

## MEDIDAS PRECAUTORIAS EN ARBITRAJE

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

SUMARIO: I. *Introducción y ámbito de este estudio.* II. *Teoría de las medidas precautorias.* 1. *General.* 2. *Facultad del Tribunal Arbitral para emitir medidas precautorias.* A. *El Acuerdo Arbitral.* B. *Las Reglas de Arbitraje.* C. *La lex arbitri.* III. *La práctica internacional.* 1. *Nota preliminar.* A. *Concepto de "Remedy".* B. *Tipos de "Remedies".* 2. *Precedentes internacionales.* A. *Evitar un daño irreparable.* B. *Proteger la jurisdicción del tribunal/Procedimientos locales paralelos.* C. *Medidas precautorias que buscan preservar u obtener pruebas.* D. *Garantías financieras.* E. *Propaganda hostil.* F. *Venta de bienes.* G. *Medidas ex-parte.* IV. *Derecho extranjero.* 1. *Derecho estadounidense.* A. *General.* B. *Precedentes de Estados Unidos.* C. *Ejecución judicial en Estados Unidos de medidas precautorias ordenadas por un tribunal arbitral.* D. *Medidas precautorias ordenadas por tribunales de Estados Unidos.* E. *El estándar que aplicará una corte de Estados Unidos para emitir una medida precautoria.* F. *Lecciones de la experiencia estadounidense.* 2. *Francia.* A. *Antecedentes.* B. *Regulación.* C. *Procedimiento Référé.* D. *Reglamento Referee de la CCI.* 3. *Otras legislaciones.* 4. *Esfuerzos internacionales.* A. *UNCITRAL.* B. *La Asociación de Derecho Internacional.* C. *American Law Institute/UNIDROIT.* D. *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.* V. *Derecho mexicano.* 1. *Facultad del Tribunal Arbitral para emitir medidas precautorias.* A. *Alcance.* B. *Ejecutabilidad.* C. *Obtención de pruebas.* 2. *Facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias con anterioridad a la constitución del Tribunal Arbitral.* 3. *Facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias una vez constituido el Tribunal Arbitral.* 4. *Marco jurídico aplicable al juez mexicano en materia de medidas precautorias relacionadas con el arbitraje.* A. *Código de Comercio como derecho procesal supletorio.* B. *La facultad del juez mexicano en medidas precautorias es independiente.* VI. *Comentario final.*

## I. INTRODUCCIÓN Y ÁMBITO DE ESTE ESTUDIO

Las medidas precautorias<sup>1</sup> son herramientas utilizadas por tribunales (estatales o arbitrales) durante la consecución de un litigio o arbitraje que buscan proteger la litis de la controversia durante el procedimiento buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final.

Si bien las medidas precautorias son un instrumento útil y frecuentemente utilizado por tribunales, con frecuencia se observa en la práctica que su conveniencia, procedibilidad o lo apropiado de la medida escogida es cuestionable. Lo anterior ya sea por su abuso o por la falta de pericia del tribunal o de los abogados que las solicitan. Ello se traduce en diversos problemas como, 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.<sup>2</sup> Es decir, en resumidas cuentas, con frecuencia las medidas precautorias son mal empleadas.

La problemática anterior tiene como origen, en buena medida, la conjugación de cuatro factores: (1) la novedad en México del arbitraje; (2) la falta de una reglamentación enteramente satisfactoria; (3) la complejidad del tema; y (4) la inexistencia de una guía práctica que facilite consultar y entender la vasta experiencia internacional y extranjera que facilite su emulación en México.

Este estudio busca elaborar un bosquejo que facilite a los abogados postulantes, tribunales arbitrales y jueces estatales, la comprensión, utilización y ejecución de medidas precautorias siguiendo para ello el método del derecho comparado.

<sup>1</sup> 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 *status quo* y obtener/conservar pruebas.

<sup>2</sup> 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.

Para lo anterior procederé a realizar un comentario sobre la teoría de las medidas precautorias (§II), una mención sobre las medidas que son habitualmente utilizadas en el derecho y práctica internacional (§III) y extranjera (§IV), un estudio sobre derecho mexicano (§V), para terminar con las lecciones y conclusiones que de todo lo anterior se desprenden (§VI).

## II. TEORÍA DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS

### 1. General

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 a los mismos antes de la emisión de la decisión final, puede la parte en perjuicio de quien está transcurriendo el tiempo justificadamente considerar solicitarlas.<sup>3</sup> De otra manera, bien podría esperarse a la emisión del laudo final para resguardar sus derechos.

Debe existir *urgencia* de un posible daño *serio* 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.

<sup>3</sup> 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 vs. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)], 1993 I.C.J. 3, 19 (Provisional Measures Order of 8 April); *Nuclear Test Case* (Australia vs. France), 1973 I.C.J. 106; *Fisheries Jurisdiction Case* (United Kingdom vs. Iceland), 1972, I.C.J. 12, 16; *Anglo-Iranian Oil Case* (United Kingdom vs. 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 DEC 53-114-3 (10 de diciembre de 1986), 13 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 254, 257).

La interrelación entre 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.

En general, las medidas precautorias tienen como propósito conservar el *status quo*,<sup>4</sup> evitar la pérdida o daño de algo, facilitar la sustanciación de un procedimiento arbitral,<sup>5</sup> tomar y/o preservar pruebas,<sup>6</sup> o impedir la transferencia o dilapidación de bienes.<sup>7</sup> Es decir, inducir conducta por las partes que sea propicia para que el arbitraje sea exitoso<sup>8</sup> y/o facilitar la ejecución ulterior del laudo.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> 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 aun 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 percederos o nombramiento de un administrador de los mismos), órdenes que se adopten 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.

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> Por ejemplo, ordenando que no se efectúen cambios de lugar de bienes.

<sup>7</sup> 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 con lo que ordene el tribunal arbitral ("*temporary receivership*").

<sup>8</sup> 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 una parte (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 para que una o ambas partes ofrezcan una garantía (v. gr., fianza) para cubrir gastos del arbitraje, u órdenes para que se aporte una garantía que cubra la totalidad o parte de la cantidad reclamada.

<sup>9</sup> 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 frecuen-

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) el prejuzgar —o dar la apariencia de que se ha prejuzgado— el fondo de la controversia; y (2) el que la medida se solicite por una parte para oprimir 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 invitaría una solicitud de nulidad y/o no-reconocimiento.

## 2. Facultad del Tribunal Arbitral para emitir medidas precautorias

Al ponderar la emisión de una medida precautoria, además de decidir sobre su procedibilidad, un tribunal arbitral debe analizar si tiene facultades para ello mediante la revisión de las siguientes fuentes de derecho: el acuerdo arbitral, las reglas aplicables al arbitraje y la *lex arbitri*.

### A. El Acuerdo Arbitral

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

En la experiencia del autor es raro encontrarse con acuerdos arbitrales que expresamente mencionen la facultad de los árbitros para emitir medidas precautorias. Muchas de las dudas tanto jurídicas como prácticas que surgen en esta área pueden ser evitadas con un pacto expreso que las contemple.

cia denominan "self-help"), salvaguardar la implementación eventual del laudo y, en general, preservar las circunstancias de tal manera que no se agrave la controversia.

### B. Las reglas de arbitraje

En ausencia de disposición expresa, debe acudirse 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.

La mayoría de los arbitrajes en México se siguen de conformidad con reglamentos arbitrales, ya sean institucionales o *ad hoc*, por lo que las reglas son quizá el marco jurídico más importante de las medidas precautorias.

Los reglamentos arbitrales más utilizados en México son CCI, CAM y CANACO. Otros frecuentemente utilizados son el Reglamento de Arbitraje de la AAA, el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, las reglas de la LCIA y las Reglas de Arbitraje del CIADI. Todas estas reglas permiten expresamente la emisión de medidas precautorias, sujeto a ciertas condiciones. Haré un pequeño comentario sobre cada una.

#### a) Reglamento CCI

El Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“Reglamento CCI”) permite expresamente<sup>10</sup> al tribunal arbitral ordenar medidas precautorias en contraste con la versión anterior (de 1988) que contemplaba dicha facultad en forma implícita.<sup>11</sup> Sin embargo, es generalmente aceptado que, en la ausencia de un impedimento contractual o legal, los árbitros en procedimientos bajo el Reglamento CCI siempre han podido emitir medidas precautorias, inclusive bajo las reglas de 1988 que eran omisas al respecto.<sup>12</sup>

Es interesante notar que el artículo 23(2) del Reglamento CCI permite a las partes solicitar medidas precautorias de un juez estatal antes de que el tribunal arbitral tenga el expediente y en “circunstancias apropiadas” con posterioridad a dicho evento. La práctica bajo el Reglamento CCI anterior limitaba dicha acción judicial a “circunstancias excepcionales”.<sup>13</sup>

Como nota precautoria, las partes deben abstenerse de solicitar asistencia judicial que rebase lo estrictamente necesario, ya que de lo contrario ello podría interpretarse como una renuncia o violación del acuerdo arbitral.<sup>14</sup>

#### b) Reglamento CAM

El artículo 30 de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (“Reglamento CAM”) contempla expresamente la posibilidad de que el tribunal arbitral emita medidas precautorias. Es interesante notar que la redacción condiciona su emisión a, *inter alia*, que la parte que las solicite otorgue la garantía que el tribunal establezca. A su vez, podría<sup>15</sup> interpretarse el texto en el sentido que el tribunal debe necesariamente fijar una garantía al respecto, algo no siempre procedente.

