Naciones Unidas A/CN.9/WG.II/WP.141

Asamblea General

Distr. limitada
5 de diciembre de 2005
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Grupo de Trabajo II (Arbitraje)
44º período de sesiones
Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006

Solución de controversias comerciales

Medidas cautelares

Nota de la Secretaría

Índice

		Párrafos	*Página*
	Introducción	1-3	2
I.	Propuesta sobre la forma en la que cabría presentar las disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares en la Ley Modelo	4	2
II.	Notas sobre la forma en la que cabría presentar las disposiciones legales sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares en la Ley Modelo	5-15	6
Anexo.	Cuadro de concordancia		9

V.05-90761 (S) 151205 161205

Introducción

1. En su 42º período de sesiones (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005), el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que examinara la cuestión de la forma en la que cabría presentar las disposiciones legales sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional ("la Ley Modelo"), con sus posibles variantes, para ser examinadas por el Grupo de Trabajo en un futuro período de sesiones (A/CN.9/573, párr. 99).

2. En su 43º período de sesiones (Viena, 3 a 7 de octubre de 2005), el Grupo de Trabajo convino en que las disposiciones legales sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares se insertaran en un nuevo capítulo, que sería el capítulo IV bis de la Ley Modelo, y pidió a la Secretaría que prepara un nuevo proyecto de las disposiciones, teniendo en cuenta la sugerencia de que se reestructuraran las disposiciones, reagrupando los párrafos que trataban cuestiones similares en artículos separados (A/CN.9/589, párr. 106).

3. Para facilitar la reanudación de las deliberaciones, esta nota contiene una propuesta sobre la forma en la que cabría presentar las disposiciones legislativas sobre medidas cautelares y órdenes preliminares en la Ley Modelo.

I. Propuesta sobre la forma en la que cabría presentar las disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares en la Ley Modelo

4. El texto que figura a continuación contiene una propuesta sobre la presentación del proyecto de disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares, reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares dictadas por un tribunal. En el texto que figura a continuación se han subrayado las modificaciones al proyecto anterior que figura en el anexo del informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 43º período de sesiones (anexo del documento A/CN.9/589). Asimismo, se ha incluido como anexo de esta nota un cuadro comparativo en el que se muestra la concordancia de la numeración de los artículos del proyecto anterior y del texto que figura a continuación:

Capítulo IV bis. Medidas cautelares y órdenes preliminares

Sección 1 - Medidas cautelares

Artículo 17—Potestad del tribunal de otorgar medidas cautelares

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

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

a) Mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia;

b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

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

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

Artículo 17 bis—Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares

1) El demandante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que:

a) De no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

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

2) En lo concerniente a toda demanda de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

Sección 2—Órdenes preliminares

Artículo 17 ter—Solicitud de una orden preliminar

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

2) El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la demanda de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida demandada. []

3) Las condiciones definidas en el artículo 17 bis serán aplicables a toda orden preliminar [], con la salvedad de que el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1) del artículo 17 bis ha de ser el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden.

Artículo 17 quater—Régimen específico de las órdenes preliminares

1) Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una solicitud de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las

partes la demanda presentada de una medida cautelar, la solicitud de una orden preliminar, la propia orden preliminar, caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, consignando el contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral.

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

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

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

5) Una orden preliminar [] será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo.

Sección 3—Disposiciones aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares

Artículo 17 quinquies—Modificación, suspensión, revocación

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

Artículo 17 sexies—exigencia de una garantía por el tribunal arbitral

1) El tribunal arbitral podrá exigir del demandante de una medida cautelar [] que preste una garantía adecuada respecto de la medida [].

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

Artículo 17 septies—Comunicación de información

1) El demandante de una medida cautelar deberá dar a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se demandara u otorgara.

2) El solicitante de una orden preliminar deberá revelar al tribunal arbitral toda circunstancia que pueda ser pertinente a la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar sobre si debe otorgar o mantener la orden [], y seguirá estando obligada a hacerlo en tanto que la parte contra la que la orden haya sido solicitada no haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. A partir de dicho momento, la obligación del solicitante de revelar todo cambio

en las circunstancias será la misma que la que cabe exigir del demandante de una medida cautelar con arreglo al párrafo 1) del presente artículo.

Artículo 17 octies—Costas y daños y perjuicios

El demandante de una medida cautelar o el solicitante de una orden preliminar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a la parte contra la que sea aplicable, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida o la orden. El tribunal arbitral podrá condenarle en cualquier momento de las actuaciones al pago de las costas y de los daños y perjuicios.

Sección 4—Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

Artículo 17 novies—Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser demandada ante el foro judicial competente, cualquiera que sea el país en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 novies.

