

LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS COMO GARANTÍA DE EFECTIVIDAD DEL ARBITRAJE

*Francisco González de Cossío**

I.	INTRODUCCIÓN	3
II.	CONCEPTO DE MEDIDAS PRECAUTORIAS.....	3
III.	TEORÍA DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS.....	4
A.	REQUISITOS	4
B.	OBJETIVOS	5
C.	RIESGOS	6
D.	FACULTAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA EMITIR MEDIDAS PRECAUTORIAS	6
1.	El Acuerdo Arbitral.....	7
2.	El Reglamento Arbitral	7
3.	La lex arbitri	7
IV.	LA PRÁCTICA INTERNACIONAL	8
A.	NOTA PRELIMINAR	8
B.	CONCEPTO DE ‘REMEDY’	9
C.	TIPOS DE REMEDIES	9
D.	PRECEDENTES INTERNACIONALES.....	10
1.	Evitar un daño irreparable	11
2.	Proteger la jurisdicción del tribunal/Procedimientos locales paralelos.....	13
3.	Medidas precautorias que buscan preservar u obtener pruebas.....	13
4.	Propaganda hostil.....	14
5.	Venta de bienes	14
6.	Medidas <i>ex parte</i>	15
7.	Órdenes anti-arbitraje.....	15

* González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx) Árbitro en casos nacionales e internacionales. Profesor de Arbitraje y Derecho Económico (incluyendo Mercantil y Competencia Económica), Universidad Iberoamericana. Miembro del Comité de Arbitraje y Solución de Controversias del Artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte; representante alterno de México ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; miembro del *International Bar Association*, *London Court of International Arbitration* *International Law Association*; *International Arbitration Institute*; Director General del Instituto Mexicano de Arbitraje; vocal de la Academia Mexicana de Derecho del Deporte y Árbitro de la Corte de Arbitraje Deportivo de Lausanne, Suiza (*Tribunal Arbitral du Sport*). Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

8.	Órdenes de pago de anticipo para gastos.....	17
V.	DESARROLLOS RECIENTES	18
A.	INTRODUCCIÓN	18
B.	MEDIDAS PRECAUTORIAS	19
1.	Facultad	19
2.	Objetivos.....	19
3.	Requisitos	19
4.	Vigencia.....	20
5.	Garantía	20
6.	Deber de informar	20
7.	Costas y daños y perjuicios	20
C.	ÓRDENES PRELIMINARES	21
1.	Concepto.....	21
2.	Régimen.....	21
3.	Ejecución Mundial	21
D.	MEDIDAS DE EMERGENCIA	22
VI.	<i>CAUTIO JUDICATUM SOLVI</i> ARBITRAL.....	23
A.	INTRODUCCIÓN	23
B.	EL OBJETIVO DE UNA <i>CAUTIO JUDICATUM SOLVI</i>	24
C.	LOS PELIGROS DE UNA <i>CAUTIO JUDICATUM SOLVI</i>	25
D.	LA PRÁCTICA ARBITRAL	27
E.	LA <i>CAUTIO JUDICATUM SOLVI</i> EN EL DERECHO ARBITRAL	28
F.	EL ESTÁNDAR PARA LA EMISIÓN DE UNA <i>CAUTIO JUDICATUM SOLVI</i>	28
VII.	COMENTARIO FINAL.....	30

I. INTRODUCCIÓN¹

Las medidas precautorias son una garantía de efectividad del arbitraje. De no haber ideado la ingeniería jurídica esta (astuta) herramienta, el derecho se tornaría en un instrumento anacrónico para adecuadamente resolver un universo importante de controversias. Desafortunadamente, esta útil herramienta es con frecuencia empleada en forma subóptima. Ello es una lástima. Pero no es irremediable.

El propósito de este ensayo es dar elementos para remediar dicha situación. Para ello a continuación se analizará su significado (§II), teoría (§III), objetivos (§IV) y medidas para evitar abuso (§V), para luego comentar una especie que ha recibido menos atención no obstante su importancia y utilidad: *la cautio judicatum solvi* (§VI), para finalizar con un comentario conclusivo (§VII).

II. CONCEPTO DE MEDIDAS PRECAUTORIAS

Las medidas precautorias² son herramientas utilizadas por tribunales (estatales o arbitrales) durante un litigio o arbitraje para proteger la litis de la controversia durante el procedimiento, buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final.

Utilizando la definición de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, las medidas precautorias están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho con la finalidad de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento está siendo demandado al juzgador que ventila el asunto de fondo.³

Si bien las medidas precautorias son un instrumento útil y frecuentemente utilizado por tribunales, con frecuencia se observa en la práctica que su conveniencia, procedencia o lo apropiado de la medida escogida es cuestionable. La aseveración anterior es aplicable a tres destinatarios: practicantes (quienes las solicitan mal, subsolicitan⁴ o sobresolicitan⁵),

¹ En este estudio se analiza el cuerpo legal aplicable a las medidas precautorias. Con la finalidad de ilustrar, en ocasiones se alude a derecho local, y con frecuencia se cita derecho mexicano. Ello obedece a que se trata de la jurisdicción de origen del autor. Sin embargo, dichas alusiones son ejemplificativas. El lector encontrará que el contenido del análisis es aplicable a la práctica internacional, no solo nacional, y mucho menos está circunscrita a la mexicana.

² Por razones de simplicidad y uniformidad por “medidas precautorias” pretendo abarcar las diferentes especies de las mismas así como las diferentes denominaciones con las que se aluden; v.gr., medidas provisionales, medidas protectoras, medidas conservadoras, providencias precautorias y medidas interinas. Existen autores que al examinarlas diferencian entre, por un lado, las medidas *interinas* o *provisionales*, de, por el otro, las medidas *protectoras*, *precautorias* o *conservadoras*. Las primeras hacen alusión a la *naturaleza* de las mismas y no vinculan al árbitro o juez ventilando el asunto; mientras que las segundas se refieren al *propósito* de las mismas: resguardar derechos de las partes, mantener el *statu quo* y obtener o conservar pruebas.

³ Arrêt *Reichert* II del 26 de marzo de 1992, aff. C-261/90, Rec. 1992, pg. 2175 N. 34.

⁴ Es decir, no la piden en casos que lo justifican.

⁵ Abusan de las medidas.

los árbitros (quienes en ocasiones no las otorgan cuando se justifican o emiten en casos que no se requerían) y jueces nacionales (quienes ocasionalmente faltan a su deber de colaborar con tribunales arbitrales).

Ello genera problemas. Por ejemplo, la solicitud de medidas improcedentes, su falta de solicitud en casos en que se justifican, su negación por tribunales en situaciones que las invitaban, la emisión de medidas que no se justificaban por las circunstancias, y/o la emisión de medidas exageradas.⁶

En resumidas cuentas, con frecuencia las medidas precautorias son mal empleadas.

Con miras a colaborar en la solución de dicha situación, a continuación se expondrá una teoría de las medidas precautorias y se hará alusión a la práctica internacional.

III. TEORÍA DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS

A. REQUISITOS

Las medidas precautorias *pendente lite* encuentran su *raison d'être* en la urgencia. En caso de que derechos y/o bienes que formen parte del objeto/materia de la controversia se estén deteriorando de tal manera que se causará un daño irreparable antes de la emisión de la decisión final, puede la parte en perjuicio de quien está transcurriendo el tiempo justificadamente considerar solicitarlas.⁷ De otra manera, bien podría esperarse a la emisión del laudo final para resguardar sus derechos.

Debe existir *urgencia* de un posible daño para que se justifique el emitir una medida con anterioridad al laudo final. Qué es 'urgente' es algo difícil de definir pero debe por lo menos involucrar que, de esperarse al laudo final, sería demasiado tarde para adecuadamente proteger los derechos o bienes amenazados.

A su vez, no sólo debe existir *urgencia*, sino que dicha urgencia debe tratarse de circunstancias que amenazan con causar un *daño*. Más aún, el daño no debe ser cualquier daño, sino *irreparable*. Es decir, daño que no sea corregible mediante una indemnización monetaria. De lo contrario, también se justificaría negar la medida en la inteligencia de que el daño provocado sería parte de la indemnización monetaria incluida—en su caso—en la decisión final.

⁶ Ya sea porque se sobre-prohíbe, se sobre-exige, o, en general, la medida no está lógicamente relacionada/justificada con las circunstancias del caso y objetivos que se pretenden alcanzar.

⁷ Así lo han estimado diversos tribunales internacionales. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), 1993 I.C.J. 3, 19 (Provisional Measures Order of 8 April); *Nuclear Test Case* (Australia v. France), 1973 I.C.J. 106; *Fisheries Jurisdiction Case* (United Kingdom v. Iceland), 1972 I.C.J. 12, 16; *Anglo-Iranian Oil Case* (United Kingdom v. Iran), 1951 I.C.J. 8, 93.) y el Tribunal de Reclamaciones Irán-E.U. (*United Technologies International, Inc. and Islamic Republic of Iran*, Decision No. DEC 53-114-3 (10 de diciembre de 1986), 13 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 254, 257).

Deseo añadir un matiz que he defendido en foros académicos y seno de tribunales arbitrales (durante deliberaciones): el que el daño sea corregible mediante una indemnización monetaria debe analizarse bajo la medida de daños y perjuicios aplicable a la controversia. Es decir, no solo debe descansar en una determinación genérica que el daño es indemnizable en dinero. La aseveración es importante pues, si el estándar de daños y perjuicios aplicable es lacónico —como sucede en diversas jurisdicciones—, la utilidad (y necesidad) de la medida precautoria se magnifica. Y si el estándar es amplio (v.gr., como sucede en jurisdicciones de *common law* — por ejemplo, Estados Unidos, cuyo estándar general es ‘previsibilidad’ (*foreseeability*)) la medida precautoria será menos justificada. Jugará un papel menos trascendente. Confieso al lector que esta aseveración es sujeta de diferencias de opinión y la mayoría de la autoridad legal es en el sentido contrario.⁸ Sin embargo, estoy convencido que es mejor derecho. No optar por el mismo condena a las medidas a la ineficacia. Limita su éxito para un universo de casos. Anquilosa el Derecho.

Los elementos ‘urgencia’ y ‘daño irreparable’ son con frecuencia tratados como uno solo puesto que se entiende que un daño sustancial existe únicamente cuando existe un riesgo de que ocurra en el futuro cercano. Sin embargo, hay casos en que los analizan por separado y la ausencia de uno (p.e., urgencia) ha sido suficiente para desestimar la medida en su totalidad.

B. OBJETIVOS

En general, las medidas precautorias tienen como propósito conservar el *status quo*,⁹ evitar la pérdida o daño de algo, facilitar la sustanciación de un procedimiento arbitral,¹⁰ tomar y/o preservar pruebas,¹¹ o impedir la transferencia o dilapidación de

⁸ De allí que lo haya tenido que debatir en foros y tribunales arbitrales.