#### c) Reglamento CANACO

El artículo 31 del Reglamento de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (“Reglamento CANACO”) contiene un precepto atinado y complejo que regula la mayoría de los temas que involucran las medidas precautorias, y lo hace una manera congruente con las opiniones más modernas sobre el tema, lo cual incluye dejarle un gran margen de maniobra al tribunal arbitral.

<sup>10</sup> Párrafo 5 del artículo 8 del anterior (1988) Reglamento de la CCI.

<sup>14</sup> Ver, por ejemplo, el Caso ICC núm. 5650 (1989), (ARNALDEZ, DERAIS Y HASCHER, *ICC Arbitral Awards 1991-1995*, ICC Publishing/Kluwer, 1997, p. 34) en el cual el tribunal arbitral interpretó que una de las partes había renunciado a su derecho a arbitrar al haber solicitado que un juez estatal designara a un experto solicitando daños y perjuicios de la contraparte.

<sup>15</sup> Mencionó que *podría*, puesto que las palabras “en su caso” en el inciso 1(c) también pueden interpretarse en el sentido de darle carácter potestativo a la facultad de emitir una garantía junto con la medida.

<sup>10</sup> Artículo 23 del Reglamento CCI.

<sup>11</sup> Artículo 8.5 del anterior Reglamento CCI.

<sup>12</sup> Ver CRAIG, W. Laurence, PARK, William W., y PAULSSON Jan, *Craig, Park & Paulsson's Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules with Commentary*, Oceana, 1998, p. 137; DERAIS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, Kluwer, 1998, p. 273.

#### d) Reglamento AAA

El artículo 21 de las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (*American Arbitration Association*) ("Reglamento AAA") también permite en forma amplia la emisión de medidas precautorias. Es de notar que dichas reglas no contienen limitación alguna para comenzar acciones judiciales solicitando medidas precautorias, ya sea antes o después de que el tribunal arbitral esté constituido.

#### e) Reglamento de Arbitraje UNCITRAL

El artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("Reglamento UNCITRAL") confiere amplias facultades al tribunal arbitral.

Dos puntos deben notarse. Primero, el artículo 26(1) hace una explícita conexión entre las medidas precautorias y la materia objeto de la controversia, en particular sobre la conservación de bienes. Segundo, como el Reglamento AAA, el artículo 26(3) no limita la solicitud de medidas precautorias paralelas de un juez estatal.

#### f) Reglamento de Arbitraje de la LCIA

El artículo 25 del Reglamento de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration* ("Reglamento LCIA") es más detallado en su regulación sobre medidas precautorias y pone énfasis en la garantía por la cantidad en disputa y los costos. Es de notar que una vez que el tribunal arbitral ha sido formado, el Reglamento LCIA limita el derecho de las partes para iniciar procedimientos judiciales paralelos en materia de medidas precautorias a casos "excepcionales" y restringe el derecho de las partes para solicitar fianza por costas de la corte.<sup>16</sup>

#### g) El Reglamento de Arbitraje del CIADI

La Regla 39 del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión ("Reglamento CIADI") alude a las medidas precautorias en una forma un tanto más

<sup>16</sup> Artículo 25(3).

diplomática que otras. Establece la facultad del tribunal arbitral para "recomendar" (contrario a "ordenar") medidas precautorias. Lo anterior obedece a que una de las partes del arbitraje es un Estado.

Es de mencionarse que la Regla 39(5) requiere a las partes sometidas a un arbitraje CIADI que contemplen expresamente el derecho de solicitar por la vía judicial la emisión de medidas precautorias. Esto no debe sorprender al lector si se considera el antecedente sobre inmunidad soberana de los Estados-parte de arbitrajes CIADI y el hecho que el Mecanismo CIADI está diseñado para estar "insulado" de los derechos locales.<sup>17</sup>

#### C. 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 de orden público/imperativas del derecho local aplicable.

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. El derecho mexicano aplicable será objeto de análisis en la sección V de este estudio.

### III. LA PRÁCTICA INTERNACIONAL

#### 1. 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.

<sup>17</sup> Ello se logró estableciendo que la *lex arbitri* de los procedimientos CIADI sea la Convención CIADI. No abundaré por rebasar ello el objeto de este estudio. En caso que el lector desee profundizar al respecto, confere Francisco González de Cossío, *México ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Un comentario*, Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., p. 36 et seq.; y *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Global, Apuntes Jurídicos*, Revista Anual del Consejo Latinoamericano de Estudiosos de Derecho Internacional y Comparado, año 5, núm. 4, p. 353.

El tópico de medidas precautorias guarda una íntima relación con un tema que tiene un diferente tratamiento y desarrollo en derecho extranjero e internacional que en derecho mexicano: lo que se conoce en inglés como “*the law of remedies*” y que llamaré el derecho de los Medios de Apremio.<sup>18</sup>

A diferencia de derecho mexicano (y probablemente otros sistemas jurídicos que pertenecen a la tradición/familia jurídica romano-canónica),<sup>19</sup> 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 finalmente, su decisión es una rama independiente —mas no excluyente— tanto del derecho sustantivo 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 del derecho procesal y del derecho sustantivo. Más aún, una vez conocido el alcance y desarrollo de esta rama en el derecho extranjero, su regulación y práctica en México parece insuficiente.

Dada la diferencia de tratamiento, a continuación realizaré un breve y general comentario sobre cómo se aborda y regula este tema en otras jurisdicciones con la finalidad de dar al lector un marco de referencia.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> 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 quiero describir.

<sup>19</sup> 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., p. 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*, Ed. Debate, Madrid, España, 1982) Como toda generalización, la descripción anterior está sujeta a matices que no abordaré.

<sup>20</sup> El lector podría (válidamente) cuestionar la autoridad del autor al realizar esta descripción, ya que mi formación es de abogado civilista. Atendiendo a la recomendación de Aristóteles (en su obra *Retórica*) que todo expositor debe empezar por mencionar sus credenciales para establecer, lo que él denominaba, su *ethos* (el carácter del expositor y por qué debía ser escuchado), menciono que he tenido la oportunidad de estudiar y trabajar en jurisdicciones del *common law* (Estados Unidos) y Europa (Francia y Países Bajos). Mi experiencia teórica y práctica involucró esta materia.

### A. 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.

### B. Tipos de “Remedies”

El derecho angloamericano ha desarrollado un vasto inventario de los “*remedies*” que pueden adoptarse. A continuación realizaré una descripción de los mismos.<sup>21</sup>

- *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 (“*negative injunction*”) algo.
- *Declaratorios*. Previenen que ocurra un daño a las partes mediante la resolución de cierta ambigüedad acerca de la existencia o falta 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*”.

<sup>21</sup> LAYCOCK, Douglas, *Modern American Remedies*, 2a. ed., Little, Brown and Company, Boston/New York/Toronto/London, 1994.

- *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*”, etc., que constituyen especies de dicho género.
- *Punitivos*. Están diseñados para castigar a la parte que haya actuado ilegalmente. Se derivan de la responsabilidad civil y el ejemplo más conocido son los daños punitivos (“*punitive damages*”). 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.
- *Accesorios*. Este tipo de medidas están 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, al margen de su aspecto de interés, 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 teórico y la descripción práctica que a continuación se elaborará, este estudio puede ser de utilidad a aquellas personas que estén involucradas en arbitrajes, abogados postulantes, jueces y árbitros.

## 2. Precedentes internacionales

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

Siempre que exista ánimo cooperativo entre las partes,<sup>22</sup> no hay límite (más que la creatividad o imaginación del tribunal y/o las partes) en 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.<sup>23</sup>
- b) Depósito de dinero en una cuenta “*escrow*” bajo el control conjunto de las partes hasta la emisión del laudo,<sup>24</sup> o bajo el control del tribunal arbitral.<sup>25</sup>
- c) La orden a una parte de realizar pagos provisionales en parcialidades.<sup>26</sup>
- 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.<sup>27</sup>
- e) Que el demandado realice un pago provisional de un monto específico por el cual el demandante proveyó una garantía por el mismo monto.<sup>28</sup>
- 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.<sup>29</sup>
- 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.<sup>30</sup>

<sup>22</sup> El asumir que existirá deseo de cooperar entre las partes puede ser inocente. Si bien se han dado casos en los que ello se presenta, 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!

<sup>23</sup> Como sucedió en el laudo interino del caso CCI núm. 8879, 1998.

<sup>24</sup> Como sucedió en el laudo final del caso CCI núm. 9154 de 1998.

<sup>25</sup> Laudo final, caso CCI núm. 7536 de 1996.

<sup>26</sup> Laudos interinos del caso CCI núm. 8670, de diciembre de 1995 y junio de 1996.

<sup>27</sup> Laudo interino del caso CCI núm. 8670, diciembre de 1996.

<sup>28</sup> Laudo interino, caso CCI núm. 7544 de 1996.

<sup>29</sup> Caso CCI núm. 9324 de 1998.

<sup>30</sup> Como sucedió en el laudo final del caso CCI núm. 7895 de 1994.

- 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 constituían la litis de la disputa.<sup>31</sup>
- 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.<sup>32</sup>

Al margen de los ejemplos anteriores, a continuación mencionaré medidas que buscan objetivos específicos y que con frecuencia se emiten en ausencia de ánimo cooperativo entre las partes.

