

ESTÁNDAR DE EMISIÓN DE MEDIDAS PRECAUTORIAS: CUESTIONANDO UN PARADIGMA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE
DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Santo Domingo, 13-14 de junio de 2015

Francisco González de Cossío

I.	IDEA	1
	A. POSTULADO.....	1
	B. PREMISAS	2
II.	DESARROLLO	2
	A. DAÑO IRREPARABLE	3
	B. BALANCE DE INTERESES	4
III.	PROBLEMAS DEL PARADIGMA	6
IV.	MOTIVOS A FAVOR DE UN CAMBIO DE PARADIGMA	8
	A. UNA HERRAMIENTA MÁS APROPIADA.....	8
	B. UNA HERRAMIENTA MÁS EFICIENTE	9
	C. UN INSTRUMENTO MÁS REFINADO, MÁS APROPIADO PARA LAS NECESIDADES DE LOS PROCESOS	11
V.	OBSERVACIONES RECIBIDAS	11
	A. CRÍTICA: BAJAR EL ESTÁNDAR PUEDE FOMENTAR LITIGIOSIDAD	11
	1. Suposición inaceptable	13
	2. Distribución de costos.....	13
	B. APOYO: LA OBSERVACIÓN DE BULLARD Y LA FÓRMULA DE POSNER.....	14

I. IDEA

A. POSTULADO

El estándar de emisión de medidas precautorias es que deben evitar un daño “irreparable”.¹ Este es el paradigma de la materia. Deseo cuestionarlo postulando que el estándar de “balance de intereses” o “balance de inconvenientes” es un

González de Cossío Abogados, SC. (www.gdca.com.mx). Árbitro, mediador y abogado de parte, casos nacionales e internacionales. Profesor de arbitraje y competencia económica, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

¹ Este ensayo se centra en el requisito de “daño” de las medidas precautorias. Los demás (urgencia, necesidad, derecho) no son objeto de la propuesta aquí realizada.

estándar más adecuado no sólo por ser más sofisticado, sino más eficiente. Explicaré por qué desde la perspectiva de Análisis Económico del Derecho.

B. PREMISAS

Cuando se condiciona la emisión de una medida precautoria a la existencia y prueba de daño “irreparable” se propicia desperdicio. Ello pues, *ex hypothesi*, los escenarios que ostenten daño que no merezca el adjetivo “irreparable” —y por ende no justifican la emisión de una medida precautoria— constituirán un costo que absorberá quien pierda el caso. El que sea el solicitante u objetante de la medida no cambia el resultado. Luego entonces, bajo una perspectiva de “eficiencia”, la emisión de medidas precautorias debe depender de la existencia de un daño que sea superior al costo que se impone a quien busca evitarla. El motivo: reduce costos innecesarios.

La noción expuesta es contraria al paradigma actual. Como se explicará en la sección II de este ensayo, la praxis preponderante es que un solicitante de una medida precautoria debe demostrar daño “irreparable” para lograr su emisión. Ello suscita los inconvenientes que expongo en la sección III, mismos que apoyan la idea aquí defendida – como explico en la sección IV. En la sección V trasmito y comento las observaciones que he recibido a la idea propuesta, mismas que han tenido el efecto de robustecerla y mejorarla.

II. DESARROLLO

La aseveración que el estándar más aceptado es “daño irreparable” no será *demonstrada*, sólo *recordada*. Descanso en los conocimientos del lector sobre derecho procesal.² Lo que a continuación haré es refrescar la memoria del lector (§a) para luego resumir

² De desearse abundar sobre ello, puede recurrirse a ARBITRAJE (Porrúa, México, D.F., 4a ed., 2014, p. 823) donde desarrollo el punto. A su vez, pongo la lupa sobre el mismo en INTERIM MEASURES IN ARBITRATION: TOWARDS A BETTER INJURY STANDARD, en LEGITIMACY: MYTHS, REALITIES, CHALLENGES, ICCA Congress Series No. 18, Wolters Kluwer, 2015, p. 260 y MEDIDAS PRECAUTORIAS EN ARBITRAJE: HACIA UN MEJOR ESTÁNDAR DE DAÑO (visible en www.gdca.com.mx/publicaciones).

brevemente el estándar de ‘balance de intereses’ (§b). El objetivo no es agotar, sino dar un marco de referencia sobre la iniciativa que hago ante el Congreso ALACDE.