⁹ Mediante, por ejemplo, órdenes en el sentido de que se continúe con la ejecución de un contrato durante el procedimiento arbitral (por ejemplo, que un contratista prosiga con obras aún cuando desee hacer valer su derecho contractual de discontinuarlas), órdenes para impedir la adopción de medidas hasta que se dicte el laudo, órdenes para proteger bienes (mediante medidas de seguridad, venta de bienes perecederos o nombramiento de un administrador de los mismos), órdenes que se adopten medidas para evitar la pérdida de un derecho (por ejemplo, el pago de cantidades necesarias para prorrogar la validez de un derecho de propiedad intelectual), órdenes de limpiar un lugar determinado.

¹⁰ Órdenes en las que se solicita a una parte que permita obtener una prueba determinada (por ejemplo, dando acceso a sus oficinas con la finalidad de examinar bienes o documentos), órdenes manteniendo la confidencialidad de las actuaciones (por ejemplo, conservando expedientes de cierta manera o guardándolos bajo llave; no divulgación de la hora y lugar de un evento).

¹¹ Por ejemplo, ordenando que no se efectúen cambios de lugar de bienes.

bienes.¹² Es decir, inducir conducta por las partes que sea propicia para que el arbitraje sea exitoso¹³ y/o facilitar la ejecución ulterior del laudo.¹⁴

C. RIESGOS

En virtud de que las medidas precautorias deben tomarse en un momento en que el resultado de la controversia es incierto, existen dos riesgos inherentes a las mismas que el tribunal arbitral debe tener en mente y evitar que se materialicen: (1) prejuzgar—o dar la apariencia de que se ha prejuzgado—el fondo de la controversia; y (2) que la medida se solicite por una parte para hostigar al contrario. Por consiguiente, en la emisión de dichas medidas el tribunal arbitral debe actuar con cuidado al tener que tomar la (frecuentemente difícil) decisión de su emisión equilibrando dos intereses a veces opuestos y ambos justificados: por un lado, la urgencia para emitir las medidas so pena de que el transcurso del tiempo haga nugatoria la ejecutabilidad o utilidad práctica del laudo final; y, por el otro lado, el peligro de prejuzgar el fondo del asunto, lo cual podría invitar a una solicitud de nulidad o no-reconocimiento.

D. FACULTAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA EMITIR MEDIDAS PRECAUTORIAS

La facultad de un árbitro para ordenar una medida precautoria ha sido controvertida. Algunos sostienen que se distingue de la facultad de regular el procedimiento,¹⁵ otros (la mayoría) consideran que ello es parte de la facultad de resolver la controversia.

¹² A través de, por ejemplo, órdenes de hacer o no hacer (“*injunctive relief*”), secuestro o embargo de bienes (“*attachment, garnishment or sequestration of a party’s funds*”), depósito en garantía (“*security deposit*”), depósito con un tercero o en una cuenta especial (“*escrow account*”), y la designación de un tercero para administrar el objeto de la controversia o dirigirla de acuerdo a lo que ordene el tribunal arbitral (“*temporary receivership*”).

¹³ Otros ejemplos son: embargo de bienes y medidas análogas con la finalidad de que los bienes permanezcan en la jurisdicción en la que se ejecutará el laudo, órdenes de no sacar bienes de la jurisdicción, órdenes que prohíben la transferencia de bienes situados fuera del Estado del foro y exigir información sobre los bienes de la una parte o simplemente prohíben la disposición de los bienes durante el procedimiento (conocidos en el Reino Unido como “*Mareva Injunctions*” o “*Anton Piller Injunctions*”), órdenes de depositar en una cuenta conjunta la cantidad en litigio o de depositar los bienes muebles en litigio en manos de un tercero, órdenes que una o ambas partes ofrezcan una garantía (v.gr., fianza) para cubrir gastos del arbitraje, u órdenes que se aporte una garantía que cubra la totalidad o parte de la cantidad reclamada.

¹⁴ Como se detallará con posterioridad, las medidas pueden buscar objetivos distintos, como el ofrecimiento de pruebas, preservar los derechos de las partes, prevenir medidas que mejoren la posición de una de las partes en detrimento de la contraparte (lo que con frecuencia denominan “*self-help*”), salvaguardar la implementación eventual del laudo y, en general, preservar las circunstancias de tal manera que no se agrave la controversia.

¹⁵ Poudret, Jean-Francois y Besson, Sébastien, DROIT COMPARÉ DE L’ARBITRAGE INTERNATIONAL, Bruylant Bruxelles, 2002, pg. 81.

Al ponderar la emisión de una medida precautoria, además de decidir sobre su procedencia, un tribunal arbitral debe analizar si tiene facultades para ello mediante la revisión de las siguientes fuentes de derecho que le son aplicables:

1. El acuerdo arbitral;
2. El Reglamento arbitral, de existir; y
3. La *lex arbitri*.

1. *El Acuerdo Arbitral*

El arbitraje es, en su esencia, una cuestión contractual.¹⁶ Por lo tanto, un tribunal arbitral que ventile la emisión de medidas precautorias deberá guiarse por el acuerdo arbitral celebrado por las partes.¹⁷

2. *El Reglamento Arbitral*

En ausencia de disposición expresa, debe acudir a las reglas arbitrales designadas por las partes—en su caso—, las cuales, dada la naturaleza contractual del arbitraje, forman parte del acuerdo arbitral y obligan a las partes en los términos de las mismas. Por lo general, todos los reglamentos arbitrales modernos contemplan un régimen sobre las mismas que debe ser observado por el árbitro.

3. *La lex arbitri*

Al margen de la facultad para emitir medidas precautorias que las partes confieran al tribunal arbitral (ya sea expresamente o mediante reglamentos arbitrales), dicha facultad siempre permanecerá sujeta a las disposiciones/limitantes imperativas del derecho local aplicable.

Muchos derechos arbitrales suponen que el árbitro es competente para ordenar las medidas precautorias,¹⁸ mientras que otros lo prohíben,¹⁹ mientras que otros son omisos al respecto.²⁰

¹⁶ Para abundar sobre esta (cuestionable) aseveración, ver González de Cossío, Francisco, EL ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, Ed. Porrúa, 2007.

¹⁷ En la experiencia del autor es raro encontrarse con acuerdos arbitrales que expresamente mencionen la facultad de los árbitros para emitir medidas precautorias.

¹⁸ Artículo 1696(1) del Código Judicial Belga (*Code Judiciaire belge*) del 10 de octubre de 1967, §1041(1) del Código de Procedimientos Civiles de Alemania (*Zivilprozessordnung*), artículo 183(1) de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, artículo 17 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, §38(3) de la *1996 Arbitration Act* inglesa, y artículo 1051(1) del Código de Procedimiento Civil de los Países Bajos (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*).

Teniendo en mente la ejecución del laudo, como es su deber, un árbitro en raras ocasiones emitirá medidas precautorias si no está satisfecho que las disposiciones imperativas del derecho local se lo permiten.

IV. LA PRÁCTICA INTERNACIONAL

A. NOTA PRELIMINAR

Antes de embarcarme en la ejemplificación de las medidas precautorias que el derecho y práctica internacional nos proporciona creo prudente hacer un comentario preliminar — y es sobre derecho comparado: la diversidad de soluciones que diferentes sistemas jurídicos contemplan.

El tópico de medidas precautorias guarda una íntima relación con un tema que tiene un diferente tratamiento y desarrollo en derecho extranjero e internacional: lo que se conoce en inglés como ‘*the law of remedies*’ y que llamaré el derecho de los Medios de Apremio.²¹

A diferencia de derecho mexicano (y probablemente otros sistemas jurídicos que pertenecen a la tradición/familia jurídica romano-canónica²²), el tema de las medidas que puede adoptar un órgano aplicador del derecho (juez o árbitro) para hacer observar o ejecutar, ya sea preliminar o definitivamente, su decisión es una rama independiente—más no excluyente—tanto del derecho substantivo como adjetivo. A diferencia de México, en donde este tema se toca como parte de derecho procesal, esta materia es estudiada en países que siguen el *common law* en forma independiente. Más aún, una vez conocido el alcance y

19 El derecho italiano (artículo 818 del CPC Italiano) prohíbe al árbitro ordenar medidas precautorias. En forma similar, el derecho Suizo (art. 26(1) del Concordato Intercantonal sobre arbitraje del 27 de marzo de 1969).

20 El derecho francés no contiene disposición alguna dentro de su legislación arbitral en materia de medidas precautorias. Sin embargo, la doctrina dominante admite su competencia implícita para hacerlo.

21 Adopto esta definición puesto que corresponde, en principio, al concepto de “medidas de apremio” derecho mexicano: *conjunto de instrumentos a través de los cuales un tribunal puede hacer cumplir coactivamente sus resoluciones*. Sin embargo, al adoptar esta definición no deseo constreñirme al limitado número de medidas existentes en derecho mexicano (v.gr., aquéllos incluidos en el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles, así como 59 del Código Federal de Procedimientos Civiles) sino utilizarlo como el término de arte que más se acerca al concepto que deseo describir.

22 Utilizando el término de John Henry Merryman (LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANO-CANÓNICA, Fondo de Cultura Económica, México, 1989) para diferenciar la tradición o familia de derecho civil de las otras dos más influyentes: derecho común y derecho socialista (id., pg. 15). Sin embargo, existen otras como el Islámico, el Indio, el de Extremo Oriente, y todas las especies de los géneros anteriores. (Ver, por ejemplo, en forma general, Mario G. Losano, LOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS, Editorial Debate, Madrid, España, 1982). Como toda generalización, esta descripción es matizable.

desarrollo de esta rama en el derecho extranjero, su regulación y práctica en México parece insuficiente.²³

Dada la diferencia de tratamiento, a continuación realizaré un breve comentario genérico sobre cómo se aborda y regula éste tema en otras jurisdicciones con la finalidad de dar al lector un marco de referencia.

B. CONCEPTO DE 'REMEDY'

Un '*remedy*' es todo lo que un tribunal puede hacer por una parte que ha sufrido un perjuicio o está a punto de sufrirlo. Los dos tipos de '*remedies*' más frecuentes son las sentencias o laudos en los cuales se le ordena a una parte a realizar un pago a otra, y las órdenes en las cuales se le obliga a una parte a realizar o abstenerse de realizar cierta conducta (presumiblemente ilícita) o a deshacer sus consecuencias.

C. TIPOS DE REMEDIES

El derecho anglo-americano ha desarrollado un vasto inventario de los '*remedies*' que pueden adoptarse.²⁴ A continuación realizaré una descripción de los mismos.