#### A. 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 dice en el medio de arbitraje, mantener el *status quo*.<sup>33</sup> En ambos casos se trata de situaciones en las cuales un laudo que otorgue una indemnización monetaria no será suficiente 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, no existe universalidad 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 debe ser 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*”) de derecho internacional. Dicho estándar es más amplio que el concepto de “daño irreparable”

<sup>31</sup> Laudo interino, caso CCI núm. 8894 de 1997.

<sup>32</sup> Laudo parcial del caso CCI núm. 10040 de 1999.

<sup>33</sup> 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, asumiendo que pudieren probarse.

(“*irreparable injury*”) bajo derecho anglo-americano<sup>34</sup> en el sentido que la posibilidad de obtener una indemnización monetaria no precluye la posibilidad de obtener una medida precautoria bajo el estándar de perjuicio irreparable.

Al respecto, la práctica del Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup> Existe un caso (*Behring*),<sup>37</sup> en el cual el Tribunal Irán-Estados Unidos razonó que la posibilidad de obtener indemnización monetaria no precluía el que 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.<sup>38</sup>

#### B. 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 fo-

<sup>34</sup> 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. (BROWER, Charles N., y BRUESCHKE, Jason D., *The Iran-United States Claims Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/Londres, 1998, p. 227, y, en general, LAYCOCK, *Modern American Remedies*, *op. cit.*).

<sup>35</sup> 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-Estados Unidos”.

<sup>36</sup> BROWER y BRUESCHKE, pp. 226-229.

<sup>37</sup> *Behring International, Inc. and Islamic Republic of Iran Air Force*, Interim and Interlocutory Award núm. ITM/ITL 52-382-3 (21 de junio de 1985), 8 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 238, 276-277.

<sup>38</sup> BROWER, p. 229.



ros mientras se decide un procedimiento arbitral 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.

A continuación se tratará la experiencia de los siguientes tribunales internacionales que han tratado el tema en forma interesante: a) el Tribunal Irán-Estados Unidos; y b) el Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI).<sup>39</sup>

Como comentario preliminar quisiera mencionar que la razón por la cual me parece interesante cómo dichos tribunales han abordado y resuelto el tema de la existencia de litigios estatales paralelos a un arbitraje internacional es que reflejan una mayor asertividad sobre sus funciones que la estrictamente necesaria. Por virtud del principio de que no existe subordinación entre un tribunal internacional a uno estatal,<sup>40</sup> el tribunal arbitral que se encuentre con que un tribunal estatal se ha arrogado jurisdicción sobre una controversia —o aspecto de la misma— que forma parte de la litis del procedimiento arbitral, podría tomar una actitud pasiva ignorándolo y procediendo en forma independiente. Al fin y al cabo le corresponderá a la parte que prevalezca en el arbitraje ejecutar el laudo al margen de lo que disponga la sentencia local. En virtud de que los laudos derivados del arbitraje internacional tienen mucha más “entera fe y crédito internacional”<sup>41</sup> que una sentencia local, parecería que, aun en el caso que

<sup>39</sup> El CIADI o ICSID, por sus siglas en inglés (“International Centre for the Settlement of Investment Disputes”), fue creado a través de la Convención de Washington de 1965 (el Convenio CIADI) que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 y tiene sus instalaciones en el Banco Mundial en Washington, D. C. El objetivo del CIADI es el de facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes del Convenio CIADI y nacionales de otros Estados Contratantes del Convenio CIADI a un procedimiento que coadyuve a ventilar y resolver dicho género de controversias mediante alguno de los dos procedimientos que dicha institución ofrece: conciliación o arbitraje. Para abundar sobre esta institución se puede consultar GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “The International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *The Mexican Experience*, *Journal of International Arbitration*, 19(3): 227-244, 2002.

<sup>40</sup> O, para ser más específico, un tribunal internacional no está obligado por las determinaciones de un tribunal estatal.

<sup>41</sup> Ya que mientras que existen múltiples convenciones internacionales que buscan que un laudo se ejecute en forma internacional con un mínimo nivel de revisión —dentro de las cuales destaca la Convención (de Nueva York) sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, que es uno de los instrumentos internacionales

existiera contradicción *total* entre el laudo y la sentencia, el vencedor en el laudo tendría más elementos para hacer valer sus derechos.<sup>42</sup>

Sin embargo, y no obstante lo anterior, como a continuación se tratará, dichos tribunales arbitrales en ocasiones han decidido no ser pasivos sino proactivos. En lugar de adoptar la actitud pasiva y dejar que sea el vencedor del procedimiento arbitral el que tenga que enfrentar dicho (espinoso) problema, han adoptado medidas precautorias que lo abordan *a priori*.

#### a) Tribunal Irán-Estados Unidos

El Tribunal Irán-Estados Unidos ha emitido órdenes que exigen la suspensión de procedimientos paralelos. Para ello la práctica ha sido requerir que: (1) exista identidad de las partes en ambos procedimientos; y (2) la identidad de la materia (“*subject-matter*”) en ambos. Acerca del segundo punto, la “identidad de la materia” no quiere

más exitosos de la historia de la humanidad— no existe una sola convención internacional *universal* que establezca la *obligación* de ejecución de sentencias estatales en el extranjero. Existen convenciones *regionales* que establecen la *posibilidad* de ejecución de sentencias, sujeto a su (profunda, en mi opinión) revisión.

A las convenciones internacionales a las que hago alusión son: la Convención Europea del 21 de abril de 1961, Convención de Estrasburgo del 20 de enero de 1966, la Convención de Moscú del 26 de mayo de 1972, la Convención de Montevideo del 11 de enero de 1889, Convención de Montevideo del 8 de mayo de 1979, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá) de 1975, la Convención de Riyadh del 6 de abril de 1983, la Convención sobre la Solución de Controversias de Inversión entre Estados Huéspedes de Inversiones Árabes y Nacionales de otros Estados Árabes del 10 de junio de 1974, en vigor desde el 20 de agosto de 1976, la Convención (de Kuwait) que establece la Corporación de Garantías a las Inversiones Inter-Árabes en vigor desde el 1 de abril de 1974, el Acuerdo Unificado para la Inversión de Capital Árabe en Países Árabes firmada en Amman el 27 de noviembre de 1980 y que entró en vigor el 7 de septiembre de 1981, el Tratado OHADA (*l'Acte Uniforme de l'Organization pour l'Harmonization en Afrique du Droit des Affaires*) entre países africanos del 17 de octubre de 1993, la Convención de Washington del 19 de marzo de 1965 que establece el CIADI, la Convención Lomé de 1989 entre miembros de la Comunidad Europea y los países asociados de Asia, el Caribe y el Pacífico, los más de 2,000 tratados de inversión existentes a la fecha que en su contundente mayoría —si no es que todos— contemplan arbitraje, los tratados de libre comercio (que también incluyen arbitraje) y el Tratado Europeo de Energía (European Energy Charter Treaty) de 1994.

<sup>42</sup> Confieso que el comentario es simplista ya que existen una diversidad de variables que podrían modificar el resultado de la regla que —reitero, simplísimamente— he mencionado. Sin embargo, dado que abundar sobre este tema rebasaría el propósito de dicho estudio, tendré que abstenerme de tratarlo. Ello será objeto de una contribución posterior.

decir identidad de reclamaciones. Es decir, se han presentado órdenes de suspensión cuando el litigio en el otro foro involucraba la misma materia, aunque los puntos legales a resolver (los *issues*) no sean los mismos o involucraban puntos de hecho o derecho distintos; aun cuando una de las partes no haya presentado una reconvencción al respecto.<sup>43</sup> El razonamiento que motiva lo anterior es evitar resultados inconsistentes, no sólo el mantener la jurisdicción exclusiva de las reclamaciones ante el tribunal.<sup>44</sup>

En muchas ocasiones el éxito de las órdenes de suspensión ha residido en que la orden condicione la suspensión del litigio paralelo a la emisión del laudo final del procedimiento arbitral. De esta manera, se establece un justo medio entre los intereses de ambas partes.

#### b) CIADI

El Tribunal Irán-Estados Unidos no ha sido el único en implementar este tipo de medidas. Diversos tribunales arbitrales CIADI han tratado el mismo tema. A continuación se mencionarán.

En *Holiday Inns vs. Marruecos*<sup>45</sup> se inició un arbitraje CIADI como resultado de una controversia derivada de la construcción de hoteles en Marruecos. En enero de 1972 el gobierno de Marruecos inició procedimientos locales en los cuales obtuvo órdenes que le autorizaban a tomar todos los pasos para continuar y terminar las construcciones en cuestión a costa del demandante. A su vez, se designó un administrador judicial. En mayo de 1972 el demandante solicitó que el tribunal arbitral emitiera medidas precautorias solicitando que las acciones locales se dieran por concluidas. En julio de ese mismo año el tribunal arbitral no ordenó específicamente que el gobierno de Marruecos se desistiera de los procedimientos, más bien exhortó a las partes en términos generales a abstenerse de tomar medidas incompatibles con el contrato y recomendó que las partes cooperaran al respecto.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> *E-Systems, Inc. and The Islamic Republic of Iran*, Interim Award núm. ITM 13-388-FT (4 Feb. 1983), 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 51.

<sup>44</sup> BROWER y BRUESCHKE, p. 233.

<sup>45</sup> *Holiday Inns S.A. and others vs. Marocco*, caso CIADI núm. ARB/72/1.

<sup>46</sup> SHIHATA, Ibrahim F., y PARRA, Antonio, "The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", 14 *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* 299, 325-326 (1999).

