



Asamblea General

Distr. limitada
2 de octubre de 2003
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para el
Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo II (Arbitraje)
39º período de sesiones
Viena, 10 a 14 de noviembre de 2003

Solución de controversias comerciales

Medidas cautelares

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción	1-3	2
I. Proyecto de disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para su inserción como nuevo artículo, provisionalmente 17 bis, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)	4-39	2
A. Texto del proyecto de artículo 17 bis		2
B. Observación general sobre las nuevas disposiciones	5	4
C. Notas sobre el proyecto de artículo 17 bis	6-39	5
II. Proyecto de disposición sobre la facultad de los tribunales judiciales para ordenar medidas cautelares en apoyo del arbitraje (para su inserción provisional como nuevo artículo 17 ter de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)	40-44	11
A. Variantes que se presentan al Grupo de Trabajo	40-43	11
B. Textos ilustrativos para los debates	44	12
1. Ley de Arbitraje del Reino Unido (1996) (que se aplica únicamente en Inglaterra y Gales)		13
2. Derecho alemán sobre arbitraje – Artículo 1033 (Código de Procedimiento Civil)		14
3. Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong (Capítulo 341 de la Ley de Hong Kong)		14



Introducción

1. En su 37º período de sesiones (Viena, 7 a 11 de octubre de 2002), el Grupo de Trabajo practicó un breve análisis sobre la cuestión del reconocimiento y la ejecución de medidas provisionales cautelares, basado en una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 83), que contenía un proyecto de texto (reproducido también en A/CN.9/523, párr. 78) (denominado en adelante “el proyecto de disposición sobre ejecución”). El Grupo de Trabajo oyó asimismo un breve intercambio de opiniones sobre el posible tratamiento de las medidas cautelares ordenadas por un tribunal en el contexto de la revisión del artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (A/CN.9/523, párr. 77) (denominada en adelante “Ley Modelo de la CNUDMI”).
2. En su 38º período de sesiones (Nueva York, 12 a 16 de mayo de 2003), el Grupo de Trabajo analizó la disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares sobre la base del proyecto de disposición relativa a la ejecución y examinó luego un proyecto revisado (reproducido en A/CN.9/524, párr. 30) (denominado en adelante “proyecto revisado”). El Grupo de Trabajo examinó igualmente un proyecto de posible disposición que previera la facultad del tribunal para ordenar medidas cautelares en apoyo del arbitraje (A/CN.9/524, párrs. 76 a 78).
3. La presente nota se ha preparado sobre la base de los análisis y las decisiones del 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo y comprende dos versiones revisadas, una de ellas relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (Parte I), y otra relativa a la facultad de los tribunales para ordenar medidas de esa índole (Parte II).

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

4. Para facilitar la reanudación de los debates, en el texto siguiente se presenta una versión nuevamente revisada de la disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (denominada en adelante “proyecto de artículo 17 bis”):

A. Texto del proyecto de artículo 17 bis

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

* Las condiciones enunciadas en el presente artículo tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que el tribunal puede negarse a ejecutar una medida cautelar. No sería contrario al nivel de armonización que se intenta lograr con estas disposiciones modelo si un Estado previera menos circunstancias en que pudiera rehusarse la ejecución.

2) El tribunal sólo puede negarse a reconocer [y] [o] ejecutar una medida cautelar:

a) si, a solicitud de la parte contra quien se invoca, el tribunal está convencido de que:

i) *Variante 1*: existe una cuestión de fondo sobre la competencia del tribunal [[de tal naturaleza que haga inapropiados el reconocimiento o la ejecución][de tal naturaleza que haga inejecutable la medida cautelar]] [y el tribunal arbitral no ordenó ninguna garantía apropiada respecto de esa medida cautelar];

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

ii) *Variante 1*: no se notificaron apropiadamente a esa parte el nombramiento de un árbitro o las actuaciones arbitrales [, en cuyo caso el tribunal puede suspender las actuaciones de ejecución [hasta que el tribunal arbitral haya oído a las partes][hasta que las partes hayan tenido oportunidad de ser oídas por el tribunal arbitral][hasta que las partes hayan sido debidamente notificadas]];

