



Asamblea General

Distr. limitada
30 de octubre de 2000
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para el
Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de trabajo sobre Arbitraje
33° período de sesiones
Viena, 20 de noviembre a 1° de diciembre de 2000

Arbitraje comercial internacional

Posible labor futura: medidas cautelares ordenadas por un tribunal judicial en apoyo del arbitraje, ámbito de las medidas provisionales que puede dictar un tribunal arbitral, validez del acuerdo de arbitraje

Informe del Secretario General

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción.....	1	2
I. Medidas cautelares ordenadas por tribunales judiciales en apoyo del arbitraje	2-29	2
A. Observaciones generales.....	6-13	2
B. Posibles cuestiones que podrían abordarse en un régimen uniforme	14-29	6
a. Ámbito	14	6
b. Posibilidad de solicitar medidas cautelares.....	15-16	6
c. Discrecionalidad del otorgamiento de medidas cautelares	17	7
d. Ocultación de bienes	18	7
e. Debido proceso y protección adecuada del demandado	19-20	7
f. Acceso a la información sobre los bienes del demandado	21	8
g. Competencia	22-25	8
h. Duración de la validez de la medida provisional	26	9
i. Obligación de informar	27	9
j. Reconocimiento transfronterizo y cooperación judicial internacional ...	28-29	10
II. Alcance de las medidas provisionales que pueden dictar los tribunales arbitrales.....	30-32	10
III. Validez del acuerdo de arbitraje	33	11

Introducción

1. En su 32º período de sesiones (Viena, 20 a 31 de marzo de 2000), el Grupo de Trabajo intercambió opiniones e información sobre una serie de cuestiones relativas al arbitraje que se seleccionaron como posibles temas para una labor futura. Algunos de esos temas surgieron en el curso de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, otros ya habían sido examinados por la Comisión en su 32º período de sesiones (figuran en los párrafos 107 y 108 del documento A/CN.9/468), mientras que otros habían sido propuestos por expertos en arbitraje (figuran en el párrafo 109 del documento A/CN.9/468). El Grupo de Trabajo expresó su apoyo a la labor preparatoria realizada por la Secretaría en relación con algunos de esos temas y la finalidad de la presente nota es facilitar al Grupo de Trabajo un informe de los progresos realizados en dicha labor preparatoria.

I. Medidas cautelares ordenadas por tribunales judiciales en apoyo del arbitraje

2. En su 32º período de sesiones (Viena, 20 a 31 de marzo de 2000), el Grupo de Trabajo consideró, en el contexto del debate sobre las medidas provisionales que podía dictar un tribunal arbitral, una propuesta de preparación de reglas uniformes para los casos en que una parte en un acuerdo de arbitraje acudiera a un tribunal judicial solicitando una medida cautelar (A/CN.9/468, párrs. 85 a 87). Se señaló que era especialmente importante para las partes tener acceso efectivo a esa asistencia judicial antes de que el tribunal arbitral se constituyera, pero también después de esta constitución podía tener una parte razones fundadas para solicitar la ayuda judicial. Se añadió que esas solicitudes podrían hacerse a los tribunales judiciales del Estado en que tuviera lugar el arbitraje o de otro Estado.

3. Se observó que en cierto número de Estados no había disposiciones que tratasen de las facultades de los tribunales judiciales para dictar medidas cautelares a favor de las partes en acuerdos de arbitraje; la consecuencia era que en algunos Estados los tribunales podían no estar dispuestos a dictar esas medidas provisionales, mientras que en otros había incertidumbre sobre si se dispondría de esa asistencia judicial y en qué circunstancias. Se dijo que, si el Grupo de Trabajo decidía preparar disposiciones uniformes sobre ese tema, los Principios sobre las Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales de la Asociación de Derecho Internacional (véase el párr. 8 *infra*), así como la labor preparatoria que condujo a la adopción de esos Principios, serían útiles al examinar el contenido de las reglas uniformes propuestas.

4. El Grupo de Trabajo tomó nota de la propuesta y decidió examinarla en un período de sesiones futuro.

5. En la presente nota se ofrece un examen preliminar de algunas de las cuestiones relacionadas con las medidas cautelares ordenadas por tribunales judiciales en apoyo del arbitraje. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar las cuestiones que figuran en la presente nota con miras a decidir, en primer lugar, la conveniencia o viabilidad de preparar normas o disposiciones uniformes sobre estas cuestiones y, en segundo lugar, si se considera conveniente realizar un trabajo ulterior, permitir a la Secretaría que elabore un proyecto de texto para su examen en un período de sesiones futuro.