En *Atlantic Triton vs. Guinea*,<sup>47</sup> el demandado solicitó que el tribunal arbitral ordenara a los demandantes a dejar sin efectos secuestros de embarcaciones que el demandante había obtenido y desistirse de procedimientos locales.<sup>48</sup> El tribunal arbitral negó las reiteradas solicitudes de Guinea puesto que la litis se había agotado al haber zarpado las embarcaciones.<sup>49</sup>

En el caso *MINE vs. Guinea*,<sup>50</sup> el demandante obtuvo un laudo AAA en 1980 en contra de Guinea, que Guinea se rehusó a cubrir. El demandante comenzó procedimientos de ejecución y Guinea solicitó del tribunal arbitral CIADI (cuyo procedimiento había sido comenzado en 1984) que ordenara a MINE a desistirse de todos los procedimientos de ejecución. En julio de 1985 el tribunal arbitral negó la solicitud por considerarla prematura ya que Guinea no había ofrecido defensa alguna en los procedimientos de ejecución. Guinea apeló los procedimientos de ejecución y presentó una nueva solicitud al tribunal arbitral a efecto de que reconsiderara la solicitud inicial. El tribunal arbitral ordenó a MINE a discontinuar inmediatamente todas las acciones y embargos en tribunales locales. MINE acató la instrucción y se desistió del procedimiento de apelación. Con posterioridad, y como resultado de una diferencia sobre las garantías, MINE volvió a solicitar que el tribunal modificara la orden inicial sobre medidas precautorias. El tribunal arbitral rechazó la modificación de la orden, emitió una aclaración a la orden inicial y MINE se desistió de todos los embargos.<sup>51</sup>

En *Vacuum Salt vs. Ghana*,<sup>52</sup> el gobierno del demandado adoptó legislación que cancelaba los contratos de arrendamiento que documentaban la inversión de Vacuum Salt y establecían un procedimiento

<sup>47</sup> *Atlantic Triton Company Limited vs. People's Revolutionary Republic of Guinea* (caso CIADI núm. ARB/84/1).

<sup>48</sup> Atlantic Triton había obtenido tres secuestros de embarcaciones de Guinea. El primero fue revocado por la Corte de Apelaciones de Rennes, Francia. Como resultado de esto, Atlantic obtuvo un segundo embargo que también fue eventualmente levantado. Atlantic obtuvo un tercer secuestro que no pudo ejecutar puesto que las embarcaciones habían zarpado.

<sup>49</sup> FRIEDLAND, P. D., *Provisional Measures and ICSID Arbitration*, 2 *Arbitration International* 335 (1986), p. 343.

<sup>50</sup> *Maritime International Nominees Establishment vs. Republic of Guinea*, caso CIADI núm. ARB/84/4.

<sup>51</sup> 4 *ICSID Reports*, p. 77.

<sup>52</sup> *Vacuum Salt Products Ltd. vs. Republic of Ghana*, caso CIADI núm. ARB/92/1.

local para resolver las reclamaciones de compensación que surgían de la cancelación de los mismos. En mayo de 1992 se iniciaron procedimientos CIADI y en octubre de ese mismo año el demandante presentó una solicitud de medidas precautorias ante el tribunal arbitral CIADI en la que aseveraba que el gobierno de Ghana, al establecer un procedimiento paralelo para resolver la controversia, había denostado el arbitraje CIADI.<sup>53</sup> En diciembre de dicho año el tribunal arbitral emitió una decisión en la que se plasmó el compromiso por parte del gobierno para negociar la reclamación del inversionista y a detener los procedimientos locales hasta que se llegara a un acuerdo sobre la reclamación, se llegue a un acuerdo de continuar con procedimientos locales, o se resolviera el procedimiento CIADI. El demandante aceptó estos compromisos.

En *CSOB vs. Slovakia*,<sup>54</sup> el demandante presentó diversas promociones ante el tribunal solicitando que se suspendieran los procedimientos locales de quiebra. En un principio, el tribunal arbitral rechazó dichas solicitudes razonando que no tenía razón para dudar que los tribunales locales suspenderían el procedimiento en caso de que en el mismo se ventilaran puntos que deben ser decididos por el tribunal CIADI.<sup>55</sup> Con posterioridad el tribunal CIADI recomendó la suspensión de los procedimientos de quiebra en la medida en que los mismos podrían ventilar el aspecto relativo a si existía una reclamación válida en contra de la República de Slovakia (lo cual era parte de la litis del arbitraje CIADI).<sup>56</sup> En virtud de que los procedimientos de quiebra continuaron, CSOB volvió a solicitar la emisión de medidas precautorias, mismas que el tribunal otorgó haciendo notar la negativa por los tribunales eslovacos de atender la solicitud de CSOB de suspender el procedimiento de quiebra.<sup>57</sup>

No obstante las decisiones anteriormente resumidas, hay ocasiones en que las solicitudes de órdenes de suspensión de procedimientos locales paralelos han sido rechazadas con fundamento en que no

<sup>53</sup> *Vacuum Salt vs. Ghana*, Decision on Provisional Measures, 14 de junio de 1993, 4 ICSID Reports, p. 325. Laudo de fecha 16 de febrero de 1994, 4 ICSID Reports, p. 331.

<sup>54</sup> *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. vs. Slovak Republic*, caso CIADI núm. ARB/97/4.

<sup>55</sup> Órdenes procesales del 9 de septiembre y 5 de noviembre de 1998.

<sup>56</sup> El 11 de enero de 1999.

<sup>57</sup> 14 ICSID Review Foreign Investment Law Journal, 1999, p. 251.

son "urgentes".<sup>58</sup> A su vez, algunos tribunales exigen, para que se ordene la suspensión de procedimientos paralelos, que los mismos versen sobre una reclamación idéntica, o sustancialmente similar, a la reclamación o reconvención ante el tribunal arbitral,<sup>59</sup> o que los procedimientos paralelos involucren los mismos hechos o derecho.<sup>60</sup>

### C. 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 litigio o arbitraje. A efecto de cooperar con el arbitraje e incrementar su eficacia, algunas leyes arbitrales le brindan el derecho a las partes<sup>61</sup> —e inclusive en algunos casos a los árbitros!<sup>62</sup>— para solicitar a un juez local ayuda en la obtención de pruebas.

<sup>58</sup> *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Decision núm. DEC 116-A15 (IV) & A24-FT (18 de mayo de 1993).

<sup>59</sup> *Ford Aerospace and Communications Corporation and The Government of Iran*, Interim Award núm. ITM 28-159-3 (20 de octubre de 1983), 3 Irán-U.S. Cl. Trib. Rep. 384; *Touche Ross and Company and the Islamic Republic of Iran*, Interim Award núm. ITM 22-480-1 (13 de junio de 1983), 3 Irán-U.S. Cl. Trib. Rep. 59; *Reading and Bates Corporation and the Islamic Republic of Iran*, Interim Award núm. ITM 21-28-1 (9 de junio de 1983), 2 Irán-U.S. Cl. Trib. Rep. 401; *Rockwell International Systems, Inc.*, Interim Award núm. ITM 17-430-1, 2 Irán-U.S. Cl. Trib. Rep. 310.

<sup>60</sup> *Aeronutronic Overseas Services, Inc.*, Interim Award núm. ITM 44-158-1, 7 Irán-U.S. Cl. Trib. Rep. 217.

<sup>61</sup> 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.A.) 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.

<sup>62</sup> Reino Unido [artículo 44 de la Ley de Arbitraje de 1996 (1996 Arbitration Act)]; Estados Unidos (Sección 7 de la Federal Arbitration Act de 1925 [9 U.S.C.A. §7]); Suiza

En el caso *CIADI AGIP vs. Congo*,<sup>63</sup> el demandante solicitó que el tribunal arbitral ordenara al gobierno de Congo que junte todos los documentos que habían sido mantenidos en la oficina local, presente al tribunal arbitral una lista de los mismos y los mantenga disponibles para su presentación ante el tribunal a solicitud de AGIP.<sup>64</sup> El gobierno no acató la recomendación del tribunal.

En *Vacuum Salt vs. Ghana*,<sup>65</sup> el demandante presentó una solicitud para que se conserven sus registros corporativos. Más que recomendar que así se haga, el tribunal arbitral tomó nota del acuerdo voluntario del gobierno de Ghana en el sentido de no negar acceso al demandante a dichos documentos.<sup>66</sup>

#### D. Garantías financieras

Ciertas medidas precautorias tienen como propósito facilitar la ejecución eventual del laudo arbitral. Este es el caso del secuestro, la fianza y demás medidas que buscan “congelar” los activos sobre los cuales se trabaría embargo a efecto de satisfacer el laudo arbitral. Como es de esperarse, estas medidas son de jurisdicción exclusiva de los tribunales estatales por lo que será necesario solicitar su intervención para su obtención y ejecución.

Un caso particular de lo anterior lo constituyen las medidas que buscan asegurar los costos de un arbitraje. 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 recobrar los mismos de la contraparte cuando se ha preva- lecido en todas o una gran parte de las pretensiones en el arbitraje.

[artículo 184 (2) de la Ley de Derecho Internacional Privado Suizo]; artículo 27 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional y artículo 1444 del Código de Comercio de México.

<sup>63</sup> *AGIP S.p.A. vs. People's Republic of the Congo*, caso CIADI núm. ARB/77/1.

<sup>64</sup> Laudo de 30 de noviembre de 1979, 1 ICSID Reports 311.

