



Asamblea General

Distr. general
12 de octubre de 2005
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
39º período de sesiones
Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2005

Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 43º período de sesiones (Viena, 3 a 7 de octubre de 2005)

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-9	3
II. Deliberaciones y decisiones	10	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 otorgar medidas cautelares	11-75	5
Observaciones generales	11-12	5
Párrafo 1)	13-17	5
Párrafo 2)	18-31	6
Párrafo 3)	32-42	8
Párrafo 4)	43	9
Párrafo 5)	44	10
Párrafo 6)	45-46	10
Párrafo 6 bis)	47-48	10
Párrafo 7)	49-75	10
Debate general	49-55	10
Apartado a)	56-57	12



	Apartado b)	58	13
	Apartado c)	59	13
	Apartado d)	60	13
	Apartado e)	61-67	13
	Apartado f)	68	15
	Apartado g)	69-70	15
	Apartado h)	71-75	15
IV.	Proyecto de disposición sobre el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para insertar provisionalmente como nuevo artículo 17 bis en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)	76-91	17
	Párrafo 1)	76-79	17
	Párrafo 2)	80-85	18
	Párrafo 3)	88	19
	Párrafo 4)	89	19
	Párrafo 5)	90-91	19
	Párrafo 6)	92-96	20
	Nota a pie de página correspondiente al artículo 17 bis	97	21
V.	Proyecto de disposición sobre las medidas cautelares dictadas por un tribunal en apoyo del arbitraje (para insertar provisionalmente como nuevo artículo 17 ter en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)	98-103	21
VI.	Posibles opciones sobre la forma en que cabría presentar, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, las disposiciones actuales y las revisadas	104-106	23
VII.	Informe del grupo de redacción	107	23
VIII.	Preparación de una disposición legal modelo sobre la forma escrita para el acuerdo de arbitraje	108-112	23
	Anexo – Informe del Grupo de Redacción		26

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 ella constituía, si eran aceptables las ideas y propuestas formuladas para perfeccionar el régimen legal y los reglamentos y prácticas del arbitraje. Encomendó esa labor al Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) y decidió que entre las cuestiones prioritarias que éste habría de examinar figurase la de la ejecutoriedad de las medidas cautelares y el requisito de que el acuerdo de arbitraje figurase por escrito.

2. En los párrafos 5 a 24 del documento A/CN.9/WG.II/WP.135 figura el resumen más reciente de las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo sobre las medidas cautelares y el requisito de que el acuerdo de arbitraje se presente en forma escrita. Se pidió a la Secretaría que preparase versiones revisadas del proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (“la Ley Modelo sobre Arbitraje”), relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, de un nuevo artículo para la Ley Modelo sobre Arbitraje concerniente a la ejecución de las medidas cautelares (numerado provisionalmente artículo 17 bis), de un nuevo artículo de la Ley Modelo relativo a las medidas cautelares dictadas por un tribunal judicial (numerado provisionalmente artículo 17 ter) y del proyecto de artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, relativo a la definición y la forma del acuerdo de arbitraje, para que el Grupo de Trabajo las examinara en su 43º período de sesiones.

3. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 43º período de sesiones en Viena del 3 al 7 de octubre de 2005. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Camerún, Canadá, China, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Lituania, México, Nigeria, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Singapur, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía y Venezuela (República Bolivariana de).

4. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, Filipinas, Finlandia, Indonesia, Iraq, Irlanda, Letonia, Malasia, Nueva Zelanda, Países Bajos, Rumania y Viet Nam.

5. Asistieron también 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) y Corte Permanente de Arbitraje.

6. Estuvieron presentes, además, observadores de las siguientes organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: *Asia Pacific Regional Arbitration Group* (APRAG), Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, *Association Suisse de l'Arbitrage* (ASA), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Centro Internacional de Arbitraje de Viena, Centro Regional de Lagos de Arbitraje Comercial Internacional, *Chartered Institute of Arbitrators*, Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Consejo de la Abogacía Europea, Consejo Internacional para el

Arbitraje Comercial, Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), *Forum for International Commercial Arbitration* (FICA) y *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* (KLRCA).

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

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

Relatora: Sra. Izabela WERESNIAK (Polonia).

8. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: a) el programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.135); b) una nota de la Secretaría en la que figuraba un nuevo texto revisado del párrafo 2) del proyecto de artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, preparado por la Secretaría en cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 36º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.136); c) una nota de la Secretaría en la que figuraba la propuesta de una delegación sobre una revisión del párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje (A/CN.9/WG.II/WP.137); d) una nota de la Secretaría en la que figuraba el texto recién revisado de proyectos de disposición sobre las medidas cautelares, con arreglo a las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 40º, 41º y 43º (A/CN.9/WG.II/WP.138); y e) el informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 42º período de sesiones (A/CN.9/573).

9. 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 y sobre el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

II. Deliberaciones y decisiones

10. El Grupo de Trabajo examinó el tema 4 del programa basándose en el texto que figuraba en las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.136 y A/CN.9/WG.II/WP.138). Sus deliberaciones y conclusiones al respecto se recogen en los capítulos III a VIII. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de disposiciones sobre las medidas cautelares y el requisito de que el acuerdo de arbitraje figure por escrito basándose en las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo.

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 otorgar medidas cautelares

Observaciones generales

11. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la Comisión, en su 38º período de sesiones (Viena, 4 a 15 de julio de 2005), había expresado su esperanza de que el Grupo de Trabajo pudiera presentar sus propuestas para la revisión tanto del artículo 7 como del artículo 17 de la Ley Modelo sobre Arbitraje para que la Comisión pudiera proceder a su examen final y a su aprobación en su 39º período de sesiones, en 2006 (A/60/17, párrs. 175 a 177).

12. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 40º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de febrero de 2004), había emprendido un análisis detallado del texto de la versión revisada del artículo 17 (en adelante, “el proyecto de artículo 17”) relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares. El Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo 17 basándose en el texto preparado por la Secretaría que reflejaba las deliberaciones del Grupo de Trabajo y que se recogía en el documento A/CN.9/WG.II/WP.138.

Párrafo 1)

13. Se formuló la propuesta de agregar, al final del párrafo 1), las palabras “o modificarlas”, y de suprimir el párrafo 6). En defensa de las palabras “o modificarlas” se argumentó que tenían la finalidad de ampliar el alcance del párrafo 1) a fin de que regulara el supuesto previsto en el párrafo 6) en virtud del cual una parte podía pedir al tribunal arbitral que modificara, suspendiera o levantara una medida cautelar. En cuanto al otro supuesto previsto en el párrafo 6), a saber, la facultad de un tribunal arbitral para modificar, suspender o levantar una medida cautelar por iniciativa propia, se sostuvo que esa facultad era inherente al proceso arbitral y que, por tanto, esa parte del párrafo 6) era innecesaria.

14. Si bien algunas delegaciones apoyaron esa propuesta, se señaló que los párrafos 1) y 6) regulaban la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares a instancia de las partes en diferentes etapas del proceso arbitral y que, por lo tanto, ambos párrafos debían mantenerse en el texto.

15. Se señaló que la referencia a la modificación, a la suspensión o al levantamiento de una medida cautelar por un tribunal arbitral a iniciativa propia, como preveía el párrafo 6), era necesaria para regular el supuesto de que los afectados no intervinieran en el proceso.

16. En el contexto de ese debate, se afirmó también que los verbos “suspender” o “levantar” no quedarían necesariamente englobados por el sentido del verbo “modificar”.

17. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en adoptar el párrafo 1) sin modificaciones. Se acordó asimismo que sería preciso examinar más a fondo las cuestiones que se habían planteado en relación con el párrafo 6) (véanse los párrafos 45 y 46 *infra*).

Párrafo 2)

Encabezamiento

18. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el encabezamiento del párrafo 2).

Apartado a)

19. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el apartado a).

Apartado b)

“[o el menoscabo del propio procedimiento arbitral]”

20. El Grupo de Trabajo consideró que las palabras que figuraban al final del apartado b) (“o el menoscabo del propio procedimiento arbitral”) debían mantenerse en el texto, a fin de dejar claro que un tribunal arbitral estaba facultado para impedir la obstrucción o la demora del proceso arbitral, inclusive dictando autos contra la incoación de otros procedimientos.