A. DAÑO IRREPARABLE

Suele decirse que un daño es “irreparable” cuando una condena monetaria es insuficiente para restituir a la víctima en la situación que tendría previo al ilícito. Lograr *restitutio in integrum*. La postura recibe eco en la jurisprudencia y doctrina. Respecto a la jurisprudencia, un ejemplo del estatus del tema es visible en el *Recueil* de los señores Arnaldez, Derains y Hascher donde explica el estándar de “daño irreparable” así:³

la pérdida monetaria no es un daño irreparable ...

[monetary loss is not irreparable harm ...]

Dicha postura resume la praxis del arbitraje comercial,⁴ como de inversión.⁵ A su vez, la *jurisprudence constante* de la Corte Internacional de Justicia.⁶ La doctrina describe dicho daño así:⁷

... se debe entender ‘irreparable’ en un sentido económico y no literal. Se debe tomar en cuenta el hecho de que no siempre será posible compensar las pérdidas reales sufridas o el daño a la reputación de un negocio a través de la condena en daños.

[...In this respect ‘irreparable’ must be understood in an economic, not a literal, sense. It must take account of the fact that it may not always be possible to compensate for actual losses suffered or sullied business reputation through damages.]

³ Id., Caso CCI 10596 de 2000, p. 321.

⁴ Como resumen en ARBITRAJE (id., p. 823) y HACIA UN MEJOR ESTÁNDAR DE DAÑO (id., p. 2).

⁵ ARBITRAJE, *ob. cit.*, p. 827. HACIA UN MEJOR ESTÁNDAR DE DAÑO, *ob. cit.*, p. 6.

⁶ ARBITRAJE, *ob. cit.*, p. 835. HACIA UN MEJOR ESTÁNDAR DE DAÑO, *ob. cit.*, p. 16.

⁷ Peter Turner, Reza Mohtashami, A GUIDE TO THE LCIA ARBITRATION RULES, Oxford, Nueva York, 2009, p. 168, ¶¶ 6.121 – 6.122. (Notas omitidas) Algo similar se indica en Eric Schwartz, THE PRACTICES AND EXPERIENCES OF THE ICC COURT, CONSERVATORY AND PROVISIONAL MEASURES IN INTERNATIONAL ARBITRATION, ICC Publishing, 1993, p. 45.

B. BALANCE DE INTERESES

El balanceo de intereses es escasamente visto – lo cual dificulta su noción. Sin embargo, algunos casos (vanguardistas, para mi gusto) lo acogen. Por ejemplo, en *Bivater Gauff v Tanzania* el tribunal razonó que:⁸

La determinación de esta solicitud de medidas provisionales conlleva un *balanceo cuidadoso entre dos intereses en conflicto*: (i) la necesidad de transparencia en los procedimientos derivados de un tratado como este, y (ii) la necesidad de proteger la integridad procedimental del arbitraje.

[The determination of this application for provisional measures entails a *careful balancing between two competing interests*: (i) the need for transparency in treaty proceedings such as these, and (ii) the need to protect the procedural integrity of the arbitration.]

(énfasis añadido)

En *Saipem v Bangladesh* se siguió dicho método al decir:⁹

... sopesará los **intereses divergentes de las partes** a la luz de todas las circunstancias del caso...

el Tribunal considera que hay tanto necesidad como urgencia. Este hallazgo se refuerza con el hecho que, además de negar lo que llamó el Bono de Garantía, Bangladesh no disputó las pretensiones de Saipem y existe un riesgo de *daño irreparable* si Saipem tuviera que pagar la cantidad del Bono de Garantía.

[...weigh[ed] the *parties' divergent interests* in the light of all the circumstances of the case ...

the Tribunal considers that there is both necessity and urgency. This finding is reinforced by the facts that, apart from denying that it called the Warranty Bond, Bangladesh does not contest Saipem's contentions and that there is a risk of *irreparable harm* if Saipem has to pay the amount of the Warranty Bond.]

(énfasis añadido)

Concluyó que la medida precautoria:¹⁰

... *balancea* estableciendo un justo medio entre los *intereses* de las partes...

[... strikes a fair *balance* between the parties' *interests*...]