A. Observaciones generales

6. Las medidas cautelares desempeñan un papel fundamental en todos los sistemas jurídicos para facilitar el proceso de solución de controversias. La finalidad de dichas medidas es generalmente doble: proteger la situación de las partes en

espera de la solución de la controversia existente entre ellas y asegurar la ejecutabilidad de la decisión final.

7. En diferentes sistemas jurídicos se han plasmado medidas cautelares de formas diversas y utilizando clasificaciones diferentes. Además, el ámbito y la variedad de las medidas cautelares a que se puede recurrir difieren de un país a otro. Ello puede dar lugar a situaciones en que existan controversias con un elemento internacional en las que el solicitante de una medida cautelar pueda verse obligado a recurrir a los tribunales judiciales de un país extranjero en el que se desconozcan las medidas cautelares que pueden solicitarse y los requisitos necesarios para que se dicten dichas medidas. No obstante, existe un número cada vez mayor de solicitudes de medidas provisionales eficaces a nivel internacional, en primer lugar debido a la facilidad y la rapidez con que pueden transferirse bienes en el mundo moderno para eludir una decisión judicial o un laudo arbitral y, en segundo lugar, porque aumentan las expectativas de las partes contratantes en cuanto a las posibilidades de hacer valer sus derechos. Existe el temor de que una parte sin escrúpulos pueda, por ejemplo, vender los bienes o, de forma aún más obvia, transferir fondos a otra jurisdicción antes de que haya una sentencia, dado que los métodos modernos de transferencias bancarias internacionales permiten la transferencia de dinero con suma rapidez.

8. Los problemas relativos a la eficacia y la posibilidad de solicitar medidas provisionales a nivel internacional han sido objeto de numerosos estudios, incluida la labor realizada por el grupo de expertos bajo los auspicios de la Asociación de Derecho Internacional (ILA) En su 67ª Conferencia, en 1996, la Asociación de Derecho Internacional aprobó los “Principios sobre las Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales de la Asociación de Derecho Internacional”¹ (“Principios de la ILA”, recogidos en el párrafo 108 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108). Los Principios de la ILA tienen como finalidad el establecimiento de normas de aplicación general para prestar asistencia a los reformadores del derecho a nivel nacional e internacional en cuanto al ejercicio de la independencia jurisdiccional para otorgar medidas provisionales y cautelares con el fin de asegurar bienes que permitan dar cumplimiento al fallo definitivo². Los Principios se redactaron teniendo en cuenta “un paradigma relativo a las medidas destinadas a inmovilizar los bienes de que disponga el demandado en forma de sumas depositadas en una cuenta bancaria a nombre de un tercero neutral”³. La ILA recomendó estos Principios para su posible utilización por la CNUDMI y por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, así como en reformas legislativas nacionales⁴. No obstante, cabe señalar que estos Principios se redactaron teniendo en cuenta el procedimiento de litigación internacional, a

¹ Asociación de Derecho Internacional, informe de la 67ª Conferencia celebrada en Helsinki del 12 al 17 de agosto de 1996 - Comité de Litigación Civil y Comercial Internacional, segundo informe provisional sobre las medidas provisionales y cautelares en litigios internacionales, publicado por la Asociación de Derecho Internacional, Londres, 1996.

² El principio de independencia jurisdiccional para otorgar medidas provisionales y cautelares se corresponde con el artículo 24 del Convenio de Bruselas de 1968 (y el Convenio de Lugano) relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales.

³ Informe de la Asociación de Derecho Internacional, página 186.

⁴ Informe de la Asociación de Derecho Internacional, página 201.

diferencia de las medidas provisionales otorgadas por un tribunal judicial en apoyo de un arbitraje internacional.