- **Compensatorios:** son aquellos que buscan compensar a una parte por el daño que ha sufrido. El más importante es la indemnización monetaria que busca restituir al ofendido a la situación que prevalecería si no hubiera ocurrido la conducta ilícita.
- **Coercitivos:** busca prevenir un daño antes de que suceda a efecto de evitar la necesidad de compensar. Este género y los declaratorios están íntimamente vinculados y podrían llamarse medidas preventivas. Con frecuencia se les combina. La medida preventiva más importante es el '*injunction*' que es una orden de hacer ('*positive injunction*') o no hacer algo ('*negative injunction*').
- **Declaratorios:** previenen que ocurra un daño a las partes mediante la resolución de cierta ambigüedad acerca de la existencia o inexistencia de un derecho de una de las partes. Estas medidas resuelven la controversia sin que concluyan en una orden a una de las partes. El ejemplo más importante de este tipo de medidas es la sentencia declaratoria ('*declaratory judgment*'); sin embargo, existen otras como los '*bills to quiet title*' y '*cancellation of instruments*'.
- **Restitucionarios:** ('*restitutionary remedies*') buscan restituir a una parte lo que la contraparte ganó a su merced o en su detrimento. Existen diversas medidas como '*constructive trust*', '*equitable lien*', '*accounting for profits*', etcétera, que constituyen especies de dicho género.

²³ Como indiqué previamente, la aseveración parte de mi jurisdicción de origen, pero no se limita a ella. Estoy seguro que es aplicable a otros sistemas jurídicos.

²⁴ Laycock, Douglas, MODERN AMERICAN REMEDIES, Second Edition, Little, Brown and Company, Boston/New York/Toronto/London, 1994.

- **Punitivos:** están diseñados para castigar a la parte que haya actuado ilegalmente. Derivan de la responsabilidad civil y el ejemplo más conocido son los daños punitivos (*'punitive damages'*).²⁵
- **Accesorios:** medidas diseñadas para ayudar a otras medidas. Como ejemplos encontramos la obtención de los gastos judiciales y honorarios legales, así como el aseguramiento o garantía por una parte del monto principal en juicio. Otros ejemplos son el *'garnishment'*, en el cual se emite una orden a un deudor del demandado a pagarle al demandante. El *'receivership'* en el que el juez administra bienes mientras se emite la sentencia final. Esta medida es inusual y onerosa y se diferencia de las demás en que no es el fin sino un medio. A veces se emplea como un medio extraordinario de cobranza.

Este tema constituye una de las grandes diferencias que ofrece el derecho comparado. Lo anterior ha tenido como resultado el acentuar la dificultad de su utilización e implementación por tribunales internacionales. Es por ello que considero que, con el antecedente conceptual y la descripción práctica que a continuación se elaborará, este ensayo puede ser de utilidad a aquellas personas que estén involucradas en arbitrajes—abogados postulantes, jueces y árbitros.

D. PRECEDENTES INTERNACIONALES

La jurisprudencia internacional es rica en ejemplos y lecciones sobre medidas precautorias y los requisitos para su emisión. A continuación se mencionará algunos.

Siempre que exista ánimo cooperativo entre las partes,²⁶ no hay límite (más que la creatividad del tribunal y/o las partes) sobre las medidas precautorias que un tribunal arbitral puede otorgar o las partes pueden acordar.

Ejemplos imaginativos que la práctica internacional nos demuestra que se han utilizado como medidas precautorias son los siguientes:

- a) Depósitos de acciones objeto de la controversia en un fideicomiso para ser poseídas y administradas por una persona distinta al tribunal, mismas que no podrán ser sacadas a menos que las partes lo acuerden en forma conjunta o lo ordene el tribunal arbitral.²⁷

²⁵ Podría cuestionarse el que éstos sean un *'remedy'*—puesto que no corrigen nada sino que buscan establecer un mínimo que podrá recuperar una parte del procedimiento con la finalidad de hacer viable la ejecución de derechos considerados importantes.

²⁶ Suponer que existirá deseo de cooperar entre las partes puede ser inocente. Si bien ha ocurrido, en la experiencia del autor, en la contundente mayoría de los casos la controversia sobre el fondo se extiende a la controversia sobre el procedimiento—¡y a veces en forma virulenta!

²⁷ Como sucedió en el laudo interino del caso CCI No. 8879 de 1998.

- b) Depósito de dinero en una cuenta ‘*escrow*’ bajo el control conjunto de las partes hasta la emisión del laudo,²⁸ o bajo el control del tribunal arbitral.²⁹
- c) La orden a una parte de realizar pagos provisionales en parcialidades.³⁰
- d) Autorizar a una parte a suspender un pago parcial sujeto a que se garantice el mismo mediante una garantía bancaria por el mismo monto.³¹
- e) Que el demandado realice un pago provisional de un monto específico por el cual el demandante proveyó una garantía por el mismo monto.³²
- f) Que una parte reembolse a la otra el monto total de una carta de crédito en caso de que la contraparte haga efectiva la misma.³³
- g) Que se obligue a una de las partes a abstenerse de vender productos de la contraparte, so pena de pagar una pena por cada producto vendido en caso de incumplimiento.³⁴
- h) Que se le solicite a una de las partes la cancelación de la licencia de manufactura y registro de importación de materia prima de productos farmacéuticos que constituirían la litis de la disputa.³⁵
- i) Que se le ordene al demandado entregar las declaraciones de aduanas originales sobre ciertos bienes, que divulgue dónde se encuentran bienes o que se abstenga de utilizar dichos bienes.³⁶

A continuación mencionaré medidas que con frecuencia se emiten en ausencia de ánimo cooperativo entre las partes.

1. Evitar un daño irreparable

Con frecuencia durante un procedimiento arbitral surge la necesidad—a veces urgente—de emitir medidas que buscan evitar un daño irreparable o, como con frecuencia se le tilda,

²⁸ Como sucedió en el laudo final del caso CCI No. 9154 de 1998.

²⁹ Laudo final, caso CCI No. 7536 de 1996.

³⁰ Laudos interinos del caso CCI No. 8670, de diciembre de 1995 y junio de 1996.

³¹ Laudo interino del caso CCI No. 8670, diciembre de 1996.

³² Laudo interino, caso CCI No. 7544 de 1996.

³³ Caso CCI No. 9324 de 1998.

³⁴ Como sucedió en el laudo final del caso CCI No. 7895 de 1994.

³⁵ Laudo interino, caso CCI No. 8894 de 1997.

³⁶ Laudo parcial del caso CCI No. 10040 de 1999.

mantener el *statu quo*.³⁷ En ambos casos se trata de situaciones en las cuales un laudo que otorgue una indemnización monetaria sería insuficiente para compensar satisfactoriamente a una de las partes por los daños que ha sufrido.

Si bien existe consenso en la práctica de diversos tribunales internacionales sobre la posibilidad de emitir este tipo de medidas, existe diferencia sobre el tipo o seriedad de ‘daño’ que debe estar involucrado para justificar una medida que lo evite. Es decir, si bien un simple ‘daño’ no es suficiente para justificar la emisión de la medida, sino que debe de tratarse de un daño ‘serio’, qué tan serio es una cuestión aceptada en forma dispar.

Uno de los estándares generalmente aceptados es el de ‘daño irreparable’. Sin embargo, existen otros. Por ejemplo, el de ‘perjuicio irreparable’ (*irreparable prejudice*). Bajo Derecho Internacional dicho estándar es más amplio que el concepto de ‘daño irreparable’ (*irreparable injury*) bajo derecho anglo-americano pues la posibilidad de obtener una indemnización monetaria no precluye la posibilidad de obtener una medida precautoria bajo el estándar de perjuicio irreparable.³⁸

Al respecto, la práctica del Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos³⁹ ha sido que, excepto cuando se trate de bienes especiales o únicos en su especie, es muy difícil establecer un *daño irreparable* ya que la obtención de una indemnización monetaria es generalmente considerada como adecuada para compensar a la parte que la solicita por cualquier daño que sufra.⁴⁰ Existe un caso (*Behring*)⁴¹ en el cual el Tribunal Irán-E.U. razonó que la posibilidad de obtener indemnización monetaria no precluía el que

37 Para, por ejemplo, evitar un daño reputacional, pérdida de oportunidades de negocio y demás situaciones que son de difícil prueba y/o cuantificación de daños y perjuicios, suponiendo que pudieren probarse.

38 La práctica de Estados Unidos es que la posibilidad de obtener daños y perjuicios por un daño que pudo haber sido evitado mediante una medida precautoria es suficiente para evitar la emisión de la medida precautoria. (Ver Brower, Charles N. y Brueschke, Jason D., THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/Londres, 1998, pg. 227, y, en general, Laycock, MODERN AMERICAN REMEDIES, *op. cit.*).

39 Este tribunal, conocido como *The Iran-U.S. Claims Tribunal*, sustituyó los procedimientos ante cortes estadounidenses estableciendo un cuerpo arbitral en La Haya, Países Bajos, con la finalidad de ventilar y solucionar las reclamaciones de ciudadanos de Estados Unidos contra Irán y de ciudadanos de Irán contra el gobierno de Estados Unidos. El mismo se estableció mediante los Acuerdos de Algeria (*Algiers Accords*) de 1981 al tenor de los cuales Irán liberó a los rehenes de Estados Unidos a cambio de la liberación de activos de Irán por parte de Estados Unidos y el desechamiento de procedimientos seguidos en dicho país como resultado de la invasión por manifestantes de la Embajada de Estados Unidos en Irán el 4 de noviembre de 1979. En lo sucesivo me referiré a dicho órgano como el “Tribunal Irán-E.U.”. Para abundar sobre este importante tribunal ver obra citada en nota anterior. Para un estudio en castellano, ver González de Cossío, ARBITRAJE, Capítulo IX, Ed. Porrúa 2004, México, D.F.

40 Brower y Brueschke, pgs. 226-229.

41 *Behring International, Inc. and Islamic Republic of Iran Air Force*, Interim and Interlocutory Award No. ITM/ITL 52-382-3 (21 June 1985), 8 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 238, 276-277.

se obtuviera protección interina a través de una medida precautoria. Dicho caso es considerado como una anomalía que no refleja la práctica habitual de dicho tribunal arbitral.⁴²

2. Proteger la jurisdicción del tribunal/Procedimientos locales paralelos

Una medida que en ocasiones ha sido empleada por tribunales internacionales consiste en la suspensión de procedimientos en otros foros mientras se decide un procedimiento (arbitral o judicial) determinado. La razón que motiva este tipo de decisiones ha sido que el tribunal está interesado en proteger su jurisdicción y la efectividad del laudo final.

La medida es interesante pues muestra una asertividad particular del tribunal. Después de todo, podría ser pasivo y simplemente proseguir con el procedimiento, dejando que las partes que la soliciten tengan que litigar en ambos foros, y lo máximo que el tribunal hace es atribuirle una porción mayor de gastos a la parte que no ha respetado su deber de resolver la controversia únicamente en el foro arbitral.⁴³ No abundaré por razones de espacio. Sin embargo, considero que se debe usar con más frecuencia de lo que la práctica muestra.⁴⁴

3. Medidas precautorias que buscan preservar u obtener pruebas

En ocasiones es necesario preservar u obtener pruebas. Son dos hipótesis distintas. En el caso de preservar pruebas, necesariamente se está en presencia de una situación en la que, de no hacer algo, se perderían las pruebas. En el caso de obtención de pruebas, se trata de obtener la colaboración de tribunales estatales para suplir una de las fronteras del arbitraje: la falta de imperio de los árbitros.

