tuviera en cuenta las anteriores propuestas y sugerencias al preparar una versión revisada del proyecto de apartado f) para que la examinara posteriormente el Grupo de Trabajo.

#### **Apartado g)**

65. El Grupo de Trabajo convino en que, conforme a lo deliberado y analizado en párrafos anteriores en relación con el apartado b) (véanse los párrafos 35 a 38 *supra*), convendría modificar el apartado g) agregándole al final la siguiente frase: “, salvo que el tribunal arbitral estime que es innecesario o que no procede hacerlo”.

**Apartado h)**

66. Se recordó que el apartado h) se inspiraba en la regla establecida en ciertos ordenamientos jurídicos de que el letrado tenía la obligación especial de informar al tribunal de todos los asuntos, incluso de aquellos que no le fueran favorables, y que esa regla se consideraba una salvaguardia fundamental y un requisito esencial para que las medidas cautelares *ex parte* pudieran resultar aceptables (véanse las anteriores deliberaciones sobre esta cuestión en el párrafo 88 del documento A/CN.9/545). No obstante, una delegación estimó que en el apartado h) se reiteraba una obligación que ya estaba enunciada en el párrafo 5) y que, conforme al apartado b) del párrafo 7), se había incluido en las disposiciones aplicables al párrafo 7).

67. Una delegación observó que tal vez una de las diferencias entre las dos disposiciones radicaba en que el apartado h) preveía una obligación continua de información que no parecía enunciarse en el párrafo 5). En consecuencia, respecto del párrafo 5), se propuso que se sustituyeran las palabras “El demandante deberá dar a conocer sin tardanza” por las palabras “El demandante tendrá la obligación continua de dar a conocer”. Frente a esta propuesta se explicó que, tal como estaba actualmente redactado el párrafo 5), ya se establecía esa obligación continua.

68. Se expresó la opinión de que el apartado h) establecía una obligación más amplia al exigir la comunicación al tribunal arbitral de toda nueva circunstancia que éste pudiera considerar pertinente para adoptar su decisión sobre el otorgamiento del mandato preliminar, independientemente de que guardara o no relación con la solicitud de tal mandato, mientras que el párrafo 5) sólo hacía referencia a los cambios importantes que se produjeran en las circunstancias que motivaron que se demandara la medida cautelar o que el tribunal arbitral la otorgara. Además, se argumentó que, si bien el párrafo 5) regulaba los cambios de circunstancias importantes que se produjeran después de dictarse la medida cautelar, el apartado h) establecía la obligación de informar al tribunal arbitral sólo hasta que la parte afectada por el mandato preliminar hubiera podido exponer sus argumentos. Habida cuenta de las diferencias que existían entre las dos disposiciones, el Grupo de Trabajo convino en mantener en el texto del proyecto el apartado h), a fin de asegurar la estricta obligación que tendría el demandante de facilitar toda la información disponible hasta que la otra parte hubiera sido escuchada. No obstante, habida cuenta de que en muchos ordenamientos internos no se imponía a ninguna parte la obligación de presentar argumentos que le fueran desfavorables y que tal obligación incluso contravenía los principios generales de derecho procesal, se consideró que tal vez convendría plantearse la posibilidad de agregar al texto una nota de pie de página basada en el criterio adoptado en el párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo. Se invitó a la Secretaría a que tomara nota de esta sugerencia al redactar una versión revisada del apartado h) para que la examinara el Grupo de Trabajo.