21. El Grupo de Trabajo recordó sus anteriores deliberaciones sobre la cuestión de si había que interpretar el párrafo 2) del proyecto de artículo 17 en el sentido de que facultaba también al tribunal arbitral para dictar un auto contra otros procedimientos (es decir, para otorgar una medida cautelar en virtud de la cual el tribunal arbitral ordenara a una parte a no entablar procedimientos judiciales ni otros procedimientos arbitrales) (A/CN.9/547, párrs. 84 a 92). No obstante, se estimó que no convendría entender que el texto entre corchetes se refería únicamente a los autos contra este tipo de acciones sino más bien a la amplia gama de autos que existían y que se utilizaban en la práctica para obstruir el proceso arbitral.

22. Se expresaron reservas contra la posibilidad de que el proyecto de artículo 17 autorizara directa o indirectamente la emisión de autos en contra de acciones judiciales u otras actuaciones arbitrales, dado que este tipo de autos eran prácticamente desconocidos en muchos ordenamientos jurídicos y que no había uniformidad en la práctica sobre este punto. Se consideró asimismo que esos autos en contra de actuaciones judiciales o de otras actuaciones arbitrales no siempre tenían el carácter preventivo de las medidas cautelares y se referían a la cuestión de la competencia del tribunal arbitral, una cuestión que no debía confundirse con el otorgamiento de una medida cautelar.

23. No obstante, se argumentó en favor de que el apartado 6) regulara los autos contra actuaciones judiciales u otras actuaciones arbitrales en el proyecto de artículo 17 afirmándose que esos autos eran cada vez más habituales y que cumplían una importante función en el comercio internacional. Se sostuvo que, a pesar de que en una serie de países la ley no reconocía tales autos, existían pruebas de que los tribunales arbitrales que se constituían en esos países tenían que afrontar cada vez más a menudo tácticas encaminadas a obstruir o a socavar el proceso arbitral. Se señaló asimismo que era legítimo que los tribunales arbitrales trataran de proteger sus propios procesos.

24. Se afirmó que, en anteriores períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo había expresado su preferencia por la inclusión en el proyecto de artículo 17 de la facultad para dictar autos de esa índole. Se estimó que, aun cuando en el apartado b) del

párrafo 2) no se hacía una referencia expresa a la facultad para dictar esos autos, habría, sin embargo, un apoyo implícito de la existencia de tal facultad. A este respecto, se indicó que algunos tribunales judiciales habían considerado que la facultad de los tribunales arbitrales para dictar esos autos y otras medidas de obstrucción del proceso arbitral constituía un rasgo inherente a las competencias de todo tribunal arbitral. Se indicó que el apartado a) del párrafo 2) del proyecto de artículo 17 estaba redactado en términos flexibles, abiertos y, probablemente, lo suficientemente amplios para dar cabida a dichos autos, pero que, en aras de la claridad, sería preferible incluir en el texto las palabras propuestas.

25. Se afirmó que esa interpretación se había visto reforzada por el hecho de que en un anterior período de sesiones se había suprimido del proyecto de artículo 17 el requisito de que la medida cautelar estuviera relacionada con el motivo de la controversia (requisito que figuraba en la versión original del artículo 17 de la Ley Modelo sobre Arbitraje). Se señaló que el requisito en virtud del cual las medidas cautelares debían estar relacionadas con el motivo de la controversia estaba enunciado asimismo en el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y que en algunos ordenamientos jurídicos ese requisito se había interpretado en el sentido de que limitaba la posibilidad de dictar el mencionado tipo de autos.

26. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener el texto que figuraba entre corchetes al final del apartado b) del párrafo 2), pero suprimiendo los corchetes, de modo que el texto de la disposición fuera el siguiente: “Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente, o el menoscabo del propio procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente lo ocasionarían”.

Apartado c)

27. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del apartado c).

Apartado d)

28. Se propuso que se suprimiera el apartado d) por considerar que la referencia a pruebas “que pudieran ser de interés o de importancia” estaba enunciada de manera demasiado amplia y podía dar pie a una ingente cantidad de argumentos jurídicos en que se sostuviera que una prueba era de interés pero no de importancia, o viceversa. Asimismo, se indicó que la cuestión de las pruebas ya estaba regulada por el párrafo 2) del artículo 19 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, la cual disponía que la facultad conferida al tribunal arbitral incluía la competencia de determinar la admisibilidad, la pertinencia, y el valor de las pruebas. Se sostuvo que no debería pedirse al tribunal arbitral que prejuzgara el interés y la importancia de una prueba a la hora de decidir si otorga o no una medida cautelar.

29. Sin embargo, el Grupo de Trabajo observó que la expresión “de interés y de importancia” ya figuraba en el Reglamento de la Asociación Internacional de Abogados (IBA) sobre la práctica de la prueba en el arbitraje comercial internacional (aprobado mediante resolución del Consejo de la IBA en junio de 1999), que había sido fruto de un intenso debate. Se señaló que la expresión había adquirido un significado tal que “de interés” requería que la prueba estuviera vinculada a la controversia y la expresión “de importancia” se equiparaba a la pertinencia de la prueba. Frente a toda esta argumentación y en apoyo de que se

mantuviera la expresión en el texto, se sostuvo que esas palabras eran comúnmente utilizadas y entendidas en el arbitraje internacional.

30. Se opinó que el apartado d) no mermaba en modo alguno la facultad conferida al tribunal arbitral por el párrafo 2) del artículo 19 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, sino que trataba de cuestiones distintas. Mientras que el párrafo 2) del artículo 19 regulaba la facultad de un tribunal arbitral para evaluar la admisibilidad y el valor de una prueba, el párrafo d) abordaba el derecho de un tribunal arbitral a ordenar, en una etapa preliminar, la preservación de una prueba.

31. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener sin cambios el texto del apartado d).

Párrafo 3)

Parte introductoria – Interacción con el apartado d) del párrafo 2)

32. Se formuló la propuesta de que los requisitos generales enunciados en el párrafo 3) no fueran aplicables a todos los tipos de medidas cautelares descritos en el párrafo 2). Por ejemplo, se dijo que no sería apropiado en todas las circunstancias que una parte que solicitara una medida cautelar para que se preservaran pruebas en virtud del apartado d) tuviera necesariamente que demostrar el daño excepcional que sufriría, de no ser otorgada la medida cautelar, o que tampoco sería apropiado pedir a la parte requirente que de otro modo cumpliera los criterios muy exigentes establecidos en el párrafo 3) (A/CN.9/547, párr. 91). Por esta razón, se propuso que, al comienzo del apartado 3), se introdujeran las siguientes palabras: “Salvo en lo que respecta a la medida mencionada en el apartado d) del párrafo 2),”. Esa propuesta obtuvo apoyo debido a que la preservación de una prueba no debería estar sujeta a los criterios enunciados en el párrafo 3). Se propuso otra frase introductoria del párrafo 3) en forma afirmativa, que decía lo siguiente: “La parte requirente de la medida cautelar solicitada en virtud de los apartados a), b) y c) del párrafo 2) deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que:”. El Grupo de Trabajo dio el visto bueno al contenido de esta propuesta.

33. Se sugirió que en una nota explicativa que acompañara al artículo 17 se indicara que el hecho de que el tipo de medida enunciada en el apartado d) no estuviera sujeta al párrafo 3) no significaba que el tribunal arbitral no examinaría ni sopesaría las consecuencias de una medida cautelar al determinar si era o no apropiado otorgarla.

34. El tribunal arbitral que tuviera que pronunciarse sobre la concesión de una medida cautelar con el fin de preservar pruebas sopesaría probablemente el daño que sufriría la parte requirente si no se otorgaba la medida cautelar, así como el daño que sufriría la parte contraria en caso de ser otorgada la medida. Según la opinión general de las delegaciones, esa cuestión debería regularse en el texto mismo del artículo 17, y no en una nota explicativa que acompañara a dicho artículo. Por consiguiente, se propuso agregar, después del párrafo 3), un nuevo párrafo del siguiente tenor: “Por lo que respecta a las solicitudes de medidas cautelares otorgables en virtud del apartado d) del párrafo 2), los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 3) sólo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo considere apropiado”. El Grupo de Trabajo hizo suyo el contenido de esta propuesta.

35. Se argumentó que el otorgamiento de medidas cautelares para preservar pruebas podría tener un efecto negativo, y los requisitos enunciados en el apartado b) del párrafo 3) deberían ser, no obstante, aplicables al otorgamiento de una medida cautelar a efectos de la preservación de una prueba. Otra variante que se propuso introducir, no en la introducción del párrafo sino en el apartado a) del párrafo 3), era la siguiente: “Salvo en lo que respecta a la medida enunciada en el apartado d) del párrafo 2,”.