⁸ *Bivater Gauff (Tanzania) Ltd. v República Unida de Tanzania*, Caso CIADI ARB/05/22, Orden Procesal No. 3, Orden del 29 de septiembre de 2006, ¶ 112, ICSID Foreign Investment Law Journal, Vol. 22, No. 1, Primavera 2007, p. 204.

⁹ *SAIPEM S.p.A. v La República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales, Orden del 21 de marzo de 2007, ¶182. (Se observará sin embargo que el análisis también mencionó daño irreparable.)

¹⁰ Id., ¶184.

(mi énfasis)

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional se modificó recientemente de una manera que toca el análisis de balanceo. El (nuevo) Artículo 17A(1)(a) establece:

El solicitante de alguna medida cautelar ... deberá convencer al tribunal arbitral de que ... 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 daño que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada;*

(mi énfasis)

Aunque el punto no es abordado en la Nota Explicativa,¹¹ el Digesto de Jurisprudencia de la CNUDMI cita un caso que establece que:¹²

Aunque el *daño* causado por los demandados sea suficientemente *reparable* mediante una condena en daños ... y aunque dicho daño sobrepase substancialmente al daño que los demandados podrían sufrir si se otorga la medida provisional, se trata esencialmente de una determinación del *balanceo de conveniencia*.¹³

[Whether the *harm* caused by the defendants is adequately *reparable* by an award of damages ... and whether that harm substantially outweighs the harm that the defendants are likely to suffer if the interim relief is granted, is essentially an assessment of the *balance of convenience*.]

(énfasis añadido)

Los trabajos preparatorios echan luz en relación con esta cuestión explicando que:¹⁴

Subparagraph (a) follows the proposal made by the Working Group to replace the words “irreparable harm” with the words “harm not adequately El subpárrafo (a) sigue la propuesta realizada por el Grupo de Trabajo para reemplazar las palabras “daño irreparable” por las palabras “daño no suficientemente

¹¹ Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI, documentos de Naciones Unidas A/40/17, anexo I y A/61/17, anexo I, p. 31. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, según se modificó por la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Internacional Comercial el 7 de julio de 2006.

¹² *Safe Kids in Daily Supervision Limited v McNeill*, Corte Suprema, Auckland, Nueva Zelanda, 14 de abril de 2005, ¶16, Digesto de Jurisprudencias sobre la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI 2012, p. 87.

¹³ *Safe Kids in Daily Supervision Limited v McNeill*, Corte Suprema, Auckland, Nueva Zelanda, 14 de abril de 2005, ¶16.

¹⁴ A/CN.9/WG.II/WP.1388 Agosto de 2005, ¶16. Énfasis añadido. La versión en español es traducción del autor.

reparable by an award of damages” ... *irreparable harm might present too high a threshold* and would more clearly establish the discretion of the arbitral tribunal in deciding upon the issuance of an interim measure ...

the Working Group expressed concerns that that provision could be interpreted in a very restrictive manner, potentially excluding from the field of interim measures any loss that might be cured by an award of damages. The Working Group also noted that, in current practice, *it was not uncommon for an arbitral tribunal to issue an interim measure merely in circumstances where it would be comparatively complicated to compensate the harm with an award of damages.* ... the paragraph should be interpreted in a flexible manner, keeping in mind *balancing the degree of harm suffered by the applicant* if the interim measure was not granted *against the degree of harm suffered by the party opposing the measure* if that measure was granted.

reparable mediante una condena en daños” ... *el daño irreparable puede presentar un umbral demasiado alto* y establecería más claramente la discreción del tribunal arbitral al decidir sobre la emisión de una medida precautoria ...

el Grupo de Trabajo expresó preocupaciones en torno a si la disposición sería interpretada de manera muy restringida, excluyendo potencialmente del campo de las medidas precautorias cualquier pérdida que pudiera ser remediada mediante una condena en daños. El Grupo de Trabajo también destacó que, en la práctica actual, *no es raro que un tribunal arbitral emita una medida precautoria basándose únicamente en circunstancias en donde sería comparativamente complicado compensar el daño con una condena en daños.* ... el párrafo se debe interpretar de forma flexible, teniendo en cuenta *el balanceo del nivel del daño sufrido por el solicitante* si no se otorga la medida *contra el nivel del daño sufrido por la parte que se opone a la medida* si la medida se otorga.

De lo anterior derivó y propongo que el análisis de balanceo de intereses implica un acto de comparación del *daño* que se busca evitar con el *costo* que se impone a la parte que se opone a la medida precautoria, y que tendría que soportar al cumplir con la medida precautoria.

