



# Asamblea General

Distr. limitada  
30 de enero de 2002  
Español  
Original: inglés

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

Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación)  
36º período de sesiones  
Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002

### Solución de controversias comerciales

### Elaboración de disposiciones uniformes sobre medidas provisionales cautelares

#### Nota de la Secretaría

#### Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción .....	1-13	3
I. Información general sobre las medidas cautelares en el derecho interno .....	14-48	6
A. Observaciones generales .....	14-15	6
B. Clasificación de las medidas cautelares .....	16-18	6
1. Medidas para evitar o reducir al mínimo los daños, perjuicios o pérdidas ...	17	7
2. Medidas para facilitar la ejecución de un laudo .....	18	7
C. Competencia para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje .....	19-33	8
1. Competencia exclusiva de los tribunales judiciales .....	21	8
2. Competencia exclusiva del tribunal arbitral .....	22-24	9
3. Competencia concurrente .....	25-26	9
4. Competencia consecutiva .....	27	10
5. Incertidumbre acerca de la competencia de los tribunales judiciales .....	28	10

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
6. Limitación de la competencia .....	29-33	10
a) Tribunales judiciales .....	29-31	10
b) Tribunales arbitrales .....	32-33	11
D. El peticionario de medidas cautelares .....	34-36	11
E. Tipos de medidas cautelares que se pueden dictar .....	37-41	12
1. Tribunales judiciales .....	37-40	12
2. Tribunales arbitrales .....	41	13
F. Requisitos para decretar medidas cautelares .....	42-43	14
G. Medidas cautelares dictadas por los tribunales en apoyo de un arbitraje extranjero	44-48	14
II. Labor internacional en relación con las medidas cautelares .....	49-71	15
A. Principios de la Asociación de Derecho Internacional .....	50-67	15
1. Ámbito de aplicación (Principios 1 y 2) .....	52	16
2. Acceso a las medidas cautelares (Principio 3) .....	53	16
3. Índole discrecional de la concesión de medidas cautelares (Principio 4) ....	54-55	16
4. Ocultación de bienes (Principio 5).....	56	17
5. Debidas garantías procesales y protección del demandado (Principios 6 a 8) .	57-58	17
6. Acceso a la información relativa a los bienes del demandado (Principio 9)...	59	17
7. Competencia (Principios 10 a 12, 16 y 17) .....	60-63	17
8. Duración de la validez de la medida cautelar (Principio 13) .....	64	18
9. Obligación de informar (Principio 15) .....	65	19
10. Reconocimiento transfronterizo y asistencia judicial internacional (Principios 18 a 20) .....	66-67	19
B. American Law Institute/Unidroit: proyecto de principios fundamentales y normas de procedimiento civil transnacional .....	68-70	19
C. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: proyecto de convenio relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de fallos extranjeros en materia civil y mercantil .....	71	22
III. Posibles disposiciones .....	72-84	24
A. Medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales .....	74	24
B. Medidas cautelares dictadas por tribunales judiciales .....	75-81	26
C. Relaciones entre los tribunales de justicia y los tribunales arbitrales .....	82	28
D. Ejecución de las medidas cautelares .....	83-84	28

## Introducción

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión tuvo ante sí una nota titulada “Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional” (A/CN.9/460). La Comisión acogió favorablemente la oportunidad de poder examinar la conveniencia y viabilidad de seguir elaborando normas de derecho aplicables al arbitraje comercial internacional y consideró en general que había llegado el momento de evaluar la experiencia amplia y favorable adquirida en la promulgación de normas de derecho interno inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (de 1985, llamada también en la presente nota “la Ley Modelo”), así como en la utilización del Reglamento de Arbitraje y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de evaluar en un foro universal como el de la Comisión la aceptabilidad de las ideas y propuestas presentadas para mejorar las leyes, reglamentos y prácticas aplicables al arbitraje<sup>1</sup>.
2. La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, y decidió que los temas prioritarios del Grupo de Trabajo fueran los siguientes: conciliación<sup>2</sup>, requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje<sup>3</sup>, fuerza ejecutiva de las medidas provisionales cautelares<sup>4</sup> y posibilidad de ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen<sup>5</sup>.
3. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 32º período de sesiones (A/CN.9/468). La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y reafirmó el mandato del Grupo de Trabajo en lo que respecta a decidir el momento y la manera de abordar los temas asignados para una labor futura. Se formularon varias declaraciones en el sentido de que el Grupo de Trabajo, al decidir el grado de prioridad de los temas futuros de su programa en general, debería prestar particular atención a lo que era viable y práctico y a las cuestiones respecto de las cuales las decisiones judiciales daban lugar a una situación incierta o insatisfactoria desde el punto de vista jurídico. Los temas que se citaron en la Comisión como posiblemente dignos de examen, además de los que pudiera determinar como tales el Grupo de Trabajo, fueron los siguientes: significado y efecto de la disposición relativa al derecho más favorable del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en 1958 (denominada de ahora en adelante en el presente documento “la Convención de Nueva York”) (A/CN.9/468, apartado k) del párr. 109); presentación de demandas en procedimientos arbitrales con fines de compensación y competencia del tribunal arbitral con respecto a dichas demandas (apartado g) del párr. 107); autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas que ellas hayan designado (apartado c) del párr. 108); facultad discrecional residual para decidir la ejecución de un laudo pese a la existencia de una de las causales de rechazo enumeradas en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 (apartado i) del párr. 109); y la facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses (apartado j) del párr. 107). Se tomó nota con aprobación de que, en lo que respecta a los arbitrajes “en línea” (es decir, los arbitrajes en los que una gran parte o incluso la totalidad de los procedimientos arbitrales se llevaban a cabo con medios electrónicos de comunicación) (párr. 113), el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje cooperaría con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Por lo que se refiere a la posibilidad de ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de

origen (apartado m) del párr. 107), se opinó que no se esperaba que la cuestión planteara muchos problemas y que la jurisprudencia que había dado origen a la cuestión no se debería considerar una tendencia<sup>6</sup>.

4. En su 34º período de sesiones, celebrado en Viena del 25 de junio al 13 de julio de 2001, la Comisión tomó nota con beneplácito de los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor de sus períodos de sesiones 33º y 34º (A/CN.9/485 y A/CN.9/487, respectivamente). La Comisión encomió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados hasta el momento en relación con las tres cuestiones principales objeto de debate, a saber, el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, las cuestiones de las medidas provisionales de protección y la preparación de una ley modelo sobre conciliación.

5. Con respecto a las cuestiones relativas a las medidas cautelares, la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había examinado un proyecto de texto destinado a revisar el artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y el texto del inciso i) del apartado a) del párrafo 1 de un nuevo proyecto de artículo preparado por la Secretaría para su inclusión en la Ley Modelo (A/CN.9/WG.II/WP.113, párr. 18). Se pidió al Grupo de Trabajo que prosiguiera su labor sobre la base de los proyectos de disposición revisados que prepararía la Secretaría.

#### **Medidas cautelares ordenadas por el tribunal arbitral**

6. En su 34º período de sesiones, celebrado del 21 de mayo al 1º de junio de 2001, el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de artículo en que se preveía la facultad expresa de los tribunales arbitrales para decretar medidas cautelares y una definición de esas medidas (A/CN.9/487, párr. 64). Se solicitó a la Secretaría que preparara textos opcionales, para examinar en un período de sesiones posterior, en que se establecieran los términos, condiciones y circunstancias en los que un tribunal arbitral podía o debía ordenar medidas cautelares. Los textos habían de ser más ilustrativos que taxativos a fin de evitar el riesgo de interpretarlos en un sentido restringido. Se sugirió que en el proyecto se enumeraran categorías generales, siguiendo el criterio adoptado en otros instrumentos internacionales como los convenios relativos a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas, 1968 y Lugano, 1988). Se sugirió también que las disposiciones legislativas modelo incluyeran una disposición por la que se exigiera que la parte que solicitaba la medida provisional otorgara una garantía apropiada para su ejecución.

7. A efectos de coadyuvar a la labor de la Secretaría en lo que respecta a las medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales, se preparó un breve cuestionario que se envió a los árbitros y asesores letrados de actuaciones arbitrales para reunir información sobre las medidas de esa índole que se hubieran dictado en esos procedimientos.

#### **Medidas cautelares decretadas por tribunales judiciales**

8. En su 32º período de sesiones, celebrado en Viena del 20 al 31 de marzo de 2000, el Grupo de Trabajo examinó, en el contexto del debate sobre las medidas cautelares que podía dictar un tribunal arbitral, la propuesta de preparar reglas

uniformes para los casos en que una parte en un acuerdo de arbitraje acudiera a un tribunal judicial para solicitar 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, aunque también después de la constitución del tribunal arbitral 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 a los de otro Estado.

9. Se observó que en cierto número de Estados no había disposiciones sobre la facultad de los tribunales judiciales para decretar medidas cautelares en favor de las partes en acuerdos de arbitraje; por lo que en algunos Estados los tribunales no estaban dispuestos a dictar esas medidas provisionales, en tanto que en otros reinaba incertidumbre acerca de la posibilidad de prestar esa clase de asistencia judicial y las circunstancias en que se haría. Se dijo que si el Grupo de Trabajo decidía preparar disposiciones uniformes en la materia, al examinar el contenido de las propuestas sería conveniente utilizar los Principios de la Asociación de Derecho Internacional sobre las Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales y la labor preparatoria que dio lugar a la adopción de esos principios.

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

11. En su 33º período de sesiones, celebrado en Viena del 20 de noviembre al 1º de diciembre de 2000, el Grupo de Trabajo examinó la labor preparatoria realizada por la Secretaría al respecto (véase A/CN.9/WG.II/WP.111, párrs. 2 a 29) y expresó su apoyo a la labor futura encaminada a reforzar la eficacia del arbitraje en el comercio internacional. Si bien se señaló que el asunto era de carácter procesal, esfera esta en que la armonización siempre había resultado difícil de lograr, se indicó que era conveniente que hubiese certeza jurídica en la materia en aras del buen funcionamiento del arbitraje comercial internacional. Se observó que la labor correspondiente debía fundarse en información empírica amplia y que la Secretaría se habría de poner en contacto con los gobiernos y las organizaciones de arbitraje con miras a obtener esa información. Se pidió a la Secretaría que preparara estudios y propuestas preliminares sobre la base de la información que recibiera.

12. La Secretaría preparó un breve cuestionario que se envió a los gobiernos a fin de recabar información sobre la competencia de los tribunales para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje y ejemplos de medidas que se hubiesen dictado.

13. En la primera parte de la presente nota se resume la información obtenida de los cuestionarios sobre medidas cautelares decretadas por tribunales judiciales o arbitrales. En la segunda parte figura un resumen de la labor que realizan otras organizaciones internacionales en materia de medidas cautelares dictadas por los tribunales. En la tercera parte se proponen medios y arbitrios para abordar algunas de las cuestiones planteadas sobre la base de los debates del Grupo de Trabajo y una revisión del proyecto de texto examinado por el Grupo de Trabajo en su 34º período de sesiones, celebrado en 2001.