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

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

Artículo 17 decies—Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de medidas cautelares[*]

1) Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:

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

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

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

[*] Las condiciones enunciadas en el artículo 17 **nonies** tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que un foro judicial podrá denegar la ejecución de una medida cautelar. No se menoscabará en nada el objetivo de armonización que se intenta lograr con estas disposiciones modelo si un Estado prevé en ellas menos supuestos en los que pueda denegarse la ejecución de una medida cautelar.

iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, caso de que esté facultado para hacerlo, por un foro judicial del Estado en donde, se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o

b) si, el foro judicial resuelve que:

i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho foro decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que

ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o la ejecución de la medida demandada.

2) Toda determinación a la que llegue el foro judicial respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El foro judicial al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

Sección 5—Medidas cautelares dictadas por el foro judicial

Artículo 17 undecies—Medidas cautelares dictadas por el foro judicial

El foro judicial gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales y en lo concerniente a esas actuaciones que tengan lugar en el país de su jurisdicción o en otro país que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales o en relación con ellas, y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias reglas y procedimientos en la medida en que sean compatibles con los rasgos distintivos de un arbitraje internacional. []

II. Notas sobre la forma en la que cabría presentar las disposiciones legales sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares en la Ley Modelo

Estructura de las disposiciones

5. Según lo acordado por el Grupo de Trabajo, las disposiciones sobre medidas cautelares, órdenes preliminares, reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares y medidas cautelares dictadas por un tribunal se han puesto en un nuevo capítulo IV bis (A/CN.9/589, párr. 105). Como había propuesto el Grupo de Trabajo, estas disposiciones han sido reestructuradas reagrupándose los párrafos que tratan cuestiones similares en artículos separados (A/CN.9/589, párr. 106). A fin de aclarar mejor la estructura propuesta para el texto revisado se han creado algunas secciones con su correspondiente título. Esta estructura tiene la ventaja de permitir una presentación lógica de las disposiciones y evitar que se cree un artículo sobre las medidas cautelares de una longitud desmesurada en comparación con los demás artículos de la Ley Modelo.

Apartado b) del párrafo 1) del artículo 17 bis

6. Cabe señalar a la atención del Grupo de Trabajo que en la versión inglesa se han añadido los términos “of the claim” después del término “merits” con el fin de aclarar que el fondo que ha de considerarse es el relacionado con el litigio principal y no con la medida cautelar demandada. Aclarar lo que se considera que es el litigio principal en la controversia puede limitar discusiones innecesarias sobre si existe una posibilidad razonable de éxito con respecto al otorgamiento de la medida cautelar (o de la orden prelimitar en virtud del párrafo 3) del artículo 17 ter). Sin embargo, la posibilidad razonable de que prospere la demanda sobre el fondo se valorará de forma diferente en función de la diferente información de que dispondrá el tribunal arbitral en las diferentes etapas del procedimiento arbitral, que abarcan desde la etapa inicial en que se solicita la orden preliminar hasta el momento en que las partes deliberan sobre la aprobación de la medida cautelar.

Párrafo 1) del artículo 17 ter

7. En la versión inglesa se ha suprimido el término “file”, utilizado en el párrafo 1 del artículo 17 ter, para sustituirlo por el término “make”. Quizá quiera considerar el Grupo de Trabajo si este último verbo establece una obligación más neutra con respecto a la solicitud de una orden preliminar.

Párrafo 2) del artículo 17 ter—párrafo 5) del artículo 17 quater

8. En el párrafo 2) del artículo 17 ter se han suprimido los términos “Dicha orden preliminar no constituirá un laudo”, que se han transferido al párrafo 5) del artículo 17 quater. Quizá quiera considerar el Grupo de Trabajo si la ubicación más adecuada de estos términos es el párrafo 5) del artículo 17 quater, dado que este párrafo hace referencia a la naturaleza y efectos de la orden preliminar.

Párrafo 3) del artículo 17 ter

9. El párrafo 3) del artículo 17 ter establece que las disposiciones del artículo 17 bis (referente a las medidas cautelares) son aplicables también a las órdenes preliminares. Quizá quiera considerar el Grupo de Trabajo si el proyecto revisado de dicho párrafo aclara cómo ha de aplicarse el artículo 17 bis en el caso de las órdenes preliminares, a saber, que el daño que el tribunal arbitral ha de evaluar en ese contexto es el resultante de que no se haya emitido la orden preliminar y no el resultante de que no se otorgue una medida cautelar.

Párrafo 2) del artículo 17 septies

10. Se han sustituido los términos “Toda parte” por los términos “El solicitante” para mantener la coherencia con el párrafo 1) del mismo artículo.

Artículo 17 decies

11. Se ha añadido una nota al título del artículo 17 decies (esa nota aparecía anteriormente en el párrafo 1) del artículo 17 bis según figura en el anexo del informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 43º período de sesiones (anexo del documento A/CN.9/589)). El contenido de la nota hace referencia a las

condiciones que han de cumplirse para que se deniegue el reconocimiento y ejecución y, por consiguiente, hace referencia al contenido del artículo 17 decies.

Artículo 17 undecies

Ubicación

12. Al promulgar el artículo 17 undecies es posible que los Estados deseen considerar cuál debe ser la ubicación de esta disposición ya que dicho artículo 17 undecies, que se refiere a las medidas cautelares dictadas por un foro judicial, no encajan fácilmente en un capítulo que está dedicado principalmente a las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales.