Únicamente un juez puede obligar a una parte o a un tercero a presentar pruebas en un procedimiento ya sea de litigio o arbitraje. A efecto de cooperar con el arbitraje e incrementar su eficacia, algunas leyes arbitrales le brindan el derecho a las partes,⁴⁵ —je

42 Brower y Brueschke, pg. 229.

43 El razonamiento puede inclusive ser ‘respeto’ por la otra jurisdicción. Este fue el argumento que en un caso en el que el autor fue árbitro prevaleció. Deseo confesar que disentía. En mi opinión, el tribunal debía ser más asertivo. Desafortunadamente no logré convencer a mis distinguidos coárbitros.

44 Para abundar, ver González de Cossío, Francisco, ARBITRAJE. Ed. Porrúa, 2004, pgs. 335 et seq. y ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, Ed. Porrúa, 2007, pgs. 125 et seq.

45 Por ejemplo, Reino Unido (artículo 43 de la *1996 Arbitration Act*); Estados Unidos (Sección 7 de la *Federal Arbitration Act* de 1925 (9 U.S.C.) y sección 1297.92 de la ley de arbitraje de California); Suecia (Sección 26 de la *1999 Swedish Arbitration Act*); en lo que concierne a Francia, el Nuevo Código de Procedimiento Civil (*Nouveau Code de Procédure Civile*) es omiso al respecto, sin embargo, autores diversos consideran que es posible que las partes pueden solicitar ayuda a los tribunales estatales, y existen otros autores que opinan que el tribunal arbitral mismo puede solicitar dicha asistencia (Moreau). El tema no ha sido conclusivamente decidido y, por ende, es discutible.

inclusive en algunos casos a los árbitros!⁴⁶—para solicitar a un juez local ayuda en la obtención de pruebas.

La experiencia arbitral muestra que este objetivo ha justificado la emisión de estas medidas.

4. Propaganda hostil

En *AMCO v. Indonesia*⁴⁷ el demandado solicitó que ordenara a los demandantes a desistirse de generar propaganda que pueda agravar o alargar la controversia. Las publicaciones en cuestión versaban sobre un artículo que contenía declaraciones atribuidas al accionista controlador del demandante en un periódico en Hong Kong en Junio de 1983. Según Indonesia dicho artículo presentaba la versión unilateral del demandante y era dañino a la percepción internacional del clima de inversión en Indonesia. El tribunal arbitral se negó a emitir la recomendación solicitada razonando que el artículo no podía dañar a Indonesia ni agravar o exacerbar la controversia legal.⁴⁸

En otro caso,⁴⁹ la Corte Internacional de Justicia señaló que es un principio universalmente aceptado que las partes deben abstenerse de cualquier medida que pueda tener un efecto perjudicial en relación con la decisión que en forma general se emitiría, o que pueda agravar o extender la controversia.⁵⁰

5. Venta de bienes

Hay casos en los que se han emitido órdenes que restringen la venta de bienes. Para que ello suceda, los tribunales involucrados han requerido que se pruebe que es claro que la contraparte desea vender los mismos y que la parte que solicita la orden pruebe que los bienes son irremplazables y que un daño irreparable resultaría de ello.⁵¹

⁴⁶ Reino Unido (artículo 44 de la *1996 Arbitration Act*; Estados Unidos (Sección 7 de la *Federal Arbitration Act* de 1925 (9 U.S.C.A. §7)); Suiza (artículo 184(2) de la LDIP Suiza); artículo 27 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional y artículo 1444 del Código de Comercio de México.

⁴⁷ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, caso CIADI No. ARB/81/1.

⁴⁸ 1 ICSID Reports, pg. 410.

⁴⁹ *Electricity Co. of Sofia and Bulgaria (Interim Protection)* (1939), A/B. 79, pg. 199.

⁵⁰ Textualmente dijo: “Parties to a case must abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given and, in general, not allow any step of any kind to be taken which might aggravate or extend the dispute.” Dicho razonamiento es útil, además de acertado.

⁵¹ *Shipside Packing Company, Incorporated and The Islamic Republic of Iran*, Interim Award No. ITM 27-11875-1 (6 de septiembre de 1983), 3 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 331; *Behring International, Inc. and Islamic Republic Iranian Air Force*, Interim Award No. ITM 25-382-3 (10 de agosto de 1983), 3 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 173.

6. Medidas *ex parte*

Existen ocasiones en que la situación puede ser tan urgente que el tribunal deba actuar en forma inmediata, sin siquiera ventilar la postura de la contraparte en contra de quien se emitirían las medidas. En general los tribunales internacionales prefieren que la contraparte sea escuchada antes de otorgar una medida precautoria.⁵² Sin embargo, ha habido casos en los que tribunales internacionales han decretado la medida antes de escuchar al demandado en razón de la urgencia.⁵³

Generalmente las leyes de arbitraje no tratan la posibilidad de que se impongan medidas precautorias sin que se escuche lo que la parte afectada tiene que decir al respecto.⁵⁴ Sin embargo, cuando ello se ha presentado, las razones aducidas al otorgar las mismas han sido que si no se adopta la medida se producirían pérdidas o daños irreparables,⁵⁵ la urgencia de la situación que no permite escuchar la parte afectada,⁵⁶ o la conveniencia de no dar a conocer la medida por adelantado a la parte contra quien va dirigida para evitar que la frustre.⁵⁷

Existe un desarrollo importante sobre este tipo de medidas. Será tratado en la Sección V.C. de este estudio.

7. Órdenes anti-arbitraje

Una orden anti-reclamación (*anti-suit injunction*) es una orden de un juez que prohíbe a una parte que inicie o continúe procedimientos legales en otro foro.⁵⁸ Estas medidas han

⁵² Por razones evidentes de debido proceso.

⁵³ *Reading and Bates Corporation and The Islamic Republic of Iran*, Interim Award No. ITM 21-28-1 (9 de junio de 1983), 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 401, en el cual se le ordenó al demandante a suspender los procedimientos y, en particular, una audiencia, hasta que el Tribunal Irán-E.U. haya decidido si debe otorgar la solicitud del demandado acerca de las medidas precautorias. A su vez, véase *Aeronutronic Overseas Services, Inc. y The Government of the Islamic Republic of Iran*, Interim Award No. ITM 44-158-1 (27 de agosto de 1984), 7 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 217; *Ford Aerospace and Communications Corporation and The Government of Iran*, Interim Award No. ITM 16-93-2 (27 de abril de 1983), 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 281.

⁵⁴ Una excepción a lo anterior es derecho de Estados Unidos bajo el cual una orden *ex-parte* puede ser otorgada sin escuchar al demandado cuando se muestre en forma sumaria su necesidad con la finalidad de prevenir un daño inmediato e irreparable, sujeto a una audiencia en la que se determinen los derechos de las partes. (J. MOORE'S FED. PRACTICE, para. 65.05, 2nd ed. 1989.)

⁵⁵ *Aeronutronic Overseas Services, Inc. y The Government of the Islamic Republic of Iran*, Interim Award No. ITM 44-158-1 (27 de agosto de 1984), 7 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 217.

⁵⁶ Por ejemplo, el caso de bienes perecederos.

⁵⁷ Por ejemplo, una medida que prohíba sustraer activos del territorio de una jurisdicción daría oportunidad a la parte afectada para trasladarlos antes de que se dicte la medida.

⁵⁸ Las órdenes anti-reclamación pueden involucrar procedimientos arbitrales. El resto de este análisis partirá de dicha premisa y las llamaré 'órdenes anti-arbitraje'.

atraído mucha atención, pues pueden⁵⁹ constituir un obstáculo serio a la eficacia de procedimientos arbitrales. Un antídoto frecuentemente utilizado son, valga la redundancia, las órdenes anti-anti-arbitraje (*anti-anti-suit injunctions*),⁶⁰ por virtud de las cuales se ordena — ya sea por un tribunal estatal o arbitral— a la parte que ha recurrido a una jurisdicción distinta a obtener la orden anti-arbitraje a abstenerse de continuar con dicho procedimiento.⁶¹

El que estas medidas puedan emitirse depende de la jurisdicción. Como generalización,⁶² mientras que las jurisdicciones de *common law* lo permiten, las civilistas no. En México, no es posible que estas medidas puedan lícitamente tener lugar.⁶³ El motivo es doble: (a) en derecho mexicano no existe el instrumento de órdenes anti-reclamación,⁶⁴ y (b) el derecho arbitral no solo no lo contempla, sino que no lo permite.⁶⁵ Si bien han existido algunas anomalías, son justamente eso — yerros excepcionales. Además, de ocurrir, las medidas anti-arbitraje serían violatorias del principio *compétence-compétence*, la obligación del juez de referir a las partes al arbitraje, el deber de las partes de litigar de buena fe y el principio de eficiencia de los procedimientos arbitrales. Lo que

59 Utilizo la palabra ‘pueden’ pues mi percepción es que ésta práctica no es tan rampante como algunos mencionan. Admito que existe diferencia de opinión.

60 Por ejemplo, en el caso *KBC v. Pertamina* (Karah Bodas Company LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara and PT, PLN (Persero), XXVII Yearbook Commercial Arbitration, 2002, pgs. 814-838) una Corte de Distrito de Texas ordenó a Pertamina (una sociedad de Indonesia) a que se abstuviera de continuar solicitando en Jakarta, Indonesia, la nulidad del laudo emitido a favor de KBC en diciembre de 2000 así como la emisión de una orden que prohibiera a KBC continuar con la ejecución del laudo (una orden anti-arbitraje).

61 Por ejemplo, en fechas recientes la *House of Lords* inglesa determinó que era posible que un tribunal inglés emitiera dichas órdenes a una parte que había comenzado un litigio en otro Estado en violación de un acuerdo arbitral (*West Tankers Inc. v. RAS Riunione Adriatica di Sicurita SpA & Ors* (HL Lawtel, 21 de febrero de 2007), ello inclusive no obstante la Regulación Europea 44/2001 que casos anteriores habían sostenido que daban la facultad al primer tribunal que tenga conocimiento de un asunto (‘court first seized’) de decidir las cuestiones sobre competencia (Corte Europea de Justicia, *Turner v. Grovit and Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl*).