9. El proceso para obtener medidas cautelares en el arbitraje está lleno de dificultades añadidas. Si bien no es el caso en todos los Estados, en la actualidad se reconoce de manera general que las partes pueden solicitar a un tribunal arbitral o a un tribunal judicial una medida cautelar. No obstante, esta libertad de elección se restringe en algunos casos. En primer lugar, la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares se limita a menudo a lo que las partes hayan acordado o a las normas institucionales que las partes hayan elegido para que rijan el arbitraje. En segundo lugar, el tribunal sólo puede dictar medidas cautelares dirigidas a las partes en la controversia⁵. En tercer lugar, el tribunal arbitral sólo puede actuar una vez que se haya constituido. Por ello, antes de la existencia del tribunal arbitral, la medida cautelar tendrá que obtenerse del tribunal judicial. En cuarto lugar, también están limitadas las facultades de los tribunales judiciales. Cuando ha existido un acuerdo de arbitraje válido, algunos tribunales judiciales han considerado que se trataba de una decisión de las partes de excluir la competencia de los tribunales judiciales, que por tanto impediría la concesión de medidas provisionales. Los tribunales de una serie de países han tratado de fijar los límites de esta exclusión con el resultado de que se está creando lentamente un conjunto de precedentes en los que se definen los casos en que el tribunal judicial puede intervenir legítimamente a fin de apoyar la labor del tribunal arbitral sin usurpar la competencia de éste. Por desgracia, las conclusiones a las que se está llegando difieren de un país a otro, lo que hace difícil predecir en qué medida podrá estar dispuesto un tribunal judicial nacional a intervenir. No obstante, en general, se ha establecido una distinción entre la etapa anterior a la constitución del tribunal arbitral y la etapa posterior. Como se ha señalado, antes de la constitución del tribunal arbitral, el tribunal judicial es en general el único órgano competente para dictar medidas cautelares y el abanico de medidas que el tribunal puede dictar en esta etapa es más amplio. Una vez constituido el tribunal arbitral, se ha sugerido que la intervención del tribunal judicial se limite a prestar asistencia al tribunal arbitral y a ofrecerle lo que se denomina “asistencia técnica” que le permita la buena conducción del arbitraje⁶. Además, los tribunales de algunos países han mantenido que en ningún momento la competencia del tribunal judicial para dictar medidas cautelares debe dar lugar al examen del derecho sustantivo relacionado con la controversia ni a una decisión preliminar sobre esta cuestión⁷. Finalmente, en una controversia internacional en la que se pida una medida provisional en un país distinto al de la celebración del arbitraje, se plantea la cuestión de la competencia: ¿Tienen los tribunales judiciales nacionales competencia para otorgar medidas provisionales en apoyo de un arbitraje extranjero y sobre qué base ?

10. Los países han adoptado diferentes criterios con respecto a esta cuestión. Algunos cuentan con legislación en la que figura normativa adecuada relativa en particular a la posibilidad de recurrir al tribunal judicial no sólo en los casos en que el arbitraje tenga lugar en el país del tribunal judicial, sino también en los casos en que, aunque el arbitraje tenga lugar fuera del país, los bienes del deudor, incluidos

⁵ Ello se desprende del carácter consensual del acuerdo de arbitraje: las partes y nadie más acordaron solucionar la controversia existente entre ellas mediante arbitraje. Si se solicita una orden que afecte a terceros será necesario recurrir a los tribunales judiciales.

⁶ CCI, 1993, “*Conservatory and Provisional Measures in the International Arbitration*”, ICC, publishing S.A., página 76.

⁷ Decisión de la Cámara de los Lores en el asunto *Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty Construction Ltd* [1993] 1 A11 ER 664.

los del deudor no residente, se encuentren en el territorio de ese Estado⁸. No obstante, en muchos países la legislación no contiene disposiciones para este tipo de asistencia por parte de los tribunales judiciales del foro. Por ejemplo, en algunos países sólo se permite solicitar medidas cautelares a un tribunal judicial cuando ya se haya pedido a ese tribunal que adoptase una decisión con respecto al fondo del asunto. Ello no es posible cuando existe un acuerdo de arbitraje. Asimismo, en algunas jurisdicciones, el tribunal judicial sólo puede dictar medidas cautelares cuando el arbitraje tenga lugar dentro de la jurisdicción del tribunal, pero no cuando tenga lugar en el extranjero.

11. Así pues, puesto que quizá algunos países cuenten ya con regímenes legislativos adecuados que abordan estas cuestiones, tal vez el Grupo de Trabajo entienda que la falta de un criterio uniforme requiere un examen ulterior del tema. Un régimen uniforme puede considerarse conveniente no sólo desde el punto de vista de países que deseen contar con un modelo que facilite la modernización de su legislación, sino también desde el punto de vista de los usuarios del arbitraje en los países que cuentan con un régimen eficaz, pero que tal vez deseen tener acceso a una asistencia judicial eficaz en otros países.

12. Tras esbozar una serie de cuestiones relativas a las medidas cautelares dictadas en arbitraje por tribunales judiciales, en el examen que figura a continuación se plantean varios de los temas que se abordan en los Principios de la ILA y se facilitan información básica y aclaraciones. Las soluciones a estos temas pueden servir de inspiración para cualquier texto que el Grupo de Trabajo tal vez desee preparar. Las referencias a los Principios que figuran en los títulos de la parte B corresponden a los Principios de la ILA. Cuando un Principio no es aplicable en el contexto del arbitraje internacional, se le ha omitido.