**Debate general y futuras actuaciones del Grupo de Trabajo**

69. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no examinó los párrafos 1) a 6 bis) del proyecto de artículo 17 (véase el párrafo 12 *supra*). Se dijo que esos proyectos de disposición y las propuestas de variante correspondientes deberían volver a tratarse en un futuro período de sesiones. Al concluir el examen de cada una de las disposiciones enunciadas en el párrafo 7), el Grupo de Trabajo reanudó el debate general sobre la cuestión de si en una versión revisada del artículo 17 habría que

tratar de establecer un régimen legal para las medidas cautelares dictadas *ex parte* por un tribunal arbitral y, si ello se consideraba necesario, la forma que debería revestir dicho régimen. Se reiteró la opinión de que, ante la falta de consenso para reconocer esas medidas cautelares *ex parte* mediante disposiciones modelo que, a juicio de algunas delegaciones, podían resultar perjudiciales para la Ley Modelo y para el arbitraje comercial en general, debería permanecer en pie la posibilidad de no regular en absoluto las medidas cautelares *ex parte*. Otra razón suplementaria que adujo una delegación para negarse a reconocer las medidas cautelares *ex parte* en el arbitraje comercial era que el régimen enunciado en las disposiciones del párrafo 7) podía resultar particularmente difícil de aplicar a las personas que no fueran juristas (que se denominaron también “árbitros legos”). Se expresó la esperanza de que, aunque no hubiera consenso sobre el régimen legal aplicable a las medidas cautelares *ex parte*, cabría al menos enunciar varias opciones en el texto revisado de la Ley Modelo, de las que pudieran beneficiarse los legisladores nacionales y otros usuarios de dicho instrumento. Sin embargo, predominó la opinión de que debía hacerse todo lo posible por preservar los progresos realizados en el actual período de sesiones para lograr un consenso sobre un reconocimiento limitado de las medidas cautelares *ex parte* dictadas en forma de mandatos preliminares.

70. Se pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado del párrafo 7) en el que se enunciaran diversas opciones que tal vez convendría estudiar al elaborar una serie de disposiciones legales modelo encaminadas a regular ese reconocimiento limitado de las medidas cautelares *ex parte*. En particular, se convino en que cabría estudiar diversas variantes del texto en relación con cuatro posibles enfoques que podrían adoptarse respecto del párrafo 7): la adhesión de las partes a las cláusulas (*opting-in*); la desvinculación de las partes respecto de las cláusulas o la exclusión de las mismas por las partes (*opting-out*), el *opting-in* por parte del Estado promulgante, y el *opting-out* por el Estado promulgante (véanse los párrafos 18 a 21 *supra*). A este respecto se señaló que, al redactar un proyecto revisado, tal vez deberían tenerse presentes las siguientes cuestiones: en toda disposición de adhesión u *opting-in* que se insertara en un conjunto de reglas del tenor del párrafo 7) debería tratarse de preservar la libertad de las partes para celebrar acuerdos que prevean otras disposiciones legales para regir las medidas cautelares *ex parte*; en un régimen de adhesión o de *opting-in* habría que cerciorarse de que no se diera pie a que las partes se apartaran de las disposiciones de la Ley Modelo relativas a la igualdad de las partes y a su derecho de ser escuchadas; deberían también aclararse las consecuencias que tendría el hecho de que los Estados se apartaran de tales principios respecto de los artículos 34 y 36 de la Ley Modelo; cuando se estableciera una situación de adhesión u *opting-in* para los legisladores nacionales, tal vez convendría explicar si, en ausencia de disposiciones concretas que regularan las medidas cautelares *ex parte*, cabría inferir del texto que permitía a los tribunales arbitrales dictar tales medidas o que no los autorizaba a otorgar tales medidas.

71. Se convino también en que el Grupo de Trabajo debería estudiar detenidamente opciones conforme a las cuales pudiera o no pudiera solicitarse la ejecución de mandatos preliminares por vía judicial y, si se optaba por la opción afirmativa, si habría que prever normas detalladas al respecto en el proyecto de artículo 17 bis.

72. El Grupo de Trabajo señaló que, en su siguiente período de sesiones, que se celebraría en Nueva York del 10 al 14 de enero de 2005, tendría que decidir si al menos algunos de los proyectos de artículo de la Ley Modelo que figuraban en su programa de trabajo (es decir, los proyectos de artículo 7, 17, 17 bis y 17 ter), así como los resultados de su labor sobre la interpretación del requisito de forma con respecto al acuerdo de arbitraje en virtud de la Convención de Nueva York, podían presentarse a la Comisión para que procediera a su lectura final y los aprobara en su 38º período de sesiones (Viena, 4 a 22 de julio de 2005).