Variante 2: esa negativa está justificada por los motivos enunciados en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

iii) *Variante 1*: esa parte no pudo presentar su posición respecto de la medida cautelar [, en cuyo caso el tribunal [podrá] [deberá] suspender las actuaciones de ejecución hasta que las partes hayan sido oídas por el tribunal arbitral]; o

Variante 2: esa negativa está justificada por los motivos enunciados en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

iv) la medida cautelar haya sido finalizada o suspendida por el tribunal arbitral o en virtud de orden de un tribunal competente; o

b) si el tribunal determina que:

i) la medida cautelar solicitada es incompatible con las facultades que sus leyes confieren al tribunal, a menos que el tribunal decida volver a formular la medida cautelar en la medida necesaria para adaptarla a sus propias facultades y a sus procedimientos a efectos de ejecutar esa medida cautelar sin modificar su contenido; o

ii) *Variante 1*: el reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar serían contrarios al orden público reconocido por el tribunal.

Variante 2: cualquiera de los motivos enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 se aplican al reconocimiento y la ejecución de la medida cautelar.

3) Toda determinación hecha por el tribunal con referencia a cualquier motivo enunciado en el párrafo 2) del presente artículo será únicamente eficaz para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar.

4) La parte que solicite o haya obtenido la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda finalización, suspensión o enmienda de dicha medida cautelar.

5) *Variante A:* El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera apropiado, ordenar a la otra parte que otorgue las garantías apropiadas para los gastos procesales [a menos que el tribunal haya dictado ya una orden con respecto a la garantía de los gastos] [a menos que el tribunal haya ya dictado una orden con respecto a la garantía de los gastos, excepto cuando el tribunal determine que la orden es inapropiada o insuficiente en las circunstancias del caso].

Variante B: El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera apropiado, ordenar que se otorgue una garantía para los gastos procesales.

Variante C: El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de esa facultad, una revisión del contenido de la medida cautelar.

Variante D: El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución sólo podrá ordenar la garantía de los gastos cuando esa orden sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

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

Variante X: a una medida cautelar ordenada sin notificación de la parte contra la que se invoque la medida cautelar siempre que se haya ordenado que la medida fuese eficaz durante un período que no excediese de los [treinta] días y siempre que la ejecución de la medida se haya solicitado antes de la expiración de dicho plazo.

Variante Y: a una medida cautelar que se haya ordenado sin notificación de la parte contra la que se invoque la medida, siempre que esa medida cautelar sea confirmada por el tribunal arbitral después que la otra parte haya podido presentar sus argumentos con respecto a la medida.

Variante Z: si el tribunal arbitral determina, en ejercicio de su poder discrecional, que, a la luz de las circunstancias a que se hace referencia en el párrafo 2) del artículo 17, la medida cautelar sólo puede ser eficaz si el tribunal ha dictado la orden de ejecución sin notificar previamente a la parte contra la que se invoque.

B. Observación general sobre las nuevas disposiciones

5. El Grupo de Trabajo observará que el artículo 17 bis y el proyecto de artículo 17 ter (enunciados más adelante en los párrafos 40 y 42) están destinados a ser incluidos en la Ley Modelo de la CNUDMI a continuación del proyecto de nuevo artículo 17 (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.123). El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si cabría agrupar estas disposiciones en un nuevo capítulo de la Ley Modelo de la CNUDMI, por ejemplo, en un capítulo IV bis, que podría titularse “Medidas cautelares”. Otra posibilidad sería modificar el título

actual del Capítulo IV, “Competencia del tribunal arbitral”, para que reflejase mejor la inclusión de estas nuevas disposiciones.

C. Notas sobre el proyecto de artículo 17 bis

Párrafo 1) (anteriormente párrafos 1 y 2 del proyecto revisado reproducido en el documento A/CN.9/524, párr. 30)