III. PROBLEMAS DEL PARADIGMA

El paradigma de la exigencia de daño irreparable descansa en una lección antigua y prudente: la decisión sobre a quién *puede* asistir el derecho (implícita en el requisito de *bonos fumes iuris*) es prematura dado que, por definición, aún no han tenido oportunidad las partes de exponer su caso. Por consiguiente, la comprensión del juzgador (juez o árbitro) del asunto es parcial – posiblemente superficial. En dicho contexto tomar una decisión puede ser atrevido, y generar otros problemas. Por

ejemplo, imponer costos, cambiar la realidad que subyace la disputa y complicar el asunto.

El paradigma tiene mérito. Sin embargo, la conclusión derivada de las preocupaciones expresadas no es obligada.

Aunque la falta de conocimiento *total* del problema (la disputa) es una preocupación válida, no milita en contra de posibilitar una decisión provisional que evite un daño. Éste será el foco de discusión respecto de la medida precautoria. Si existe *daño*, y si es evitable. El paradigma en vigor acepta lo anterior, pero exige mucho: que no sea cualquier daño, sino que merezca el adjetivo “irreparable”.¹⁵ El razonamiento de dicha exigencia es que de ser un daño “reparable”, el fallo final (sentencia o laudo) lo reparará; sin necesidad de tener que tomar una decisión apresurada.

El razonamiento es coherente, pero perfectible. Exige a las partes asumir un costo que pudieron haber evitado: el daño que se deseaba evitar. Por definición, exigir daño irreparable significa que el daño por debajo de dicho umbral tendrá que ser soportado, asumido, por la parte que lo deseaba evitar vía la medida precautoria. Ello no tenía que ser. Lo que es más, invita desperdicio: daño que pudo haberse evitado es asumido. ¿Por quién?: Depende. Si la parte solicitante pierde el caso, tendrá que asumir el costo implícito en el daño. Pero si gana, será la parte que se oponía a la medida quien tendrá que asumir las consecuencias. Esto es un argumento no sólo irónico sino poderoso, y pasa desapercibido por el paradigma: *la emisión de la medida redundando en beneficio de la parte que se oponía a la misma*. El motivo: de perder el caso sustantivo, es válido inferir que —como regla— tendrá que indemnizar a la parte ganadora por los daños y perjuicios que le ha infligido, mismos que incluirán el daño que la solicitante deseaba evitar.

¹⁵ La definición más aceptada de “irreparable” es que no pueda ser *monetariamente* reparable.

Como puede observarse, el paradigma merece ser reconsiderado. Es subóptimo.

IV. MOTIVOS A FAVOR DE UN CAMBIO DE PARADIGMA

Detecto tres motivos para dejar atrás el paradigma de daño irreparable y acoger el estándar de balanceo de intereses (o ‘balanceo de conveniencia’ como a veces se le llama):

1. Torna la medida precautoria en una herramienta más apropiada;
2. Es más eficiente;
3. Es un concepto más refinado.

Explicaré cada aseveración.

A. UNA HERRAMIENTA MÁS APROPIADA

Las medidas precautorias son la respuesta del derecho procesal a la urgencia. En caso que durante el procedimiento surja la necesidad de abordar circunstancias que provocan un daño que no puede esperar al resultado final, el medio para abordarlas será la medida precautoria.

El paradigma prevaleciente ha sido que no *cualquier* daño amerita atención inmediata. En caso de que el daño en cuestión sea del tipo que puede ser remediado con dinero, no vale la pena abordarlo prematuramente. Después de todo, lo más probable es que el tribunal tenga conocimiento insuficiente de la complejidad de la controversia en el momento en el que se solicita la medida precautoria. Y el riesgo de cometer un error milita a favor de evitar decisiones prematuras.

El paradigma, es de admitirse, tiene mérito. Reconoce los límites de la adjudicación y favorece la prudencia. Sin embargo, es necesario cuestionarlo.