13. Entre las opciones que cabe considerar, una posibilidad sería ubicar el artículo 17 undecies después de las disposiciones de aplicación del artículo 9 de la Ley Modelo, referente a las medidas cautelares dictadas por tribunales. Sin embargo, dado que el artículo 9 figura en el capítulo 2 de la Ley Modelo, referente a la definición y forma del acuerdo de arbitraje, es posible que esa opción no se considere adecuada. Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar si bastaría una nota al artículo 17 undecies para señalar a la atención de los Estados la cuestión de la ubicación de dicho artículo 17 undecies en la parte más adecuada de la legislación de aplicación. Esa nota puede decir lo siguiente:

> "Al aplicar el artículo 17 undecies quizá deseen los Estados considerar la posibilidad de agrupar esta disposición con otras disposiciones de la legislación de aplicación referentes a determinadas funciones de asistencia y supervisión del arbitraje realizadas por los tribunales u otra autoridad."

Referencia al párrafo 2 del artículo 1 de la Ley Modelo

14. En su 43º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que, habida cuenta de la intención de que la disposición referente a las medidas cautelares dictadas por tribunales se aplicara con independencia del país en que tuviera lugar el arbitraje, convenía agregar esa disposición a la lista de artículos enunciada en el párrafo 2) del artículo 1. Ese artículo establece que la Ley Modelo, tal y como se promulgue en un Estado determinado, se aplicará, en lo que respecta a los artículos incluidos en la lista, aunque el arbitraje no tenga lugar en el territorio de ese Estado (A/CN.9/589, párrs. 101 a 103). También se propuso que se incluyera en los artículos 17 novies y 17 decies (referentes al reconocimiento y ejecución de medidas cautelares y a los motivos para la denegación de éstas) una referencia en la lista de artículos excluidos de forma que el párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo dijera lo siguiente:

> "Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 17 novies, 17 decies, 17 undecies, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado."

15. La inclusión de todos los artículos excluidos en el párrafo 2) del artículo 1, que establece el ámbito territorial de aplicación de la Ley Modelo, parece constituir un enfoque más sencillo y fácil que incluir esa excepción en cada uno de los artículos revisados. Teniendo en cuenta este enfoque, se ha suprimido la frase "El presente artículo será aplicable, sin que sea óbice lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 1", que figuraba al final del artículo 17 ter del proyecto anterior (que figura en el anexo del documento A/CN.9/589).

Anexo

Cuadro de concordancia

Disposiciones sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares que figuran en el anexo del informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 43º período de sesiones (A/CN.9/589)	*Nuevas disposiciones revisadas sobre medidas cautelares y órdenes preliminares que contiene esta nota*
Artículo 17, párr. 1)	Artículo 17, párr. 1)
Artículo 17, párr. 2)	Artículo 17, párr. 2)
Artículo 17, párr. 3)	Artículo 17 bis, párr. 1)
Artículo 17, párr. 4)	Artículo 17 bis, párr. 2)
Artículo 17, párr. 5)	Artículo 17 sexies, párr. 1)
Artículo 17, párr. 6)	Artículo 17 septies, párr. 1)
Artículo 17, párr. 7)	Artículo 17 quinquies
Artículo 17, párr. 8)	Artículo 17 octies
Artículo 17, párr. 9), apartado a)	Artículo 17 ter, párr. 1)
Artículo 17, párr. 9), apartado b)	Artículo 17 ter, párr. 3)
Artículo 17, párr. 9), apartado c)	Artículo 17 ter, párr. 2)
Última oración del apartado c)	Artículo 17 quater, párr. 5)
Artículo 17, párr. 9), apartado d)	Artículo 17 quater, párr. 1)
Artículo 17, párr. 9), apartado e)	Artículo 17 quater, párr. 2)
Artículo 17, párr. 9), apartado f)	Artículo 17 quater, párr. 3)
Artículo 17, párr. 9), apartado g)	Artículo 17 quater, párr. 4)
Artículo 17, párr. 9), apartado h)	Artículo 17 sexies, párr. 2)
Artículo 17, párr. 9), apartado i)	Artículo 17 septies, párr. 2)
Artículo 17, párr. 9), apartado j)	Artículo 17 quater, párr. 5)
Artículo 17 bis, párr. 1)	Artículo 17 novies, párr. 1)
Nota al artículo 17 bis, párr. 1)	Nota al artículo 17 decies
Artículo 17 bis, párr. 2)	Artículo 17 decies, párr. 1)
Artículo 17 bis, párr. 3)	Artículo 17 decies, párr. 2)
Artículo 17 bis, párr. 4)	Artículo 17 novies, párr. 2)
Artículo 17 bis, párr. 5)	Artículo 17 novies, párr. 3)
Artículo 17 ter	Artículo 17 undecies
Última oración del artículo 17 ter	Artículo 1, párr. 2)