6. Los párrafos 1) y 2) del proyecto revisado se han refundido en un párrafo para ajustarlo más al enunciado del artículo 35 de la Ley Modelo de la CNUDMI.
7. El párrafo 1) del proyecto de artículo 17 bis tiene la finalidad de reflejar las decisiones del Grupo de Trabajo conforme a las cuales la disposición debería:
 - comenzar por enunciar en términos afirmativos el deber de reconocer y ejecutar toda medida cautelar, para pasar luego a definir los motivos por los que cabría denegar su reconocimiento o ejecución (A/CN.9/524, párrs. 28 y 34);
 - contener las siguientes palabras: “Toda medida cautelar dictada por un tribunal arbitral que satisfaga los requisitos del artículo 17” (véase el documento A/CN.9/524, párr. 32); y
 - contener también las palabras “independientemente del país en que se haya dictado” (véase el documento A/CN.9/524, párr. 33).
8. Las palabras “Salvo que el tribunal disponga otra cosa” se han incluido en el texto para reflejar la decisión de que un tribunal arbitral debería poder disponer, en el momento de dictar la medida cautelar, que la medida no ha de ser objeto de una solicitud de ejecución judicial (A/CN.9/524, párrs. 26 y 34).
9. En cuanto a la redacción, se sugirió que en el párrafo 2) del proyecto revisado se omitieran las palabras “reconocida y”, dado que el reconocimiento estaba implícito en la ejecución. No obstante, se insistió en la necesidad de incluir ambos términos en aras de la coherencia con otros proyectos de disposición, así como con los artículos 34 y 35 de la Ley Modelo de la CNUDMI (A/CN.9/524, párr. 34). El texto revisado ya no parece justificar esa sugerencia.
10. Las palabras “por escrito” se han puesto entre corchetes. Al ultimar el texto del párrafo 1) del artículo 17 bis, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que la expresión “por escrito” figura en cierto número de disposiciones en la Ley Modelo de la CNUDMI, que son el párrafo 2) del artículo 7, el párrafo 1) del artículo 31 y el párrafo 1) del artículo 35. Como no hay ninguna definición general de la expresión en la Ley Modelo de la CNUDMI, y dado que el Grupo de Trabajo aún tiene que adoptar una decisión sobre la revisión del párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI, el Grupo de Trabajo tal vez desee evitar que se haga referencia a la expresión, a menos que sea imprescindible, o estudiar la posible inclusión en el texto de una definición global adaptada al comercio electrónico, en aras de una interpretación uniforme.

Nota de pie de página al párrafo 1)

11. El Grupo de Trabajo acordó mantener la nota de pie de página, pero sustituyendo, donde proceda, la palabra “debe”, por la palabra “podrá” (A/CN.9/524, párrs. 64 a 66).

Párrafo 2) (anteriormente párrafo 3) del proyecto revisado)

Observaciones generales

12. Al término del debate sobre cada uno de los motivos para denegar la ejecución de una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral, se observó que uno de los resultados logrados por el Grupo de Trabajo había sido alinear más esos diversos motivos con los motivos enumerados en los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo y en el artículo V de la Convención de Nueva York. Se sugirió que, en vez de enunciar cada uno de esos motivos, se reformulara el texto en forma de una remisión general a “lo dispuesto en los artículos 35 y 36” (A/CN.9/524, párr. 57). Se pidió a la Secretaría que examinara la posibilidad de redactar diversas variantes, de modo que el Grupo de Trabajo dispusiese de textos concretos al continuar sus debates al respecto en un futuro período de sesiones. Las variantes 2 en los incisos i), ii) y iii) del apartado a) y ii) del apartado b) son textos que responden a estas sugerencias. El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que la referencia al inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 se repite en los incisos ii) y iii) del proyecto revisado puesto que se ocupa de la notificación y de la imposibilidad de presentar los argumentos.

13. Otra opinión era que debía evitarse una remisión a los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo para facilitar la utilización del proyecto de disposición relativa a la ejecución por los Estados que podrían no haber promulgado aún la Ley Modelo. Se dijo que era preferible detallar en la Ley Modelo las disposiciones aplicables a la ejecución de medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral, dado que los criterios normativos y jurídicos que regían la ejecución de esas medidas eran lo bastante diferentes de las que regían la ejecución de un laudo arbitral (A/CN.9/524, párr. 57). Las variantes 1 en los incisos i), ii) y iii) del apartado a) y ii) del apartado b) son textos que responden a esas sugerencias.