Apartado a)

36. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 40º período de sesiones, algunas delegaciones habían expresado el temor de que el apartado a) se interpretara de forma muy limitada, quedando excluida la concesión de medidas cautelares por pérdidas que pudieran resarcirse mediante un mandato de indemnización.

37. El Grupo de Trabajo convino en mantener en el apartado la palabra “adecuadamente” y en aclarar, en una nota explicativa que acompañara al párrafo 3), que dicho párrafo debía interpretarse de manera flexible teniendo en cuenta, por una parte, el daño que sufriría la parte requirente si no se otorgaba la medida cautelar y, por otra, el que sufriría la parte contraria en caso de ser otorgada la medida.

38. Teniendo en cuenta todas estas opiniones, el Grupo de Trabajo convino en mantener sin cambios el contenido del apartado a).

Apartado b)

39. Se expresó el temor de que el apartado b) no representara una salvaguardia suficiente contra el riesgo o la impresión de que un tribunal arbitral podría prejuzgar el fondo de la controversia a la hora de otorgar una medida cautelar. A fin de paliar el problema, se formularon diversas propuestas.

40. Una de las propuestas consistía en que se suprimieran las palabras “siempre y cuando” y de que se separara el texto “litigio” y “cuando” con un punto y seguido, formando así dos frases. Otra de las propuestas consistió en que se sustituyeran las palabras “siempre y cuando” por “pero”, a fin de dejar en claro que toda determinación sobre el posible éxito de la demanda de la parte requirente sobre el fondo no debería considerarse un requisito para el otorgamiento de una medida cautelar sino más bien una conclusión respecto de la misma. Estas propuestas no recibieron un apoyo muy amplio.

41. Según una tercera propuesta, habría que aclarar que las palabras “la determinación final subsiguiente” consistían en una determinación sobre el fondo del litigio, por lo cual se sugirió que se sustituyeran las palabras “la determinación final subsiguiente” por palabras del siguiente tenor: “la determinación sobre el fondo del litigio”.

42. Sin embargo, se señaló que las palabras “la determinación final subsiguiente” no sólo se referían a un laudo sobre el fondo del litigio sino también a una orden de carácter procesal. Tras deliberar, se convino en mantener el apartado b) tal como figuraba redactado.

Párrafo 4)

43. Se adoptó sin cambios el contenido del párrafo 4).

Párrafo 5)

44. Se formuló la propuesta de insertar, al principio del párrafo, las siguientes palabras: “Si lo ordena el tribunal arbitral”, debido a que, como las reglas sobre el deber de divulgación difieren entre los países con sistemas de derecho civil romanístico y los países con sistemas de *common law*, no sería prudente establecer una regla general sobre esta cuestión. Esta propuesta no obtuvo apoyo y el Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 5).

Párrafo 6)

45. Habida cuenta de su anterior debate sobre el párrafo 1) (véanse los párrafos 13 a 17 *supra*), el Grupo de Trabajo convino en que los términos “suspensión” o “levantamiento”, aunque tal vez quedaran englobados por el término “modificación”, eran formas especiales de modificación y, por consiguiente, debían seguir figurando expresamente en el texto.

46. En aras de la claridad, se propuso que se reestructurara el párrafo 6) del modo siguiente: “El tribunal arbitral podrá, en todo momento, modificar, suspender o levantar toda medida cautelar que haya otorgado: a) a instancia de una de las partes; o b) en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación de las partes”. El Grupo de Trabajo adoptó esa propuesta.

Párrafo 6 bis)

47. Se sostuvo que, en la forma en que estaba redactado, el texto no parecía prever responsabilidad en el supuesto de que los requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar se hubieran cumplido pero la medida resultara, al final, estar injustificada. Se propuso que se sustituyeran las palabras “no debería haberse otorgado la medida” por las palabras “la medida estaba injustificada”. Esta propuesta fue objeto de críticas por considerarse que podía dar pie a un debate sobre si el tribunal había otorgado o no la medida cautelar de forma justificada, con la posibilidad añadida de imponer responsabilidad al propio tribunal arbitral. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo no adoptó la propuesta.

48. También se propuso que se sustituyeran las palabras “exigir ... el pago de”, en la segunda frase del párrafo 6 bis, por las palabras “conceder ... el pago de”, de modo que quedara claro que la acción no era una orden sino un laudo y que la frase dijera “El tribunal arbitral podrá conceder en cualquier momento de las actuaciones el pago de costas o de una indemnización”. Se sostuvo que, a fin de permitir que se impugne una decisión de un tribunal arbitral relativa a daños y perjuicios, debería quedar claro que tal decisión debería dictarse en forma de laudo. Esta propuesta fue adoptada.

Párrafo 7)**Debate general**

49. El Grupo de Trabajo recordó que, en sus períodos de sesiones 41° (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004) y 42° (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005), realizó un examen detallado del texto del párrafo 7) del proyecto de artículo 17 relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares a instancia de parte. El Grupo de Trabajo recordó asimismo que, a pesar

de las amplias divergencias entre los pareceres de las delegaciones, había llegado a un acuerdo de transacción sobre un texto del párrafo 7) (en adelante, “la transacción”) sobre la base de los principios de que: ese párrafo sería aplicable a menos que las partes convinieran otra cosa; debería dejarse claro que las órdenes preliminares revestían el carácter de autos procesales y no de laudos; en el artículo 17 bis no se prevería ningún procedimiento de ejecución para las órdenes preliminares; y no se agregaría al párrafo ninguna nota de pie de página (A/CN.9/573, párr. 27). Ese acuerdo de transacción se recogía en el párrafo 5 de la nota de la Secretaría con la signatura A/CN.9/WG.II/WP.138 (en adelante denominado “el texto de transacción”).

50. El Grupo de Trabajo observó que la Comisión, en su 38º período de sesiones, había señalado que la cuestión de las medidas cautelares a instancia de parte (*ex parte*) seguía siendo una cuestión controvertida. Mientras que algunas delegaciones habían expresado la esperanza de que el texto de transacción concertado fuera el definitivo, otras habían manifestado dudas acerca del valor de esa transacción, en particular habida cuenta del hecho de que en ella no se regulaba la ejecución de las órdenes preliminares (A/60/17, párr. 175).

51. Reiterando una propuesta que se había formulado en aquel período de sesiones, una delegación sugirió que el párrafo 7) fuera redactado de nuevo dándole el carácter de disposición optativa a la que pudieran o no adherirse las partes, y que únicamente fuera aplicable cuando las partes acordaran expresamente su aplicación (A/60/17, párr. 175). Otra de las propuestas consistía en que la disposición relativa a las órdenes preliminares, incluido cualquier aspecto del régimen de ejecución aplicable a tales órdenes, pasara a formar un artículo disociado del proyecto de artículo 17. Se argumentó que esa propuesta facilitaría también la adopción del proyecto de artículo 17 por los Estados que no desearan adoptar disposiciones relativas a las órdenes preliminares (A/60/17, párr. 176). Además de las propuestas hechas ante la Comisión, se sugirió que el párrafo 7) fuera optativo para los Estados y que, por ejemplo, previera un mecanismo de adhesión basado en el del artículo X que se adjuntó como apéndice del artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación (A/CN.9/WG.II/WP.138, párr. 68).

52. Varias delegaciones instaron al Grupo de Trabajo a que reconsiderara si aún era apropiado retener el texto de transacción. Se sostuvo que subsistían fuertes y persistentes discrepancias entre las delegaciones sobre la posibilidad de que las medidas cautelares se otorgaran *ex parte*, y que el Grupo de Trabajo debería procurar no crear controversias en la Comisión sobre este tema, pues ello podría perjudicar la reputación de la Ley Modelo sobre Arbitraje y la de la CNUDMI. Se consideró asimismo que el texto de transacción podría crear incoherencias o confusión en los países que hubieran adoptado o que desearan adoptar la Ley Modelo sobre Arbitraje. También se informó que órganos de importancia clave y especializados en arbitraje habían expresado reservas sobre el texto de transacción.

53. Las propuestas con las que se pretendía que se reexaminara el texto de transacción o que se reabriera el debate sobre el mismo suscitaron una fuerte oposición entre la gran mayoría de delegaciones que tomaron la palabra. Se recordó que el texto de transacción era fruto de largas deliberaciones, así como de notables esfuerzos por parte de las delegaciones que se oponían a las medidas *ex parte* y de las que eran partidarias de ellas. Se observó que el texto de transacción representaba un enfoque innovador y que preveía salvaguardias cuidadosamente redactadas que

limitaban la posibilidad de otorgar medidas en virtud del párrafo 7) y la duración de las mismas y que esas medidas se caracterizaban como órdenes preliminares y no como medidas cautelares otorgadas a instancia de parte. Se señaló que las dudas y las reservas expresadas en la Comisión, así como las propuestas formuladas en su último período de sesiones, reproducían el debate que ya había tenido lugar en el Grupo de Trabajo, pero que no planteaban ningún hecho nuevo ni daban motivos contundentes para que se reexaminara la transacción.