13. Cabe señalar también que puede haber otras formas de aumentar la eficacia y la posibilidad de solicitar medidas provisionales en el arbitraje internacional. Tal vez sea posible aclarar las facultades de los árbitros, en particular con respecto al alcance de las medidas que pueden dictar, cuestión que se examina en los párrafos 69 a 72 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108. Además se ha señalado también que un mejoramiento de la fuerza ejecutoria de las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales ayudaría con respecto a esta situación⁹.

⁸ Por ejemplo, la legislación de un país dispone que las facultades del tribunal judicial para dictar medidas provisionales podrán ejercerse aun cuando el arbitraje tenga lugar fuera de dicho país o no se haya designado o determinado el lugar del arbitraje. No obstante, el tribunal judicial podrá negarse a otorgar una medida provisional si considera que, dado que el lugar del arbitraje no se encuentra en ese país, no es adecuado dictar la medida. Puesto que esta legislación acaba de promulgarse, no queda totalmente clara la forma en que los tribunales judiciales harán uso de esta facultad discrecional, pero parece probable que si los tribunales judiciales del lugar en el que el arbitraje se realice tienen competencia para dictar medidas provisionales, el tribunal judicial pueda considerar que esos tribunales son el foro natural para otorgar dichas medidas y se abstenga de dictar la medida.

⁹ A/CN.9/468, párrs. 60 a 79; en la actualidad Alemania es el único país que ha dispuesto de manera expresa la ejecución de las medidas provisionales dictadas por un tribunal arbitral extranjero: Ley alemana de arbitraje de 1998, libro 10 del Código de Procedimiento Civil, arts. 1041 2) y 1062 1) y 2).

B. Posibles cuestiones que podrían abordarse en un régimen uniforme

a. Ámbito (Principios 1 y 2)

14. Los Principios adoptan una clasificación doble de los objetivos que cumplen las medidas provisionales en la litigación civil y comercial: a) mantener el statu quo en espera de que el tribunal resuelva el litigio; o b) asegurar la accesibilidad de ciertos bienes que permitan dar curso al fallo definitivo. Esta distinción la hacen con frecuencia los sistemas jurídicos nacionales y refleja la necesidad de diferentes tipos de medidas (la clasificación de las medidas provisionales en diferentes categorías se examinó en el párrafo 63 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108). Como se ha señalado anteriormente en el párrafo 8, los Principios se centran en medidas del grupo b) simplemente porque éstas pueden solicitarse de ordinario y por tanto son susceptibles de un análisis comparativo. En caso de que el Grupo de Trabajo decidiera que es conveniente trabajar en la elaboración de un conjunto de normas uniformes sobre estas cuestiones, habría que considerar la cuestión de los tipos de medidas provisionales a los que serían aplicables.

b. Posibilidad de solicitar medidas cautelares (Principio 3)

15. Es conveniente que las medidas puedan ser solicitadas tanto por los extranjeros como por los nacionales y en relación con arbitrajes celebrados en el país del tribunal judicial que dicte la medida así como en un país extranjero. En algunos países, los tribunales judiciales sólo dictan medidas provisionales en apoyo de procedimientos arbitrales celebrados en ese país¹⁰. En otros, pueden dictarse medidas en apoyo de procedimientos arbitrales extranjeros siempre que se cumplan ciertas condiciones, por ejemplo, que el laudo arbitral extranjero sea ejecutable en ese país¹¹, que se haya revelado íntegramente la existencia del acuerdo de arbitraje¹², que el tribunal arbitral haya solicitado la medida provisional o que se cumplan las condiciones establecidas por la legislación del país en el que se solicita la medida¹³. En un tercer grupo de países la cuestión no queda clara, bien porque la

¹⁰ Los tribunales judiciales de la India han interpretado la Ley de arbitraje y conciliación de 1996 en el sentido de que un tribunal de la India sólo podrá dictar una medida provisional en apoyo de un arbitraje nacional. En dos decisiones del Tribunal Superior de Delhi y del Tribunal Superior de Calcuta se entiende que, puesto que la disposición relativa a las medidas provisionales dictadas por tribunales judiciales figura en la primera parte de la ley, aplicable a los arbitrajes que tienen lugar en la India, se entiende que cuando el lugar del arbitraje está fuera del país, los tribunales judiciales de la India no tienen competencia para dictar la medida provisional. No obstante, esta decisión ha sido criticada y existe jurisprudencia en contrario, aunque la cuestión aún no ha sido resuelta por el Tribunal Supremo. Asimismo, en China, parece que no es posible aplicar una medida provisional si el arbitraje no ha tenido lugar en China.

¹¹ Austria, art. 387 2) de la *Exekutionsordnung*.