Parte introductoria

14. Para subrayar que las circunstancias en que cabía denegar la ejecución eran limitadas, se ha incluido la palabra “solamente” antes de la palabra “podrá” (A/CN.9/524, párrafo 35). En aras de la coherencia con el artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI, y también para reflejar mejor las opciones de que dispone el tribunal, el Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si se puede reemplazar la palabra “y” por “o”.

15. La estructura del párrafo 2) refleja la decisión del Grupo de Trabajo (A/CN.9/524, párr. 62).

Apartado a), parte introductoria (anteriormente apartado a) del párrafo 1 del proyecto de disposición relativa a la ejecución reproducido en el documento A/CN.9/523, párr. 78)

16. La nueva redacción refleja la decisión de que no hay que adoptar ninguna disposición acerca de la asignación de la carga de la prueba y que la cuestión debe dejarse en manos de la ley aplicable (A/CN.9/524, párrs. 35, 36, 42, 58 y 60). El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que el texto actual, que omite toda referencia a la carga de la prueba, parece ser incoherente con el enfoque adoptado en los artículos 34 y 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI. De ser así, esto podría dar pie a diferentes interpretaciones, como la de que se impone la carga de la prueba a la parte que pide la ejecución, o la de que corresponde al tribunal arbitral verificar de oficio estos requisitos. Si el Grupo de Trabajo conviene en que esta diferente redacción se justifica, en vista de que el artículo 17 bis tiene objetivos distintos de los de los artículos 34 y 36, el Grupo de Trabajo tendría que detallar más las razones de esta diferente redacción para evitar incertidumbre en la interpretación.

Inciso i) del apartado a) (anteriormente apartado a) del proyecto revisado e inciso i) del apartado a) del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución)

Variante 1

17. La variante 1 enumera las disposiciones aplicables a la ejecución de medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral con el criterio de que las consideraciones normativas y jurídicas en que se basa la ejecución de esas medidas eran suficientemente distintas de las que rigen la ejecución de un laudo arbitral (A/CN.9/524, párr.57).

18. El Grupo de Trabajo convino que para que un tribunal pudiera a su discreción negarse a reconocer y ejecutar una medida cautelar, el tribunal debía no sólo estar convencido de que existía una cuestión de fondo sino también de que la cuestión constituía una razón apropiada para denegar la ejecución y el reconocimiento. Este enfoque más amplio recibió apoyo general (A/CN.9/524, párr. 37). Para reflejar más explícitamente ese enfoque, el proyecto de texto contiene variantes entre corchetes que disponen que la cuestión de fondo ha de ser de tal naturaleza que haga inapropiados el reconocimiento o la ejecución o inejecutable la medida cautelar (A/CN.9/524, párr. 37).

19. Se observó asimismo que en toda revisión del apartado a) del proyecto revisado deberían tenerse en cuenta los debates sobre el requisito de aportar garantía cuando se otorgara una medida cautelar (A/CN.9/524, párr. 39). En este contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar, como se ha dispuesto entre corchetes en el texto, si el apartado a) debe estar sujeto a si el tribunal arbitral ordenó o no garantía con respecto a la medida cautelar cuyo reconocimiento y ejecución se solicita.

Variante 2

20. Para un análisis de esta variante, véanse los párrafos 12 y 13 *supra*.

Inciso ii) del apartado a) (anteriormente inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución)

Variante 1

21. El texto actual contiene diversas variantes al efecto de que el tribunal pueda suspender las actuaciones de ejecución hasta que las partes:

- hayan sido oídas por el tribunal arbitral;
- hayan tenido oportunidad de ser oídas por el tribunal arbitral;
- hayan sido debidamente notificadas (A/CN.9/524, párr.45).

El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si las primeras dos variantes introducen una condición excesivamente formal que pudiera demorar innecesariamente la ejecución de una medida cautelar.