## **I. Información general sobre las medidas cautelares en el derecho interno**

### **A. Observaciones generales**

14. Las medidas provisionales cautelares desempeñan un papel fundamental en muchos ordenamientos jurídicos en lo que respecta a facilitar tanto el proceso de litigación judicial como el arbitraje. Los tribunales judiciales y arbitrales suelen recibir la solicitud de una de las partes en el procedimiento de arbitraje para que ordenen esas medidas. Las órdenes dictadas por un tribunal judicial pueden estar dirigidas a una de las partes en la controversia, a las dos partes o a terceros. Las dictadas por un tribunal de arbitraje por lo general no están dirigidas a terceros. Las medidas cautelares suelen ser de carácter temporal y abarcan únicamente el período que transcurre hasta el pronunciamiento del laudo arbitral. Según la medida de que se trate, las circunstancias que justifican que siga existiendo ya no rigen en el momento en que se pronuncia el laudo o en que la medida provisional se fusiona con el laudo. Esas medidas, que se denominan de diversa manera (medidas provisionales cautelares, órdenes provisionales, laudos provisionales, medidas de conservación, o mandatos judiciales) en general obedecen a dos razones. En primer lugar, tienen por objeto preservar la posición de las partes mientras no se resuelve el litigio, función a la que se denomina con frecuencia “mantener el statu quo”. Una segunda finalidad es garantizar que el laudo o fallo definitivo se pueda ejecutar conservando bienes o haberes que se puedan utilizar para darle curso en la jurisdicción que corresponda. Nada parece indicar que en el contexto del arbitraje comercial internacional los objetivos difieran de los que se persiguen en el contexto de la litigación nacional.

15. Al considerar la manera de abordar algunas de las cuestiones relativas a la posibilidad de que los tribunales judiciales decreten medidas cautelares en apoyo del arbitraje, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de la importancia de garantizar que las partes que decidan resolver sus controversias por medio del arbitraje no pierdan ninguno de los derechos a valerse de medidas cautelares que habrían tenido recurriendo a la vía judicial. Ese criterio coadyuvaría a lograr las metas de compatibilidad y uniformidad.

### **B. Clasificación de las medidas cautelares**

16. Las medidas cautelares se pueden dividir en diversas categorías. Si bien la distinción entre esas categorías no siempre resulta clara y determinadas medidas pueden estar comprendidas en más de una, la división puede ayudar a comprender en qué medida ciertos ordenamientos jurídicos pueden restringir la facultad para dictar ciertas clases de medidas como el embargo. No se sugiere que las disposiciones uniformes que prepare la CNUDMI comprendan una clasificación ni fomenten esas restricciones. En un sentido amplio, las medidas cautelares algunas veces se dividen en dos categorías principales: las medidas encaminadas a evitar daños, perjuicios o pérdidas y las encaminadas a facilitar la ejecución posterior del laudo.

## **1. Medidas para evitar o reducir al mínimo los daños, perjuicios o pérdidas**

17. El propósito de esas medidas es evitar o minimizar las pérdidas o los daños, por ejemplo, manteniendo determinada situación hasta que se resuelva una controversia con el pronunciamiento de un laudo definitivo, y evitar los perjuicios, por ejemplo, preservando el carácter confidencial. Esas medidas comprenden:

- i) la orden de que los bienes que son objeto del litigio queden en posesión de una de las partes pero sean preservados, o de que queden en poder de un depositario (lo que en algunos ordenamientos jurídicos se llama secuestro);
- ii) la orden de que el demandado entregue bienes al demandante con la condición de que éste otorgue garantía por el valor de los bienes y de que el demandado pueda ejecutar la garantía si la demanda resulta ser infundada;
- iii) la orden de inspección, desde un primer momento, cuando resulte evidente que determinada situación puede cambiar antes de que el tribunal arbitral aborde la cuestión conexas. Por ejemplo, si la controversia se relaciona con el fondeo de buques en un puerto y se sabe que éste va a pasar a ser una zona de construcción, el tribunal arbitral puede dictar órdenes de inspección del puerto en las primeras etapas;
- iv) la orden de que una de las partes proporcione cierta información a la otra, como un indicativo de acceso a una computadora, lo que le permitiría, por ejemplo, seguir realizando o concluir cierta labor;
- v) la orden de vender bienes perecederos y de que el producto de la venta quede en poder de un tercero;
- vi) el nombramiento de un administrador para la gestión de los bienes generadores de ingresos que se hallan en litigio, cuyo costo se sufragará conforme a lo dispuesto por el tribunal arbitral;
- vii) la orden de que se siga ejecutando el contrato en litigio;
- viii) la orden de adoptar medidas apropiadas para evitar la pérdida de un derecho, por ejemplo, pagando la renovación de una marca comercial o la prórroga de una licencia de programas informáticos;
- ix) la orden de no revelar determinada información y de adoptar medidas para garantizar que no se revele.

## **2. Medidas para facilitar la ejecución de un laudo**

18. Las medidas que tienen por objeto facilitar la ejecución posterior de un laudo comprenden:

- i) la orden de inmovilizar bienes mientras no se dirima la controversia, de no retirar bienes o el objeto del litigio de una jurisdicción y de no enajenar bienes en la jurisdicción en que se pida la ejecución del laudo;

- ii) órdenes relativas a bienes que pertenecen a una de las partes en el arbitraje y están bajo el control de un tercero (por ejemplo, para impedir que un banco libere fondos de una de las partes);
- iii) la garantía del monto en disputa, lo que entraña, por ejemplo, depositar una suma en determinada cuenta, entregar determinados bienes, o la presentación de una garantía por un tercero, que puede ser un banco o un fiador;
- iv) la garantía de las costas del arbitraje, lo que puede requerir, por ejemplo, que se deposite una suma o se dé una fianza o garantía, generalmente para cubrir los gastos del demandado si la acción del demandante no prospera.

### **C. Competencia para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje**

19. Si bien las normas procesales de cada Estado pueden diferir, la solicitud de medidas cautelares a una autoridad judicial puede comprender varias etapas con objeto de determinar en qué condiciones y con qué alcance puede estar facultado el tribunal para dictar medidas cautelares relativas a un arbitraje comercial internacional. En primer lugar, la competencia para decretar medidas cautelares puede ser compartida entre el tribunal arbitral y los tribunales judiciales nacionales. En segundo lugar, se plantea la cuestión de establecer el límite entre la competencia del tribunal arbitral y del tribunal judicial para dictar una medida cautelar en particular. También es importante resolver la cuestión de la ejecución de la medida provisional (cuestión que examina actualmente el Grupo de Trabajo; véase A/CN.9/487, párrs. 76 a 87).

20. Los ordenamientos jurídicos adoptan diversos criterios para abordar la cuestión de las medidas cautelares en apoyo del arbitraje y de la institución a la que se pueden encomendar. En términos generales, esas medidas están comprendidas en tres categorías principales: las que incumben al tribunal judicial, las que se reservan para el tribunal de arbitraje una vez que se haya constituido o que se hayan iniciado las actuaciones arbitrales y las que tanto el tribunal judicial como el de arbitraje están facultados para dictar. También hay leyes en que no se prevé específicamente la competencia del tribunal y, en consecuencia, no se sabe a ciencia cierta si está facultado para dictar medidas en apoyo del arbitraje. En algunos de esos países, sin embargo, los tribunales han interpretado que, a falta de una prohibición expresa, están facultados para hacerlo. En algunas jurisdicciones federales o no unitarias, la competencia para dictar medidas cautelares puede estar dividida entre diferentes categorías de tribunales -algunas medidas pueden ser de competencia de un Estado, de una provincia o de un cantón- y estar prevista con mayor o menor detalle en las respectivas leyes.

#### **1. Competencia exclusiva de los tribunales judiciales**

21. En muchos ordenamientos jurídicos se reconoce como principio general que los tribunales judiciales pueden dictar medidas cautelares en apoyo de actuaciones arbitrales. Esta competencia suele incluirse en forma expresa en las leyes de

procedimiento arbitral o civil y los tribunales pueden decretar medidas cautelares tanto antes de las actuaciones arbitrales como durante éstas. En algunas de esas leyes se dispone que únicamente el tribunal judicial está facultado para decretar medidas cautelares, antes o después de la iniciación de las actuaciones o de la constitución del tribunal arbitral<sup>7</sup>. En otras incluso se descarta concretamente la posibilidad de que el tribunal de arbitraje dicte medidas cautelares y hasta se llega a rechazar la ejecución del acuerdo entre las partes con objeto de conferirle la facultad para hacerlo.

## **2. Competencia exclusiva del tribunal arbitral**

22. Otras leyes disponen que la facultad para dictar medidas cautelares corresponde exclusivamente al tribunal arbitral y que los tribunales judiciales no pueden decretar medidas cautelares en apoyo del arbitraje. La incompetencia del tribunal judicial tal vez se derive de las disposiciones que excluyen la competencia judicial cuando hay un acuerdo de arbitraje. La competencia del tribunal arbitral emana de la interpretación del acuerdo de arbitraje como un acuerdo encaminado a lograr la solución definitiva y vinculante de las controversias por parte de un tercero imparcial y ese acuerdo no puede coexistir con el derecho de cualquiera de las partes a modificar el objeto en litigio de modo que impida u obstaculice los esfuerzos del tribunal arbitral por pronunciar un laudo definitivo y eficaz<sup>8</sup>. Algunos tribunales judiciales han considerado que la existencia de un acuerdo de arbitraje válido entraña una decisión de las partes de excluir por completo la competencia del tribunal judicial, lo que comprende la facultad de decretar medidas cautelares<sup>9</sup>. En algunas leyes en que la competencia para dictar medidas cautelares incumbe al tribunal arbitral, el tribunal judicial, sin embargo, puede prestar asistencia a aquél en favor de las partes en el arbitraje, lo que puede consistir en garantizar la eficacia del futuro proceso arbitral dictando medidas urgentes para preparar el caso o salvaguardar la ejecución del laudo.

23. La incompetencia de los tribunales judiciales también puede obedecer a que la ley no aborde concretamente la cuestión de la adopción de medidas cautelares en el período previo a la iniciación de las actuaciones arbitrales o a la constitución del tribunal arbitral. Puede ser imposible solicitar esas medidas a los árbitros porque el tribunal arbitral todavía no se ha constituido o porque los árbitros no están facultados para dictar la medida concreta que se solicita.

24. Habida cuenta de que la autoridad del tribunal de arbitraje emana del acuerdo de las partes, sus facultades se deben determinar examinando en primer lugar los términos en que las partes han convenido en recurrir a la vía del arbitraje. Las partes pueden haber convenido en un arbitraje institucional o en un arbitraje especial en virtud de un conjunto de normas establecidas, como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En los dos casos las facultades del tribunal arbitral están determinadas por un conjunto de normas establecidas. También puede ser necesario examinar el derecho sustantivo que regula el procedimiento cuando ese derecho invalida el acuerdo de las partes o lo complementa.