<sup>65</sup> *Vacuum Salt Products Ltd. vs. Republic of Ghana*, caso CIADI núm. ARB/92/1.

<sup>66</sup> Laudo del 16 de febrero de 1994, 4 JCSID Reports 331/2.

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.

En general, las solicitudes de garantías de los costos en un arbitraje son poco frecuentes. Lo anterior puesto que hay quien opina que la facultad del tribunal arbitral de emitirlos es cuestionable.<sup>67</sup> A su vez, aun 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. Una intromisión por parte de un juez local seguramente será una solución menos perfecta por las razones descritas.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> 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.

<sup>68</sup> Como sucedió en el famoso caso inglés *Ken-Ren (Coppée Levalin NV vs. 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*

Habiendo realizado un comentario acerca de este tipo de medidas mencionaré algunos casos internacionales.

En el caso *ICSID Atlantic Triton vs. Guinea*,<sup>69</sup> 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 procedibilidad 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.<sup>70</sup>

Quiero compartir una experiencia personal con el lector. En un arbitraje de inversión en el cual el autor representa a inversionistas extranjeros en contra de un Estado Huésped de inversión cuya litis está compuesta por medidas diversas que los demandantes (y yo, evidentemente) sostienen que violan 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 Huésped 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 supervisora del arbitraje instruiría al tribunal a suspender el procedimiento hasta que el total del anticipo fuera cubierto. Así ocurrió.

*case could, demonstrates as a matter of fairness that there should be security*") (trad. 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.

<sup>69</sup> *Atlantic Triton Company Limited vs. People's Revolutionary Republic of Guinea*, Caso CIADI núm. ARB/84/1.

<sup>70</sup> El laudo no fue reportado.

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.<sup>71</sup> Después de varios meses, el tribunal arbitral emitió un laudo sosteniendo que el Estado Huésped 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.<sup>72</sup> El Estado pagó y el procedimiento está en curso.<sup>73</sup>

### E. Propaganda hostil

En *AMCO vs. Indonesia*,<sup>74</sup> el demandado solicitó medidas precautorias que ordenaran a los demandantes a desistirse de generar propa-

<sup>71</sup> 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, porque de no cumplirse no hay nada que se pueda hacer al respecto, al margen de deducir las inferencias adversas que de ello puedan surgir. Claro que, en este caso, en la medida que el procedimiento arbitral se hubiera suspendido, no habría inferencia adversa que deducir. Sería un caso de denegación de justicia. Un aspecto de especial relevancia es 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 de las Reglas de Arbitraje del CIADI que al tratar medidas precautorias, en lugar de utilizar la palabra "ordenar", usa la palabra "recomendar".

<sup>72</sup> 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 sustituirse en el pago de la misma, ello resultaría en un daño irreparable para los inversionistas demandantes. Es de recalcar que el Tribunal "ordenó" al Estado Demandado a pagar, algo poco frecuente —pero plausible— en la práctica.

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> *Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia*, caso CIADI núm. ARB/81/1.

ganda 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.<sup>75</sup>

En otro caso,<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup>

#### F. 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.<sup>78</sup>

#### G. 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 medi-

<sup>75</sup> 1 ICSID Reports, p. 410.

<sup>76</sup> *Electricity Co. of Sofia and Bulgaria* (Interim Protection) (1939), A/B. 79, p. 199.

<sup>77</sup> 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".

<sup>78</sup> *Shipside Packing Company, Incorporated and The Islamic Republic of Iran*, Interim Award núm. 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 núm. ITM 25-382-3 (10 de agosto de 1983), 3 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 173.

das. En general los tribunales internacionales prefieren que la contraparte sea escuchada antes de otorgar una medida precautoria.<sup>79</sup> Sin embargo, han habido casos en los que tribunales internacionales han decretado la medida antes de escuchar al demandado en razón de la urgencia.<sup>80</sup>

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. Sin embargo, cuando ello se ha presentado, las razones aducidas al otorgar las mismas han sido: si no se adopta la medida se producirían pérdidas o daños irreparables, la urgencia de la situación que no permite escuchar la parte afectada,<sup>81</sup> o la conveniencia de no dar a conocer la medida por adelantado a la parte contra quien va dirigida.<sup>82</sup>

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.<sup>83</sup>

Si bien hay preferencia a que se escuche a la contraparte, en caso de que exista retraso injustificado por parte de esta última, los tribunales han reaccionado brindando la medida solicitada, claro, estando en presencia de circunstancias que la justifiquen.<sup>84</sup>

<sup>79</sup> Por razones evidentes de debido proceso.

<sup>80</sup> *Reading and Bates Corporation and The Islamic Republic of Iran*, Interim Award núm. 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-Estados Unidos 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 núm. 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 núm. ITM 16-93-2 (27 de abril de 1983), 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 281.

<sup>81</sup> Por ejemplo, el caso de bienes perecederos.

<sup>82</sup> 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.

<sup>83</sup> J. Moore's Fed. Practice, para. 65.05, 2a. ed., 1989.

<sup>84</sup> *Aeronutronic Overseas Services, Inc. y The Government of the Islamic Republic of Iran*, Interim Award núm. ITM 44-158-1 (27 de agosto de 1984), 7 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 217.

#### IV. DERECHO EXTRANJERO

En esta sección, trataré derecho estadounidense; derecho francés, otras legislaciones arbitrales y concluiré con una mención concisa sobre algunos esfuerzos internacionales al respecto.

El motivo por el cual trato en forma y con extensión distinta dichas legislaciones, obedece a que tienen importancia distinta y algunas arrojan más lecciones que otras sobre el tema.

##### 1. Derecho estadounidense

###### A. General

La legislación más importante de Estados Unidos sobre arbitraje comercial internacional es la Ley Federal de Arbitraje ("Federal Arbitration Act", FAA).<sup>85</sup> La FAA es omisa en la cuestión de medidas precautorias. A pesar de este silencio, y de la notoria complejidad para aplicar la FAA versus derecho estatal en materia de arbitraje, puede aducirse una regla general: la mayoría de las decisiones establecen que los tribunales arbitrales tienen, bajo la Ley Federal de Arbitraje, la facultad para ordenar medidas precautorias en ausencia de pacto en contrario por las partes.

###### B. Precedentes de Estados Unidos

No parece haber decisión alguna de las cortes de Estados Unidos que haya interpretado a la Ley Federal de Arbitraje en el sentido de pro-

<sup>85</sup> La FAA de 1925 está codificada en la sección 9 del United States Code, y contiene tres capítulos: (1) arbitraje local; (2) la legislación que implementa en derecho interno la Convención (de Nueva York) sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras; y (3) la legislación que implementa en derecho interno la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Al margen de la FAA, que es derecho federal, existe legislación estatal al respecto puesto que, en palabras de la Suprema Corte de Justicia de E.U., la FAA no "ocupa toda el área" (*Volt Information Sciences, Inc. vs. Board of Trustees*, 489 U.S. 468, 477 (1989)) ("The FAA contains no express pre-emptive provision, nor does it reflect a congressional intent to occupy the entire field of arbitration. But even when Congress has not completely displaced state regulation in an area, state law may nonetheless be preempted to the extent that it actually conflicts with federal law") (énfasis agregado). Mis comentarios sobre este tema tomarán en cuenta únicamente derecho federal.

hibir a las partes otorgar al tribunal arbitral la facultad para emitir medidas precautorias.

La situación más común es que las partes en el acuerdo arbitral no mencionen nada con respecto a medidas precautorias. En dichos casos, las cortes de Estados Unidos han determinado que los tribunales arbitrales cuentan con facultades *implícitas* para ordenar medidas precautorias como una de las facultades inherentes del tribunal para dirigir y concluir el procedimiento arbitral. Una importante decisión sostiene en relación con las medidas precautorias:<sup>86</sup>

Las medidas precautorias en arbitraje pueden ser indispensables para preservar activos o para que, en caso de ejecución, el laudo final no resulte vacío o sin sentido.<sup>87</sup>

Esta observación refleja la postura más aceptada, mas no unánime. Existen decisiones en contrario. En un número reducido de casos, las cortes de Estados Unidos han interpretado a la Ley Federal de Arbitraje en el sentido de obstaculizar el que tribunales arbitrales otorguen medidas precautorias en ausencia de autorización expresa de las partes.

###### C. Ejecución judicial en Estados Unidos de medidas precautorias ordenadas por un tribunal arbitral

Si bien los tribunales arbitrales tienen la posibilidad *de facto* (lo contrario de *de iure*) para hacer cumplir las medidas precautorias que emitan,<sup>88</sup> también se le brindan a los tribunales herramientas jurídicas para hacer cumplir las mismas.

<sup>86</sup> *Pacific Reinsurance Management Corporation vs. Ohio Reinsurance Corporation* (935 F.2d 1019, 1022-1023 (9th Cir. 1991)). Véase también *Island Creek Coal Sales Co. vs. Gainesville*, 729 F.2d 1046, 1049 (6th Cir. 1984); y *Sperry Int'l Trade, Inc. vs. Government of Israel*, 689 F.2d 301, 306 (2d Cir. 1982).

<sup>87</sup> "Temporary equitable relief in arbitration may be essential to preserve assets or enforce performance which, if not preserved or enforced, may render a final award meaningless". (935 F.2d 1019, 1022-1023 (9th Cir. 1991). Ver también *Island Creek Coal Sales Co. vs. Gainesville*, 729 F.2d 1046, 1049 (6th Cir. 1984); *Sperry Int'l Trade, Inc. vs. Government of Israel*, 689 F.2d 301, 306 (2d Cir. 1982). 935 F.2d 1019, 1022-1023) (trad. del autor).