Variante 2

22. Véanse las observaciones en los párrafos 12 y 13 *supra*.

Inciso iii) del apartado a) (anteriormente inciso iii) del apartado a) del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución)

Variante 1

23. El contenido del inciso se consideró generalmente aceptable (A/CN.9/524, párr. 46). El texto conserva el texto entre corchetes “[en cuyo caso el tribunal [suspenderá] [podrá suspender] las actuaciones de ejecución hasta que las partes hayan sido oídas por el tribunal arbitral]”. Se puso en duda la utilidad del texto entre corchetes. Se afirmó que éste describía sólo una de las muchas opciones de que normalmente dispondría un tribunal nacional conforme al derecho interno cuando no se hubiera dado a una parte la plena oportunidad de presentar sus argumentos conforme al artículo 18 de la Ley Modelo. Desde esa perspectiva, el texto entre corchetes resultaría solamente útil en la improbable situación en que las normas del derecho procesal interno no permitiesen a un tribunal ordenar la suspensión de las actuaciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si se conserva o no el texto y, de ser así, si se opta por “suspenderá” o por “podrá suspender”. Cabe recordar que se ha expresado la opinión de que, a efectos de que la discrecionalidad del tribunal fuera lo más amplia posible, la opción preferible era “podrá suspender” (A/CN.9/524, párr. 46).

Variante 2

24. Véanse las observaciones en los párrafos 12 y 13 *supra*.

Inciso iv) del apartado a) (anteriormente inciso iv) del apartado a) del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución)

25. Se consideró que el contenido de este inciso era en general aceptable. Las palabras “o por orden de un tribunal competente” se han añadido para hacer frente a una situación en que una medida provisional haya sido anulada por un tribunal del país en que se lleve a cabo el arbitraje (A/CN.9/524, párr. 47).

Inciso i) del apartado b) (anteriormente inciso i) del apartado b) del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución)

26. En su anterior redacción, el inciso i) del apartado b) se refería a las “leyes procesales”. Conforme a lo decidido por el Grupo de Trabajo, se había omitido la remisión al término “procesal” por estimarse que había diferencias sustanciales entre los derechos procesales de los países y que los límites entre leyes sustantivas y leyes procesales variaban también de un ordenamiento a otro (A/CN.9/524, párr. 48). Asimismo se dijo que un tribunal puede negarse a reconocer o ejecutar una medida cautelar si la considera incompatible con las facultades que le confieren las leyes sustantivas del país.

27. La nueva redacción refleja la decisión del Grupo de Trabajo de combinar con este inciso el párrafo 4 del proyecto de disposición relativa a la ejecución (que decía: “al volver a formular la medida conforme al inciso i) del apartado b) del párrafo 1), el tribunal no modificará el contenido de la medida cautelar”) (A/CN.9/524, párr. 49).

Inciso ii) del apartado b) (anteriormente inciso ii) del apartado b) del párrafo 1) del proyecto de disposición relativa a la ejecución)

Variante 1

28. Como decidió el Grupo de Trabajo, en el proyecto de párrafo se han omitido por innecesarias las palabras “este Estado”, si bien figuran en el inciso ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI (A/CN.9/524, párrs. 50 y 51).

29. La disposición ha sido revisada para referirse al “orden público reconocido por el tribunal” (A/CN.9/524, párrs. 38 y 52). Como recordará el Grupo de Trabajo, se consideró que la expresión “orden público” era muy vaga y que resultaba imposible de definir en varios países, pues podía abarcar al menos tres significados distintos, a saber: el orden público nacional, entendido como el conjunto de las disposiciones imperativas de la legislación nacional; las normas de orden público expresamente establecidas en la legislación nacional para las relaciones internacionales; y el conjunto muy limitado de normas establecidas de ámbito transnacional, denominado a veces orden público internacional.

30. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar las consecuencias de las posibles diferencias entre este inciso y otras disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI, a saber, el inciso ii) del apartado b) del artículo 34 y el inciso ii) del apartado b) del artículo 36, y decidir si sería conveniente, en aras de una interpretación uniforme, definir la expresión “orden público” para los fines de la Ley Modelo de la CNUDMI.

Variante 2

31. Véanse la observaciones en los párrafos 12 y 13 *supra*.

Párrafo 3) (anteriormente párrafo 4) del proyecto revisado)

32. La nueva redacción tuvo en cuenta la preocupación expresada en los debates del Grupo de Trabajo por el riesgo de que el tribunal judicial, al examinar una

solicitud de ejecución de una medida cautelar, pudiera mermar el derecho del tribunal arbitral a determinar su propia competencia (A/CN.9/524, párrs. 22 y 40).