62 Como toda generalización, es inexacta en un universo —o veces importante— de casos.

63 Para abundar, consúltese González de Cossío, Francisco, ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, Ed. Porrúa, 2007, pgs. 125 *et seq.*

64 Estas medidas son instrumentos procesales de jurisdicciones de *common law* (no civilistas) que tienen por objeto proteger la competencia del juzgador que ya conoce de un asunto. Si bien dentro de la judicatura mexicana existe una medida similar (inhibitoria (artículo 1114 del Código de Comercio)), ello obviamente no aplica en materia de arbitraje. Existen algunas excepciones de sistemas jurídicos que han emitido estas medidas; por ejemplo, Brasil (*Compañía Paranaense de Energia (COPEL) v. UEG Arancaria Ltd.*) Canadá (*Lac d’Amiante du Canada Ltée et 2858-0702 Québec Inc. v. Lac d’Amiante du Québec Ltée*) y Argentina (*Nidera Argentina S.v., Alvarez de Canal, Elena G.*) pero se consideran anomalías indeseables en arbitraje pues violan el principio *compétence-compétence* (artículo 1432 del Código de Comercio).

65 Artículo 1421 del Código de Comercio.

es más, existe una corriente de opinión que considera que un tribunal arbitral no estaría vinculado por dichas medidas, que tiene no sólo la facultad de ignorarlas⁶⁶ —¡sino la obligación!⁶⁷

8. Órdenes de pago de anticipo para gastos

Hasta hace poco los demandantes en procedimiento arbitrales tenían que prepararse para tomar medidas *de facto* que prevean y resten efectos a una de las tácticas dilatorias más socorridas: que el demandado se resista a cubrir su parte del anticipo para gastos.

El paradigma ha cambiado. En fechas recientes algunos tribunales progresivos han mostrado una actitud proactiva: ordenar —como medida precautoria— que el demandado cubra su parte del anticipo.

El desarrollo es tan reciente como encomiable. En su primera edición, la (magnífica) obra de Derains & Schwartz indicaba que no conocían de instancias en las que tribunales CCI ordenaran a partes demandadas a pagar su porción del anticipo de gastos.⁶⁸ Para la segunda edición el panorama era otro.⁶⁹

Es de esperarse que otros tribunales sigan el ejemplo, pues ello redundará en beneficio de la eficacia del arbitraje. Para palpar porqué, se comentará una experiencia dramática.

En un arbitraje de inversión (no reportado) en el cual el autor representó a inversionistas extranjeros en contra de un Estado anfitrión de inversión cuya litis estuvo compuesta por medidas diversas que los demandantes sostenían que violaban los deberes de trato a la inversión, protección, transferencia y no expropiación contenidas en un tratado de inversión, los demandantes se encontraron con que el Estado demandado se rehusaba a cubrir su porción del anticipo del arbitraje. La razón *oficial* que el Estado brindaba para no cubrir era que no estaba obligado a ello bajo el tratado de inversión. La razón *real*, en mi opinión, era usar una de las tácticas dilatorias más frecuentes: la negativa a cubrir el anticipo a sabiendas que (i) los demandantes (personas físicas) no contaban con recursos suficientes para soportar la totalidad de los costos del arbitraje; y (ii) la institución

66 Este tema ha motivado debates interesantes. Es un tema abierto y existen precedentes internacionales que apoyan ambas posturas.

67 El fundamento es el deber de los árbitros de cumplir con su misión, y en forma expedita.

68 Derains, Yves and Schwartz, Eric A., A GUIDE TO THE ICC RULES OF ARBITRATION, Kluwer Law International, The Hague, pg 320: “... there have not yet been any instances in which ... an ICC Arbitral Tribunal has ordered a Respondent party to pay its share of the advance on costs ...”.

69 Derains, Yves and Schwartz, Eric A., A GUIDE TO THE ICC RULES OF ARBITRATION, Kluwer Law International, The Hague, Second Edition, pg. 347: “there have been several instances in which ICC arbitrators, usually by partial or interim Awards, have accepted to order parties to pay their shares of the ICC advances on costs. ...”

supervisora del arbitraje instruiría al tribunal a suspender el procedimiento hasta que el total del anticipo fuera cubierto.

Así ocurrió. Al no ser cubierta la provisión de gastos por el Estado demandado, la institución arbitral ‘invitó’ a los demandantes a cubrir la parte restante del anticipo. Los demandantes carecían de fondos suficientes. Se les otorgó un plazo perentorio para cubrir el adelanto en el entendido que, de no cubrirse, se tendría por no presentada la demanda y se devolverían las cantidades inicialmente pagadas. En pocas palabras, *la táctica dilatoria estaba siendo exitosa*. Como último recurso el autor presentó una solicitud de medida precautoria del tribunal arbitral en el sentido que ordenara al Estado demandado a cubrir su parte del anticipo.⁷⁰ En un extraordinario laudo parcial el tribunal arbitral sostuvo que el Estado estaba obligado a cubrir su parte del anticipo del arbitraje y ordenó que pagara la parte que le corresponde del anticipo de gastos de arbitraje.⁷¹ El Estado pagó y el procedimiento siguió su curso.⁷² Un aspecto digno de enfatizar es que el demandado era un Estado.⁷³

V. DESARROLLOS RECIENTES

A. INTRODUCCIÓN

Ciertos desarrollos recientes merecen ser comentados: la codificación del régimen de las medidas precautorias, las órdenes preliminares y las medidas de emergencia.

⁷⁰ Debo confesar que al momento de la solicitud de la orden yo mismo dudé que prosperara. No porque el Estado no estuviera obligado a cubrir su parte del anticipo, sino porque los tribunales arbitrales son poco propensos a emitir ese tipo de medidas, entre otras razones, por que de no cumplirse no hay nada que se pueda hacer al respecto, al margen de derivar las inferencias adversas que de ello puedan surgir. Claro que, en éste caso, en la medida que el procedimiento arbitral se hubiera suspendido, no habría inferencia adversa que derivar. Sería un caso de denegación de justicia. Un aspecto de especial relevancia fue que el demandado es un Estado, un aspecto que complica aún más el que la orden se hubiera emitido puesto que tratándose de Estados en arbitrajes, los árbitros tienden a ser aún más cautelosos y conservadores. Véase, a guisa de ejemplo, la redacción de la Regla 39 del Reglamento CIADI que al tratar medidas precautorias, en lugar de utilizar la palabra “ordenar”, usa la palabra “recomendar”.

⁷¹ El Tribunal consideró que, dado que la negativa de pago por el Estado demandado tendría como resultado el que la demanda arbitral se tuviera por retirada, y que los inversionistas demandantes carecían de fondos suficientes para substituirse en el pago de la misma, ello resultaría en un daño irreparable para los inversionistas demandantes.

⁷² Me veo imposibilitado de brindar más información por razones de confidencialidad. Sin embargo, no quiero dejar de mencionar que el razonamiento del tribunal arbitral es muy interesante y en mi opinión es una decisión digna de ser emulada.

⁷³ Laudo (no reportado) de fecha 25 de octubre de 2002. Arbitraje CCI 11392.

B. MEDIDAS PRECAUTORIAS

En fechas recientes la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (*CNUDMI* o *UNCITRAL* por sus siglas en inglés) elaboró un nuevo texto que modifica aquél que originalmente versaba sobre la facultad del tribunal arbitral de emitir medidas precautorias. En términos generales, el nuevo texto codifica el derecho y práctica en esta materia.

Por su importancia, la modificación merece un tratado. A continuación se realizarán algunas observaciones generales sobre el nuevo régimen.⁷⁴

1. Facultad

En forma importante, se empieza por dejar claro que el tribunal arbitral cuenta con facultades para emitir medidas precautorias. Ello evita repetir la discusión histórica sobre esta materia. Además, la disposición establece que la facultad es salvo pacto en contrario. Ello también es buena idea. Después de todo, se trata de un régimen *ius dispositivum*: si las partes desean, pueden restarle dicha facultad al tribunal.

2. Objetivos

El nuevo artículo detalla los objetivos que puede tener una medida precautoria. De nuevo, cristaliza lo que hasta la fecha era la práctica aceptada. Enumera los siguientes:

- a) mantener statu quo mientras se resuelve la controversia;
- b) medidas para evitar un daño irreparable;
- c) medidas para preservar bienes con la finalidad de hacer ejecutable el laudo;
y
- d) medidas para obtener o preservar pruebas.

Para abundar sobre qué significa cada uno, puede consultarse lo comentado en las secciones III y IV de este ensayo.

3. Requisitos

Los requisitos contemplados son, en esencia:

- a) daño irreparable; y
- b) probabilidad de éxito.

De nuevo, para abundar sobre esto, consúltese lo tratado en la sección III de este estudio.

⁷⁴ Para facilidad de referencia, adjunto a esta monografía se contempla en nuevo texto sugerido por la UNCITRAL.

4. Vigencia

El tribunal puede modificar, suspender o revocar las medidas precautorias u órdenes preliminares (tratadas más adelante) a petición de una de las partes y *motu proprio* en casos excepcionales.

5. Garantía

Si bien en algunas jurisdicciones toda medida precautoria está condicionada a la emisión de una caución, el nuevo texto contempla una medida que es mejor derecho: dejar a discreción del tribunal la determinación de la necesidad de exigir una garantía adecuada con respecto a la medida solicitada. Ello permite determinaciones más adecuadas a las circunstancias. Sin embargo, es de admitirse que como regla las mismas deben otorgarse, y ello se contempla como requisito de ejecución judicial de la misma.⁷⁵

6. Deber de informar

El texto contempla la obligación del solicitante de la medida de notificar todos los hechos que sean atinentes a la decisión de la emisión de la medida precautoria al momento de solicitarla. También establece la facultad del tribunal de ordenar a las partes la notificación de cualquier cambio importante en las circunstancias que dieron lugar a la medida.

7. Costas y daños y perjuicios

El nuevo texto establece una regla sana y autoequilibrante:⁷⁶ que el solicitante de una orden preliminar sea responsable de los daños y perjuicios que la medida genere a la contraparte en caso de que el tribunal determine *ex post facto* que no se debió haber otorgado.

La regla es plausible pues, suponiendo sofisticación del peticionario, generará una tensión entre dos incentivos: el (frecuente) incentivo a sobrepedir; y el deseo de no ser responsable. El resultado de ello—de nuevo, suponiendo que el solicitante entiende el derecho arbitral—es que la solicitará únicamente cuando es justificado, y no como respuesta a un deseo de hostigar—pues generaría una contingencia a su cliente. El resultado es que menos solicitudes tendrán lugar, y las que tengan tienen un aura de legitimidad.

⁷⁵ Ver Sección V.D. de este estudio.

⁷⁶ Una norma ‘autoequilibrante’ es aquella que en su diseño contempla mecanismos (fácticos o jurídicos) que evitan el abuso del derecho que contemplan, aun sin la necesidad de llegar a la ejecución judicial coactiva del mismo. Se trata de un mecanismo que el análisis económico del Derecho sugiere que tenga lugar para procurar normas eficaces. Constituye una forma astuta de confeccionar derecho. Para abundar sobre las mismas, y su utilidad práctica, véase, González de Cossío, Francisco, EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.