<sup>88</sup> Mediante, por ejemplo, la posibilidad de derivar las inferencias adversas que resulten de una negativa de cumplimiento, o por el control de fondos o activos puestos bajo su custodia.

## a) Precedentes

El derecho arbitral estadounidense permite la ejecución judicial de medidas precautorias ordenadas por un tribunal arbitral. La razón que motiva lo anterior es que se considera que las medidas precautorias son necesarias para darle efectividad al procedimiento arbitral y las cortes de Estados Unidos las ejecutarán al considerar que dichas medidas disponen en forma definitiva y final de las cuestiones contempladas en los mismos. Lo anterior es sin perjuicio de que la medida precautoria sea emitida mediante un "laudo" o simplemente como una "orden".<sup>89</sup>

No hay muchos precedentes en relación con la ejecución judicial de órdenes emitidas por tribunales arbitrales contemplando medidas precautorias. En términos generales, la jurisprudencia que existe establece criterios de revisión a grandes rasgos iguales a los de la ejecución de laudos arbitrales.

El caso más importante al respecto es *Sperry International Trade, Inc. vs. Government of Israel*,<sup>90</sup> en el cual el Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos categóricamente hizo cumplir un laudo de medidas precautorias de un tribunal AAA aun cuando las medidas excedían lo que la corte por sí misma podría haber emitido. *Sperry*, con toda su complejidad procesal, muestra contundentemente el apoyo que tribunales arbitrales pueden esperar de la (mayoría de la) judicatura estadounidense.<sup>91</sup>

<sup>89</sup> NEUHAUS, Joseph E., *Interim Measures and their Enforceability under National Law*, Seventh Annual Transnational Commercial Arbitration Workshop, The Transnational Arbitration of High-Tech Disputes, Institute of Transnational Arbitration (20 de junio de 1996), p. 2.

<sup>90</sup> 689 F.2d 301 (2d Cir. 1982).

<sup>91</sup> *Sperry* involucró un contrato bajo el cual Sperry diseñaría y construiría un sistema de comunicación para la fuerza aérea israelí, garantizado mediante una carta de crédito irrevocable por 15 millones de dólares en favor de Israel. Al deteriorarse la relación, Sperry comenzó un arbitraje ante la AAA (American Arbitration Association) e Israel presentó varias contrademandas. Casi simultáneamente, Sperry demandó ante un tribunal federal de primera instancia de Estados Unidos para obligar a Israel a no cobrar la carta de crédito hasta que se emitiera el laudo del tribunal arbitral de la AAA. El tribunal de primera instancia otorgó la orden de no-hacer ("injunction"). Sin embargo, la Corte de Apelación (Segundo Circuito) la revocó razonando que Sperry no había demostrado daño irreparable ya que únicamente daños pecuniarios estaban en juego. Israel comenzó los pasos para cobrar la carta de crédito, pero Sperry obtuvo una orden *ex parte* de embargo de una corte estatal de Nueva York.

Desde el caso *Sperry* en 1982, diversas cortes federales de Estados Unidos han decidido hacer cumplir medidas precautorias ordenadas por un tribunal arbitral.<sup>92</sup>

## b) Criterio de revisión para ejecución

Las cortes de Estados Unidos aplican un criterio de revisión parecido a las causales de no reconocimiento contempladas en de la Convención de Nueva York.<sup>93</sup> En resumidas cuentas, las cortes de Estados Unidos ejecutarán medidas precautorias ordenadas por un tribunal arbitral a menos que: (1) el laudo haya sido procurado mediante corrupción o fraude; (2) los árbitros hayan sido parciales; (3) los árbitros se hayan comportado de tal forma que se afecten los derechos de

Israel transfirió el procedimiento estatal a un tribunal federal de primera instancia y solicitó la revocación del embargo. Justo en la mañana del día en que el tribunal federal fijó la audiencia para ventilar los alegatos de Israel, el tribunal arbitral AAA emitió un laudo ordenando que los montos derivados de la carta de crédito se depositaran en una cuenta especial de depósito (*escrow*) a nombre tanto de Israel como Sperry. La corte federal confirmó el laudo de la AAA y dejó sin efectos el embargo de Sperry. Israel apeló argumentando que la solución de los árbitros sobre el depósito era inconsistente con la revocación del primer *injunction* por la Corte de Apelación ya que, en opinión de Israel, la Corte de Apelaciones había determinado que Israel podía cobrar la carta de crédito sin causar a Sperry un daño irreparable. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito rechazó los argumentos de Israel aplicando los artículos 9 y 10 de la Ley Federal de Arbitraje (que esencialmente incorporan las causales de no reconocimiento de la Convención de Nueva York). La corte sostuvo que los árbitros no habían excedido sus facultades ni que el sentido del laudo era manifiestamente contrario a derecho. La corte hizo hincapié en la *amplia facultad de los árbitros* bajo derecho de Nueva York *para llegar a un resultado justo*, a tal grado que dicha *facultad abarca la posibilidad de tomar medidas de las que un tribunal nacional carecería*.

<sup>92</sup> Ver *Yasuda Fire & Marine Ins. Co. of Europe, Ltd. vs. Continental Casualty Co.*, 37 F.3d 345 (7th Cir. 1994) (en la que el reasegurador fue ordenado a presentar como garantía una carta de crédito haciendo énfasis en la importancia de los laudos interinos en la consecución de la meta que los laudos sean ejecutables); *Pacific Reinsurance Management Corp. vs. Ohio Reinsurance Corp.*, 935 F.2d 1019 (9th Cir. 1991) (en donde se ejecutó la "Orden Final Interina" que ordenaba que se realizaran pagos a una cuenta *escrow* sujeto a la conclusión del arbitraje); *Island Creek Coal Sales Co. vs. City of Gainesville, Florida*, 729 F.2d 1046 (6th Cir. 1984) (que confirmó la "Orden Interina" que una parte continuó a aceptar las entregas bajo un contrato de compra de carbón); *Konkar Maritime Enter., SA vs. Compagnie Belge D'Affretement*, 668 F. Supp. 267 (S.D.N.Y. 1987) (que sostuvo una orden de depósito de fondos a una cuenta *escrow*); *Southern Seas Navigation Limited of Monrovia vs. Petroleos Mexicanos of Mexico City*, 606 F. Supp. 692 (S.D.N.Y. 1985) (que sostuvo un laudo interino que reducía un gravamen en una embarcación durante la solución del conflicto).

<sup>93</sup> Artículo 10 de la Ley Federal de Arbitraje.



una de las partes; (4) los árbitros hayan excedido sus facultades o las hayan ejercido tan imperfectamente que un laudo final y definitivo sobre el objeto de la materia no haya sido obtenido.

Las cortes estadounidenses pueden modificar un laudo, a solicitud de una parte, únicamente en los siguientes (restringidos) casos:<sup>94</sup> (1) haya habido un error de cálculo en las cifras o una descripción equivocada; (2) los árbitros hicieron un laudo sobre cuestiones no sometidas a su jurisdicción; o (3) el laudo tiene un vicio de forma.

#### D. Medidas precautorias ordenadas por tribunales de Estados Unidos

Antes de que el tribunal arbitral se encuentre constituido y en funciones, y en ciertas circunstancias aun después de ello, una parte puede necesitar solicitar medidas precautorias urgentes de una corte nacional.<sup>95</sup> Las facultades de una corte estatal para ordenar este tipo de medidas están regidas por el derecho local.

Al margen de observar las reglas de arbitraje seleccionadas por las partes, cualquier restricción impuesta por las partes en el acuerdo arbitral y la *lex arbitri*, las facultades de los tribunales arbitrales regidos por derecho arbitral de Estados Unidos para ordenar medidas precautorias están en gran medida determinadas por precedentes judiciales.

Me saltaré el aspecto de las reglas de arbitraje y trataré directamente el derecho arbitral de Estados Unidos, que incluye la Convención de Nueva York.

No obstante que la Convención de Nueva York es omisa en la cuestión de medidas precautorias, su artículo II(3) obliga a las cortes de los Estados Parte hacer cumplir los acuerdos arbitrales.<sup>96</sup>

<sup>94</sup> Artículo 11 de la Ley Federal de Arbitraje.

<sup>95</sup> El ejemplo clásico bajo la doctrina y experiencia estadounidense es el solicitar un secuestro precautorio de cargamento encontrado en una embarcación que está a punto de zarpar cuando la titularidad o derechos sobre el mismo forma parte de la litis arbitral y que el arbitraje no ha comenzado o los árbitros no se encuentren disponibles.

<sup>96</sup> Dicho precepto establece: "El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable".