33. El Grupo de Trabajo acordó añadir las palabras “por el tribunal” después de la palabra “dictada” para aclarar que el párrafo se refería a un tribunal judicial, y no a un tribunal arbitral, y también para establecer un vínculo más claro entre ese párrafo y el párrafo 2) (anteriormente párrafo 3) del proyecto revisado) (A/CN.9/524, párr. 56).

Párrafo 4) (anteriormente párrafo 3) de la disposición relativa a la ejecución)

34. De acuerdo con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de que la obligación de notificar sigue vigente después de haberse dictado una orden de ejecución, se han sustituido las palabras “la parte que solicite la ejecución” por las palabras “la parte que solicite o haya obtenido la ejecución” (A/CN.9/524, párr. 69).

Párrafo 5) (nueva disposición)

35. Conforme a lo pedido por el Grupo de Trabajo, esta disposición aborda la cuestión de si un tribunal, cuando recibe una solicitud de ejecución de una medida cautelar, debería poder exigir al solicitante que aportara una caución (A/CN.9/524, párrs. 72 a 75).

36. La variante A dispone que un tribunal judicial está facultado para exigir una caución y contiene texto entre corchetes que limita esa facultad al supuesto en que un tribunal arbitral no ha exigido caución, así como otra opción que amplía esta facultad para que comprenda la de ordenar una caución cuando un tribunal arbitral haya dictado una orden a tal efecto pero el tribunal judicial haya estimado que la orden es inapropiada o insuficiente en las circunstancias del caso. La variante B dispone simplemente que un tribunal puede, a su discreción, ordenar que se garanticen los gastos. Conforme a esta variante, el alcance de la facultad, así como el de todo posible conflicto con una anterior determinación de un tribunal arbitral sobre la caución, serían resueltos por el tribunal conforme a una ley distinta de la Ley Modelo de la CNUDMI. La variante C se ha redactado para atender a la sugerencia de que la facultad de un tribunal se limita a la cuestión de ejecutar o no una medida cautelar. El texto sugerido dispone expresamente que el tribunal judicial no debe estar facultado para revisar el fondo de la medida cautelar. Si esta variante es la opción preferida, el proyecto de artículo no contendrá ninguna disposición que otorgue expresamente al tribunal judicial el derecho a exigir una caución al reconocer o ejecutar una medida cautelar. La variante D circunscribe la facultad del tribunal judicial a ordenar la caución para proteger los derechos de terceros. Como la palabra “tercero” no está definida, si la variante D es la opción preferida, el Grupo de Trabajo tal vez desee aclarar el término.

37. El Grupo de Trabajo podría estar dispuesto a continuar examinando la cuestión de la caución por los gastos ordenada por los tribunales a la luz de las Convenciones de La Haya de Procedimiento Civil de 1905 y 1954, que prohíben que se requiera el pago de una caución en concepto de gastos a los nacionales de los Estados firmantes. El artículo 17 de la Convención de La Haya de Procedimiento Civil dispone lo siguiente:

“No puede imponerse ninguna fianza ni depósito, cualquiera sea su denominación, en razón de su condición de extranjeros o de la falta de domicilio o de residencia en el país, a los nacionales de uno de los Estados contratantes, con domicilio en uno de esos Estados, que sean demandantes o intervengan en los tribunales de otro de esos Estados.

La misma norma se aplica a los pagos que puedan ser requeridos de demandantes o intervinientes para garantizar los gastos procesales.

Las convenciones por las cuales los Estados contratantes puedan haber establecido, en beneficio de sus nacionales, la exención de garantía por los gastos y los daños y perjuicios en las actuaciones judiciales o del pago de gastos procesales independientemente del domicilio, continuarán aplicándose.”

Párrafo 6) de la nueva redacción (anteriormente párrafo 5) de la disposición relativa a la ejecución)

38. Este párrafo no fue examinado durante el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo.

Copia certificada

39. El párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo dispone que “la parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje (...) o copia debidamente certificada del mismo”. El artículo dispone asimismo que “si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en un idioma oficial de este Estado, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos”. En su 38º período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó en general que, al redactar el párrafo, debería evitarse que se apartara innecesariamente del texto de los artículos 35 y 36 (A/CN.9/524, párr. 57). Sobre esta base, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si conviene agregar al texto actual palabras de tenor análogo a las del párrafo 2) del artículo 35.