## **3. Competencia concurrente**

25. Según un tercer criterio, el tribunal arbitral y los tribunales judiciales tienen competencia concurrente para dictar medidas cautelares y las partes pueden decidir

a cuál de ellos solicitarlas, si bien el tribunal judicial suele ser el único que puede dictarlas antes de que se haya constituido el tribunal arbitral. En algunas leyes en que la competencia es concurrente, la variedad de medidas que puede decretar el tribunal judicial a veces es más amplia antes de que se constituya el tribunal arbitral que después de que se haya constituido. Las medidas de conservación, por ejemplo, se pueden solicitar antes y después de que se constituya el tribunal arbitral, en tanto que algunas medidas que se adoptan a la vez con fines de conservación y ejecución únicamente se pueden dictar antes de que se constituya el tribunal arbitral.

26. En los reglamentos de arbitraje institucional en que se reconoce la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares y se aborda la división de poderes entre el tribunal arbitral y el tribunal judicial, en general se dispone que la solicitud de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial después de la remisión de la causa al tribunal arbitral o después que éste se haya constituido no es incompatible con el acuerdo de arbitraje ni se considera una renuncia a ese acuerdo<sup>10</sup>. En algunos reglamentos se exige a la parte solicitante que informe de la solicitud sin dilación al tribunal arbitral.

#### **4. Competencia consecutiva**

27. Otro criterio es dividir la competencia entre el tribunal judicial y el tribunal arbitral en función del momento de la constitución de este último o de la apertura de las actuaciones arbitrales. En esas leyes el tribunal judicial está facultado para dictar medidas cautelares antes de que se constituya el tribunal arbitral, pero no después, ya que, una vez constituido éste, le incumbirá la facultad para dictar las medidas que se soliciten.

#### **5. Incertidumbre acerca de la competencia de los tribunales judiciales**

28. En algunos ordenamientos jurídicos no hay certeza acerca de la competencia de los tribunales judiciales para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje porque ese aspecto no está regulado expresamente en las leyes de arbitraje ni en las leyes o normas de procedimiento civil. Es preciso, pues, interpretar las leyes de procedimiento civil y al hacerlo algunos tribunales consideran que la ausencia de una prohibición expresa los faculta para dictar esas medidas.

#### **6. Limitación de la competencia**

##### **a) Tribunales judiciales**

29. En algunos países los tribunales han intentado establecer los límites de sus facultades para dictar medidas cautelares. Lentamente se vienen sentando precedentes y estableciendo situaciones en que el tribunal judicial puede intervenir legítimamente en apoyo de la labor del tribunal arbitral sin usurpar su autoridad. Los resultados, sin embargo, varían de un país a otro, lo que hace difícil predecir en qué medida un tribunal nacional estará dispuesto a intervenir. Como se mencionó anteriormente, los tribunales suelen hacer una distinción entre el período anterior y posterior a la constitución del tribunal arbitral o a la iniciación del arbitraje<sup>11</sup>.

30. Hay otras limitaciones vinculadas a la existencia de ciertas circunstancias específicas, como el hecho de estar en juego los derechos de un tercero, de haber una solicitud a instancia de parte o de que la competencia del tribunal judicial resulten más eficaz que la de un árbitro.

31. Otra limitación respecto de la cual parece haber consenso es cuando la medida solicitada se relaciona con el fondo del litigio sustantivo. En algunas legislaciones se dispone -y los tribunales de algunos países lo sostienen- que el tribunal judicial está facultado para dictar medidas cautelares, pero que esa facultad no abarca el examen del litigio sustantivo ni la decisión preliminar al respecto. Cuando la parte que solicita la medida en realidad esté tratando de obtener un fallo sobre el fondo del litigio, los tribunales desestimarán la solicitud. Según algunos informes, aun cuando los árbitros tengan amplias facultades, procuran no utilizarlas de modo que parezca que deciden sobre el fondo de la cuestión o en favor de una de las partes. De modo análogo, los tribunales judiciales se muestran reacios a utilizar sus facultades coercitivas para no adoptar una decisión que pueda resultar prematura, es decir, antes de que se hayan presentado al tribunal arbitral todos los hechos y se haya determinado la ley aplicable. Los tribunales por lo general evitarán menoscabar el fondo de la causa dictando, por ejemplo, una medida que interprete efectivamente el contrato. Al rehusarse a ejercer sus facultades para dictar medidas cautelares, algunos tribunales se refieren a la intención expresa de las partes de someter la controversia a un foro arbitral neutral y confidencial.

#### **b) Tribunales arbitrales**

32. Hay algunas limitaciones con respecto a la competencia del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares. La primera es el momento en que adquiere la facultad (ya sea en función del momento de constituirse o de la remisión de la causa, o de alguna otra circunstancia prevista en la ley o el reglamento de arbitraje aplicable). La facultad puede surgir desde el momento en que se inicie el litigio y que se solicite la medida.

33. Una segunda limitación es que un tribunal arbitral no tiene potestad ejecutoria propia y la ejecución de una medida ordenada por un tribunal arbitral se debe solicitar a los tribunales judiciales. Una tercera limitación es que un árbitro o un tribunal arbitral no está facultado para vincular a ninguna persona que no sea parte en el arbitraje y, por consiguiente, no puede dictar una medida dirigida a un tercero.

### **D. El peticionario de medidas cautelares**

34. Cuando el tribunal judicial tiene competencia exclusiva, hay dos criterios distintos para abordar la cuestión de quién puede solicitar medidas cautelares en apoyo del arbitraje. En algunos ordenamientos se dispone que el tribunal arbitral o el árbitro presenten la solicitud (se prohíbe expresamente que lo haga uno de los litigantes), pero en general es una de las partes en el arbitraje quien solicita la medida. También sería una de las partes quien solicitaría al tribunal arbitral la adopción de una medida cautelar.

35. En muchas leyes se admite la solicitud de medidas cautelares a instancia de parte siempre y cuando el peticionario otorgue garantía por daños y perjuicios en caso de que posteriormente se determine que no habría correspondido dictar la orden. Para obtener una medida cautelar a instancia de parte, el peticionario casi siempre está obligado a demostrar la urgencia del caso, es decir, el daño irreparable que sobrevendrá si ha de utilizar los procedimientos acostumbrados para solicitar la

medida, que exigen dar aviso con mucha anticipación. Algunos ordenamientos permiten, en casos excepcionales, eximir al peticionario de otorgar garantías cuando la medida se pide antes de que se constituya el tribunal de arbitraje, algunas leyes exigen que las actuaciones arbitrales comiencen dentro de determinado período, que puede variar de unos días a unos meses.

36. Cuando se deniega la solicitud de medidas cautelares, algunas leyes permiten que el peticionario recurra con o sin autorización del tribunal. Otras leyes simplemente niegan el derecho de apelación.

## **E. Tipos de medidas cautelares que se pueden dictar**

### **1. Tribunales judiciales**

37. En los distintos ordenamientos jurídicos las medidas provisionales cautelares se han clasificado de diversas formas. Si bien se suele utilizar la terminología “medidas cautelares y provisionales”, la distinción entre las dos clases no siempre queda clara y no hay una clasificación aceptada universalmente. Sin embargo, esa distinción puede ser importante porque en algunos ordenamientos los tribunales pueden dictar determinada clase de medidas pero no otras, o se distingue entre las dos clases en función de las órdenes que se pueden dictar antes o después de constituirse el tribunal de arbitraje (véase, por ejemplo, el párrafo 25 *supra*). Además, los países adoptan diferentes criterios en lo que concierne al alcance de las medidas cautelares y a la variedad de medidas que pueden dictar los tribunales en apoyo del arbitraje, y se puede hacer una distinción entre las medidas que se pueden dictar en apoyo del arbitraje nacional y extranjero (véase, por ejemplo, la nota 17 del párrafo 45 *infra*).

38. Los tribunales pueden decretar distintos tipos de medidas. Al parecer, las órdenes más comunes son las que se dictan contra los bienes de una entidad para encomendar a determinada autoridad que se incaute o ejerza el control de dichos bienes y las que obligan a una parte a realizar o abstenerse de realizar algún acto. Algunas veces, sin embargo, la noción general de medidas cautelares comprende la adopción de medidas de procedimiento o de medidas vinculadas a la sustanciación del proceso arbitral.

39. En algunas leyes de arbitraje se enumeran los tipos de medidas de que se dispone, en tanto que en otras se mencionan de manera general, indicando que son medidas “de conservación o prevención y adecuadas concretamente para garantizar el ejercicio del derecho que se ve amenazado”. En algunos casos en que las medidas no se enumeran en la ley de arbitraje, son tratadas en el contexto arbitral de la misma forma que otras cuestiones contenciosas supervisadas por los tribunales que están previstas en las leyes de procedimiento civil y las normas procesales.

40. Pese a las diferencias de terminología, los tipos comunes de medidas que se pueden solicitar a los tribunales en apoyo del arbitraje comprenden:

a) Órdenes para proteger los bienes en disputa o ciertos derechos de índole no monetaria, generalmente dirigidas a las partes en el litigio (también llamadas “de embargo”);

- b) Órdenes para impedir que una parte retire bienes o dinero que tenga en su poder o que esté en poder de un tercero (también llamadas “mandatos judiciales”);
- c) Conservación, custodia o venta de bienes perecederos;
- d) Órdenes para que una parte conserve bienes en su poder (también llamadas “de secuestro”);
- e) Órdenes de inspección de bienes;
- f) Nombramiento de un depositario para que tenga en su poder los bienes que no pueden estar en poder de ninguna de las partes mientras no se resuelva el litigio;
- g) Órdenes para que una parte otorgue garantía para cubrir los gastos de la contraparte si la acción resulta infructuosa.

## 2. Tribunales arbitrales

41. En consonancia con el artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en muchas leyes nacionales se limitan las clases de medidas cautelares que puede dictar un tribunal de arbitraje exigiendo que se adopten medidas “necesarias respecto del objeto del litigio”. En ese contexto, cabe recordar que el artículo 17 de la Ley Modelo se redactó teniendo en cuenta el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en el que se indica que el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá tomar todas las medidas cautelares “que considere necesarias respecto del objeto en litigio, incluso medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos”. El hecho de que en esos textos se mencione “el objeto en litigio” y el ejemplo de la venta de bienes perecederos en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no se suelen entender como restricción de la potestad del tribunal arbitral para dictar cualquier clase de medidas cautelares que considere apropiadas. No obstante, por lo menos un comentarista ha concluido que al mencionarse el “objeto en litigio” y la “conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio” se da a entender que se trata de medidas relativas a la conservación o venta de bienes, y no a impedir la transferencia de bienes a otra jurisdicción. En comparación, el lenguaje utilizado en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que faculta a un tribunal arbitral para “ordenar cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas”, se considera una forma de disponer, quizá, de una mayor discrecionalidad. El Reglamento de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos también puede ser más amplio, ya que en él se dispone que el tribunal arbitral “adopte todas las medidas provisionales que considere necesarias” y no se hace referencia alguna al objeto en litigio. La revisión del artículo 17 de la Ley Modelo tal vez constituya una ocasión propicia para aclarar el malentendido, ya sea modificando la disposición o dando explicaciones apropiadas en la guía para la incorporación al derecho interno.