¹² En el Canadá, la decisión sin informe T-212-91 de la Sala de Enjuiciamiento del Tribunal Federal del Canadá en el caso *Ruhrkohle Handel Inter GmbH et al and Fednav Ltd. et al* apoya la opinión de que puede mantenerse una detención en un asunto de arbitraje extranjero siempre que se haya revelado íntegramente el acuerdo de arbitraje y que se haya suspendido posteriormente el procedimiento.

¹³ Los tribunales judiciales de Alemania no hacen distinciones entre procedimientos arbitrales extranjeros y nacionales en la medida en que el Código de procedimiento civil establece la competencia de los tribunales judiciales estatales para conceder medidas provisionales. Asimismo, en Grecia, los tribunales judiciales otorgan las medidas provisionales en apoyo de un arbitraje extranjero siempre que se cumplan las condiciones relativas a las medidas provisionales del Código de procedimiento civil de Grecia.

legislación correspondiente no aborda el tema o porque no hay informes de casos en los que se haya solicitado una medida¹⁴.

16. Además, cuando se pide una medida que afecta a los bienes de una de las partes en el procedimiento arbitral, tal vez no sea conveniente establecer una distinción entre si se trata de bienes de un residente o de un no residente del país en el que se solicita la medida, ya que la finalidad de ésta es simplemente la de proteger los bienes. Por ejemplo, en algunos países la legislación exige que el tribunal judicial tenga competencia con respecto al demandado para que pueda dictar o ejecutar una medida provisional, mientras que en otros países algunas medidas sólo pueden aplicarse cuando los bienes con respecto a los cuales se solicita la medida pertenecen a deudores no residentes.

c. Discrecionalidad del otorgamiento de medidas cautelares (Principio 4)

17. El otorgamiento de medidas provisionales sería en general discrecional y no obligatorio y quedaría sujeto a ciertas consideraciones específicas. Algunas de estas consideraciones podrían ser, por ejemplo, el examen de los méritos de la acción del solicitante y las consecuencias relativas que conllevaría para las partes el otorgamiento o denegación de la medida. Esta cuestión puede ser problemática en el ámbito del arbitraje en el que la jurisprudencia de algunos países indica que los tribunales judiciales no están dispuestos a dictar medidas provisionales en ninguna situación que conlleve un examen preliminar del fondo del asunto. No obstante, la disposición del tribunal judicial a otorgar la medida provisional depende generalmente en gran medida de su urgencia y del posible daño que supondría para el solicitante la denegación de dicha medida. Si queda claro que el solicitante no está tratando simplemente de hacer fracasar el procedimiento arbitral, parece que existirían mayores posibilidades de que la medida se otorgase y de que el tribunal judicial soslayara el problema de tener que considerar las cuestiones de fondo.

d. Ocultación de bienes (Principio 5)

18. Los Principios reconocen que el demandado no debería estar en condiciones de ocultar sus bienes colocándolos, por ejemplo, en una sociedad o en un fideicomiso, mientras, de hecho, siga siendo el titular de los bienes o el beneficiario de éstos. El Comité de la ILA, si bien formuló el Principio general, señaló que se trataba de un problema complejo que requería mayor investigación y elaboración.

e. Debido proceso y protección adecuada del demandado (Principios 6 a 8)

19. Si bien tal vez no siempre sea posible notificar previamente al demandado de la solicitud de una medida provisional, en particular cuando el elemento sorpresa es importante, como regla general el demandado tiene derecho a ser informado inmediatamente de la medida dictada. En consonancia con el artículo 18 de la Ley Modelo, se deberá dar al demandado la oportunidad de ser oído en un plazo razonable y de oponerse a la medida cautelar

20. Como medida adicional de protección del demandado, el tribunal judicial puede necesitar la facultad de exigir al solicitante una garantía u otras condiciones (como el compromiso de indemnizar al demandado en caso de que la medida resulte injustificada) para hacer frente a los posibles daños que pudiera ocasionar al