C. ÓRDENES PRELIMINARES

1. Concepto

Una novedad lo son las ‘órdenes preliminares’. También conocidas como medidas *ex parte*, las órdenes preliminares son aquéllas que pueden solicitarse al tribunal, sin notificar a la parte en contra de quien se solicitan, y que buscan una orden inmediata que busque evitar que se frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada.

2. Régimen

Dada la forma con la que se emiten, las órdenes preliminares están sujetas al siguiente régimen:

- a) **Notificación:** inmediatamente después de su otorgamiento, el tribunal debe notificar a todas las partes sobre la medida otorgada, así como toda las comunicaciones (escritas y verbales) que sobre la misma hayan tenido lugar.
- b) **Debido Proceso:** una vez emitida la orden preliminar, el tribunal debe dar a la parte en contra de quien se emite la oportunidad de hacer valer sus derechos.
- c) **Temporalidad:** las órdenes preliminares tienen una duración finita: veinte días a partir de su emisión. El tribunal arbitral puede ratificarlas o modificarlas a la luz de lo que su destinatario haya argüido.
- d) **Obligatoria mas no ejecutable:** las órdenes preliminares son obligatorias pero no pueden ser ejecutadas coactivamente.

El régimen de vigencia, garantía, deber de informar, costas y daños y perjuicios es el mismo que el de las medidas precautorias. Un matiz es importante. Con respecto al deber de informar, en el contexto de la solicitud de órdenes preliminares se establece un deber más amplio: hasta que la contraparte haya tenido oportunidad de hacer valer sus derechos, el solicitante debe comunicar al tribunal toda la información que sea relevante al caso.

Las órdenes preliminares son el resultado de un arduo e interesante debate en el seno de la UNCITRAL. Los motivos, implicaciones y alternativas rebasan esta obra. Sin embargo, es de notarse que son medidas controvertidas, aunque muchos las consideren progresivas.

3. Ejecución Mundial

Otra novedad contenida en el nuevo texto establece la posibilidad de ejecutar las medidas precautorias a nivel mundial mediante una solicitud al juez nacional competente. Una vez establecida la facultad de ejecutar a nivel mundial, se contempla un régimen de excepción sobre los motivos para denegar su reconocimiento y ejecución, haciendo eco del mecanismo de ejecución mundial de los laudos arbitrales.

De nuevo, este tema merece un ensayo independiente. En este contexto tan sólo resaltaré que se utilizan diversas de las causales para ejecución del laudo arbitral, se exige garantía, y se posibilita al juez estatal a que la niegue si la medida es incompatible bajo su *lex fori*, es contraria al orden público o versa sobre una materia no arbitrable.

La posibilidad de ejecución mundial de las medidas precautorias sin duda generará mucho de qué hablar.⁷⁷ Si bien es cierto que hay mucho por resolver sobre, por ejemplo, cómo se ejecutarán judicialmente medidas privadas, particularmente cuando provienen de tribunales arbitrales extranjeros, lo cierto es que será una (útil) arma más en el arsenal de los abogados dedicados al arbitraje. Y el beneficiado será el Estado de Derecho pues hace del Derecho un mecanismo más efectivo.

D. MEDIDAS DE EMERGENCIA

Otra novedad encomiable es la adopción por reglamentos distintos de medidas precautorias urgentes.⁷⁸ Si bien tienen diferente nomenclatura⁷⁹ y su régimen tiene peculiaridades distintas,⁸⁰ admite ciertas generalizaciones: se contempla un procedimiento sumario para que un tribunal arbitral emita en forma inmediata una medida precautoria *urgente* previa a la consecución del procedimiento arbitral. Luego, una vez constituido el tribunal arbitral definitivo (sobre el fondo de la controversia), éste puede ratificar o rectificar la medida.⁸¹

⁷⁷ No sólo a nivel práctico sino conceptual. Las interrogantes son múltiples, pero —y como dice el viejo adagio— un obstáculo es aquello que vemos cuando quitamos la mirada de la meta. Invito a los escépticos a que nos concentremos en resolverlos, y no a descalificar *a priori*. De hacerlo, todos saldremos ganando.

⁷⁸ Aunque sigue siendo excepcional, las medidas están contempladas en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (artículo 50); Reglamento de Arbitraje Internacional del International Centre for Dispute Resolution (ICDR) de la American Arbitration Association (AAA) (artículo 37); Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de los Países Bajos (*Netherlands Arbitration Institute*) (artículos 42a – 42o) y el Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). En forma significativa, este último no aplica a menos que las partes expresamente hagan alusión al mismo en su acuerdo arbitral. Con respecto a la CANACO y AAA, están disponibles para los acuerdos arbitrales suscritos a partir del 6 de agosto y 1 de mayo de 2007, respectivamente.

⁷⁹ Mientras que la CANACO las denomina “Medidas Urgentes de Protección”, la AAA/ICDR “Emergency Measures of Protection”, la NAI y la CCI mantiene el término de medidas precautorias.

⁸⁰ No me detendré en el procedimiento y peculiaridades de los distintos reglamentos por razones de extensión. Sólo describiré en términos generales comunes denominadores.

⁸¹ Sobre estas medidas un conocido experto mexicano recientemente (noviembre de 2007) dio una ilustrativa plática ante el Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados: Emilio González de Castilla. Este análisis se nutre de sus agudas observaciones.

En términos generales el árbitro⁸² tiene que inmediatamente emitir una orden que invite un intercambio documental sobre la petición de emisión de una medida urgente, dándole oportunidad a ambas partes a que se pronuncien sobre sus méritos. Es decir, las medidas no son *ex parte*. La comprensión de esto es importante pues, de desearse obtener medidas que no burlen las (frecuentes) medidas *de facto* que una parte toma para restarle efectos a las medidas precautorias, deberá acudir a las órdenes preliminares o solicitarlas directamente del juez estatal.

Mucho puede decirse sobre las mismas. No lo haré. Finalizaré con un tema controvertido: la conjugación entre las medidas urgentes y las órdenes preliminares. Si bien es un tema que en la actualidad será poco observable, en la medida en que el texto de la UNCITRAL encuentre eco en las diferentes jurisdicciones del mundo, se tornará en interesante y trascendente en lo práctico: ¿son aditivas o sustitutivas? Es decir, en caso que el reglamento arbitral aplicable contemple medidas urgentes y el derecho arbitral aplicable contemple las órdenes preliminares, ¿unas prevalecen sobre otras? —de tal manera que no se puedan solicitar ambas en un mismo procedimiento— ¿o se suman?, de tal forma que las partes pueden, por ejemplo, solicitar al principio del procedimiento una orden preliminar, luego una medida urgente y posteriormente una medida precautoria dentro del procedimiento arbitral?

Diferentes expertos le dan respuestas distintas a la interrogante. Mientras que algunos consideran que la posibilidad de obtener una medida urgente veda la posibilidad de obtener una orden preliminar, otros consideran que se pueden sumar.

Postulo que son *aditivos*. El motivo es que son instrumentos que buscan objetivos disímbolos, mas complementarios. Luego entonces, interpretar que se excluyen restaría eficacia. E interpretar que se suman tendría un efecto compuesto plausible, y que guarda relación con el objeto de este ensayo: garantizarán la efectividad del procedimiento arbitral.

VI. *CAUTIO JUDICATUM SOLVI* ARBITRAL⁸³

A. INTRODUCCIÓN

Como cualquier abogado—que haya participado en un arbitraje—sabe, los costos de proseguir un procedimiento arbitral son importantes. En términos generales, se entiende que, sujeto a la determinación final que de ello realice el tribunal arbitral, cada una de las partes cubrirá sus costos (incluyendo los de la institución arbitral—en su caso) y honorarios legales. Lo anterior con frecuencia hace que surja la duda acerca de la posibilidad de

⁸² También el árbitro en este procedimiento sumario recibe nombres distintos. En el contexto CCI se le alude como “Tercero”, mientras que la CANACO es “árbitro único de urgencia”, en el AAA/ICDR es “árbitro de emergencia” (*emergency arbitrator*) y el NAI lo alude por lo que es: un tribunal arbitral.

⁸³ Otro estudio de esta obra colectiva aborda esta medida. Si bien al momento de elaboración de este ensayo no he tenido la oportunidad de conocer el mismo, dada la talla intelectual y experiencia de su autor, la recomiendo aún sin haberla leído. Se trata de la obra del Dr. Eduardo Silva Romero.

recobrar los mismos de la contraparte cuando se ha prevalecido en todas o una gran parte de las pretensiones en el arbitraje. Más aún, en caso de duda sobre la disponibilidad de activos suficientes sobre los cuales pueda trabarse embargo para satisfacer el laudo arbitral, surge la pregunta sobre la posibilidad de que el tribunal arbitral emita una orden para que la contraparte garantice que, en caso de perder en el arbitraje y que se le requiera cubrir los costos del arbitraje, cuente con recursos suficientes para enfrentar el mismo evitando una victoria Pírrica por parte del ganador, al prevalecer en el arbitraje pero que el laudo carezca de efectos prácticos por ser el deudor insolvente.

La *cautio judicatum solvi* es una especie del género medidas precautorias⁸⁴ que, si bien existente en diversos contextos y derechos procesales, cobra una importancia especial en procedimientos arbitrales dada una característica del arbitraje que lo diferencia de los primeros: su onerosidad.

Ello, aunado a su importancia y relevancia con el fin último de este ensayo, justifica su trato independiente.

B. EL OBJETIVO DE UNA *CAUTIO JUDICATUM SOLVI*

La *cautio judicatum solvi*, también conocida como aseguramiento de gastos procesales, es una medida que tribunales (arbitrales o estatales) pueden adoptar con miras a resguardar los intereses de una parte que es forzada a participar en un procedimiento e incurrir en los gastos que el mismo genera, cuando la demanda o pretensión entablada es poco procedente o frívola, y existe una probabilidad importante de que, dado el estado financiero de la parte demandante, no se recobren los gastos arbitrales incurridos.

Con frecuencia la instauración de un procedimiento arbitral o jurisdiccional en contra de una parte tiene razones distintas (o ulteriores) a ejercer una reclamación válida en contra de la parte demandada. Estas circunstancias pueden involucrar el deseo de la parte demandante (o reconvencionista) de hostigar a la contraparte; y dicha táctica será especialmente exitosa cuando los costos del procedimiento son altos o existe una asimetría financiera entre las partes de tal forma que la parte que entabla la pretensión goce de una mejor situación financiera que la parte demandada (o demandante que ha sido reconvenido) y ello implique que el costo del procedimiento sea, en términos relativos, más oneroso para una de las partes que para la otra.