## **F. Requisitos para decretar medidas cautelares**

42. En muchos ordenamientos se establecen varios requisitos previos a la adopción de medidas cautelares por parte de los tribunales en apoyo del arbitraje. Los más comunes son:

- a) Que el peticionario otorgue garantía apropiada por los daños que pueda acarrear la orden que se dicte;
- b) Que haya una necesidad urgente de adoptar la medida que se solicita;
- c) Que el peticionario demuestre que si no se adopta la medida cautelar habrá daños considerables, lo que generalmente se llama “daño irreparable” o “daño sustancial”<sup>12</sup>; y
- d) En la mayoría de los ordenamientos, que exista la posibilidad de que prosperen los argumentos del peticionario sobre el fondo de la controversia.

43. Los requisitos previos a la adopción de medidas cautelares por parte del tribunal arbitral dependen de la ley aplicable y de las normas que regulen el proceso de arbitraje. Las condiciones previas para decidir la adopción de medidas cautelares suelen estar establecidas en la ley aplicable, si bien no hay uniformidad en esa esfera y las leyes y reglamentos no detallan los requisitos, aun cuando las medidas cautelares pueden tener consecuencias profundas. En muchos reglamentos internacionales se da al tribunal arbitral amplia discrecionalidad para determinar si una medida cautelar es apropiada<sup>13</sup> o necesaria<sup>14</sup>. Las condiciones más comunes son el carácter urgente de la cuestión que se procura abordar con la medida cautelar, que exista un riesgo para el objeto en litigio, la posibilidad de que se produzca un daño irreparable, grave o emergente si no se concede la medida solicitada, que no se disponga de otro recurso y que se otorgue garantía<sup>15</sup>.

## **G. Medidas cautelares dictadas por los tribunales en apoyo de un arbitraje extranjero**

44. En una controversia internacional en que se solicitan medidas cautelares en un país que no es el del arbitraje surge el problema de la competencia: ¿son competentes los tribunales nacionales para conceder medidas cautelares en apoyo del arbitraje extranjero, y en qué se funda esa competencia? Como regla general, las medidas dirigidas a bienes concretos o al tercero que los tenga en su poder muy probablemente estarán más limitadas desde el punto de vista territorial que un mandato judicial contra la parte personalmente. El mandato judicial contra la parte se aplicará independientemente del lugar en que estén situados los bienes.

45. Los países han adoptado diferentes criterios para abordar la cuestión de las medidas en apoyo del arbitraje extranjero. Las leyes de algunos países permiten recurrir a los tribunales no sólo cuando el arbitraje tiene lugar en el país del tribunal, sino también cuando las actuaciones arbitrales se desarrollan en otro país. En las leyes se suele mencionar como requisito para la aplicación de medidas cautelares la necesidad de que la medida se pueda ejecutar en la jurisdicción del tribunal que dicta la orden, por ejemplo, exigiendo la presencia de bienes en el territorio (sean o no de un residente)<sup>16</sup>, o la presencia del destinatario de la

medida<sup>17</sup>. En algunos países, por ejemplo, la ley exige que el destinatario esté bajo la jurisdicción del tribunal para que éste pueda ordenar o hacer ejecutar una medida cautelar.

46. Otras condiciones exigidas por algunos ordenamientos jurídicos para la concesión de medidas cautelares en apoyo del arbitraje extranjero son: que el laudo arbitral extranjero se pueda ejecutar en la jurisdicción del tribunal que ordena la medida<sup>18</sup>; que se haya informado cabalmente de la existencia del acuerdo de arbitraje<sup>19</sup>; que la solicitud de la medida cautelar haya sido formulada por el tribunal arbitral, o que se cumplan las condiciones establecidas en la legislación del país en que se solicita la medida<sup>20</sup>. Algunas veces también se dispone que las medidas cautelares que se hayan de ejecutar fuera del país sólo se podrán ordenar si existe la posibilidad de ejecutarlas en la jurisdicción extranjera.

47. En muchos países, no obstante, la ley no prevé que los tribunales nacionales presten esa clase de asistencia. En algunos, un tribunal sólo puede dar curso a la solicitud de medidas cautelares si previamente se le ha solicitado una decisión sobre el fondo del litigio, lo que evidentemente no es posible cuando existe un acuerdo de arbitraje. En otros casos, los tribunales pueden ordenar medidas cautelares cuando el arbitraje tiene lugar en la jurisdicción del tribunal, pero no en el extranjero<sup>21</sup>.

48. En otro grupo de países la posición no es clara, ya sea porque la legislación pertinente no aborda la cuestión o porque no se ha informado de casos en que se haya solicitado una orden<sup>22</sup>.

## **II. Labor internacional en relación con las medidas cautelares**

49. Varias organizaciones internacionales han examinado cuestiones relacionadas con la disponibilidad, eficacia y ejecución de las medidas cautelares a nivel internacional y algunas de ellas están redactando textos con disposiciones pertinentes.

### **A. Principios de la Asociación de Derecho Internacional**

50. En su 67<sup>a</sup> Conferencia, celebrada en 1996, la Asociación de Derecho Internacional (ILA) aprobó los “Principios sobre las Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales”<sup>23</sup> (los “Principios de la ILA), preparados por un grupo de expertos bajo la égida de la Asociación (el texto de los Principios se reproduce literalmente en el párrafo 108 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108).

51. En los Principios de la ILA se procura establecer reglas de aplicación general para prestar asistencia en materia de reforma legislativa en los planos nacional e internacional sobre la competencia independiente de los tribunales para dictar medidas cautelares a efectos de conservar bienes con miras a la ejecución de un fallo definitivo<sup>24</sup>. Los Principios se redactaron a la luz de “un paradigma de medidas encaminadas a inmovilizar los bienes de que disponga el demandado en forma de sumas depositadas en un banco que actúe como tercero”<sup>25</sup>. La ILA recomendó la posible utilización de los Principios por parte de la CNUDMI y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y en reformas legislativas nacionales<sup>26</sup>. Cabe observar, sin embargo, que los Principios se redactaron en el contexto del

proceso de litigación internacional, no en relación con las medidas cautelares dictadas por un tribunal de justicia en apoyo de un arbitraje internacional. No obstante, varias de las cuestiones abordadas resultan pertinentes al examen de las medidas cautelares dictadas por los tribunales en apoyo de actuaciones arbitrales. A continuación se resumen los Principios.

### **1. Ámbito de aplicación (Principios 1 y 2)**

52. En los Principios se considera que las medidas cautelares que se adoptan en los litigios civiles y comerciales cumplen dos objetivos: a) mantener el statu quo en espera de que el tribunal resuelva el litigio; o b) garantizar la accesibilidad a ciertos bienes con objeto de dar curso al fallo definitivo. Esa es la distinción que se hace comúnmente en los ordenamientos jurídicos nacionales y refleja la necesidad de disponer de distintas clases de medidas cautelares (la clasificación de las medidas se examinó en el párrafo 63 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108 y en los párrafos 16 a 18 *supra*). Como ya se mencionó, los Principios se centran en las medidas comprendidas en la categoría b) simplemente porque esas medidas son las más comunes y, por ende, pueden ser objeto de un análisis comparativo.

### **2. Acceso a las medidas cautelares (Principio 3)**

53. Aplicados al contexto del arbitraje, los Principios parecen indicar la conveniencia de que las medidas cautelares estén al alcance de extranjeros y ciudadanos por igual y se decreten en apoyo de arbitrajes nacionales y extranjeros. (Como se observó en el examen de los resultados de las encuestas mencionadas *supra*, en la práctica hay variaciones con respecto a la disponibilidad de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje extranjero.)

### **3. Índole discrecional de la concesión de medidas cautelares (Principio 4)**

54. La concesión de medidas cautelares por lo general sería discrecional, no obligatoria, y estaría sujeta a ciertas consideraciones especiales, que podrían comprender, por ejemplo, la presunción del valor de los argumentos del demandante con respecto al fondo del litigio y las consecuencias relativas para las partes de admitir o rechazar la medida.

55. La jurisprudencia de varios países revela que los tribunales no están dispuestos a decretar medidas cautelares en apoyo del arbitraje en ninguna situación que entrañe un examen preliminar del fondo de la causa. La decisión del tribunal de admitir la medida cautelar suele depender en gran medida de la urgencia de ésta y del posible daño que sufriría el peticionario en caso de rechazarse. Si queda claro que la intención del peticionario no es simplemente frustrar las actuaciones arbitrales, al parecer habría más probabilidades de que se ordenara la medida, y el tribunal evitaría tener que examinar las cuestiones sustantivas.

#### **4. Ocultación de bienes (Principio 5)**

56. En los Principios se reconoce que el demandado no debería tener derecho a ocultar sus bienes poniéndolos, por ejemplo, en una sociedad o en fideicomiso y reteniendo aún la propiedad, de hecho o en usufructo. El Comité de la ILA indicó, pese a establecer el principio general, que ese problema era complejo y se debía seguir investigando y analizando.

#### **5. Debidas garantías procesales y protección del demandado (Principios 6 a 8)**

57. Si bien no siempre es posible dar aviso al demandado de la solicitud de medidas cautelares, especialmente cuando el factor sorpresa es importante, como regla general éste tiene derecho a que se le informe cuanto antes de la medida ordenada. En los Principios se hace hincapié en que ha de darse al demandado la oportunidad de ser escuchado en un plazo razonable para impugnar, si procede, la medida cautelar ordenada.

58. Otra salvaguardia para el demandado es que el tribunal puede exigir al demandante garantía u otras condiciones (como el compromiso de indemnizar al demandado si la medida resulta ser injustificada) por los posibles daños que sufra el demandado o un tercero a causa de la medida, por ejemplo si es injustificada o demasiado amplia. Si no bastara con asumir el compromiso de indemnizar por daños y perjuicios y el tribunal considerara la posibilidad de ordenar que se otorgara garantía, habría que considerar también la capacidad del demandante para responder a una demanda por daños y perjuicios. Las condiciones que pueden imponerse a la medida suelen depender considerablemente del tipo de medida solicitada<sup>27</sup>.

#### **6. Acceso a la información relativa a los bienes del demandado (Principio 9)**

59. En algunos países el demandante no tiene derecho, por ejemplo, a que un tercero le informe de los bienes que el demandado tiene en el banco. En otros ordenamientos jurídicos hay más disposiciones sobre el suministro de información auxiliar. Como se observa en los Principios de la ILA, esas dos posiciones diferentes están basadas en importantes políticas en pugna: la necesidad de revelar información, particularmente en caso de dolo, para que el demandante descubra y recupere los bienes, y la importancia de respetar el secreto bancario y el derecho a mantener reserva sobre los asuntos financieros personales.