¹⁴ Por ejemplo, en los Estados Unidos no existe disposición alguna en las leyes estatales ni en la Ley Federal sobre arbitraje que permita el otorgamiento de medidas provisionales por los tribunales cuando las partes hayan acordado someterse a arbitraje. No obstante, los tribunales judiciales de los Estados Unidos han derivado a menudo de la legislación estatal su competencia para dictar medidas provisionales. Para más detalles, véase: *David L. Threlkeld & Co. v. Metallgesellschaft Ltd*, 923 F.2d 245, 253 N° 2 (2d Cir. 1991) *Borden Inc. v. Meiji Milk Products Co. Ltd.*, 919 F. 2d 822 (2d Cir. 1990)

demandado o a terceros el otorgamiento de la medida, por ejemplo cuando la orden sea injustificada o demasiado amplia. Si el compromiso de hacer frente a los daños se demostrara insuficiente y el tribunal estudiara la posibilidad de exigir una garantía, otra consideración podría estar relacionada con la capacidad del solicitante para hacer frente a una reclamación de indemnización de los daños y perjuicios causados. En algunos países, sólo se ordenará la medida provisional cuando el solicitante se comprometa al menos a hacerse cargo de la indemnización de daños y perjuicios, dependiendo la cuantía del compromiso del tipo de medida solicitada, lo que constituye un factor determinante común de las condiciones que acompañan a una medida provisional.¹⁵

f. Acceso a la información sobre los bienes del demandado (Principio 9)

21. En algunos países hay pocas medidas provisionales que puedan solicitarse con respecto al acceso a la información sobre los bienes del demandado, y puede no estar reconocido el derecho del solicitante, por ejemplo, a recibir información de un tercero sobre los activos de los que el demandado dispone en el banco. Otros sistemas jurídicos cuentan con disposiciones más amplias sobre procedimientos auxiliares de obtención de la información. Como se señala en los Principios de la ILA, existen políticas encontradas importantes que sirven de base a estas dos posiciones diferentes; por ejemplo, la necesidad de revelar la información, especialmente en casos de fraude, a fin de permitir al solicitante un eficaz seguimiento y recuperación de bienes, en contraposición con la importancia de mantener el secreto bancario y el derecho a la privacidad en los asuntos financieros personales.

g. Competencia (Principios 10 a 12, 16 y 17)

22. Una limitación a la concesión de medidas cautelares en apoyo de procesos extranjeros puede ser el requisito de que los tribunales judiciales del foro en los que se solicite la medida sean competentes para conocer sobre el fondo de la controversia. Por ejemplo, en algunos países, algunas medidas cautelares no pueden dictarse a menos que se esté celebrando o vaya a celebrarse un proceso sobre el fondo del asunto en un tribunal judicial del foro o en un tribunal arbitral nacional. En otros casos, la disposición relativa al otorgamiento de medidas provisionales en apoyo de procesos judiciales extranjeros se limita a un grupo de Estados partes en un convenio o convención (por ejemplo el Convenio de Bruselas de 1968), y en otros, dicha posición será aplicable a los procesos judiciales extranjeros de cualquier lugar del mundo sin necesidad de que la parte que solicite la medida determine base alguna sobre la que el tribunal del país en el que se solicita la medida pueda evaluar su competencia con relación a las cuestiones de fondo de la demanda. En estos casos, los tribunales judiciales han indicado que la medida no debe limitarse a casos excepcionales¹⁶, siempre que no se conceda como cosa de rutina ni sin un examen minucioso. Entre esas consideraciones pueden contarse por ejemplo, el hecho de si la medida provisional pudiera obstaculizar o impedir la tramitación de la causa por el tribunal judicial que conozca de la cuestión de fondo, o dar lugar al riesgo de que existan órdenes contradictorias, sobrepuestas o incoherentes en otros tribunales de

¹⁵ Por ejemplo, el artículo 6 del capítulo 15 del Código procesal de Suecia establece que la constitución de una garantía con respecto a una medida cautelar es fundamental para la concesión de la medida. La garantía puede consistir en una carta, una caución o una prenda personales. También se aceptan garantías bancarias. En caso de que el solicitante no pueda ofrecer una garantía suficiente se le puede eximir de ese requisito sólo cuando demuestre las razones extraordinarias de su solicitud (artículo 25 del capítulo 2 del Código sobre ejecución).

¹⁶ Véase por ejemplo el caso 818 de la Sala Superior de lo Civil del Reino Unido *Credit Suisse Fides Trust v. Cuoghi* [1998].

justicia; o el hecho de si, habiéndose solicitado la medida al tribunal judicial principal, éste la hubiese denegado.

23. En los Principios de la ILA se propone que la competencia se desprenda de la mera presencia de bienes, estando ello sujeto a condiciones entre las que se encuentre que la presencia de bienes (o, de hecho, la concesión de una medida cautelar relativa a dichos bienes) no se utilice en sí misma como base para fundamentar una competencia más general sobre el fondo, condición que refleja la posición común de una serie de países diferentes; el solicitante tendría la obligación de presentar una demanda sobre el fondo, en un plazo razonable, en el foro o en el extranjero y debería existir una posibilidad razonable de que la sentencia dictada en el extranjero fuera reconocida en el foro que concedió la medida provisional.