84 Su naturaleza jurídica es controvertida. En favor de considerarla una medida precautoria están las siguientes fuentes de autoridad: *Coppée-Lavalin SA/NV v. Ken Ren Chemicals and Fertilizers Ltd*, [1994] 2 All ER 449, 460 (Lord Mustill); Russell, pg. 205, Gaillard, Emmanuel y Savage, John (editores), FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, N. 1265; Craig, W. Laurence, William W. Park, y Jan Paulsson, INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE ARBITRATION, Oceana Publications, Inc., U.S.A. Third Edition, 2000.pg. 467 §26.05; Derains/Schwartz, pg. 274. En contra Kerr LJ y Gogg LJ en el caso *Bank Mellat v. Helliniki Techniki SA*, [1983] 3 All ER 434 y 439; Reymond, pg. 504; Bucher, pg. 70; laudo en Bul. ASA 1997 pg. 363. Me uno a esta postura. Persigue los mismos fines y es, *in essentia*, temporal.

En general, las solicitudes de garantías de los costos en un arbitraje son poco frecuentes. Inclusive hay quien opina que la facultad del tribunal arbitral de emitirlos es cuestionable.⁸⁵ A su vez, aún y cuando se esté cierto sobre la facultad de realizar la medida en cuestión, es posible que el tribunal prefiera ser conservador y no la ejerza a efecto de evitar tomar medidas que pueden hacer pensar que ha prejuzgado cualquier aspecto de la controversia. De cualquier manera, es preferible que las solicitudes de garantías de costos sean realizadas únicamente ante el tribunal arbitral y no a los tribunales estatales ya que es el primero el que está en más contacto con las partes y las circunstancias de la controversia por lo que es el mejor situado para decidir si una orden de esta naturaleza es justificada. Más aún, es un aspecto que queda amparado por el acuerdo de las partes de resolver la controversia mediante arbitraje. Por ello, una intromisión por parte de un juez local seguramente será una solución menos perfecta.⁸⁶

Con la finalidad de mitigar la posibilidad de que se materialice el riesgo anterior, la ingeniería jurídica ha ideado la medida conocida como la *cautio judicatum solvi*.

C. LOS PELIGROS DE UNA *CAUTIO JUDICATUM SOLVI*

Existe un riesgo paradójico inherente a la *cautio judicatum solvi*: que la misma se utilice para generar el mismo riesgo que se deseó evitar. Es decir, que la *cautio judicatum solvi* se entable precisamente con la finalidad de hostigar a la parte que ha presentado una reclamación válida. Ante ello una pregunta obligada es ¿cómo diferenciar una solicitud de caución *válida*, de una que debe ser rechazada?

En respuesta la doctrina en forma casi unánime sostiene que la *cautio judicatum solvi* procede exclusivamente en casos extremos⁸⁷ y excepcionales.⁸⁸ Lo que es más, es

85 Una duda bastante superada, por cierto, puesto que la jurisprudencia arbitral deja claro que el incluir una cláusula arbitral en un contrato trae aparejada la obligación financiera de cubrir los gastos inherentes al procedimiento arbitral en la forma que el tribunal lo decida.

86 Como sucedió en el famoso caso inglés *Ken-Ren (Coppée Levalin NV v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd.* ([1995] 1 A.C. 38; [1994] 2 Lloyd's Rep. 109, HL)) el cual dio lugar a un cambio de derecho al respecto. En resumidas cuentas el caso versó sobre un arbitraje en el cual el demandado, Ken-Ren, era insolvente y le era imposible cubrir su parte del anticipo de los costos del arbitraje. El mismo fue pagado por el accionista mayoritario de Ken-Ren quien se beneficiaría en caso de que Ken-Ren prevaleciera en el arbitraje, pero que no sería responsable en caso de que perdiera. El máximo tribunal inglés (House of Lords) decidió—por mayoría—que debería ordenarse una garantía por el monto en controversia puesto que “era un caso que demostraba de la manera más convincente que cualquier otro caso que por equidad debe exigirse una garantía (“*This is a case which, as strongly as any case could, demonstrates as a matter of fairness that there should be security*”) (traducción del autor). El derecho inglés aplicable ya no permite que un tribunal estatal ordene garantías de costos en el arbitraje (secciones 38 y 44 de la 1996 English Arbitration Act) ya que se considera que esa facultad le compete a los árbitros, quienes con seguridad la utilizarán con mesura.

87 Sandrock, Otto, THE *CAUTIO JUDICATUM SOLVI* IN ARBITRATION PROCEEDINGS OR THE DUTY OF AN ALIEN CLAIMANT TO PROVIDE SECURITY FOR THE COSTS OF THE DEFENDANT, *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, No. 2, (1997), pgs. 17-38.

muy raro que se otorguen.⁸⁹ En arbitrajes CCI casi nunca son otorgadas.⁹⁰ Lo que es más, existe una cierta hostilidad a otorgarlas.⁹¹

Los expertos Phillipe Fouchard, Emanuel Gaillard y Berthold Goldman han considerado que sería particularmente desafortunado que el otorgamiento de estas medidas se convirtiera en la norma, ya que obstruiría la justicia arbitral.⁹²

Lo anterior no implica que nunca deba otorgarse una *cautio judicatum solvi*. Existen circunstancias que la pueden justificar. Por ejemplo, si una de las partes en el arbitraje sufre dificultades financieras, puede existir el temor fundado de que, en caso de que la contraparte prevalezca, no se obtendrá resarcimiento por los gastos incurridos en el procedimiento arbitral, mismos que pueden ser importantes. En estos casos la doctrina y práctica ha justificado la emisión de las mismas.⁹³ Sin embargo, el riesgo señalado debe tenerse en mente cuando se ventile la conveniencia de admitir una caución.

Con frecuencia ocurre que la parte que la solicita lo hace con la esperanza o expectativa de que ello impedirá la consecución del procedimiento, particularmente en casos en que los demandantes no gozan de una buena posición financiera.⁹⁴ En caso que la situación financiera sea resultado de los actos objeto del arbitraje se puede llegar al desafortunado resultado de denegación de justicia arbitral.⁹⁵

88 Craig, Park y Paulsson, pg. 469. Davenport, Brian, QC, THE KEN-REN CASE: MUCH ADO ABOUT NOTHING VERY MUCH, Arbitration International, Vol. 10, No. 3, 1994, pg. 3.

89 Redfern, Alan and Hunter, Martin with Nigel Blackaby and Constantine Partasides, LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Thomson Sweet & Maxwell, Fourth Edition, 2004, pg. 357.

90 Derains & Schwartz, Second Edition, pg. 336.

91 Opinión del Professor P.A. Recordon, ASA BULLETIN, Vol. 19, No. 4 (2001), pg. 745-750. (“d’une façon générale, doctrine et jurisprudence sont hostiles à la *cautio judicatum solvi* en matière d’arbitrage.”)

92 Gaillard, Emmanuel y Savage, John (editores), FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, pg. 687, (“*It would be particularly unfortunate if the granting of security for costs were to become the norm... Access to arbitral justice would be systematically obstructed ...*”).

93 Fouchard, Gaillard, Goldman, pg. 688.

94 En un caso en el que el autor representaba a los demandantes, de haber prosperado la solicitud de gastos planteada por los demandados, el caso hubiera sido una frustración *de facto* del acuerdo arbitral. En una denegación de justicia.

95 Craig, Park y Paulsson, pg. 469.

D. LA PRÁCTICA ARBITRAL

No obstante que la facultad de un árbitro de emitir una *cautio* ha sido puesta en duda, en especial por autores suizos,⁹⁶ dicha facultad es ampliamente aceptada por la práctica arbitral⁹⁷ y ha sido expresamente contemplada por algunos derechos arbitrales.⁹⁸

La práctica arbitral apoya el carácter excepcional de la *cautio judicatum solvi*.⁹⁹ Por lo general, dicha medida es negada. Además, los casos que han resuelto positivamente sobre la procedencia de dicha medida han involucrado circunstancias extremas. Por ejemplo, un caso famoso (*Ken-Ren*)¹⁰⁰ resolvió que la medida era procedente puesto que Ken Ren era—en palabras de la House of Lords—un “casarón vacío” (*an “empty shell”*). Dadas las circunstancias,¹⁰¹ el demandante tenía todas las ventajas y ningún riesgo. Si ganaba, recobraría del demandado. Si perdía, el demandado no tendría oportunidad alguna de recobrar sus gastos en el arbitraje puesto que, dado que Ken Ren estaba en un procedimiento de quiebra, no tenía activos y tendría que concursar con otros acreedores.¹⁰²

Otros casos en los que se ha aceptado la solicitud de *cautio judicatum solvi* involucraban situaciones de liquidación fraudulenta. Es decir, una de las partes tomó pasos

96 Lalive, Pierre, Jean-Francois Poudret, Claude Reymond, LE DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL EN SUISSE, Editions Payot Lausanne, 1989, pg. 162, N. 1 sobre artículo 30 del Concordato Intercantonal sobre arbitraje del 27 de marzo de 1969; Rüede/Hadenfeldt, pg. 241 §34 I 2. Ver los laudos publicados en Bul. ASA 1995, pgs. 84 y 529.

97 Ver artículo 25 del Reglamento LCIA; artículo 46(b) Reglamento OMPI; laudo CCI No. 8223, ICC Bulleting 2000, Vol. 11, No. 1, pgs. 71-73; Caso CCI No. 6697; *Casa c/Cambior*, Revue de L'Arbitrage, 1992, pgs. 135, 143; Bul. ASA 2001, pgs. 745, 748-749; Craig, Park, Paulsson, pgs. 467 §26.05; Derains/Schwartz, pgs. 274; Reiner, pgs. 875-876; Karrer/Desax, pg. 343; Yesilirmak, pg. 33.

98 Por ejemplo, la sección 38(3) de la *1996 Arbitration Act* inglesa.

99 Decision of the Arbitral Tribunal, 26 September 1997, ASA Bulletin, Vol. 19, No. 4 (2001), pgs. 745-750, pg. 1. (“*security for costs is unusual in ordinary court proceedings and should not be expected in arbitration*”).

100 *Coppée Levalin NV v. Ken-Ren Chemicals and Fertilisers Ltd.* [1995] 1 A.C. 38; [1994] 2 Lloyd's Rep. 109, HL.

101 Las circunstancias, en resumen, tenían que ver con que la parte demandante (Ken Ren) carecía de activo alguno por ser parte de un procedimiento de quiebra. Los costos del arbitraje estaban siendo soportados por su accionista principal quien, de prevalecer en el arbitraje, se beneficiaría. Sin embargo, en caso de perder, la contraparte no tendría oportunidad alguna de recobrar sus gastos.

102 Debo confesar que la utilización de este caso como ejemplo puede ser criticada. El caso ha sido objeto de críticas estridentes por comentaristas importantes (Paulsson, Jan, THE UNWELCOME ATAVISM OF KEN REN: THE HOUSE OF LORDS SHOWS ITS MEDDLE, 12 ASA Bulletin, 1994). Sin embargo, dado el sentido de la crítica, el punto subyacente es válido: la caución otorgada en dicho caso no debió tener lugar.

para deshacerse de activos de tal forma que careciera de activos para satisfacer un laudo condenatorio en caso de perder en el arbitraje.¹⁰³

Como puede verse, la mera inexistencia de fondos suficientes para cubrir un laudo condenatorio parece ser insuficiente.¹⁰⁴ Deben existir circunstancias adicionales que lo agraven.¹⁰⁵

En este contexto, la pregunta es obligada: ¿cuándo se justifica emitir una orden de aseguramiento de gastos? Para responderla, a continuación se comentarán instancias en las que la misma ha sido emitida, para luego comentar los requisitos y estándar bajo el cual una solicitud debe ser evaluada.