Varias cortes de Estados Unidos han interpretado que el artículo II(3) de la Convención de Nueva York prohíbe el ordenar secuestros en forma previa al comienzo del arbitraje razonando que hacerlo sería inconsistente con la jurisdicción de los árbitros. Esta línea de casos persiste a pesar de que decisiones extranjeras y opiniones autoritativas interpretan al artículo II(3) como compatible con medidas precautorias emitidas por cortes estatales.<sup>97</sup>

El caso más importante al respecto es *McCreary Tire & Rubber Co. vs. CEAT, SpA*.<sup>98</sup> McCreary versó sobre un contrato de distribución que contemplaba arbitraje CCI en Bélgica. Cuando surgió la controversia, McCreary demandó ante el tribunal federal de primera instancia de Massachusetts. La corte remitió a las partes al arbitraje con fundamento en la cláusula arbitral encontrada en el mismo desechando la acción. McCreary posteriormente demandó ante el tribunal federal de primera instancia en Pennsylvania, donde solicitó un embargo precautorio de los fondos adeudados a CEAT por un banco de Pennsylvania. En apelación, el Tercer Circuito de la Corte de Apelaciones (con jurisdicción en Pennsylvania), fundamentándose en el artículo II(3) de la Convención de Nueva York, sostuvo que no podía otorgarse el secuestro precautorio y que las partes deben ser remitidas al arbitraje. En su parte relevante, la corte determinó:

Lo que se observa evidente es que [la acción de McCreary ante la corte federal] es una violación del convenio de McCreary de someter sus controversias al arbitraje... Es posible que los embargos en el extranjero estén disponibles para la ejecución del laudo arbitral. Esta demanda no busca ejecutar un laudo arbitral mediante un embargo extranjero. Busca pasar por alto el acuerdo sobre el método de solución de controversias. Esta contravención está prohibida por la Convención [de Nueva York]. ... La Convención prohíbe a las cortes de un estado contratante admitir una demanda que viole el acuerdo arbitral. De este modo, la postura que el arbitraje es simplemente otro

<sup>97</sup> Por ejemplo, Albert Jan van den Berg opina que la doctrina de *McCreary* (que a continuación se tratará) debería ser rechazada puesto que la Convención de Nueva York no debe interpretarse en el sentido de proscribir medidas provisionales ("...the *McCreary doctrine* should be rejected as the [New York] Convention must be held, in general, not to preclude provisional remedies...") (Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, p. 142.)

<sup>98</sup> 501 F.2d 1032 (3d Cir. 1974).

método de juicio, al cual le son aplicables los recursos locales provisionales, es insostenible".<sup>99</sup>

Algunas cortes estadounidenses han seguido la estela de McCreary sosteniendo que la Convención de Nueva York impide embargos anteriores al juicio. Por ejemplo, en *Cooper vs. Ateliers de la Motobecane*,<sup>100</sup> la Corte de Apelación de Nueva York sostuvo que la Convención de Nueva York prohibía un secuestro precautorio anterior a juicio aparentemente dirigido a evadir un arbitraje en Suiza.

Otras cortes han llegado a la conclusión opuesta. El caso principal es *Carolina Power & Light Co. vs. Uranex*,<sup>101</sup> en el cual un tribunal federal de primera instancia de California otorgó un secuestro precautorio anterior a juicio en asistencia de un arbitraje internacional en Nueva York, razonando que la argumentación de McCreary era "inconvincente"<sup>102</sup> y que "no hay indicación en el texto ni teteología aparente de la Convención [de Nueva York] que recurrir al secuestro precautorio antes de juicio debe ser precluido".<sup>103</sup>

Otras cortes estadounidenses han adoptado una postura ecléctica distinguiendo entre los secuestros precautorios anteriores a juicio como los que se ventilaban en los casos *McCreary* y *Cooper*, de otro tipo de medidas precautorias tales como mandamientos judiciales ("preliminary injunction"). Por ejemplo, en *Borden, Inc. vs. Meiji Milk Products Co.*,<sup>104</sup> un tribunal de segunda instancia<sup>105</sup> confirmó

<sup>99</sup> "What is plainly there to see is that [McCreary's federal court action] is a violation of McCreary's agreement to submit the underlying disputes to arbitration. ... Quite possibly, foreign attachment may be available for the enforcement of an arbitration award. This complaint does not seek to enforce an arbitration award by foreign attachment. It seeks to bypass the agreed upon method of settling disputes. Such a bypass is prohibited by the [New York] Convention. ... The Convention forbids the courts of a contracting state from entertaining a suit which violates an agreement to arbitrate. Thus, the contention that arbitration is merely another method of trial, to which state provisional remedies should equally apply, is unavailable". (501 F.2d 1032, 1038 (3d Cir. 1974) (trad. del autor).

<sup>100</sup> 456 N.Y.S.2d 728 (Ct. App. 1982).

<sup>101</sup> 451 F.Supp. 1044 (N.D. Calif. 1977).

<sup>102</sup> "[I do] not find the reasoning of McCreary convincing" fueron sus palabras exactas.

<sup>103</sup> Para ser fiel a lo que dijo, repetiré el texto exacto: "[there] is no indication in either the text or the apparent policies of the Convention that resort to prejudgment attachment was to be precluded."

<sup>104</sup> *Borden, Inc. vs. Meiji Milk Products Co.*, 919 F.2d 822 (2d Cir. 1990).

<sup>105</sup> El Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos.

una orden emitida por un tribunal federal de primera instancia otorgando un mandamiento judicial ("preliminary injunction") en asistencia a un arbitraje.

Como seguramente el lector se ha percatado, los precedentes de Estados Unidos sobre el impacto del artículo II(3) de la Convención de Nueva York son contradictorios. La circunstancia anterior trae como resultado lo que en el argot internacional se conoce como *forum shopping*; es decir, la conducta estratégica soslayada por litigantes al preferir demandar en ciertas jurisdicciones que en otras por ser su derecho (sustantivo o adjetivo) más favorable a las pretensiones de su cliente. Este fenómeno, aunque no es *per se* objeto de repudio, es el resultado de una disparidad jurídica y debe ser evitado mediante la correcta confección de normas jurídicas. Sin embargo, lejos de generar un dolor de cabeza, puede trazarse una ruta estratégica de las mismas e inferirse la siguiente lección: las cortes de Estados Unidos recibirán positivamente solicitudes de medidas precautorias que busquen facilitar el arbitraje (ya sea que aún no haya comenzado o se encuentre en progreso), pero verán con malos ojos y rechazarán aquellas solicitudes —particularmente de embargos anteriores al juicio— que puedan frustrar el arbitraje.

En este contexto es interesante mencionar que el estado de Nueva York ha adoptado legislación que específicamente permite embargos o mandamientos judiciales ("injunctions") en asistencia del arbitraje en aquellos casos en que el laudo puede resultar ineficaz si no se adopta dicha asistencia provisional.<sup>106</sup> Este precepto fue interpre-

<sup>106</sup> La sección 7502(c) del New York Civil Practice Law and Rules establece: "Provisional remedies. The supreme court in the county in which an arbitration is pending, or, if not yet commenced, in a county specified in subdivision (a), may entertain an application for an order of attachment or for a preliminary injunction in connection with an arbitrable controversy, but only upon the ground that the award to which the applicant may be entitled may be rendered ineffectual without such provisional relief. ... The provisions of article 62 and 63 of this chapter [relating to attachments and injunctions] shall apply to the application, including those relating to undertakings and to the time for commencement of an action (arbitration shall be deemed an action for this purpose) if the application is made before commencement, except that the sole ground for the granting of the remedy shall be as stated above. The form of the application shall be as provided in subdivision (a)". [New York Civil Practice Law and Rules, §7502(c)].

Es de notarse que estas medidas no están disponibles en casos internacionales bajo el capítulo de la Convención de Nueva York de la FAA. (*Drexel Burnham Lambert, Inc. vs. Reubsamen*, 531 N.Y.S.2d 547 (App. Div. 1988)).

tado aun por encima de *Cooper en Alvenus Shipping Co. vs. Delta Petroleum*,<sup>107</sup> donde un tribunal federal de primera instancia<sup>108</sup> determinó que *Cooper* no era un obstáculo para un mandamiento judicial ("injunction") en apoyo a un arbitraje puesto que, *inter alia*, la decisión era anterior a dicha legislación.

#### E. El estándar que aplicará una corte de Estados Unidos para emitir una medida precautoria

En virtud de que la Convención de Nueva York y la Ley Federal de Arbitraje son omisas al respecto, los requisitos que una corte de E.U. exigirá para emitir una medida precautoria emanan de la judicatura.

Las reglas del *common law* en materia de mandamientos judiciales ("injunctions") son las más claras al respecto. Si bien los criterios varían de una jurisdicción a otra, en términos generales las cortes de Estados Unidos ejercerán su discreción para emitir un *injunction* en apoyo de un arbitraje cuando se pruebe:<sup>109</sup> (1) daño irreparable; y (2) ya sea (a) posibilidad de éxito<sup>110</sup> o (b) que la controversia sea lo suficientemente seria y la mayoría de los aspectos negativos sean en detrimento de la parte que solicita el *injunction*.<sup>111</sup>

Con respecto a otras medidas precautorias, tales como embargos y garantías de los costos, el principio general es que la parte que solicite la medida debe demostrar que es necesaria para proteger el procedimiento arbitral.<sup>112</sup> La corte que la ventile no tiene que —ni debe— prejuzgar los puntos controvertidos para emitir la medida precautoria en cuestión.

Para concluir, quiero hacer notar que no es necesario que la parte que solicita las medidas precautorias de una corte estatal estadouni-

<sup>107</sup> 876 F. Supp. 482 (S.D.N.Y. 1994).

<sup>108</sup> Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito del Sur de Nueva York.

<sup>109</sup> A guisa de ejemplo, ver, *Rogers, Burgun, Shahine & Deschler, Inc. vs. Dongsan Construction Co.*, 598 F.Supp. 754 (S.D.N.Y. 1984), que cita *Jackson Dairy, Inc. vs. H.P. Hood & Sons, Inc.*, 596 F.2d 70, 72 (2d Cir. 1979).