54. En respuesta a la sugerencia de que la disposición se redactara con carácter de disposición abierta a la adhesión de los Estados, se argumentó que sería innecesario, dado que, por su propia naturaleza, la Ley Modelo dejaba libres a los Estados para que adoptaran o no sus distintas disposiciones, y puesto que esa opción de adhesión ya se había examinado y rechazado al llegar a la transacción.

55. Tras un largo debate, el Grupo de Trabajo convino en que se retuviera el texto de transacción sin cambios. El Grupo de Trabajo convino también en que las cuestiones relativas al lugar de inserción del párrafo 7) y a la estructura general del proyecto de artículo 17 volverían a estudiarse en el contexto del debate sobre la forma en que las disposiciones revisadas (es decir, los proyectos de artículo 17, 17 bis y 17 ter) podrían presentarse en la Ley Modelo sobre el Arbitraje. Al determinar la estructura definitiva del proyecto de artículo 17 y el lugar de inserción del párrafo 7), se sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera presente que las medidas cautelares y las órdenes preliminares representaban conceptos jurídicos diferentes y que, por consiguiente, sería aconsejable regular esos conceptos en artículos distintos. Por otra parte, algunas delegaciones sostuvieron que las disposiciones relativas a las órdenes preliminares no deberían separarse del resto del proyecto de artículo 17, pues podrían dar pie a que se sugiriera su supresión.

Apartado a)

56. A fin de atenerse al principio enunciado en el texto de transacción según el cual las órdenes preliminares sólo podían emitirse como autos procesales, y no como laudos, una delegación propuso que en el apartado a) se aclarara expresamente que sólo podían emitirse órdenes preliminares en forma de auto procesal. Se sugirió que, en el apartado a), se insertaran palabras como “en forma de auto procesal”. Se argumentó que con esta aclaración se distinguirían claramente las órdenes preliminares de las medidas cautelares, las cuales, en virtud del párrafo 2) del artículo 17, podían otorgarse en forma de laudo o también de otra forma.

57. Se recordó que el Grupo de Trabajo, en su 32º período de sesiones, ya había puesto de relieve que la distinción entre un auto procesal y una medida cautelar no era solamente una cuestión de forma sino también de fondo, dado que se estimó que las decisiones de carácter procesal no eran ejecutables conforme a la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de los Laudos Arbitrales Extranjeros o al artículo 36 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, y que resultaba difícil dirimir cuestiones procesales (A/CN.9/573, párr. 36). Además, se señaló que el significado del término “procesal” era a veces controvertido, por lo que debería evitarse su utilización. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que, a fin de evitar toda incertidumbre acerca del alcance y de la naturaleza de los autos procesales, sería necesario que en el apartado a) se indicara que las órdenes preliminares no deberían emitirse en forma de laudo.

Apartado b)

58. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del apartado b).

Apartado c)

59. El Grupo de Trabajo señaló que, tal como estaba redactado, el apartado c) repetía la idea de que la medida cautelar podría verse frustrada. A fin de paliar el problema, una delegación propuso enmendar el apartado c) para que dijera: “El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que concluya que existe un riesgo justificado de que se frustre la finalidad de la orden preliminar solicitada si dicha orden se revela previamente a la parte contra la que vaya dirigida”. Esta propuesta no obtuvo apoyo. Otra delegación propuso que se enmendara la redacción del apartado c) suprimiendo las palabras “siempre que concluya que existe un riesgo justificado de que se frustre la finalidad de la orden preliminar solicitada”, con lo cual el enunciado del apartado c) sería el siguiente: “El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar cuando su revelación previa a la parte contra la que vaya dirigida pueda frustrar la finalidad de la orden preliminar”. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo adoptó esta propuesta.

Apartado d)

60. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del apartado d).

Apartado e)

“al mismo tiempo”

61. Una delegación propuso que se suprimieran las palabras “al mismo tiempo” por estimar que el enunciado del párrafo parecía redundante, habida cuenta de las palabras “en el plazo más breve que resulte factible”, que figuraban al final de la primera frase del apartado e). Ante esta propuesta, se recordó al Grupo de Trabajo, que cuando examinó esa disposición en su 42º período de sesiones, se hizo una distinción entre la obligación del tribunal arbitral de adoptar una decisión sobre la orden preliminar a la mayor brevedad, según lo exigieran las circunstancias, y la obligación de la parte contra la que fuera dirigida la orden preliminar de exponer sus argumentos en el plazo más breve que resultara factible (A/CN.9/573, párr. 48). Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener en el apartado las palabras “al mismo tiempo”.

“cualquiera de las partes” - “una orden preliminar”

62. En aras de la coherencia con el apartado d), donde se decía “cualquiera de las partes”, se propuso que, en la primera frase del apartado e), se sustituyera “la parte” por “cualquiera de las partes”. Además, dado que el apartado d) preveía la posibilidad de que un tribunal arbitral tal vez no otorgara la orden preliminar, se propuso que, en la misma frase del apartado e), se sustituyera “la orden preliminar” por “una orden preliminar”. El Grupo de Trabajo aprobó ambas propuestas.

“El tribunal arbitral adoptará su decisión a la mayor brevedad, según lo exijan las circunstancias”

63. Se observó que el apartado e), tal como estaba redactado, resultaba ambiguo, pues en la segunda frase no quedaba claro a qué determinación hacía referencia la

frase “el tribunal arbitral adoptará su decisión a la mayor brevedad, según lo exijan las circunstancias”. Un gran número de delegaciones estimó que esta cuestión debería aclararse. Se expresó la opinión de que la frase se refería a la decisión del tribunal de adoptar o de modificar la orden preliminar después de que la parte contra el que fuera dirigido hubiera sido informada y hubiera tenido la oportunidad de exponer sus argumentos, como dispone el apartado f). Conforme a esta opinión, se propuso o bien incluir en la segunda frase del apartado e) una referencia al apartado f), o bien fundir la segunda frase del apartado e) con la segunda frase del apartado f). Estas propuestas no recibieron apoyo.

64. Predominó la opinión de que las palabras “el tribunal arbitral adoptará su decisión a la mayor brevedad, según lo exijan las circunstancias” se referían a la decisión que había de adoptar el tribunal arbitral ante cualquier objeción que pudiera oponer la parte afectada por la orden preliminar. De acuerdo con esta opinión, se sugirió que se ampliara la segunda frase del apartado e) agregando al texto un nuevo apartado cuyo texto dijera: “El tribunal arbitral adoptará su decisión frente a toda objeción que suscite la orden preliminar a la mayor brevedad, según lo exijan las circunstancias”.

65. Se señaló que cabría simplificar la redacción del nuevo apartado propuesto suprimiendo las palabras “a la mayor brevedad, según lo exijan las circunstancias”, dado que, en cualquier caso, toda decisión sobre una orden preliminar debería adoptarse con celeridad, tal como lo demuestra el plazo de 20 días fijado en el actual apartado f) para la validez de una orden preliminar. El Grupo de Trabajo adoptó, como nuevo apartado, el siguiente texto: “El tribunal arbitral adoptará su decisión a la mayor brevedad sobre toda objeción que suscite la orden preliminar”.

Arbitraje con múltiples partes

66. Se comentó que el párrafo 7) sólo parecía prever supuestos en que en el procedimiento arbitral se dirimían litigios entre dos partes y que, por tanto, la disposición no daba cabida a los arbitrajes con múltiples partes. Por esta razón, se propuso que, por ejemplo, en el apartado a) de la versión inglesa se sustituyera “the other party” por “any other party”. Del mismo modo, se observó que, en el apartado d), la información debía comunicarse únicamente a la parte contra la que se hubiera solicitado la orden preliminar. Se consideró que, en caso de procedimientos arbitrales con múltiples partes, todas las partes podrían estar interesadas en recibir esa información. Tampoco el apartado e) daba cabida a los procedimientos arbitrales con múltiples partes, pues sólo se daba a la parte afectada por la orden preliminar la oportunidad de exponer sus argumentos. Se opinó que, en la redacción de la Ley Modelo sobre Arbitraje aprobada en 1985, se había seguido la pauta de arbitrajes con dos partes, y, al parecer, se había dejado al arbitrio de los Estados promulgantes la cuestión de los arbitrajes con múltiples partes. Se consideró que las cuestiones que planteaban los procedimientos de arbitraje con múltiples partes tal vez habrían de resolverse de manera uniforme en todo el texto de la Ley Modelo sobre Arbitraje, y no solamente en las disposiciones relativas a las medidas cautelares.