24. En los casos en que el tribunal judicial esté ejerciendo su competencia sobre el fondo del asunto, una característica de la legislación de muchos países es la amplitud del ámbito de medidas que pueden dictarse con respecto al demandado personalmente. Las facultades del tribunal judicial incluirían las de emitir de órdenes provisionales y cautelares dirigidas personalmente al demandado para que inmovilice sus bienes, independientemente de la ubicación de éstos y de si el demandado se encuentra o no físicamente en el territorio jurisdiccional.

25. No obstante, en los casos en que el tribunal judicial no ejerza su competencia sobre el fondo del asunto, y lo haga exclusivamente con respecto al otorgamiento de medidas provisionales y cautelares, se necesita prudencia. Puede ser necesario limitar la competencia del tribunal judicial a los bienes sitios en el territorio jurisdiccional, en particular para asegurar la protección de terceros frente a los conflictos de competencia que pudieran surgir. A reserva de lo dispuesto en el derecho internacional, la ubicación de los bienes vendrá determinada por la ley del foro (incluidas sus reglas sobre conflicto de leyes).

h. Duración de la validez de la medida provisional (Principio 13)

26. La validez de la medida cautelar deberá ser por un tiempo limitado que se especifique. Este principio está relacionado con el derecho del demandado a ser oído. También puede ser importante en los casos en que la medida solicitada sea controvesial, como en el caso de una medida *ex parte* (es decir, dispuesta sin oír a la parte contraria), o cuando exista la posibilidad de que la medida sea especialmente gravosa para el demandado si se prolonga. En el caso de las medidas *ex parte*, el requisito de que el solicitante vuelva a dirigirse al tribunal judicial solicitando la renovación de la medida permitirá oír al demandado en esa ocasión. El tribunal puede estudiar entonces la posibilidad de renovación a la luz de las actuaciones habidas en el tribunal arbitral que esté conociendo del fondo del litigio.

i. Obligación de informar (Principio 15)

27. Deberá exigirse al solicitante de medidas cautelares que informe inmediatamente al tribunal arbitral de las medidas que se hayan dictado a petición suya. También es importante que se exija al solicitante que informe al tribunal judicial al que solicita la medida provisional del estado en que se encuentran el procedimiento de arbitraje sobre el fondo y los procedimientos de petición de medidas cautelares en otras jurisdicciones (la obligación de informar se examina en el contexto de la ejecución de las medidas provisionales en el párrafo 64 del documento A/CN.9/WG.II/WP.110).

i. Reconocimiento transfronterizo y cooperación judicial internacional (Principios 18 a 20)

28. Si bien no se procura imponer la obligación de reconocer órdenes dictadas en otros Estados o de cooperar con tribunales judiciales o arbitrales de otras jurisdicciones, el fomento de la cooperación para ordenar medidas complementarias en el plano nacional puede dar lugar a resultados tangibles, tanto en materia de reconocimiento como de cooperación judicial. A instancia de una de las partes, un tribunal judicial podrá tener en cuenta las órdenes dictadas en otras jurisdicciones. Además, puede convenir que los tribunales judiciales cooperen cuando sea necesario para lograr que las órdenes emitidas por otros tribunales surtan efecto y que consideren las medidas que procedan en el país.

29. El hecho de que las órdenes tengan carácter provisional y no definitivo y concluyente no debería ser un obstáculo a la cooperación o incluso al reconocimiento o a la ejecución (la ejecución de medidas provisionales se aborda en los párrafos 52 a 80 del documento A/CN.9/WG.II/WP.110).

II. Alcance de las medidas provisionales que pueden dictar los tribunales arbitrales

30. Las soluciones legislativas relativas a la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares no son uniformes. En algunas jurisdicciones la facultad es implícita. En otras, existen disposiciones expresas que facultan al tribunal arbitral para dictar medidas provisionales. Según algunas legislaciones sobre arbitraje, la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas provisionales depende del acuerdo de las partes, y la ley se limita a reconocer la eficacia del acuerdo de las partes para otorgar dicha facultad al tribunal arbitral. También hay jurisdicciones en las que se considera que el tribunal arbitral no tiene facultad para dictar medidas provisionales y que las partes no pueden conferirle dicha facultad. Numerosas normativas en materia de arbitraje facultan al tribunal arbitral para dictar medidas cautelares (por ejemplo, el artículo 26 del Reglamento de la CNUDMI). Los reglamentos y leyes que facultan al tribunal arbitral para dictar medidas provisionales conceden generalmente una amplia discrecionalidad al tribunal arbitral con respecto a la forma que debe ejercer dicha facultad.