II. Proyecto de disposición sobre la facultad de los tribunales judiciales para ordenar medidas cautelares en apoyo del arbitraje (para su inserción provisional como nuevo artículo 17 ter de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)

A. Variantes que se presentan al Grupo de Trabajo

40. En su 38º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó un posible proyecto de disposición que preveía la facultad del tribunal para ordenar medidas cautelares en apoyo del arbitraje, sobre la base de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.119) y, en particular, el proyecto de disposición que decía lo siguiente:

“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.”

41. Se apoyó en general la idea de redactar una disposición que facultara a un tribunal judicial para dictar medidas cautelares, independientemente del país en que se llevara a cabo el arbitraje. Se señaló que el alcance de la disposición no se ajustaba al principio de la territorialidad enunciado en la Ley Modelo. Hubo acuerdo general en que, al preparar el proyecto revisado, debería prestarse atención a la posible necesidad de adaptar el párrafo 2) del artículo 1 para ampliar la excepción a la aplicación territorial de la Ley Modelo (A/CN.9/524, párr. 78). El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de enmendar el párrafo 2) del artículo 1 para incluir en él una referencia a cualquier disposición que confiriese al tribunal la facultad para dictar medidas cautelares incluso si el arbitraje tuviese lugar en otro país, fuera de la jurisdicción de ese tribunal.

42. A continuación se presentan dos variantes que pueden examinarse cuando se reanude el debate sobre este tema.

Variante 1

“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 y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias normas y procedimientos en la medida en que éstos sean aplicables, habida cuenta de las características específicas de un arbitraje internacional.”

Variante 2

“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. Esa competencia se ejercerá de conformidad con los requisitos enunciados en el artículo 17 en la medida en que estos requisitos sean aplicables.”

43. Las variantes adoptan un enfoque diferente en cuanto a los criterios y normas para aplicar las medidas cautelares ordenadas por un tribunal. La variante 1 procura dar efecto a la sugerencia de que el tribunal aplique sus propias normas sustantivas y de procedimiento. La variante 2 refleja la opinión de que deberían aplicarse a los tribunales los criterios y normas enunciados en el artículo 17. Se reconoció en general que en toda referencia a normas existentes habría que prever flexibilidad para que el tribunal pudiera adaptarse a las características específicas del arbitraje internacional (A/CN.9/524, párr. 77).

B. Textos ilustrativos para los debates

44. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar los siguientes ejemplos de legislación nacional en que se regula de distintos modos la cuestión de si debe conferirse a los tribunales la facultad para dictar medidas cautelares. Esencialmente,

al redactarse una disposición sobre este tema, se plantea la cuestión de si esa competencia debe otorgarse únicamente a los tribunales arbitrales o si deben poder ejercerla tanto un tribunal arbitral como un tribunal judicial. En la segunda opción, habría que examinar la forma de equilibrar la facultad para ordenar medidas cautelares entre los tribunales judiciales y los arbitrales. Concretamente habría que determinar si la facultad del tribunal judicial debe limitarse a circunstancias en las que el tribunal arbitral aún no se haya constituido; si una solicitud de medidas cautelares debe estar sujeta al consentimiento de las partes y a la notificación del tribunal arbitral; y si la facultad del primero debe ser una opción secundaria, sólo posible cuando un árbitro no pueda actuar eficazmente o las partes hayan acordado que el árbitro no esté facultado para otorgar medidas cautelares. Otra posibilidad sería dejar el equilibrio de estas facultades a la elección de las partes (para un anterior debate sobre las medidas cautelares ordenadas por un tribunal, véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.119, párrs. 19 a 33, 37 a 40, 44 a 48 y 75 a 82).

1. Ley de Arbitraje del Reino Unido (1996) (que se aplica únicamente en Inglaterra y Gales)

“44. - 1) A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el tribunal tendrá a los fines de las actuaciones arbitrales y en relación con ellas, la misma competencia para dictar órdenes sobre las cuestiones enumeradas a continuación que tiene a los fines de las actuaciones judiciales y en relación con ellas.