67. Si bien el Grupo de Trabajo convino en que un tribunal arbitral no tenía jurisdicción para vincular a partes que no fueran partes en el acuerdo de arbitraje, señaló que esa cuestión revestía una particular importancia en el contexto del otorgamiento de medidas cautelares. Se puso de relieve que la situación había

evolucionado, por ejemplo, en el caso de los arbitrajes sobre inversiones en que se habían tomado en consideración a los terceros que podían verse afectados por una decisión del tribunal arbitral. El Grupo de Trabajo convino en que esas cuestiones podrían ser tratadas por el Grupo de Trabajo en su futura labor.

Apartado f)

68. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del apartado f).

Apartado g)

“exigirá” – “podrá exigir”

69. En respuesta a una pregunta en que se planteaba la cuestión de si las reglas enunciadas en el párrafo 4) y en el apartado g) del párrafo 7) daban lugar a resultados diferentes en la práctica, se explicó que había un matiz de énfasis que diferenciaba ambas disposiciones. Mientras que el apartado g) disponía que el tribunal arbitral “exigirá” una caución, en el párrafo 4) se decía que el tribunal arbitral “podrá exigir” una caución. Para explicar esta diferencia, se recordó que el Grupo de Trabajo, en anteriores deliberaciones, había llegado a la conclusión de que la prestación de una caución debería ser un requisito imperativo, pues constituía una importante salvaguardia, para que se otorgara una orden preliminar (A/CN.9/569, párr. 35). Se recordó asimismo que el Grupo de Trabajo había convenido en que se agregaran palabras en tono discrecional al apartado g), a saber, “a menos que dicho tribunal lo considere inapropiado o innecesario”, a fin de prever el supuesto de que, en algunas circunstancias, tal vez no resultara factible exigir una caución para el otorgamiento de una orden preliminar (A/CN.9/569, párrs. 36 y 37). Si bien una gran mayoría de delegaciones reconocieron que en la práctica las dos reglas podían dar lugar a resultados muy similares, se convino en mantener ambas disposiciones en el texto del proyecto de artículo 17.

“toda otra parte interesada”

70. Se señaló que, mientras que en el párrafo 4) del proyecto de artículo 17 se decía que el tribunal arbitral podía exigir del demandante “o de toda otra parte interesada” que prestara una caución adecuada, en el apartado g) únicamente se hacía referencia a “la parte demandante”. Se sugirió que, en el apartado g), después de las palabras “la parte demandante” se agregaran las palabras “o a toda otra parte interesada”, a fin de dar cabida a los supuestos en que sería apropiado exigir una caución a una parte que no fuera la parte requirente, por ejemplo, cuando la parte requirente no dispusiera de fondos, cuando fuera una empresa ficticia o cuando estuviera asegurada. Tras deliberar, esta propuesta fue retirada, pues se convino en que una decisión del tribunal arbitral sólo podía obligar a la parte requirente, independientemente de si un tercero, como un banco o una compañía de seguros, aportara dicha caución en nombre de la parte requirente.

Apartado h)

Interacción entre el párrafo 5) y el apartado h)

71. Se expresó la opinión de que el párrafo 5) y el apartado h) preveían obligaciones que se solapaban y que, por esta razón, el apartado h) podía resultar redundante. Frente a este argumento se observó que el apartado h) establecía una

amplia obligación de revelar todas las circunstancias que el tribunal arbitral pudiera considerar pertinentes a la hora de tomar su decisión, independientemente de que dichas circunstancias guardaran o no relación con la solicitud de la orden preliminar, en tanto que en el párrafo 5) se hacía únicamente referencia a todo cambio importante que pudiera producirse en las circunstancias que motivaron que se demandara la medida cautelar o que el tribunal arbitral la otorgara. Además, se señaló que, mientras que el párrafo 5), incorporada al apartado b), trataba de los cambios importantes que se produjeran después de haberse otorgado la medida cautelar, el apartado h) preveía una obligación de revelación más amplia que era aplicable desde el momento de la solicitud de la orden preliminar hasta que la parte demandada hubiera expuesto sus argumentos. Dado que las dos disposiciones tenían una finalidad distinta y un diferente alcance, el Grupo de Trabajo convino en mantener el apartado h) en el texto, a fin de asegurar que la parte requirente estuviera obligada a revelar cabalmente la información hasta que la otra parte hubiera hecho valer sus argumentos (A/CN.9/569, párr. 68).

72. Se observó que no parecía haber claridad en la obligación de informar, puesto que se decía que en el apartado h) dicha obligación era únicamente aplicable hasta que la parte contra la que se hubiera solicitado la orden preliminar hubiera hecho valer sus argumentos, sin explicitarse a partir de cuándo regía la obligación. Asimismo, se argumentó que el apartado h) no preveía la situación en que la parte contra la que se hubiera solicitado la orden preliminar fuera una parte no participante.

73. A fin de paliar esos problemas, se propuso enmendar el apartado h) para que dijera lo siguiente: “Cualquier parte que solicite una orden preliminar deberá informar al tribunal arbitral de toda nueva circunstancia que éste pueda considerar pertinente para determinar si otorgará o no una orden preliminar, y esta obligación de informar al tribunal arbitral deberá cumplirse hasta que la parte contra la que se haya solicitado la orden preliminar haya tenido la oportunidad de exponer sus argumentos”. Se observó que esta propuesta no pretendía introducir ningún cambio sustancial en la finalidad y el alcance del apartado h) del párrafo 7) ni en el párrafo 5), pero que simplemente se había concebido con el fin de determinar con precisión el momento a partir del cual la parte requirente estaba obligada a informar al tribunal arbitral y el momento en que dejaba de estarlo. Además, en la propuesta se tomaba en cuenta la realidad de que, en ciertas circunstancias, una parte podría optar por no exponer sus argumentos y, por ello, era más apropiado que el texto dijera que se le daba la oportunidad de hacerlo. (También se propuso que, al final del apartado, después de la palabra “otorgará”, se agregaran las palabras “o mantendrá”.)

74. Se propuso que, a fin de paliar las incertidumbres planteadas por la interacción entre el párrafo 5) y el apartado h) del párrafo 7), se agregaran, al final del texto, las siguientes palabras: “Posteriormente, la parte solicitante tendrá la obligación de informar al tribunal arbitral respecto de la orden preliminar, del mismo modo que la parte demandante está obligada a informar a dicho tribunal respecto de una medida cautelar en virtud del párrafo 5)”. Se explicó que en la propuesta se había utilizado la expresión “parte solicitante” en aras de la coherencia, habida cuenta de que en los proyectos de disposición se habla de “solicitud de una orden preliminar”, mientras que el término empleado para una medida cautelar es “demanda”. Se consideró que

esta enmienda propuesta implicaba la supresión de la referencia al párrafo 5) en el apartado b) del párrafo 7).

75. Se aceptó el contenido de ambas propuestas. Por consiguiente, el texto del apartado h) quedará como sigue: “Toda parte interesada que solicite una orden preliminar deberá informar al tribunal arbitral de toda nueva circunstancia que éste puede considerar pertinente para determinar si otorgará o mantendrá o no una orden preliminar, y tal obligación deberá cumplirse hasta que la parte contra la que se haya solicitado la orden preliminar haya tenido la oportunidad de exponer sus argumentos. Posteriormente, la parte solicitante tendrá la obligación de informar al tribunal arbitral respecto de la orden preliminar, del mismo modo que la parte demandante está obligada a informar a dicho tribunal con respecto a una medida cautelar en virtud del párrafo 5)”.

IV. Proyecto de disposición sobre el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para insertar provisionalmente como nuevo artículo 17 bis en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)

Párrafo 1)

76. Se propuso que, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 36 1) a) v) de la Ley Modelo sobre Arbitraje, en el párrafo 1) debería indicarse que una medida cautelar otorgada por un tribunal arbitral sólo es vinculante para las partes; por consiguiente, habría que insertar, después de la palabra “vinculante”, las palabras “para las partes”. No obstante, se replicó que el párrafo 1) del artículo 17 bis se había redactado de manera que fuera coherente con lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo 35 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, en el que no se hacía ninguna referencia a las partes. Por esta razón, el Grupo de Trabajo convino en no adoptar la propuesta. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 1).