Es cierto: el riesgo de error abunda cuando se toman decisiones antes de que se conozca todo el panorama de circunstancias. Sin embargo, conforme al análisis de balanceo de intereses, la emisión de la medida dependerá de si se puede evitar un daño sin incurrir en mayor onerosidad. Es decir, si puede evitarse un resultado deplorable sin generar mayores cargas en los hombros de la parte que la resiste que las que se buscan evitar. Por lo tanto, al decidir sobre la emisión, sólo se deberán considerar los pros y contras de la medida, incluyendo el impacto que tendrá. Ello incluye considerar si la medida solicitada generará menos inconvenientes que el daño que se busca evitar—*lo cual será en el mejor interés de **ambas** partes.*

Vale la pena tomarse un momento para reflexionar sobre este último argumento. Si el solicitante de la medida precautoria no gana el caso, deberá asumir los costos que intentó evitar mediante la medida precautoria. Si se otorgó la medida, será *ex hypothesi* inferior al *counterfactual*: al escenario que existiría de no haber sido emitida. Si el receptor de la medida precautoria pierde el arbitraje, entonces habrán evitado la necesidad de indemnizar al solicitante de la medida por el daño que se buscaba evitar mediante la medida precautoria solicitada y negada. En ambos escenarios, la cuenta total será inferior—sin importar *quién* la sufrague. Esto hace que el balanceo de intereses sea una mejor herramienta si se parte de la premisa de evitar costos innecesarios. También es mejor si el objetivo es propiciar eficiencia en los procedimientos de solución de controversias, a lo cual paso.

B. UNA HERRAMIENTA MÁS EFICIENTE

Condicionar la medida precautoria a la existencia de daño ‘irreparable’ necesariamente significa que daño de menor importancia —pero daño de cualquier manera— será tolerado. Ello es ineficiente pues propicia desperdicio: alguien tendrá que asumir el costo implícito en daño que se pudo haber evitado. Mediante el uso del estándar de balanceo de intereses, el juzgador (juez o árbitro) puede determinar en qué grado se justifica la medida con el propósito de evitar desperdicio. Y si genera menos

desperdicio ordenar que se lleve a cabo cierta conducta, así se hará. En el argot del análisis económico del derecho, será más *eficiente*. Un ejemplo puede ilustrar por qué.

Piénsese en una parte (*A*) solicitante de una medida precautoria que sufre un daño, un costo, como resultado de una serie de circunstancias. El costo asciende a \$100. Evitar dicho costo implica exigir de otro, el demandado (*B*), que realice cierta conducta que cuesta \$30. \$30 es evidentemente un mejor resultado que \$100. Sin embargo, *B* naturalmente preferirá evitar dicha conducta (y costo): sólo beneficia a *A* y el costo es asumido por *B*. El escenario antes planteado es tal que *A* estaría dispuesto a pagarle a *B* por sus molestias. Después de todo, sin importar quien gane, el daño será inferior. Por lo tanto, forzar el resultado a través de una medida precautoria tiene sentido: *B* es la parte que puede evitar el daño al menor costo. Sin la medida precautoria, *B* no actuará. Después de todo, ¿está en pleito con *A*! Y conforme al estándar de daño irreparable, no necesita hacerlo. Como resultado, *A* siempre tendrá que pagar \$100. Y en caso de que le gane a *B* en el arbitraje, puede suponerse que será *B* el obligado a pagar (como daños) los \$100 que *A* quería evitar con la medida precautoria. Como puede observarse, dicho escenario es perder-perder. La única pregunta es *quién*. Quién pierde.

El balanceo de intereses evita dicho resultado. Permite que se reduzca el daño — sin importar quien lo resiente. Visto bajo la óptica de la teoría de los juegos, es un resultado ganar-ganar: sin importar quién la asuma, la cuenta será menor.

Por lo tanto, la eficiencia milita a favor de preferir el estándar de balance de intereses. Se trata del género de eficiencia conocido como “Kaldor Hicks”.¹⁶

¹⁶ La eficiencia de Kaldor Hicks es un término económico de arte que lleva el nombre de sus padres: Nicholas Kaldor y John Hicks. El *quid* del concepto es aplaudir escenarios en donde el cambio de circunstancias beneficie a una parte más de lo que lastima a otra parte. Dicho resultado se ilustra con la posibilidad de que la parte que se beneficiará del cambio de circunstancias estaría dispuesta a pagarle a la parte contraria por dicho escenario, aunque ello no ocurra. El motivo: el resultado agregado es mejor, más eficiente, incluso cuando parezca que alguien perdió algo en el proceso.