31. El Grupo de Trabajo estudió (en su 32º período de sesiones, de marzo de 2000) la conveniencia y viabilidad de preparar un texto no legislativo armonizado sobre el alcance de las medidas cautelares que un tribunal arbitral podría ordenar y las reglas procesales correspondientes (A/CN.9/468, párrs. 80 a 84). En el transcurso de dicho examen se expresó amplio apoyo a la preparación de un texto no legislativo, como directrices o notas prácticas que examinaran cuestiones como los tipos de medidas cautelares que podría ordenar un tribunal arbitral, la discrecionalidad para hacerlo, y directrices sobre la forma de ejercer esa discrecionalidad o las condiciones o circunstancias en que podrían ordenarse las medidas. Se sugirió que la aclaración que dieran esas directrices fuera amplia y comprendiera todas las medidas cautelares mencionadas en el párrafo 63 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108 (es decir: a) medidas para facilitar la sustanciación de un procedimiento arbitral, b) medidas para evitar cierta pérdida o daño o para preservar cierto estado de cosas hasta que se resuelva la controversia, y c) medidas para facilitar la ejecución ulterior del laudo). Sin embargo, se añadió que las directrices serían especialmente útiles en el caso de las medidas con respecto a las cuales se necesitaba con más frecuencia la ejecución judicial.

32. Se acordó que la Secretaría preparase un documento que analizara las normas y prácticas sobre las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales y ofreciera

elementos para el futuro texto no legislativo armonizado. El Grupo de Trabajo tenía conciencia de que no se disponía con facilidad de la información necesaria para preparar el documento y, por ello, pidió a los Estados y a las organizaciones internacionales que participaban en los debates del Grupo de Trabajo, así como a los expertos interesados en su labor, que enviaran a la Secretaría la información pertinente (por ejemplo, reglas de arbitraje y escritos académicos y profesionales, así como ejemplos de textos de medidas cautelares ordenadas en que se omitiesen los nombres de las partes y otra información confidencial). En la actualidad, la Secretaría está recopilando dicha información y preparando un estudio en el que se incluye un proyecto de esquema de posibles directrices para que lo examine el Grupo de Trabajo en un próximo período de sesiones. La labor preliminar indica que podrían incluirse en las posibles directrices las siguientes cuestiones: tipos de medidas provisionales que podría dictar un tribunal arbitral; etapas procesales previas a la decisión de una medida cautelar; ejercicio de la discrecionalidad para dictar una medida provisional y cuestiones relativas a la orden una vez que se haya dictado, como el contenido de la orden, las consecuencias de su incumplimiento y la modificación de la medida. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar el estudio que se está preparando en un período de sesiones futuro con miras a decidir si la Comisión necesita adoptar alguna medida.

III. Validez del acuerdo de arbitraje

33. En su 32º período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró posibles temas para una labor futura, incluidas las cuestiones relativas a la interpretación de disposiciones legislativas como las del artículo II 3) de la Convención de Nueva York (o el artículo 8, 1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional) (A/CN.9/468, párrs. 107 a 114). En la práctica, esas disposiciones han dado lugar a soluciones divergentes, en particular en lo relativo al mandato del tribunal i) para decidir si debe remitir a las partes a arbitraje, ii) para considerar si el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible, y iii) en el supuesto de que el demandado invoque la circunstancia de que un procedimiento de arbitraje está pendiente o de que se ha emitido ya al respecto un laudo arbitral (A/CN.9/468, párrs. 108). El Grupo de Trabajo manifestó que esas cuestiones tenían gran importancia desde el punto de vista práctico ya que daban lugar a incertidumbres y a posibles demoras en una serie de Estados. En la actualidad, la Secretaría prepara actualmente un estudio en el que se examina la forma en que los tribunales han abordado estas cuestiones y la medida en que las interpretaciones son divergentes. La investigación preliminar indica que, aunque el artículo 8 de la Ley Modelo y el artículo II 3) de la Convención de Nueva York son en líneas generales similares, los tribunales nacionales han tendido a interpretarlos, en ciertos aspectos, de manera diferente. Al considerar la validez del acuerdo de arbitraje, los tribunales que han examinado la cuestión en relación con el artículo 8 han tendido a limitarse a un examen inicial del caso, mientras que los tribunales que han examinado la misma cuestión en virtud del artículo II 3) han seguido el criterio de que tienen “plena competencia” para examinar los argumentos, incluso para recibir pruebas si fuera necesario, a fin de examinar no sólo el cumplimiento de los requisitos formales sino también la validez del fondo. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar el estudio que se está preparando en un período de sesiones futuro con miras a decidir si ha lugar a que la Comisión adopte alguna medida.