Interacción entre el párrafo 1) y los artículos 35 y 36

77. Se formuló una propuesta con el fin de aclarar expresamente la relación entre el régimen de ejecución instituido por el artículo 17 bis y el establecido en los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje. Se expresaron opiniones divergentes sobre la cuestión de si el régimen de ejecución previsto en el capítulo VIII de la Ley Modelo sobre el Arbitraje aún podría aplicarse en el contexto del reconocimiento y ejecución de una medida cautelar otorgada por un tribunal arbitral en forma de laudo.

78. Según una delegación, pese al hecho de que el artículo 17 bis se había concebido específicamente como régimen para el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares, todo laudo por el que se otorgara una medida cautelar podía quedar sujeto, no obstante, a ejecución por los motivos enunciados en los artículos 35 y 36. Se señaló que la cuestión de si las medidas cautelares otorgadas en forma de laudo entraban o no en el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York, de 1958, sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante, “La Convención de Nueva York”) había dado lugar a opiniones divergentes en distintos ordenamientos jurídicos. Según otra delegación, la forma en que se emitiera una medida cautelar no afectaba a su

naturaleza y, independientemente de la forma, en lo que respecta al reconocimiento y a la ejecución, seguiría considerándose una medida cautelar sujeta al régimen del artículo 17 bis.

79. Se sostuvo que el reconocimiento y el régimen de ejecución de las medidas cautelares instituido en el artículo 17 bis eran autónomos, pero que podría ser necesario excluir expresamente la aplicación de los artículos 35 y 36 a fin de no confundir a los usuarios. Con objeto de resolver esa cuestión, se propuso que se agregaran, al final del párrafo 1), las siguientes palabras: “y quedando excluida la aplicación de los artículos 35 y 36”. Se observó que, de ser adoptada esta propuesta, la disposición enunciada en el párrafo 2) del artículo 35 debería figurar expresamente en el artículo 17 bis. Varias delegaciones apoyaron esta propuesta por considerar que contribuía a dejar claro que el artículo 17 bis se aplicaba a las medidas cautelares y, al mismo tiempo, excluía la aplicación del capítulo VIII. No obstante, se argumentó que los artículos 35 y 36 regulaban el reconocimiento y la ejecución de laudos, mientras que el artículo 17 bis reglamentaba expresamente el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares, por lo que, de añadirse al texto las palabras propuestas, podrían surgir mayores ambigüedades. El Grupo de Trabajo convino en no adoptar la propuesta, pero tomó nota de que la cuestión que planteaba tal vez tendría que reexaminarse ulteriormente.

Párrafo 2)

apartado a)

Parte introductoria

80. En aras de la coherencia con el párrafo 1) del artículo 36, se propuso que se sustituyera la parte introductoria del párrafo 2) por las siguientes palabras: “Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar:”. El Grupo de Trabajo adoptó el contenido de la propuesta.

Apartado a), inciso i)

81. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del inciso i) del apartado a).

Apartado a), inciso ii)

82. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del inciso ii) del apartado a).

Apartado a), inciso iii)

83. Se propuso que se suprimieran las palabras “caso de que esté facultado para hacerlo” en razón de que introducían un elemento evidente y de que podían dar a entender que los tribunales estatales estaban facultados para examinar de nuevo una medida cautelar. Esta propuesta, sin embargo, no prosperó, pues se consideró necesario mantener esas palabras en el texto, ya que limitaban la posibilidad de intervención de los tribunales estatales en situaciones en que estaban específicamente facultados para revisar una medida cautelar otorgada por un tribunal arbitral.

84. Una delegación propuso que se suprimieran las palabras “caso de que esté facultado para hacerlo, por un foro judicial del Estado en donde se tramite el

procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó”. En defensa de esta propuesta se argumentó que, a falta de un tratado específico entre Estados, un tribunal estatal carecería de toda base jurídica para denegar el reconocimiento de una medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral que hubiera sido levantada o suspendida por el tribunal de otro Estado. Esta propuesta no obtuvo apoyo.

“modificada, revocada o suspendida”

85. Una delegación propuso que se agregara, después de la palabra “suspendida”, la palabra “modificada”, para así armonizar el texto de la disposición con el del párrafo 4). Esta propuesta no recibió apoyo debido a que la medida original quedaba sin efecto expresa o implícitamente y una vez que un tribunal arbitral hubiera modificado una medida cautelar, dicha medida ya no podía reconocerse ni ejecutarse. No obstante, el Grupo de Trabajo convino en que en una nota explicativa que acompañara al artículo 17 bis debería aclararse que el régimen de ejecución enunciado en el artículo 17 bis era aplicable a cualquier medida cautelar, independientemente de si fuera modificada o no por el tribunal arbitral.

Apartado b)

Apartado b), inciso i)

86. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del inciso i) del apartado b).

Apartado b), inciso ii)

87. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del inciso ii) del apartado b).

Párrafo 3)

88. Una delegación propuso que se sustituyeran las palabras “en el ejercicio de dicho cometido” por palabras como “al tomar su determinación”, a fin de armonizar la frase con el texto que figura al principio del párrafo, donde dice “toda determinación a la que llegue el foro judicial”. El Grupo de Trabajo adoptó el contenido de esta propuesta.

Párrafo 4)

89. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 4).

Párrafo 5)

90. Una delegación propuso que las condiciones que deberían cumplirse para la solicitud de una caución enunciadas en el párrafo 5) fueran acumulativas en vez de alternativas y que, por lo tanto, se sustituyera “, o”, después de las palabras “dicha caución”, por la conjunción “y”. El Grupo de Trabajo no adoptó esta propuesta y recordó que se pretendía que bastara con una de esas condiciones para poder exigir la prestación de una caución.

91. En aras de la coherencia con el párrafo 4) del artículo 17, que preveía que un tribunal arbitral podría requerir una caución no sólo a la parte demandante sino también a cualquier otra parte, se propuso que, en el párrafo 5), después de las

palabras “del demandante” se agregaran las palabras “o de cualquier otra parte”. Esta propuesta fue retirada por los motivos expuestos en el párrafo ... *supra*.

Párrafo 6)

92. Se sugirió que se abreviara el párrafo 6) para que así reflejara el principio que, como se recordó, formaba parte integrante del texto de transacción, de que una orden preliminar no era ejecutable por un foro judicial, en vez de hacer referencia a una medida cautelar otorgada conforme a pautas sustancialmente equivalentes a las enunciadas en el párrafo 7). Como variante, se propuso que el párrafo 6) se limitara a disponer que el artículo 17 bis era únicamente aplicable a las medidas cautelares otorgadas por un tribunal arbitral en virtud de los párrafos 1) a 6) del proyecto de artículo 17. Se afirmó que este enfoque respetaba el principio de que las órdenes preliminares serían vinculantes entre las partes y, al mismo tiempo, no excluía la aplicación de otros regímenes de ejecución a las órdenes preliminares. Según otra opinión, la inclusión en el texto de palabras en el sentido de que las órdenes preliminares no eran ejecutables era inapropiada en el contexto del artículo 17 bis, que regulaba el reconocimiento y la ejecución de las medidas cautelares. Por esta razón, se sugirió que esa cuestión se abordara en un nuevo apartado que se insertase en el párrafo 7) del proyecto de artículo 17. Asimismo, se sugirió que, para regular la cuestión de una medida cautelar otorgada *ex parte* que la parte demandante tratara de hacer ejecutar en un Estado que hubiera promulgado la Ley Modelo revisada, cabría agregar, al final del artículo 17 bis, un párrafo que dijera lo siguiente: “Las medidas cautelares otorgadas *ex parte* no serán ejecutadas”.

93. Se propuso que se suprimiera el párrafo 6) del artículo 17 bis y que se agregara un nuevo párrafo a continuación del párrafo 7) del proyecto de artículo 17 con un texto del siguiente tenor: “Toda orden preliminar otorgada en virtud del párrafo 7) del artículo 17 será vinculante para las partes, pero no podrá ser objeto de ejecución por un foro judicial”. Se observó que ese enunciado tenía la ventaja de reconocer que una orden preliminar no podría ser ejecutable en virtud de la Ley Modelo sobre Arbitraje ni por ningún otro motivo y, además, evitaba el uso del término “inejecutable”, que tenía otra connotación, que podría dar al texto un carácter más fuerte que el término “vinculante”.