#### **7. Competencia (Principios 10 a 12, 16 y 17)**

60. Una limitación para la concesión de medidas cautelares en apoyo de actuaciones extranjeras puede ser la exigencia de que los tribunales del foro en que se solicita la medida ejerzan competencia sobre el litigio sustantivo. En algunos países, por ejemplo, algunas medidas cautelares no se pueden decretar si las actuaciones sustantivas no tienen o no tendrían lugar en un tribunal judicial o arbitral del mismo país. En otros casos, sólo se pueden decretar medidas cautelares en apoyo de actuaciones judiciales que tengan lugar en el grupo de países que son parte en determinados convenios (por ejemplo, el Convenio de Bruselas de 1968). En otros, eso se aplica a las actuaciones judiciales que tengan lugar en cualquier

otro país, sin que la ley disponga expresamente que el tribunal del país en que se solicita la medida pudiera declararse competente en relación con las cuestiones sustantivas de la demanda. En esos países los tribunales han indicado que las medidas cautelares no se deberían limitar a casos excepcionales<sup>28</sup>, siempre y cuando no se decreten por costumbre o sin reflexionar detenidamente. Por ejemplo, se podría considerar si la medida obstaculizaría u obstruiría la sustanciación de la causa por parte del tribunal que entiende en las actuaciones sustantivas, si podría plantear riesgos de conflicto, superposición o incompatibilidad con órdenes dictadas por otros tribunales, y si se pidió al tribunal principal que decretara la medida y éste se negó a hacerlo.

61. En los Principios de la ILA se propone que la competencia se pueda determinar por la mera presencia de bienes, con ciertas condiciones, entre ellas, que la presencia de bienes (o, más bien, la concesión de una medida cautelar en relación con esos bienes) no se utilice como base para justificar una competencia sustantiva más general. Esa condición refleja la posición común de varios países; el peticionario tendría la obligación de interponer una acción sustantiva, dentro de un plazo razonable, ante el propio foro o en el extranjero y debe existir cierta posibilidad de que el fallo pronunciado en otro país se reconozca en el foro que decretó la medida cautelar.

62. Según las leyes de muchos países, el tribunal que ejerce competencia de manera legítima sobre el fondo del litigio puede dictar una amplia variedad de órdenes al demandado personalmente. Las facultades del tribunal abarcarían la posibilidad de decretar medidas cautelares dirigidas al demandado personalmente con objeto de inmovilizar sus bienes, independientemente del lugar en que se encuentren y de si el demandado está o estuvo físicamente presente en el territorio.

63. No obstante, cuando el tribunal no ejerza competencia sobre el fondo del litigio, sino únicamente sobre la concesión de medidas cautelares, hay que actuar con prudencia. La competencia del tribunal puede limitarse únicamente a los bienes situados en su jurisdicción, en particular con objeto de proteger a terceros de los conflictos de competencia que pudieran surgir. A reserva de lo dispuesto en el derecho internacional, la ubicación de los bienes será determinada por la ley del foro (incluidas sus reglas de conflicto de leyes).

## **8. Duración de la validez de la medida cautelar (Principio 13)**

64. La medida cautelar tendrá un plazo de validez determinado. Ese principio está vinculado al derecho del demandado a ser escuchado. También puede ser importante cuando la medida solicitada sea controvertible, por ejemplo, si se ha adoptado a instancia de parte, o si puede resultar particularmente onerosa para el demandado en caso de que se prolongue. En el caso de las medidas dictadas a instancia de parte, el requisito de que el peticionario vuelva al tribunal para renovar la medida servirá para que el demandado sea escuchado en ese momento. El tribunal podrá entonces considerar la posibilidad de renovar la medida a la luz de las actuaciones del tribunal arbitral que entienda en la acción sustantiva.

## 9. Obligación de informar (Principio 15)

65. Se debe exigir a la parte que solicita las medidas cautelares que informe sin demora al tribunal arbitral de las órdenes que se hayan dictado a su solicitud. También es importante que se exija al peticionario que informe al tribunal al que solicita la orden del desarrollo de las actuaciones arbitrales sobre el fondo de la controversia y de las actuaciones relativas a medidas cautelares que se hayan decretado en otros países (la obligación de informar se examina en el contexto de la ejecución de las medidas cautelares, en el párrafo 64 del documento A/CN.9/WG.II/WP.110).

## 10. Reconocimiento transfronterizo y asistencia judicial internacional (Principios 18 a 20)

66. Sin ánimo de imponer la obligación de reconocer órdenes dictadas en otros Estados, fomentar la cooperación para dictar órdenes complementarias a nivel local puede dar lugar a resultados tangibles, tanto en materia de reconocimiento como de asistencia judicial. A petición de una de las partes, un tribunal judicial puede tener en cuenta las órdenes dictadas en otros países. También puede ser apropiado que los tribunales cooperen, si es necesario, para que surtan efecto las órdenes dictadas por otros tribunales, así como adoptando las medidas que procedan en su jurisdicción.

67. El hecho de que las órdenes sean de índole provisional y no definitiva o concluyente no debe constituir, por sí mismo, un obstáculo para la cooperación ni incluso para el reconocimiento o la ejecución (la ejecución de las medidas cautelares se examina en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.110, párrafos 52 a 80; A/CN.9/WG.II/WP.113, párrafos 17 y 18, y A/CN.9/487, párrafos 64 a 87).

## B. American Law Institute/Unidroit: proyecto de principios fundamentales y normas de procedimiento civil transnacional

68. Se trata de un proyecto mixto encaminado a redactar normas de procedimiento que los países puedan adoptar para solucionar las controversias que se planteen en las transacciones internacionales. Los principios tienen por objeto servir de guía para la interpretación de las normas y se podrían adoptar como principios de interpretación. También se podrían adoptar como directrices para la interpretación de códigos de procedimiento nacionales vigentes. Correlativamente, el proyecto de normas se puede considerar una ejemplificación de los principios. La revisión del proyecto de principios fundamentales efectuada en noviembre de 2001 contiene los siguientes principios relativos a las medidas cautelares:

“3.3 Se podrá ejercer competencia en relación con el secuestro de bienes situados en el Estado del foro, pero sólo si no se dispone de ningún otro foro que resulte razonablemente conveniente.

3.4 Se podrán dictar medidas cautelares con respecto a los bienes situados en el Estado del foro, aun cuando la controversia esté sometida a la competencia de los tribunales de otro Estado.

4.3 No se exigirá a una persona que otorgue garantía para cubrir gastos, o por responsabilidad con respecto a medidas cautelares, únicamente porque no se domicilie en el Estado del foro. De ningún modo puede verse restringido el acceso a la justicia por la obligación de otorgar garantía para cubrir gastos.

26.1 Se dispondrá de procedimientos para la ejecución sin demora, rápida, eficaz y eficiente de una medida cautelar, un fallo por una suma, incluidas las costas, o un mandato judicial que se dicte en el curso de un proceso regido por los presentes principios.

27.1 Un fallo definitivo o una medida cautelar que se dicte en el curso de un proceso regido por los presentes principios y su fuerza ejecutiva se reconocerán de la misma manera en el foro y en otros Estados que otros fallos o medidas cautelares del foro.

28.1 Los tribunales de los Estados que hayan reconocido los presentes principios prestarán apoyo a los tribunales de cualquier otro Estado en el que se esté sustanciando un litigio en virtud de los presentes principios, lo que comprende decretar medidas cautelares o prestar asistencia para la determinación, conservación o remisión de pruebas directamente pertinentes.”

69. La versión del proyecto de normas de noviembre de 2001 contiene las siguientes disposiciones (con comentarios) sobre las medidas cautelares:

“17.1 De conformidad con las leyes del foro, y a reserva de los convenios internacionales aplicables, el tribunal podrá dictar un mandato para que una persona que esté sometida a su autoridad realice o se abstenga de realizar un acto, si es necesario para mantener el status quo o impedir un daño irreparable durante el litigio. El alcance de esa medida estará regulado por el principio de la proporcionalidad.

17.1.1 El tribunal podrá dictar el mandato antes de que la otra parte tenga oportunidad de responder únicamente si hay pruebas para demostrar la necesidad urgente de la medida y predominan las razones para determinar su equidad. La parte o las personas sobre las que recaiga el mandato judicial tendrán oportunidad de responder acerca de la idoneidad de éste lo antes posible.

17.1.2 Tras escuchar a los interesados, el tribunal podrá dictar, anular, renovar, o modificar el mandato.

17.1.3 El peticionario deberá indemnizar plenamente a la persona contra la que se dicte el mandato judicial si éste resulta injustificado.

17.1.4 El tribunal podrá exigir al peticionario de la medida cautelar que otorgue garantía o asuma la obligación de indemnizar a la persona contra la que se dicte el mandato judicial.

17.2 Un mandato judicial puede impedir que una persona que esté sometida a la competencia del tribunal transfiera bienes, dondequiera que estén situados, antes de que concluya el litigio, así como exigir a una parte que revele sin demora dónde se encuentran sus bienes, incluidos los que están bajo su control, y las personas cuya identidad o ubicación sean pertinentes.

17.3 Cuando los bienes estén situados en otro país, el reconocimiento y la ejecución del mandato judicial previsto en el apartado anterior se regirán por las leyes del país en que los bienes estén situados y por medio de un mandato del tribunal competente de ese país.

34.2 El mandato del tribunal de primera instancia por el que se admita o rechace una medida solicitada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17 estará sujeto a revisión inmediata. El mandato seguirá teniendo efecto durante la revisión, salvo que el tribunal que la lleve a cabo disponga lo contrario.”

70. Los comentarios sobre las normas son los siguientes:

“C-17.1 Por “mandato judicial” se entiende la orden por la que se exige o se prohíbe la realización de determinado acto, por ejemplo, conservar bienes en las condiciones en que se encuentran. En el artículo 17.1 se autoriza al tribunal a dictar un mandato, que puede ser afirmativo, es decir, exigir que se lleve a cabo determinado acto, o negativo, es decir, prohibir determinado acto o medida. La posibilidad de obtener otros recursos o medidas provisionales, como el embargo o el secuestro, debe estar determinada por la ley del foro, incluidos los principios aplicables de derecho internacional.

C-17.2 En el artículo 17.1.1 se autoriza al tribunal a dictar el mandato sin dar aviso a la persona contra la cual se dirige, si así lo justifica la necesidad urgente de la medida. La “necesidad urgente” que se exige como base para dictar un mandato judicial a instancia de parte es un concepto práctico, como lo es el de la preponderancia de razones para determinar la equidad de la medida. Esto último corresponde al concepto del *common law* del “equilibrio de equidades”. Las razones para determinar la equidad de una medida comprenden el valor de los argumentos del peticionario sobre el fondo del litigio, la urgencia de la medida y la carga que en la práctica se impondría si se decretara. Esa clase de mandato judicial se suele denominar “mandato judicial a instancia de parte”. En el proceso del *common law* se suele denominar “interdicto provisional”.

Al examinar una solicitud de mandato judicial a instancia de parte, el tribunal debe determinar si el peticionario ha demostrado en forma fehaciente y específica que la medida es necesaria para impedir el empeoramiento irreparable de la situación que se ha de abordar en el litigio y que sería imprudente aplazarla hasta que la otra parte tenga la posibilidad de ser escuchada. Incumbe al peticionario la obligación de justificar la medida. No obstante, debe darse lo antes posible a la otra parte o a la persona a quien va dirigido el mandato judicial la posibilidad de ser escuchada.