- 2) El tribunal será competente para:
 - a) obtener pruebas testimoniales;
 - b) conservar pruebas;
 - c) dictar órdenes relativas a bienes sujetos a las actuaciones o sobre los que se plantee alguna cuestión durante éstas, como:
 - i) la inspección, fotografía, conservación, custodia o retención de los bienes; o
 - ii) la orden de que se extraigan muestras de los bienes, se haga alguna observación de ellos o se efectúe algún experimento con ellos;

y a esos efectos puede autorizar a cualquier persona a entrar en cualquier local en poder o bajo el control de una de las partes en el arbitraje;
 - d) vender de cualquier bien sujeto a las actuaciones;
 - e) dictar un mandamiento provisional o nombrar un administrador.
- 3) Si el caso reviste urgencia, el tribunal podrá, a petición de una parte o de una futura parte en las actuaciones arbitrales, dictar las órdenes que estime necesarias con el fin de conservar pruebas o bienes.
- 4) Si el caso no reviste urgencia, el tribunal actuará sólo a petición de una parte en las actuaciones arbitrales (con notificación a las demás y al tribunal), cuando la petición haya sido cursada con el permiso del tribunal o el consentimiento por escrito de las demás partes.

- 5) En todo caso, el tribunal sólo podrá actuar si el tribunal arbitral, y cualquier institución arbitral u otra persona que las partes hayan facultado al respecto, carecen de competencia para actuar con eficacia o por el momento no pueden hacerlo.
- 6) Si el tribunal así lo ordena, una orden dictada por él conforme a la presente sección cesará de tener efecto total o parcialmente cuando lo ordene el tribunal o cualquier otra institución arbitral u otra persona facultada para actuar en relación con la materia de que se trata.
- 7) El tribunal deberá autorizar toda apelación de una decisión que éste haya adoptado en virtud de la presente sección.”

2. Derecho alemán sobre arbitraje – Artículo 1033 (Código de Procedimiento Civil)

“Acuerdo de arbitraje y medidas cautelares del tribunal

No es incompatible con un acuerdo de arbitraje que un tribunal otorgue, a petición de una de las partes, antes de las actuaciones arbitrales o durante las mismas, una medida cautelar relativa al objeto del arbitraje.”

3. Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong (Capítulo 341 de la Ley de Hong Kong)

“1) El Tribunal o un juez de Tribunal podrán, en relación con una determinada actuación arbitral, proceder a:

- a) dictar una orden por la que deba garantizarse una suma controvertida;
- b) en relación con los bienes pertinentes:
 - i) dictar una orden por la que disponga la inspección, la fotografía, la conservación, la custodia, la retención o la venta de los bienes por el tribunal, por una de las partes en las actuaciones o por un experto; o
 - ii) dictar una orden por la que se disponga que se extraigan muestras, se hagan observaciones de los bienes o se efectúen experimentos sobre ellos;
- c) dictar un mandamiento provisional u ordenar cualquier otra medida cautelar.

2) Los bienes serán bienes pertinentes a los fines del apartado b) del párrafo 1) si:

- a) los bienes son propiedad o están en poder de una parte en el procedimiento arbitral de que se trate; y si
- b) los bienes están sujetos a las actuaciones, o si durante dicho procedimiento se ha planteado cualquier cuestión en relación con ellos.

3) El Tribunal o un juez del Tribunal podrán ordenar a una persona que asista a las actuaciones ante un tribunal arbitral para testificar o presentar documentos u otras pruebas materiales.

- 4) El Tribunal o un juez del Tribunal podrán también ordenar que se dicte un auto de *habeas corpus ad testificandum* por el que se requiera que se lleve ante un tribunal arbitral a un preso para interrogarlo.
- 5) Las facultades conferidas por la presente sección pueden ser ejercidas independientemente de si pueden o no ejercerse facultades análogas conforme a la sección 2GB en relación con la misma controversia.
- 6) El Tribunal o un juez del Tribunal podrán abstenerse de dictar una orden conforme a esta sección en relación con una de las cuestiones enunciadas en la subsección 1) en razón de que:
 - a) la cuestión sea en ese momento objeto de actuaciones de arbitraje, y
 - b) el Tribunal o el juez consideren más apropiado que la cuestión se dirima ante el tribunal arbitral pertinente.”