94. La propuesta suscitó diversas observaciones sobre su redacción. Se sugirió que el texto, en vez de decir “un foro judicial”, dijera “cualquier foro judicial”, a fin de dar a entender que la disposición se refería a una orden preliminar otorgada por el tribunal arbitral en el territorio jurisdiccional de un tribunal en el cual se solicitara la ejecución o en cualquier otra jurisdicción. Se respondió que, de incluirse tal disposición en una ley nacional, podrían surgir problemas de derecho internacional privado y que, además, tendría, en la práctica, un efecto muy limitado. Se comentó también que la expresión “sujeta a ejecución por parte de un foro judicial” pretendía tener un significado distinto del término “ejecutable”, a saber, que podría interpretarse que las partes estaban obligadas a no solicitar la ejecución de la orden preliminar, pero que ésta era, de por sí, ejecutable. Se señaló que la no ejecutabilidad de las órdenes preliminares era un rasgo primordial del texto de transacción.

95. Varias delegaciones objetaron que la disposición, tal como estaba redactada, preveía competencias que iban más allá de lo que disponía la Ley Modelo sobre el Arbitraje, puesto que trataba de regular cuestiones procesales de los tribunales

estatales, y se estimó que probablemente la jurisdicción de esos tribunales ni se vería afectada por el párrafo 6). Se consideró que sería mejor omitir simplemente el párrafo 6) en su totalidad, lo cual tendría también el efecto de que la orden preliminar no fuese ejecutable. Varias delegaciones declararon que ésta era su solución preferida, pero que, en aras del consenso y de la convergencia de pareceres de todos los miembros del Grupo de Trabajo, estaban dispuestas a aceptar un enunciado, en el artículo 17 7) o en el artículo 17 bis 6), por el que quedara explícitamente excluida la ejecución de una orden preliminar. Se observó que estaba demostrado que las partes en acuerdos de arbitraje no solían estar dispuestas a desacatar las órdenes de un tribunal arbitral y que se plantearon diversos problemas prácticos al redactar disposiciones para la ejecución de órdenes preliminares que, según se creía, sólo tendrían un escaso período de vigencia. Se formuló otra propuesta consistente en que se incluyera, en el artículo 17 bis, una disposición que aclarara lo siguiente: “Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a las órdenes preliminares otorgadas en virtud del párrafo 7) del artículo 17”. Se subrayó que, a efectos de claridad, sería siempre importante agregar tal observación al artículo 17 bis. El Grupo de Trabajo tomó nota de esta sugerencia.

96. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en suprimir el párrafo 6) del artículo 17 bis y en agregar un nuevo párrafo a continuación del párrafo 7) del proyecto de artículo 17 que dijera lo siguiente: “Toda orden preliminar otorgada en virtud del párrafo 7) del artículo 17 será vinculante para las partes, pero no estará sujeta a ejecución por un foro judicial”.

Nota de pie de página correspondiente al artículo 17 bis

97. El Grupo de Trabajo adoptó el contenido de la nota.

V. Proyecto de disposición sobre las medidas cautelares dictadas por un tribunal en apoyo del arbitraje (para insertar provisionalmente como nuevo artículo 17 ter en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)

98. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 42º período de sesiones, había habido en su seno un intercambio de opiniones sobre un posible proyecto de disposición que regulara la facultad de los foros judiciales estatales para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje (que en el articulado del texto sería, provisionalmente, el artículo 17 ter). El Grupo de Trabajo reanudó el debate sobre el proyecto de artículo 17 sobre la base del texto recogido en el documento A/CN.9/WG.II/WP.138.

99. Una delegación formuló una reserva en el sentido de que el texto, tal como estaba redactado, sólo facultaba a un tribunal estatal para dictar una medida cautelar en apoyo del arbitraje si dicho tribunal se encontraba en el mismo territorio jurisdiccional que el lugar donde tuviera lugar el arbitraje. Se estimó que convendría ampliar el alcance del artículo 17 ter para que englobara la situación en que se pidiera a un Estado que dictara una medida cautelar respecto de un procedimiento arbitral que tuviera lugar fuera de su territorio jurisdiccional. Se subrayó que era

importante desde un punto de vista práctico ampliar el artículo 17 ter para aclarar que la medida cautelar podía ser dictada por un tribunal en cuya jurisdicción no tuviera lugar el arbitraje. Se señaló que la práctica moderna del arbitraje internacional se caracterizaba por medidas como la de tratar de obtener bienes reclamados, seguir buques, preservar pruebas o solicitar las medidas que cabía adoptar, siempre fuera del territorio jurisdiccional en que tuviera lugar el procedimiento arbitral.

100. A fin de resolver ese problema, se propuso que se enmendara el artículo 17 ter agregándole, después de las palabras “y en relación con éstas”, los siguientes términos: “que tengan lugar en el país del tribunal o en otro país”. Esta propuesta recibió apoyo.

101. Se observó que el párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo sobre Arbitraje disponía lo siguiente: “Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado”. Se señaló también que, habida cuenta de la intención de que el artículo 17 ter fuera aplicable a los procedimientos arbitrales que tuvieran lugar fuera del territorio jurisdiccional del tribunal judicial, convendría agregar el artículo 17 ter a la lista de artículos enunciada en el párrafo 2) del artículo 1. No obstante, se indicó que el párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo definía el ámbito de aplicación de la Ley Modelo sobre Arbitraje y que la Comisión no había pedido específicamente al Grupo de Trabajo que formulara revisiones de esa parte de la Ley Modelo. Se estimó que el Grupo de Trabajo aún podría armonizar el artículo 17 ter con el párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo de Arbitraje agregando, al principio del artículo 17 ter, las palabras “No obstante lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 1”. Esta propuesta recibió apoyo.

102. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en adoptar, en sustancia, la siguiente versión revisada del artículo 17 ter: “El tribunal tendrá competencia para dictar medidas cautelares a fin de facilitar actuaciones arbitrales, y en relación con éstas, que tengan lugar en el país en el que tenga jurisdicción el tribunal o en otro país, del mismo modo que tenga competencia para los fines de las actuaciones judiciales y en relación con éstas, y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias normas y procedimientos en la medida en que éstos sean aplicables, habida cuenta de las características específicas de un arbitraje internacional. El presente artículo será aplicable no obstante lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 1”.

103. Se expresó la opinión de que tal vez el artículo 17 bis no regula plenamente los problemas que pueden plantearse con respecto a la relación entre la facultad de los foros judiciales para dictar medidas cautelares y la facultad de los tribunales arbitrales para otorgar medidas cautelares. Se señaló que no estaba claro si esas facultades eran paralelas o si la competencia del foro judicial era superior a la facultad del tribunal arbitral. Esa incertidumbre podría permitir a las partes desafiar la facultad de los tribunales arbitrales para otorgar medidas cautelares solicitando tales medidas a los tribunales judiciales estatales. Se sugirió que, a fin de definir mejor la interacción entre ambas facultades, el artículo 17 ter dispusiera que un tribunal judicial sólo pudiera actuar en circunstancias y en la medida en que el tribunal arbitral estatal no estuviera facultado para ello o no pudiera actuar con eficacia, por ejemplo, si se requería una medida cautelar para vincular a un tercero, si el tribunal arbitral aún no estuviera constituido o si el tribunal sólo había dictado

una orden preliminar. El principio en que se basaba esa propuesta recibió cierto apoyo, pero se convino en que esa propuesta tenía importantes repercusiones jurídicas y prácticas y que planteaba complejos problemas que tal vez el Grupo de Trabajo deseara examinar en una etapa ulterior.

VI. Posibles opciones sobre la forma en que cabría presentar, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, las disposiciones actuales y las revisadas

104. En su 42º período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara la cuestión de la forma en que cabría presentar las disposiciones actuales y las revisadas sobre las medidas cautelares, con posibles variantes que el Grupo de Trabajo pudiera examinar en un futuro período de sesiones (A/CN.9/573, párr. 99).

105. El Grupo de Trabajo convino en que las disposiciones de los artículos 17, 17 bis y 17 ter se insertaran en un nuevo capítulo, que sería el capítulo IV bis. Se expresaron opiniones divergentes sobre si en el título del nuevo capítulo debía hacerse referencia únicamente a las medidas cautelares o también a las ordenes preliminares.

106. Se sugirió que el párrafo 7) del proyecto de artículo 17, que trata de las ordenes preliminares, se presentara en forma de artículo, disociado del artículo 17. También se sugirió que se reestructuraran los proyectos de artículo 17 y 17 bis reagrupando los párrafos que trataban cuestiones similares en artículos separados. Se argumentó que la ventaja de esa presentación radicaría en que se preservaría el estilo de redacción de la Ley Modelo sobre Arbitraje y en que permitiría presentar las disposiciones de manera más lógica. Advirtiendo que la reestructuración de estas disposiciones podría llevar mucho tiempo, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de los artículos 17 y 17 bis teniendo en cuenta esas observaciones, y convino en examinar esa nueva presentación en su próximo período de sesiones.