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

73. El Grupo de Trabajo escuchó una breve exposición introductoria acerca del proyecto de convención que prepara el Grupo de Trabajo IV, la relación de ese proyecto con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y su finalidad de instituir un régimen uniforme que regule la utilización de las comunicaciones electrónicas en la formación y el cumplimiento de los contratos internacionales.

74. Se expresó apoyo, en general, en favor de incluir una referencia a la Convención de Nueva York en el proyecto de convención, cuyas disposiciones muy bien podían arrojar luz sobre el sentido de lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo II de esa Convención acerca del requisito de la forma escrita y demás requisitos del texto de la Convención relativos a las comunicaciones escritas. Una opinión ampliamente compartida fue que otro motivo convincente para referirse a la Convención de Nueva York sería prevenir algunas de las dificultades que podrían plantearse si hubiera que enmendar su propio texto.

75. Las delegaciones expresaron preocupación por el hecho de que la inclusión de una referencia a la Convención de Nueva York pudiera dividir a los Estados en dos grupos, a saber, los Estados parte en la Convención de Nueva York que hubieran ratificado también el proyecto de convención y los que no lo hubieran ratificado. Al respecto se respondió que, si bien cabría examinar más a fondo la relación entre los dos instrumentos, la amplia utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, en la que se basaba el proyecto de convención, ya había dado lugar a la posible diferenciación de los Estados parte en la Convención de Nueva York en función de que llegaran o no a incorporar en su derecho interno la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y de los efectos de tal incorporación en el artículo VII de la Convención de Nueva York.

76. Se entendió que la introducción de una referencia a la Convención de Nueva York no solucionaría todos los problemas que planteaba la interpretación del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York, si bien tampoco perjudicaría las deliberaciones futuras del Grupo de Trabajo al respecto.

77. Se hicieron varias propuestas respecto de la formulación de las disposiciones del proyecto de convención que afectarían a la interpretación de la Convención de Nueva York. Se propuso, por ejemplo, que el ámbito de aplicación del proyecto de

convención, enunciado en el párrafo 4 del artículo 1, se examinara detenidamente a la luz de las variantes A y B. Se observó también que el enunciado de las exclusiones previstas, por ejemplo, en los apartados c) y g) del proyecto de artículo 2, tal vez fuera demasiado lato para aplicarlo a la Convención de Nueva York. Se propuso asimismo que se pusiera en claro si el concepto de “contrato ” utilizado en el proyecto de convención abarcaba el acuerdo de arbitraje. Además, cabría aclarar mejor también la forma en que el proyecto de convención se aplicaba, no sólo a la formación del contrato, sino también a su ejecución. Se expresó la opinión de que, si bien en el apartado a) del párrafo 1) del artículo IV de la Convención de Nueva York se permitía utilizar una copia debidamente autenticada para obtener el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral, tal vez ese aspecto no se abordaba de manera adecuada en el proyecto de convención.

78. Se planteó la duda de que la norma enunciada en el párrafo 2) del artículo 10 del proyecto de convención, por la cual se presumía que se había recibido una comunicación electrónica cuando ésta entrara “en el sistema de información del destinatario”, tal vez no abarcaba adecuadamente el tipo de comunicaciones que suelen intercambiarse a los efectos de un acuerdo de arbitraje.

79. El Grupo de Trabajo convino en la necesidad de coordinar estrechamente su labor con el Grupo de Trabajo IV y en seguir examinando las cuestiones expuestas anteriormente en su siguiente período de sesiones. Se alentó a las delegaciones a que sostuvieran consultas y transmitieran sus observaciones a la Secretaría para que las utilizara en la preparación de las futuras deliberaciones de ambos grupos de trabajo.

## **V. Otros asuntos**

80. El Grupo de Trabajo tomó nota de la propuesta de que, al planificar su labor futura, diera prioridad al examen de las cuestiones relativas a la solución de controversias por vía informática y a la posible revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.