C-17.3 Las normas de procedimiento o la ética por lo general exigen que la parte que solicita el mandato revele al tribunal todos los aspectos de la situación, entre ellos los que sean favorables a la otra parte. No hacerlo es un argumento para invalidar un mandato y puede dar lugar a responsabilidad por daños y perjuicios contra el peticionario.

C-17.4 Como se indica en el artículo 17.1.2, si el tribunal se ha negado a dictar un mandato a instancia de parte, de todos modos puede dictarlo tras una audiencia. Si previamente ha dictado un mandato a instancia de parte, puede

renovar o modificar su orden a la luz de lo que acontezca en la audiencia. El demandante deberá demostrar que el mandato es procedente.

C-17.5 En el artículo 17.1.4 se autoriza al tribunal a exigir garantía u otra indemnización como protección contra los daños y perjuicios que pueda causar un mandato. Los detalles pertinentes se determinarán por remisión a las leyes del foro en general.

C-17.6 En el artículo 17.2 se faculta al tribunal para prohibir la transferencia de bienes situados fuera del Estado del foro y para exigir información sobre los bienes de la parte. En el Reino Unido esto se conoce como *Mareva injunction*. En el Convenio de Bruselas se exige el reconocimiento de ese mandato judicial por los signatarios del Convenio porque un mandato judicial es un fallo. En ese apartado también se autoriza un mandato por el que se exija revelar la identidad y ubicación de personas para facilitar la ejecución de un fallo definitivo.

C-17.7 En el Artículo 34.2 se dispone la revisión de la orden por la que se admite o rechaza un mandato preliminar, de conformidad con el procedimiento del foro. La revisión de la orden por un tribunal arbitral de segunda instancia se regula de diversas formas en los diferentes ordenamientos, de modo que sólo se da aquí el principio general relativo a la revisión inmediata. La garantía de una revisión es particularmente necesaria cuando se ha decretado un mandato a instancia de parte. No obstante, cabe reconocer también que llevar a cabo una revisión puede entrañar pérdida de tiempo o errores de procedimiento.

C-17.8 El artículo 17.3 trata del mandato preliminar relativo a bienes situados en otro país. En los litigios transnacionales los bienes pueden tener que ser “inmovilizados” o “declarados” en un país que no sea el del tribunal competente. También se plantea el problema de la ejecución de los mandatos. El reconocimiento de éstos depende de las normas y principios jurídicos del país en que estén situados los bienes.

C-34.3 En el artículo 34.2 se permite la revisión de órdenes de admisión o rechazo de un mandato en vía de apelación en la fase interlocutoria del juicio. Véase el artículo 17. El mandato sigue surtiendo efecto durante la revisión, salvo que el tribunal que la realiza disponga lo contrario. El tribunal puede determinar que el mandato cese o se revoque si las circunstancias lo justifican.”

### **C. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: proyecto de convenio relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de fallos extranjeros en materia civil y mercantil**

71. El texto provisional preparado por la Mesa Permanente y los relatores sobre la base del examen realizado en la Comisión II de la primera parte de la Conferencia Diplomática, celebrada del 6 al 20 de junio de 2001, contiene variantes de disposiciones sobre las medidas cautelares, si bien todavía no se ha resuelto si cabe incluir esas medidas en el ámbito de aplicación del Convenio<sup>29</sup>.

*Artículo 13 Medidas provisionales y cautelares*

[Variante A

1. El tribunal que entienda en la causa<sup>30</sup> y ejerza la competencia prevista en los artículos [...] para pronunciarse sobre el fondo del litigio estará facultado para decretar medidas provisionales y cautelares<sup>31</sup>.
2. Aun cuando un tribunal de un Estado Contratante no tenga competencia para pronunciarse sobre el fondo de un litigio, [puede] [tiene competencia para]<sup>32</sup> decretar una medida provisional y cautelar con respecto a los bienes situados en ese Estado o cuya ejecución se limite al territorio de ese Estado a efectos de proteger temporalmente una demanda sobre el fondo del litigio que esté pendiente o que vaya a interponer el peticionario de la medida en un Estado Contratante que tenga competencia para pronunciarse sobre la demanda con arreglo a los artículos [...]<sup>33</sup>.
3. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que un tribunal de un Estado Contratante decrete una medida provisional y cautelar con objeto de proteger temporalmente una demanda sobre el fondo del litigio que esté pendiente o que vaya a interponer el peticionario en otro Estado<sup>34</sup>.
4. En el párrafo 3<sup>35</sup>, se entiende por medida provisional y cautelar:
  - a) una medida encaminada a mantener el statu quo hasta que se determinen las cuestiones en litigio; o
  - b) una medida que proporcione un medio preliminar de conservar bienes a fin de dar curso a un fallo definitivo; o
  - c) una medida encaminada a impedir que el demandado realice determinado acto con objeto de prevenir un daño emergente o inminente.]

[Variante B<sup>36</sup>

El tribunal que entiende o va a entender en una demanda y tiene competencia con arreglo a los artículos [3 a 15] para pronunciarse sobre el fondo del litigio puede decretar medidas provisionales y cautelares a fin de preservar el objeto de la demanda.]

*[Artículo 23A Reconocimiento y ejecución de medidas provisionales y cautelares*<sup>37</sup>

[Variante A

1. Una decisión por la que se ordene una medida provisional y cautelar, dictada por un tribunal que entienda<sup>38</sup> en la demanda sobre el fondo del litigio, se reconocerá y ejecutará en los Estados Contratantes de conformidad con lo dispuesto en los artículos [25 y 27 a 34].
2. En el presente artículo se entiende por medida provisional o cautelar:
  - a) una medida encaminada a mantener el statu quo hasta que haya un pronunciamiento sobre las cuestiones en litigio; o

- b) una medida que proporcione un medio preliminar de conservar bienes a fin de dar curso a un fallo definitivo; o
- c) una medida encaminada a impedir que el demandado realice determinado acto con objeto de prevenir un daño emergente o inminente.]

[Variante B

Las órdenes de medidas provisionales y cautelares dictadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13<sup>39</sup> se reconocerán y ejecutarán en los demás Estados Contratantes de conformidad con lo dispuesto en los artículos [25 y 27 a 34].]]

### III. Posibles disposiciones

72. Del material examinado *supra* se desprende que, con respecto a las medidas cautelares dictadas por los tribunales judiciales y arbitrales en apoyo del arbitraje, hay varias cuestiones que el Grupo de Trabajo tal vez desee abordar.

73. Las cuestiones son las siguientes: si existe la competencia para dictar medidas cautelares y, en caso afirmativo, el ámbito o alcance de ésta facultad; la relación entre el tribunal judicial y el tribunal arbitral una vez que este último se constituya y sus respectivas facultades para decretar medidas cautelares (incluso antes de que se constituya el tribunal arbitral); las condiciones indispensables para dictar esas medidas y las condiciones que pueden imponerse a las medidas cautelares que se dicten; las clases de medidas que se pueden dictar y su alcance, y si las medidas se pueden ejecutar en otro país. En lo que respecta a los tribunales judiciales, también se plantea la cuestión de determinar si su competencia para decretar medidas cautelares abarca tanto el arbitraje nacional como el extranjero.

#### A. Medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales

74. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral sobre la base del proyecto de disposiciones preparado por la Secretaría. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo quedaron reflejadas en los párrafos 65 a 76 del documento A/CN.9/487. El proyecto de disposiciones revisado que figura a continuación se ha preparado sobre la base de las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

##### **Proyecto de artículo 17**

**1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de éstas, ordenar a cualquiera de ellas que adopte las medidas provisionales cautelares que estime necesarias [respecto del objeto del litigio].**

- 2) **La parte que solicita la medida cautelar debe probar que:**
  - a) **existe una necesidad urgente de adoptar la medida;**
  - b) **el hecho de no adoptar la medida redundará en perjuicios considerables; y**
  - c) **existe la posibilidad de que prosperen los argumentos del peticionario sobre el fondo del litigio principal.**
- 3) **El tribunal arbitral puede exigir a cualquiera de las partes que otorgue garantía apropiada en relación con la medida.**
- 4) **Por medida cautelar se entiende toda medida de carácter temporal [, establecida en forma de laudo arbitral o de otra forma,] dictada por el tribunal arbitral antes de pronunciar el laudo en virtud del cual se dirima la controversia definitivamente. A efectos del presente artículo, serán medidas cautelares<sup>40</sup>:**

*Variante 1*

- a) **las medidas encaminadas a mantener el statu quo en espera de que haya un pronunciamiento sobre las cuestiones que se disputan;**
- b) **las medidas encaminadas a establecer un medio preliminar de conservar bienes a fin de dar curso a un fallo; o**
- c) **las medidas encaminadas a impedir que el demandado realice determinado acto con objeto de prevenir un daño emergente o inminente<sup>41</sup>.**

*Variante 2*

- a) **medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo las pérdidas, daños o perjuicios; o**
  - b) **medidas encaminadas a facilitar la ejecución ulterior de un laudo.**
- 5) **El tribunal arbitral, de ser necesario para garantizar que una medida cautelar sea eficaz, puede decretar una medida [por un plazo máximo de [...] días] [sin informar a la parte contra la que ésta se invoque] [antes de que la parte contra la que ésta se invoque haya tenido oportunidad de responder] únicamente si:**
- a) **es necesario garantizar que la medida sea eficaz;**
  - b) **el peticionario otorga garantía apropiada en relación con la medida;**
  - c) **el peticionario puede demostrar la necesidad urgente de la medida; y**

d) [la medida está respaldada por la preponderancia de razones para determinar su equidad<sup>42</sup>].

[6) La parte contra la que se invoque la medida prevista en el párrafo 5) será notificada de ésta y tendrá la posibilidad de ser escuchada lo antes posible.]

7) Una medida dictada en virtud del párrafo 5) se podrá prorrogar o modificar una vez que se haya informado a la parte contra la que se invoca y ésta haya tenido la posibilidad de responder.

[8) Una medida cautelar se podrá modificar o podrá cesar [a petición de una de las partes] si las circunstancias a que se hace referencia en el párrafo 2) han cambiado después de que se haya dictado.]

[9) La parte que solicitó la medida cautelar informará sin demora al tribunal, a partir del momento de la petición, de todo cambio importante de las circunstancias a que se hace referencia en el párrafo 2).]

## B. Medidas cautelares dictadas por tribunales judiciales

75. Como se indicó *supra*, existe cierta incertidumbre en cuanto a la competencia de los tribunales judiciales para decretar medidas cautelares cuando hay un acuerdo de arbitraje válido. Si bien en el artículo 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI se dispone que no es incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte solicite la adopción de medidas cautelares provisionales a un tribunal y que éste las conceda, la Ley Modelo no resuelve favorablemente la cuestión de la competencia de los tribunales judiciales para dictar medidas cautelares. Por consiguiente, en algunos ordenamientos jurídicos la adopción del artículo 9 tal vez no baste para establecer que los tribunales judiciales tienen competencia expresa para decretar medidas cautelares en apoyo del arbitraje.

76. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si es necesario formular una disposición para aclarar la cuestión de la competencia de los tribunales judiciales. En ese caso, quizá también desee considerar tres cuestiones conexas (que examinó en su 34º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 21 de mayo al 1º de junio de 2001 (véase el documento A/CN.9/487, párrafos 64 a 68) en el contexto de las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales):

a) el alcance de la competencia y si ésta se debería limitar de algún modo, por ejemplo haciendo referencia al “objeto del litigio” o con alguna otra formulación (como la del artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI), y si las medidas se pueden dictar a instancia de parte;

b) las condiciones indispensables para la adopción de medidas cautelares y si se debería mencionar en la disposición, por ejemplo, la exigencia de que una parte otorgue garantía apropiada (véase el artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI), de que se demuestre la necesidad urgente de la medida o de que se demuestre que el hecho de no adoptar la medida redundará en perjuicios considerables (en el párrafo 37 *supra* se mencionan ejemplos comunes de esas condiciones), y

c) las clases de medidas que pueden dictar los tribunales en apoyo del arbitraje, y si las medidas se enumerarían concretamente en la disposición a efectos de ayudar a los tribunales y en aras de la compatibilidad y la claridad, o si se mencionarían categorías más generales de medidas. Se podría hacer referencia en forma únicamente ilustrativa (no taxativa) a las clases de medidas que los tribunales pueden dictar, o se las podría examinar en una guía explicativa de las disposiciones.

77. En vista de las deliberaciones del Grupo de Trabajo con respecto a las medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales y de la similitud de las cuestiones examinadas con respecto a las medidas dictadas por los tribunales judiciales, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de que algunas disposiciones, a tenor de las presentadas *supra* en relación con las medidas dictadas por los tribunales arbitrales, pueden aplicarse a las medidas dictadas por los tribunales judiciales, haciendo referencia debidamente a los tribunales judiciales y teniendo en cuenta los siguientes cambios que se sugieren.

78. En el párrafo 1) del artículo 17 del proyecto de disposición no se debería hacer referencia al acuerdo de las partes, ya que no sería apropiado en el contexto de una solicitud de medidas cautelares dictadas por un tribunal judicial. La disposición se aplicaría a peticiones para la adopción de medidas cautelares en apoyo de actuaciones arbitrales nacionales y extranjeras.

79. En las leyes nacionales ya existen disposiciones relativas a las clases de medidas y a las condiciones para que se puedan dictar (por lo menos con respecto a las partes en litigios). En consonancia con las deliberaciones a que se hace referencia *supra* con respecto a las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de establecer un conjunto de disposiciones armonizadas sobre las clases de medidas y las condiciones que se aplicarán para que los tribunales judiciales las puedan dictar en apoyo de las actuaciones arbitrales o, por el contrario, de aplicar a las medidas cautelares en apoyo del arbitraje las disposiciones vigentes con respecto a las actuaciones judiciales. En una disposición armonizada en que se establezcan las clases de medidas que se pueden disponer se indicarían categorías generales de medidas como las presentadas *supra*, en el párrafo 4 del artículo 17 del proyecto de disposición. Otra variante para consignar las disposiciones que existen con respecto a los litigios podría ser:

**4) El tribunal tendrá la misma competencia para dictar medidas cautelares a fin de facilitar actuaciones arbitrales y en relación con éstas que la que ejerce con objeto de facilitar actuaciones judiciales y en relación con éstas<sup>43</sup>.**

80. En su período de sesiones más reciente el Grupo de Trabajo examinó la posibilidad de que un tribunal arbitral dictara medidas cautelares a instancia de parte y manifestó cierta preocupación por las diferentes posiciones con respecto a la ejecución de las medidas dictadas a instancia de parte por un tribunal judicial y por un tribunal arbitral (véase A/CN.9/487, párrafo 70). Como se indicó en el párrafo 30 *supra*, en muchos ordenamientos se faculta a los tribunales para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje a instancia de parte en ciertas condiciones, entre

ellas, que el peticionario otorgue garantía por daños y perjuicios y demuestre la urgencia del caso.

81. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si es necesario abordar la cuestión de la competencia de los tribunales judiciales para dictar medidas cautelares a instancia de parte en las disposiciones uniformes y, si así fuera, si se deberían utilizar como modelo las condiciones examinadas con respecto a la adopción de esas medidas por tribunales arbitrales. Si se aprobara una disposición como la enunciada en el párrafo 79, la cuestión de la adopción de medidas cautelares a instancia de parte estaría en la misma situación que con respecto a los litigios. A efectos de promover la adopción de una posición más uniforme, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de que se adopte una disposición como la presentada *supra*, en los párrafos 5 y 6 del artículo 17 del proyecto.

### **C. Relaciones entre los tribunales de justicia y los tribunales arbitrales**

82. Como ya se señaló, existen diferentes criterios con respecto a la competencia para dictar medidas cautelares y a cómo esa competencia está dividida entre los tribunales judiciales y arbitrales. Para que las partes que han decidido recurrir a la vía del arbitraje dispongan efectivamente de medidas cautelares, es conveniente que puedan recurrir tanto al tribunal arbitral como al judicial. Como se indicó en el párrafo 75 *supra*, ese objetivo no se logra totalmente con el artículo 9 de la Ley Modelo, en el que se establece que no será incompatible con un acuerdo de arbitraje ni significará renunciar a él que una parte solicite a un tribunal la adopción de medidas provisionales. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la necesidad de seguir examinando la cuestión.

### **D. Ejecución de las medidas cautelares**

83. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de la ejecución de las medidas provisionales cautelares dictadas por un tribunal arbitral en virtud del artículo 17 sobre la base del proyecto de disposiciones preparado por la Secretaría. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo se reseñan en los párrafos 76 a 87 del documento A/CN.9/487, si bien, por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no concluyó el examen de la disposición pertinente. El proyecto de disposiciones revisado que figura a continuación se ha preparado teniendo en cuenta las partes de la disposición examinadas por el Grupo de Trabajo.

#### **Ejecución de las medidas cautelares**

**1) A solicitud de la parte interesada, hecha con la aprobación del tribunal arbitral, el tribunal judicial competente denegará el reconocimiento y la ejecución de una de las medidas cautelares enunciadas en el artículo 17, independientemente del país en que se haya dictado, si:\***

a) La parte contra la que se invoque la medida presenta pruebas de que:

i) *[Variante 1]* El acuerdo de arbitraje a que se hace referencia en el artículo 7 no es válido *[Variante 2]* El acuerdo de arbitraje a que se hace referencia en el artículo 7 no parece válido, en cuyo caso el tribunal judicial podrá someter la cuestión de la [competencia del tribunal arbitral] [validez del acuerdo de arbitraje] a la decisión del tribunal arbitral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la presente Ley;

ii) No ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales [en cuyo caso el tribunal judicial podrá suspender el procedimiento de ejecución hasta que el tribunal arbitral haya escuchado a las partes]; o

iii) No ha podido hacer valer sus derechos en relación con la medida cautelar [en cuyo caso el tribunal judicial podrá suspender el procedimiento de ejecución hasta que el tribunal arbitral haya escuchado a las partes]; o

iv) El tribunal arbitral haya revocado, suspendido o modificado la medida.

b) El tribunal judicial determina que:

i) La medida solicitada es incompatible con las facultades que le confieren sus leyes procesales, a menos que decida reformularla a fin de adaptarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de la ejecución; o

ii) El reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar sería contrario al orden público del Estado.

2) A solicitud de la parte interesada, hecha con la aprobación del tribunal arbitral, el tribunal judicial competente podrá denegar a su discreción el reconocimiento y la ejecución de una de las medidas provisionales cautelares mencionadas en el artículo 17, independientemente del país en que se haya dictado, si la parte contra la que se invoca la medida presenta pruebas de que se ha solicitado la misma medida o una medida análoga a un tribunal judicial del Estado, haya tomado éste o no una decisión al respecto.

3) La parte que solicite la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal judicial de toda cesación, suspensión o modificación de esa medida.

4) Al reformular la medida cautelar de conformidad con el inciso i) del apartado b) del párrafo 1, el tribunal judicial no modificará el fondo de ésta.

**5) El inciso iii) del apartado a) del párrafo 1) no se aplicará**

**[Variante 1] a una medida cautelar dictada sin informar a la parte contra la que se invoque, siempre y cuando sea válida durante 30 días como máximo y su ejecución se haya solicitado antes de la expiración de ese plazo.**

**[Variante 2] a una medida cautelar dictada sin informar a la parte contra la que se invoca, siempre y cuando dicha medida sea confirmada por el tribunal arbitral después de que la otra parte haya podido hacer valer sus derechos al respecto.**

**[Variante 3] si el tribunal arbitral determina a su discreción que, a la luz de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 17, la medida cautelar sólo puede tener efecto si el tribunal judicial dicta la orden de ejecución sin dar aviso a la parte contra la que se invoca la medida.**

---

\* Las condiciones establecidas en el presente artículo tienen por objeto limitar las circunstancias en que el tribunal judicial debe denegar la ejecución de medidas cautelares. El hecho de que un Estado imponga menos condiciones para denegar la ejecución no redundaría en detrimento de la armonización que se procura lograr con las disposiciones modelo.

84. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también la cuestión de la ejecución de las medidas cautelares dictadas por un tribunal judicial en apoyo del arbitraje, en particular porque la cuestión se plantea únicamente con respecto a la ejecución de medidas dictadas por un tribunal judicial en otro país. Actualmente no existe un régimen internacional multilateral para regular la ejecución de los mandatos judiciales, si bien, como se indicó *supra*, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado está elaborando un convenio que puede ampliar las medidas cautelares. Mientras no exista un régimen de esa índole (y habida cuenta de la dificultad de llegar a un acuerdo sobre un régimen multilateral para ampliar las medidas cautelares), el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar otros criterios. Se podría considerar, por ejemplo, un régimen de coordinación y cooperación entre tribunales inspirado en el artículo 26 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y en los Principios 18 a 20 de la ILA. Como se indicó en el párrafo 61 *supra*, dado que no existe la obligación de reconocer órdenes dictadas en otros Estados ni de cooperar con los tribunales judiciales y arbitrales de otros países, promover la cooperación para que se dicten mandatos judiciales complementarios a nivel local puede dar lugar a resultados tangibles, tanto en materia de reconocimiento como de asistencia judicial. Esto puede regir particularmente en los casos en que se pide la ejecución de una medida cautelar, por ejemplo la inmovilización de bienes, en varios países. La cooperación podría abarcar el intercambio de información entre los tribunales, la coordinación entre países del efecto de las medidas cautelares extranjeras y la coordinación y cooperación sobre la cuestión de los recursos locales apropiados.