C. UN INSTRUMENTO MÁS REFINADO, MÁS APROPIADO PARA LAS NECESIDADES DE LOS PROCESOS

Restringir las medidas precautorias a escenarios de daño irreparable no solo es subóptimo, sino que hace un uso rudimentario de dicho instrumento procesal pues es innecesariamente restrictivo. Como resultado de ello, existen condenas monetarias que pudieron haber sido evitadas. Que propiciaron costos innecesarios. Ello no tiene por qué ser así. Una de las razones por las que las partes eligen arbitraje es el deseo de obtener justicia de calidad. Ello incluye evitar el desperdicio y resultados subóptimos—tales como aquellos propiciados por el uso de un umbral de daño innecesariamente alto—como daño irreparable.

Desde el prisma del análisis económico del derecho, el que exista un estándar que reduzca costos o condenas monetarias es un motivo suficiente para apoyarlo. Logra eficiencia, tornando los procesos en instrumentos no sólo de resolver problemas, sino evitar costos innecesarios.

IV. OBSERVACIONES RECIBIDAS

La idea que aquí planteo ha sido objeto de crítica (§a) y apoyo (§b). A continuación resumo y comento ambos.

A. CRÍTICA: BAJAR EL ESTÁNDAR PUEDE FOMENTAR LITIGIOSIDAD

Esta idea fue presentada por vez primera en el congreso del INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (ICCA) de 2014. Como resultado, recibí una avalancha de respuesta. Deseo comunicarla y comentarla.

Durante mi conferencia sentí una respuesta escéptica tanto de mi panel como del público. Después de las apreciaciones recibidas durante la sesión de preguntas y respuestas, el moderador (John Barkett) pidió una votación rápida de mi propuesta. Solamente cuatro personas levantaron la mano. Pensé a mi mismo: “esto es natural. Después de todo, cuestionar un paradigma tan enraizado siempre genera reticencia.

No sólo por razones de sesgo a favor de lo aceptado (*status quo bias*), sino también por preferencias adaptivas (*adaptive preferences*): tendemos a preferir aquello que conocemos y a lo que estamos acostumbrados”.

En forma interesante, sin embargo, al bajar los escalones del podio, fui abordado por muchos colegas y estudiantes quienes me manifestaron que, después de reflexionarlo, estaban de acuerdo con mi propuesta. Y durante los siguientes días, mi correo electrónico se llenó de correos que hacían eco de aprobación. Por lo tanto, creo justo decir que el resultado de dicho evento fue:

1. Existió una respuesta inicial variopinta: algunos se opusieron y otros la aprobaron; y
2. Mientras que muchos de los asistentes a ICCA mostraron una reticencia inicial, conforme la ponderaron algunos tendieron a aceptarla.

Es ante dicho trasfondo que deseo comentar las razones expresadas por quienes se opusieron, con la finalidad de permitir que el lector se forme su propia conclusión.

Se teme que bajar el estándar podría tener el efecto de promover litigiosidad. Relajar el (actualmente alto) estándar (“daño irreparable”) tendría como efecto el permitir (¿invitar?) más solicitudes de medidas precautorias, lo cual preocupa por que pueden ser disruptivas del proceso.

Es de admitirse que el temor expresado *puede* ocurrir. Sin embargo, no es evidente que ocurra, y cuestiono si es razón suficiente como para no mejorar el instrumento.

La consecuencia del paradigma actual es que se toleran situaciones lamentables, que pudieron haber sido evitadas — incluyendo costos. Si se considera que la preocupación esgrimida (litigiosidad) la consecuencia se acepta para invalidar mi iniciativa, el resultado obligado será aceptar un escenario subóptimo por miedo a abuso.

Someto a la consideración del lector que la preocupación esgrimida incurre en una suposición injustificada (§1) y pasa por alto que el riesgo expresado puede ser manejado con otro instrumento procesal: distribución de costas (§2).

1. Suposición inaceptable

La postura contraria a mi propuesta supone falta de sofisticación. La suposición es injustificada no sólo de hecho, sino como punto de partida para construir una teoría legal.

Lo admito: las partes *pueden* estar tentadas a solicitar más medidas precautorias por que son (aparentemente) más fáciles de obtener. Sin embargo, conforme al estándar propuesto (“balanceo de inconvenientes”), se necesitaría demostrar que el resultado agregado del daño pesa más que los inconvenientes que se ponen en los hombros del destinatario de la medida precautoria — una tarea que dista de ser sencilla. Por ende, no obstante que puede parecer que bajar el estándar facilitará la obtención de medidas precautorias, de hecho no lo hace: el análisis de balanceo de inconvenientes es un ejercicio exigente, tanto en lo conceptual como probatorio; *de iure* y *de facto*.