E. LA *CAUTIO JUDICATUM SOLVI* EN EL DERECHO ARBITRAL

En el caso ICSID *Atlantic Triton v. Guinea*¹⁰⁶ el demandante solicitó que el demandado presentara una garantía por el monto demandado en virtud de que, en opinión del demandante, el demandado podría no cumplir con el laudo que eventualmente se emitiera. Por su cuenta Guinea solicitó una garantía para cubrir sus gastos por embargos que Atlantic Triton había obtenido en otro foro (Francia). El argumento que Guinea esgrimía para su procedencia era que el inversionista extranjero estaba en proceso de liquidar sus activos y en un futuro cercano sería insolvente por lo que no podría cubrir los mismos. El tribunal rechazó ambas pretensiones considerando que no era del todo claro que los riesgos que cada una de las partes alegaba estaban presentes, aunque no dejó pasar la oportunidad para dejar claro que tenía facultad para emitir las mismas.¹⁰⁷

F. EL ESTÁNDAR PARA LA EMISIÓN DE UNA *CAUTIO JUDICATUM SOLVI*

Planteada la tensión, la pregunta es obligada: ¿Cuándo es procedente la emisión de una medida de aseguramiento de gastos arbitrales?

103 Caso descrito en ASA Bulletin, Vol. 19, No. 4 (2001), pg. 745-750.

104 Laudo en el Caso No. 415 de Noviembre de 2001 (“Award in Case No. 415 of November 2001”) ASA Bulletin, Vol. 20, No. 3, 2002, pgs. 467-472, (“*the mere potential risk of non-enforceability of a future cost award as insufficient grounds, rather it emphasizes the requirement that an order for security shall not unduly restrict the party’s access to arbitral justice and that the principle of equal treatment of the parties should be observed...*”).

105 Lynch, Katherine, SECURITY FOR COSTS IN DOMESTIC AND INTERNATIONAL ARBITRATION IN ENGLAND AND HONG KONG, Journal of International Arbitration, Vol. 12, No. 2, 1995, pg. 5. (Katherine Lynch concluye que “...*the mere lack of means of a party is not...in ordinary circumstances sufficient by itself to justify the grant of security...*”).

106 *Atlantic Triton Company Limited v. People’s Revolutionary Republic of Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/1.

107 El laudo no fue reportado.

Dicha medida no se justifica más que en casos particularmente extremos y que tengan un ingrediente de mala fe. En específico, piénsese en el caso en que un demandante ha intencionalmente provocado su insolvencia con la finalidad de evitar los riesgos financieros de un procedimiento arbitral.

La insolvencia misma no debe justificar su emisión puesto que podría impedir al demandante el hacer valer sus derechos.¹⁰⁸ Parece ser que el criterio decisivo es la evolución de la situación financiera del demandante entre el momento en que se aceptó el acuerdo arbitral y el momento en que el arbitraje ha sido entablado. Si la situación se ha deteriorado en forma significativa y previsible, la emisión de la *cautio* puede ser contemplada.¹⁰⁹

Se ha propuesto una teoría de equilibrio de intereses. En un caso¹¹⁰ se realizó una aseveración útil para este análisis. En el mismo se menciona que el interés del demandante de tener acceso a la justicia arbitral debe ser sopesado en contra del interés del demandado (que ha solicitado la caución) en evitar un procedimiento arbitral costoso sin garantía suficiente que será reembolsado por sus gastos en caso de éxito.¹¹¹

La jurisprudencia federal estadounidense es especialmente ilustrativa. Los requisitos bajo derecho federal estadounidense para la emisión de una *cautio judicatum solvi* son:¹¹²

- a) Que el demandado sufrirá un daño irreparable si la caución no es otorgada;¹¹³
- b) Que dicho daño es mayor que el daño que se generará en detrimento del demandante de emitirse la caución;¹¹⁴
- c) Que el demandado ha demostrado una probabilidad de éxito en los puntos medulares de la controversia;¹¹⁵ y

108 Poudret/Besson, pgs. 553-554.

109 En dicho sentido, ver laudos publicados en Bul. ASA 1995, pg. 84, 89 y 529, 533-534. Hay quien esta en desacuerdo con esta postura (Bucher, pg. 70).

110 Laudo en el Caso No. 415 de Noviembre de 2001 ASA Bulletin, Vol. 20, No. 3, 2002, pgs. 467-472.

111 Textualmente, el razonamiento fue: “*Claimant’s interest in having access to arbitral justice must be weighed against Respondent’s interest in avoiding costly arbitration proceedings with no sufficient security that it would be reimbursed for its expenses in case of success...where a party has gone through bankruptcy proceedings that were suspended due to lack of assets, the other party’s interest in security for costs prevails over the first party’s interest in unimpeded access to arbitral justice.*”

112 Sandrock, pg. 7.

113 Las palabras exactas son: “That respondent will suffer irreparable injury if the injunction is not granted”.

114 “That such injury outweighs any harm which granting injunctive relief would inflict on the claimant.”

115 “That respondent has exhibited a likelihood of success on the merits.”

- d) Que el orden público no será afectado en forma adversa mediante el otorgamiento de la caución.¹¹⁶

Cuando, como resultado de lo anterior, el peso de la balanza se incline en forma importante en favor de la emisión, es válido considerarse. De lo contrario, parece ser que es mejor continuar el procedimiento con el *statu quo*. Después de todo, el riesgo comercial en la contratación es algo que, de no haber sido abordado expresamente en el contrato por las partes,¹¹⁷ se presume que ha sido asumido por las mismas. La naturaleza mercantil (y, por ende, no protectora) del arbitraje no tiene porque variar dicha circunstancia.

Otra aproximación que puede servir es la teoría Alemana conocida como la ‘posición intermedia’ (*intermediate position*). En esencia, la misma establece que una caución puede justificarse cuando la salud financiera de una de las partes se deteriora entre el momento de entrada en vigor del acuerdo arbitral y la fecha del arbitraje.¹¹⁸

En mi particular opinión, el estándar más apropiado es aquél descrito en un caso reciente¹¹⁹ donde se dijo que:¹²⁰

El común denominador en el arbitraje internacional para ordenar el aseguramiento de gastos es el requisito de cambio fundamental de la situación desde que el acuerdo arbitral fue celebrado que resulte en un peligro claro y presente que un laudo futuro sobre costas no será ejecutable.

Una postura menos exigente acarrearía un perfil protector ajeno al derecho mercantil. El estándar descrito resguarda abuso sin hacer que una de las partes sea sobreprotegida contra el riesgo comercial que contrajo al contratar quirografariamente con alguien, pactando un acuerdo arbitral.

VII. COMENTARIO FINAL

El diccionario de la Real Academia Española define a una ‘garantía’ *inter alia* como: “Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad”.

Las medidas precautorias logran dicho cometido: aseguran y protegen contra el riesgo de seguir un procedimiento arbitral ocioso. Por ello, son una garantía de eficacia del arbitraje. Sin las mismas, la consecución de diversas controversias sería fútil, lo cual

116 “That the public interest will not be adversely affected by the granting of the injunction.”

117 Mediante garantías al momento de contratar.

118 Sandroock, pgs. 17-38.

119 Veit, SECURITY FOR COSTS IN INTERNATIONAL ARBITRATION – BOME COMMENTS TO PROCEDURAL ORDER NO. 14 OF 27 NOVEMBER 2002, ASA Bulletin, 2005, pg. 116.

120 Sus palabras fueron: “the common denominator in international arbitration practice for ordering security for costs is the requirement of a fundamental change of situation since the agreement to arbitrate was entered into which results in a clear and present danger that a future costs award would not be enforceable”.

resultaría en frustración, provocada por la falta de actualidad del Derecho. Ello no tiene porqué tener lugar. El régimen legal de las medidas precautorias es lo suficientemente sofisticado, y la experiencia lo suficientemente rica, como para ajustarla a casi cualquier situación. Se trata de tecnología jurídica de punta.

En fechas recientes dicho régimen ha vivido pasos modernizadores importantes: las modificaciones de la UNCITRAL. Es de esperarse que las mismas encuentren eco en las diferentes legislaturas arbitrales del mundo. Y es de esperarse también que las medidas precautorias se conciban en la forma defendida en este estudio. De tener lugar, el ganador será el Estado de Derecho.

Anexo

Capítulo IV A. Medidas cautelares y órdenes preliminares

Sección 1. Medidas cautelares

Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral para 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 status 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 bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
 - d) Preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

Artículo 17 A. Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares

1. El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral 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. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.
2. En lo que respecta a toda solicitud 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 en que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

Sección 2. Órdenes preliminares

Artículo 17 B. Petición de una orden preliminar y condiciones para su otorgamiento

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra parte, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada.
2. El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada.
3. Las condiciones definidas en el artículo 17 A serán aplicables a toda orden preliminar, cuando el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1) del artículo 17 A sea el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden.

Artículo 17 C. Régimen específico de las órdenes preliminares

1. Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la solicitud presentada de una medida cautelar, la petición de una orden preliminar, la propia orden preliminar, en caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral en relación con ello.
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 otorgar 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 D. 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 E. Exigencia de una garantía por el tribunal arbitral

1. El tribunal arbitral podrá exigir del solicitante de una medida cautelar que preste una garantía adecuada respecto de la medida.
2. El tribunal arbitral exigirá al peticionario de una orden preliminar que preste una garantía respecto de la orden, salvo que dicho tribunal lo considere inapropiado o innecesario.

Artículo 17 F. Comunicación de información

1. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara u otorgara.
2. El peticionario de una orden preliminar deberá revelar al tribunal arbitral toda circunstancia que pueda ser relevante para 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 pedida no haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. A partir de dicho momento, será aplicable el párrafo 1) del presente artículo.

Artículo 17 G. Costas y daños y perjuicios

El solicitante de una medida cautelar o el peticionario de una orden preliminar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a cualquier parte, 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 H. Reconocimiento y ejecución**

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 solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I.
2. La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

3. El tribunal ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

Artículo 17 I. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución*

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, al tribunal le consta 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
 - iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o
- b) si el tribunal resuelve que:
 - i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal 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 a la ejecución de la medida cautelar.

2. Toda determinación a la que llegue el tribunal 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 tribunal 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 tribunal

* Las condiciones enunciadas en el artículo 17 I tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que un tribunal 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 su legislación menos supuestos en los que pueda denegarse la ejecución de una medida cautelar.

Artículo 17 J. Medidas cautelares dictadas por el tribunal

El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.