## Notas

- <sup>1</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/54/17)*, párr. 337.
- <sup>2</sup> *Ibíd.*, párrs. 340 a 343.
- <sup>3</sup> *Ibíd.*, párrs. 344 a 350.
- <sup>4</sup> *Ibíd.*, párrs. 371 a 373.
- <sup>5</sup> *Ibíd.*, párrs. 374 y 375.
- <sup>6</sup> *Ibíd.*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/55/17)*, párr. 396.
- <sup>7</sup> La expresión “constitución del tribunal arbitral” tiene diferentes significados; puede ser el momento en que las partes eligen a los árbitros, la fecha de nombramiento del tribunal o la fecha de la primera sesión del tribunal, en presencia o ausencia de las partes o de sus representantes.
- <sup>8</sup> *E-Systems, Inc. c. República Islámica del Irán 2* Irán-U.S. CI, Trib. Rep. 51, 57 (1983).
- <sup>9</sup> Sin embargo, cuando se ha adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, queda claro que la solicitud de una medida cautelar a un tribunal judicial no es incompatible con la existencia de un acuerdo de arbitraje válido (artículo 9).
- <sup>10</sup> Artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; párrafo 2) del artículo 23 del Reglamento de Arbitraje de la CCI; artículo 36 del Reglamento de Arbitraje Comercial de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos, y artículo 25 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.
- <sup>11</sup> Una ley nacional dispone que la competencia para dictar medidas cautelares se limita al período posterior al pronunciamiento y la inscripción del laudo en el tribunal y tiene por objeto garantizar su ejecución.
- <sup>12</sup> El concepto de daño irreparable por lo general entraña el hecho de que el daño que se provoque no se pueda indemnizar de manera apropiada con ninguno de los recursos judiciales de que se dispone, es decir, con indemnización por daños y perjuicios.
- <sup>13</sup> Párrafo 1) del artículo 23 del Reglamento de la CCI, y apartado a) del artículo 25.1 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.
- <sup>14</sup> Párrafo 1) del artículo 26 del Reglamento de la CNUDMI, y párrafo 1) del artículo 23 del Reglamento de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos.
- <sup>15</sup> El Reglamento de la CNUDMI dispone: “El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas” (párrafo 2) del artículo 26); en virtud del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, el tribunal arbitral puede ordenar a una parte que otorgue “garantía para costas y otros gastos” y “en las condiciones que el tribunal arbitral considere apropiadas”. Algunas leyes nacionales que facultan expresamente a los tribunales arbitrales para dictar medidas cautelares también disponen la facultad expresa para exigir la garantía apropiada, ya sea pagando una suma concreta (en Guatemala, el 10% del monto que se reclama) u otorgando fianza, caución u otra clase de garantía.
- <sup>16</sup> En algunas leyes ciertas medidas sólo se pueden admitir cuando los bienes respecto de los cuales se solicita la medida pertenecen a deudores no residentes.
- <sup>17</sup> Por ejemplo, la legislación de un país dispone que la competencia que se confiera a los tribunales judiciales con respecto a las medidas cautelares se puede ejercer aun cuando la sede del arbitraje no se encuentre en el país o no se haya designado ni determinado. No obstante, el tribunal judicial podrá

denegar la medida cautelar si, a su juicio, no procede admitirla debido a que la sede del arbitraje no está en el país. Como se trata de una ley promulgada recientemente, no queda totalmente claro cómo ejercerán los tribunales esa facultad discrecional. Parece probable que si los tribunales judiciales del país de la sede del arbitraje tienen competencia para dictar medidas cautelares, el tribunal nacional puede considerar que el foro natural para conceder esas medidas son los tribunales de la sede del arbitraje y, por consiguiente, rechazará la solicitud.

<sup>18</sup> Austria, Exekutionsordnung s387(2).

<sup>19</sup> El Canadá (*Rurkohle Handel Inter GmbH et al y Fednav Ltd. et al*, fallo no registrado de la Corte Federal del Canadá, Trial Division T-212-91) apoya la opinión de que un embargo se puede mantener con respecto a un arbitraje extranjero siempre y cuando se haya informado cabalmente del acuerdo de arbitraje y posteriormente se suspendan las actuaciones judiciales.

<sup>20</sup> Los tribunales judiciales alemanes no distinguen entre actuaciones arbitrales extranjeras y nacionales siempre y cuando el Código de Procedimiento Civil disponga la competencia de un tribunal del Estado para dictar medidas cautelares. En Grecia, siempre y cuando se cumplan las condiciones del Código de Procedimiento Civil nacional con respecto a las medidas cautelares, los tribunales dictarán medidas cautelares en apoyo de un arbitraje extranjero.

<sup>21</sup> En la India los tribunales han interpretado que la Ley de Arbitraje y Conciliación de 1996 los faculta para adoptar medidas provisionales únicamente en apoyo de un arbitraje nacional. En China parecería que no es posible solicitar una medida provisional si la sede del arbitraje está en otro país.

<sup>22</sup> Por ejemplo, en los Estados Unidos de América no hay ninguna disposición en las leyes estatales ni en la Ley Federal de Arbitraje que permita a los tribunales conceder medidas cautelares cuando las partes han convenido en recurrir a la vía del arbitraje, salvo en el caso del arbitraje marítimo (9 USC §8). No obstante, los tribunales estadounidenses se han declarado competentes para dictar medidas cautelares amparándose en las leyes estatales. Véase: *David L. Threlkeld & Co. c. Metallgesellschaft Ltd.*, 923 F.2d 245, 253 N° 2 (2d Cir.1991) y *Borden Inc. c. Meiji Milk Products Co. Ltd.*, 919 F. 2d 822 (2d Cir. 1990).

<sup>23</sup> Asociación de Derecho Internacional (ILA), informe de la 67ª Conferencia, celebrada en Helsinki del 12 al 17 de agosto de 1996 - segundo informe provisional del Comité de Litigación Civil y Comercial Internacional sobre medidas cautelares en los litigios internacionales, publicado por la ILA, Londres 1996.

<sup>24</sup> El principio de independencia de la competencia para dictar medidas cautelares está en consonancia con el artículo 24 del Convenio de Bruselas de 1968 (y el Convenio de Lugano) sobre Competencia Judicial y Ejecución de Fallos.

<sup>25</sup> Informe de la ILA, pág. 186.

<sup>26</sup> Informe de la ILA, pág. 201.

<sup>27</sup> Por ejemplo, en Suecia, en la sección 6 del capítulo 15 del Código del Proceso se dispone que la garantía es esencial para que se admita la medida cautelar. La garantía puede ser una carta personal, caución o promesa, o una garantía bancaria. El peticionario puede estar exonerado de esa obligación únicamente si demuestra razones extraordinarias para la demanda: Código del Proceso, capítulo 2, página 25.

<sup>28</sup> Por ejemplo, *Crédit Suisse Fides Trust c. Cuoghi* [1998] Queen's Bench Division 818 (Reino Unido).

<sup>29</sup> En el apartado k) del artículo 1.2 se dispone que el Convenio no se aplica a:

k) Variante A

[medidas provisionales y cautelares que no sean intimaciones provisionales de pago;]

Variante B

[medidas provisionales o cautelares [que no sean las mencionadas en los artículos 13 y 23A];]

<sup>30</sup> Se ha sugerido que sería suficiente si el tribunal entendiera en la causa después de adoptarse la medida cautelar. Se debería añadir, pues, la expresión “o va a entender” o una expresión análoga.

<sup>31</sup> La calificación de “provisionales y cautelares” es acumulativa, es decir, las medidas deben cumplir los dos criterios.

<sup>32</sup> También se ha sugerido que se utilice una frase para aclarar que los Estados Contratantes están obligados a disponer esa competencia, si bien también se hizo hincapié en que eso no menoscabaría la discrecionalidad de los tribunales de esos Estados para admitir o rechazar las medidas.

<sup>33</sup> Se indicó que en algunos Estados, especialmente los países del Commonwealth que no fueran el Reino Unido, no se preveía la competencia para dictar órdenes provisionales y cautelares si el tribunal no fuera competente para pronunciarse sobre el fondo del litigio. Eso podría redundar en detrimento de los demandantes extranjeros que procuraran “inmovilizar” bienes en el país en apoyo de un litigio pendiente en otro lugar. La disposición tiene por objeto conferir a esos Estados competencia para dictar esas órdenes, siempre y cuando existan bienes en el foro y las órdenes se apliquen en el territorio del foro. No hubo consenso al respecto.

<sup>34</sup> Esta disposición tiene por objeto superar las restricciones impuestas al ejercicio de la competencia de los tribunales judiciales de los Estados Contratantes por la lista de competencias prohibidas (que actualmente se encuentra en el artículo 18). En virtud de la disposición también se permitiría ejercer competencia para dictar medidas provisionales y cautelares al amparo de la ley nacional sin las restricciones impuestas por la lista de competencias prohibidas. Se propone suprimir la referencia al artículo 13 en el artículo 17 a fin de disponer el ejercicio de esa competencia al amparo de la legislación nacional. Algunas delegaciones opinaron que ese párrafo era la única disposición sobre medidas provisionales y cautelares que se debería incluir en el Convenio.

<sup>35</sup> Se propuso que esta definición se aplicara también a los párrafos 1 y 2.

<sup>36</sup> Esta propuesta está vinculada a la segunda variante del apartado k) del párrafo 2) del artículo 1, que contiene en sí misma la opción de excluir las medidas provisionales o cautelares totalmente del ámbito de aplicación del Convenio o de prever una competencia limitada para dictarlas. La variante B permite disponer esa competencia limitada, si se desea.

<sup>37</sup> Las dos variantes, que no parecen diferir mucho en esencia, disponen el reconocimiento y la ejecución de medidas provisionales y cautelares dictadas por un tribunal que entienda (o vaya a entender) en el litigio sustantivo. Las delegaciones que promueven la exclusión de esas medidas del ámbito de aplicación del Convenio naturalmente se oponen a una disposición de esa índole. No obstante, varias delegaciones que promueven la inclusión de una disposición relativa a las medidas en la parte jurisdiccional o de procedimiento del Convenio se opusieron a que se previera el reconocimiento y la ejecución de medidas provisionales y cautelares. Obsérvese también que es posible que haya que abordar la posibilidad de que las medidas cautelares no se conozcan bien en el Estado del tribunal al que se solicitan, así como los procedimientos para salvaguardar los intereses de terceros o del demandado (por ejemplo, el compromiso de indemnizarlos por daños y perjuicios).

- <sup>38</sup> Se sugirió que bastaría con que el tribunal entendiera en la causa después de adoptarse la medida, siempre y cuando ya entienda en ésta en el momento en que se solicite su reconocimiento y ejecución en otro país.
- <sup>39</sup> Se refiere a la propuesta formulada como variante B en el artículo 13 *supra*. La orden debe haber sido dictada por un tribunal que entienda o vaya a entender en una demanda y que tenga competencia para pronunciarse sobre el fondo de ésta.
- <sup>40</sup> Esta disposición podría ir acompañada de una explicación para dar más detalles sobre las medidas que podrían estar comprendidas en estas categorías amplias, según se establece en los párrafos 12 y 13, o una formulación más general, como en el párrafo 35 *supra*.
- <sup>41</sup> Variante A del artículo 23A de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: proyecto de convenio relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de fallos extranjeros en materia civil y mercantil, texto provisional, junio de 2001.
- <sup>42</sup> Normas de Procedimiento Civil Transnacional del American Law Institute/Unidroit, abril de 2001, artículo 17.1.1.
- <sup>43</sup> Véase la sección 47 de la Ley de Arbitraje Comercial de Queensland (Australia).