VII. Informe del grupo de redacción

107. Al haber concluido el Grupo de Trabajo sus deliberaciones sobre los proyectos de artículo 17, 17 bis y 17 ter, la Secretaría estableció un grupo de redacción para plasmar en el texto las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo y asegurar la coherencia entre las versiones en los distintos idiomas oficiales. El informe del grupo de redacción, adoptado por el Grupo de Trabajo, se adjunta al presente informe.

VIII. Preparación de una disposición legal modelo sobre la forma escrita para el acuerdo de arbitraje

108. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 36º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002), había examinado un proyecto de disposición legal modelo por el que se revisaba el artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje y que había estudiado un proyecto de instrumento de interpretación del párrafo 2) del artículo II

de la Convención de Nueva York. El Grupo de Trabajo convino en reanudar el debate sobre la preparación de ese proyecto de disposición modelo y, a tal efecto, tuvo a su disposición un texto preparado por la Secretaría que se basaba en las deliberaciones que había mantenido el Grupo de Trabajo en su 36º período de sesiones (A/CN.9/508, párrs. 18 a 39) (en adelante, denominado “el proyecto revisado de artículo 7”). El Grupo de Trabajo examinó asimismo una propuesta que sobre este tema presentó una delegación, y que se reproduce en el documento A/CN.9/WG.II/WP.137, enmendada por el documento A/CN.9/WG.II/WP.137/Add.1 (en adelante, “el nuevo texto propuesto”).

109. El nuevo texto propuesto sugería que se omitiera del párrafo 2) del artículo 7 el requisito de que los acuerdos de arbitraje figuraran por escrito. Se opinó que, de adoptarse el nuevo texto propuesto, el tema de la concertación del acuerdo de arbitraje y de su contenido se reducirían a una cuestión simplemente probatoria. Se sugirió que en el nuevo texto propuesto se estableciera un régimen más favorable que el que preveía la Convención de Nueva York para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales. Se señaló, por lo tanto, que en virtud de la “disposición legal más favorable”, enunciada en el artículo VII de la Convención de Nueva York, no se aplicaría el artículo II de dicha Convención sino la Ley Modelo sobre Arbitraje. Se observó que, en varios ordenamientos jurídicos que habían suprimido el requisito de la forma escrita para los acuerdos de arbitraje, raras veces se recurría a acuerdos de arbitraje verbales que, por otra parte, no habían dado lugar a controversias de importancia acerca de su validez.

110. Si bien se consideró que el nuevo texto propuesto era útil, pues ponía de relieve los problemas planteados por los requisitos sobre la forma escrita, se estimó que si se suprimía el requisito de la forma y toda referencia a “escrito”, se podría crear incertidumbre. Se consideró que el proyecto revisado de artículo 7 reflejaba el criterio del Grupo de Trabajo sobre los requisitos mínimos que habría que aplicar respecto de la forma de un acuerdo de arbitraje, mientras que el nuevo texto propuesto iba mucho más lejos, llegando a abordar el reconocimiento de la validez de los acuerdos de arbitraje verbales.

111. Se subrayó que si se promovían o reconocían demasiado los acuerdos verbales, podría ocurrir que se dictaran laudos que no pudieran ser reconocidos ni ejecutados en virtud de la Convención de Nueva York, debido a que el acuerdo de arbitraje sobre la base del cual dichos laudos se hubieran otorgado no cumpliría el requisito de que el acuerdo debería figurar por escrito conforme al párrafo 2) del artículo II de dicha Convención. Según otro argumento aducido, el artículo VII de la Convención de Nueva York hacía expresamente referencia a los “laudos arbitrales” y, por consiguiente, no había certeza sobre si se interpretaría universalmente que el artículo VII era aplicable a los acuerdos de arbitraje. Se señaló también que un requisito de forma de tipo muy flexible se asemejaría a las disposiciones que ya existían respecto de los litigios judiciales, por ejemplo, al artículo 3 c) de la Convención sobre la elección de acuerdos judiciales (aprobada el 30 de junio de 2005), en virtud del cual “la elección exclusiva de un acuerdo judicial deberá concertarse o documentarse por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que haga la información accesible, de modo que sea utilizable para consultas ulteriores”. Asimismo, se recordó que recientemente la Comisión había convenido en incluir la Convención de Nueva York en una lista de instrumentos internacionales

a los que sería aplicable la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

112. Varias delegaciones expresaron el parecer de que tanto el nuevo texto propuesto como el proyecto revisado de artículo 7 ofrecían opciones útiles para resolver los problemas que planteaba el requisito de la forma escrita. Se sugirió que se presentaran ambas opciones a la Comisión como variantes. No obstante, se argumentó que ambas opciones tenían la misma función de restar rigidez a los requisitos de forma, tal vez fuera posible conciliarlas. Uno de los modos de lograrlo consistiría en enmendar el párrafo 2) del proyecto revisado limitando el requisito de fondo de la prueba, y no a la validez. Se propuso, a tal efecto, introducir en el texto una frase del siguiente tenor: “La existencia del acuerdo de arbitraje podrá demostrarse por escrito”. Se formuló otra propuesta consistente en enmendar el proyecto revisado de artículo 7, de modo que reflejara los términos empleados en la Convención sobre la elección de acuerdos judiciales, antes mencionada.

Anexo - Informe del grupo de redacción

Capítulo IV bis. Medidas cautelares y órdenes preliminares

Proyecto de artículo 17

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 el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

c) Proporcione algún medio para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

3) El demandante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) 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 una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

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

4) En lo concerniente a toda demanda de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2), los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 3) sólo serán aplicables en la medida que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

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

6) El demandante de la medida cautelar 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.

7) El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes.

8) El demandante de la medida cautelar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios 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 condenarle en cualquier momento de las actuaciones al pago de las costas y de los daños y perjuicios.

9) a) Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte podrá demandar una medida cautelar sin dar aviso a ninguna otra parte y solicitar una orden preliminar del tribunal arbitral por el que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar demandada.

b) Las disposiciones de los párrafos 3), 4), 7) y 8) del presente artículo relativas a las medidas cautelares serán también aplicables a toda orden preliminar que el tribunal arbitral pueda emitir con arreglo al presente párrafo.

c) El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la demanda de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida demandada. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo.

d) Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una solicitud de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la demanda presentada de una medida cautelar, la solicitud de una orden preliminar, la propia orden preliminar, caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, consignando el contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral.

e) Al mismo tiempo, el tribunal arbitral dará, a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible.

f) El tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar.

g) Toda orden preliminar emitida con arreglo a lo previsto en el presente párrafo expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. No obstante, el tribunal arbitral podrá dictar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos.

h) El tribunal arbitral exigirá al solicitante que preste una garantía respecto de la orden preliminar, salvo que dicho tribunal lo considere inapropiado o innecesario.

i) Toda parte que solicite una orden preliminar deberá revelar al tribunal arbitral toda circunstancia que pueda ser pertinente a la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar dicha orden, sobre si debe otorgar o mantener una orden preliminar, y seguirá estando obligada a hacerlo en tanto que la parte, contra la que la orden haya sido solicitada, no haya tenido la oportunidad de hacer valer sus

derechos. A partir de dicho momento, la obligación del solicitante de revelar todo cambio en las circunstancias será la misma que la que cabe exigir del demandante de una medida cautelar con arreglo al párrafo 6).

j) Una orden preliminar dictada con arreglo al presente párrafo será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial.

Proyecto de artículo 17 bis

1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante 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, y a reserva de lo dispuesto en el presente artículo*.

2) Dicho foro judicial podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:

a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, el foro judicial está convencido de que:

i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o

iii) 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 Estado en donde, se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o

b) si, el foro judicial resuelve que:

i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, 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 bien que

ii) 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. El foro judicial al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

* 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 de una medida cautelar.

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

5) El foro judicial ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir del demandante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún en lo concerniente a tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

Proyecto de artículo 17 ter

El foro judicial gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales y en lo concerniente a esas actuaciones que la que disfruta al servicio de sus propias actuaciones y en lo concerniente a otras actuaciones judiciales, y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias reglas de procedimiento en la medida en que dichas reglas sean compatibles con los rasgos distintivos de un arbitraje internacional. El presente artículo será aplicable, sin que sea óbice lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 1.