Por lo anterior, *el mejor entendimiento de la idea que propongo no es que implica el bajar el estándar, sino el reemplazarlo por uno mejor*. Se sustituye una regla mecánica por un ejercicio de balanceo de polos e intereses opuestos. En sí, ello hace de la figura un mejor instrumento procesal. Mejor derecho.

2. Distribución de costos

El temor aducido por la postura escéptica se aborda con la facultad del tribunal arbitral de distribuir los costos del arbitraje en la forma que considere apropiada: las partes que abusen del sistema tendrán que asumir los costos que propician. Por lo tanto, el peligro se encuentra auto-contenido.

En sí, esto constituye un contra-argumento suficiente para refutar la preocupación esgrimida. Quien abuse pagará más. Ello incluye los casos donde se otorgaron medidas precautorias a una parte que eventualmente pierde el caso: se le condenaría a indemnizar a su adversario, toda vez que tuvo que defenderse e incurrió en costos al implementar la medida precautoria.

Y en passant enviaría un mensaje poderoso: *ten cuidado con lo que pidas, ¡te lo puede dar!*

B. APOYO: LA OBSERVACIÓN DE BULLARD Y LA FÓRMULA DE POSNER

Un experto de Análisis Económico del Derecho y practicante arbitral (Dr. Alfredo Bullard) ha tomado con seriedad mi iniciativa, comentándola críticamente.¹⁷ El Dr. Bullard me ha hecho ver que, en el caso *Hospital Supply Co.*¹⁸ nada más y nada menos que mi querido director de Doctorado, Richard A. Posner, propuso la siguiente fórmula para evaluar la procedencia de una medida cautelar:

$$P \times Ds > (1-P) \times Dd$$

Donde:

P = Probabilidad de éxito de la demanda (verosimilitud¹⁹);

Ds = Daño que sufriría el solicitante de la medida precautoria si se le niega; y

Dd = Daño que sufriría el demandado de otorgarse la medida.

En esencia, la fórmula Posner propone que el daño que sufre quien solicita la medida, multiplicado por la probabilidad de que se materialice, sea mayor que el daño (costo) que se le impone al destinatario (y por ende parte afectada por) la medida precautoria, para que sea procedente la medida precautoria.

¹⁷ La observación fue realizada en forma personal en septiembre 2014 así como en el contexto del grupo de discusión en ITAFOR (comentario de 24 de noviembre de 2014).

¹⁸ 780 F. 2d, p. 598.

¹⁹ Lo cual es el elemento de *bonos fumus iuris*.

Estoy en deuda con el Dr. Bullard. No solo por que desconocía dicho caso y la propuesta de Posner, sino también por que ha tenido por efecto darle rigor analítico a mi propuesta. La acojo y propongo en este foro, haciendo una sola (humilde) observación, con miras a sondear la opinión de los expertos en análisis económico del derecho participantes en este foro.

Con miras a simplificar, propondría despejar la P . Para ser más exacto, eliminaría dicha incógnita. Propongo que la fórmula se re-exprese así:

$$D_s > D_d$$

El objetivo de la nueva fórmula sería *simplificar* y *concentrar*: dejar claro que el único aspecto a considerar como parte del elemento “daño”²⁰ de los requisitos para emitir una medida precautoria sea si el daño que se busca evitar es superior al daño (costo) que se le infligiría a quien se opone a la medida precautoria. La probabilidad está implícita en D (daño) por lo que es innecesario contemplada *expressis verbis*.²¹ Y la simplicidad de la fórmula incrementará a su efectividad.

Me interesaré conocer la opinión de los expertos de ALACDE.

²⁰ Recuérdese que la emisión de una medida precautoria descansa en la satisfacción de cuatro elementos: urgencia (*periculum in mora*), necesidad, derecho (aparición de buen derecho: *bonos fumes iuris*) y daño. Este ensayo se ciñe al último elemento. Los demás se mantienen incólumes.

²¹ Además, puede tener por efecto distraer. Abrir un frente de discusión — tanto entre las partes como en deliberación — que puede complicar abonando poco.