<sup>110</sup> "Likelihood of success on the merits".

<sup>111</sup> Para utilizar los términos exactos: "sufficiently serious issues on the merits to justify litigation and the balance of hardship leaning toward the party requesting the injunction".

<sup>112</sup> Ver, por ejemplo, *Ortho Pharmaceutical Corp. vs. Amgen, Inc.*, 882 F.2d 806, 812 (3d Cir. 1989).

dense esté involucrada en un arbitraje con sede en los Estados Unidos. La facultad de las cortes estadounidenses para emitir medidas precautorias no se encuentra condicionada a que los arbitrajes se estén llevando en Estados Unidos o bajo las leyes de Estados Unidos; se extiende también a la asistencia de arbitrajes seguidos bajo otras legislaciones arbitrales.<sup>113</sup>

#### F. Lecciones de la experiencia estadounidense

La explicación elaborada arroja lecciones tanto positivas como negativas. Las positivas son:

- a) Existe una actitud judicial pro-arbitraje que hace que los tribunales estadounidenses no interfieran con el arbitraje.
- b) Los tribunales estadounidenses muestran una tendencia a desecher las solicitudes por las partes que pueden entorpecer el procedimiento arbitral.
- c) Las medidas que los tribunales estadounidenses adoptan buscan darle efectos al pacto de arbitrar mediante la adopción de medidas que el tribunal arbitral no puede ejecutar por carecer de imperio frente a las partes.
- d) Los tribunales estadounidenses ejecutan medidas precautorias ordenadas por el tribunal arbitral, aun cuando el tipo de medida no pudiere ser adoptada por el tribunal estatal.

Las lecciones negativas son:

- a) Algunos tribunales han interpretado que el acuerdo arbitral les prohíbe adoptar medidas, con anterioridad al arbitraje, que buscan darle eficacia al mismo.

<sup>113</sup> A manera de ejemplo, *confere Tampimex Oil Ltd. vs. Latina Trading Corp.*, 558 F.Supp. 1201 (S.D.N.Y. 1983) en el cual se otorgó un embargo de una cuenta bancaria en Nueva York en asistencia de un arbitraje en Londres; *Atlas Chartering Services vs. World Trade Group*, 453 F.Supp. 861, 863 (S.D.N.Y. 1978) en el cual se embargaron dos cuentas en Nueva York en asistencia de un arbitraje en Londres; *Andros Compania Maritima SA vs. Andre and Cie*, 430 F.Supp. 88 (S.D.N.Y. 1977) en el cual se embargó una embarcación en asistencia de un arbitraje en Londres; *Paramount Carriers Corp. vs. Cook Industries*, 456 F.Supp. 598 (S.D.N.Y. 1979) (same); *Carolina Power & Light Co. vs. Uranex*, 451 F.Supp. 1044 (N.D. Calif. 1977).

- b) Distintas jurisdicciones han adoptado soluciones divergentes a situaciones similares en relación con la procedibilidad de medidas precautorias lo cual invita a *forum shopping* por litigantes.

## 2. Francia

### A. Antecedentes

Hasta 1981 el tema de las medidas precautorias no había sido regulado. El 12 de mayo de dicho año se introdujo una reforma que ha servido de cimiento jurídico de jurisprudencia y doctrina que constituyen las fuentes más importantes de regulación de este tema.<sup>114</sup>

### B. Regulación

Si bien existe la posibilidad de acudir a un tribunal estatal francés para solicitar una medida precautoria no obstante la existencia de un acuerdo arbitral,<sup>115</sup> la tendencia jurisprudencial es de afirmar la posibilidad de renunciar al derecho de solicitar las mismas de un tribunal estatal francés.<sup>116</sup> Dicha renuncia puede resultar de un pacto expreso de las partes o de reglas arbitrales.<sup>117</sup> Sin embargo, la renuncia no se extiende implícitamente al derecho de hacerse valer de una medida de *référé* (la cual se comentará). En la medida que la función del juez francés es la de llenar las lagunas o insuficiencias pasajeras del procedimiento arbitral, un acreedor que reúna los requisitos aplicables (urgencia y clara apariencia de derecho) podrá solicitar la emisión de la medida precautoria.<sup>118</sup>

<sup>114</sup> Mediante la inclusión de los artículos 1492 a 1507 del *Nouveau Code de Procédure Civile*.

<sup>115</sup> Véase *Société d'exploitation du cinéma REX vs. Rex*, Corte de Casación, 3er Civ., 7 de junio de 1979.

<sup>116</sup> Matthieu de Boissésou *Le Droit Français de l'arbitrage interne et international*, GNL-éditions, p. 759.

<sup>117</sup> *Atlantic Triton*, *Arrêt* de la Corte de Casación de fecha 18 de noviembre de 1986.

<sup>118</sup> *République islamique d'Iran et autres vs. Société Framatome et autres*; así como *OEAI et autres vs. Eurodif et autres*, Corte de Casación, Civ. 1er, 20 de marzo de 1989.

La jurisprudencia de la Corte de Casación hace una distinción dependiendo de si el tribunal arbitral está constituido o no. Mientras no se haya constituido un tribunal arbitral, el juez *des référés* conserva su competencia para otorgar una provisión a la parte que pueda probar un derecho que no esté seriamente controvertido.<sup>119</sup> Una vez constituido el tribunal arbitral, el juez *des référés* se torna incompetente.<sup>120</sup>

### C. Procedimiento Référé

En resumidas cuentas, un procedimiento *en référé* permite a un acreedor beneficiarse de procedimientos de emergencia para hacer ejecutar sus derechos en forma inmediata cuando dichos derechos no están "seriamente controvertidos".<sup>121</sup> Existen dos requisitos: (a) que el tribunal no se haya constituido; y (b) que exista urgencia.

Las medidas que el juez *des référés* puede decretar son:<sup>122</sup> designar un mandatario para conservar las pruebas, nombrar un administrador judicial, un secuestro de bienes, designar a un experto o emitir una orden de no hacer.<sup>123</sup>

El motivo de una institución tan veloz es brindarle a los acreedores una medida para proteger sus derechos, restar efectos a las tácticas dilatorias de malos deudores y coadyuvar con el objetivo de moralizar las relaciones contractuales.<sup>124</sup>

La existencia de dicha institución,<sup>125</sup> y sus beneficios, ha dado origen a su emulación mediante un procedimiento similar con un matiz arbitral. A continuación lo trataré.

### D. Reglamento Referee de la CCI

La CCI emitió el 1 de enero de 1990 el Reglamento CCI para Procedimientos Pre-Arbitrales de Referee ("*ICC Rules for Pre-Arbitral*

<sup>119</sup> Corte de Casación, 18 de junio de 1986.

<sup>120</sup> Caso *Eurodif*, Corte de Casación, 14 de marzo de 1984.

<sup>121</sup> Artículos 809 y 873 del *Nouveau Code de Procédure Civile*.

<sup>122</sup> Matthieu de Boissésou, pp. 254 y 257.

<sup>123</sup> *Injunction* en inglés, *astreinte* en francés.

<sup>124</sup> NORMAND, citado por DE BOISSÉSON, p. 762.

<sup>125</sup> Francia no es la única jurisdicción que contempla esta institución, también los Países Bajos (artículo 289 *et seq.*, Código de Procedimientos Civiles de los Países Bajos).

*Referee Procedure*”, el “Reglamento Referee CCI”). Dicho reglamento contempla un procedimiento mediante el cual pueden adoptarse medidas inmediatas al surgir problemas en una relación contractual. El Reglamento Referee CCI está diseñado para resolver la siguiente necesidad: acudir, en un lapso muy rápido, a un tercero facultado para tomar medidas precautorias con carácter de urgente, mismas que no pueden esperar a la emisión del laudo.

El Reglamento Referee CCI no usurpa la jurisdicción del juez o árbitro competente para eventualmente resolver los puntos en controversia.

En términos generales, el procedimiento es el siguiente. En presencia de un acuerdo que contemple la posibilidad de acudir al Reglamento Referee CCI, quien solicite la medida deberá presentar la solicitud de Referee a la CCI. La contraparte debe contestar en un lapso de ocho días mediante el método más rápido de comunicación. En caso de que no exista acuerdo entre las partes sobre quién fungirá como Referee, el Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI lo designará. El Referee debe rendir su respuesta en un lapso de 30 días. Los poderes del Referee son, salvo pacto en contrario:<sup>126</sup>

- Ordenar cualquier medida precautoria o de restauración que sea urgente y necesaria para prevenir ya sea un daño o pérdida irreparable y para salvaguardar cualesquiera derechos de las partes.
- Ordenar a una parte a pagar a otra un pago debido.
- Ordenar a una parte a tomar cualquier paso que deba ser tomado de conformidad con el contrato, incluyendo la firma de cualquier documento.
- Ordenar cualquier medida que busque preservar u obtener pruebas.

Las partes están obligadas a implementar la medida ordenada por el Referee y se tiene por renunciado el derecho a cualquier recurso para oponerse a la orden del Referee.

Salvo pacto en contrario, el Referee no debe fungir como árbitro.

A la fecha de elaboración de este estudio, desde su emisión el primero de enero de 1990 sólo se han registrado cinco casos bajo el Reglamento Referee CCI.

<sup>126</sup> Artículo 2 del Reglamento Referee CCI.

### 3. Otras legislaciones

La posibilidad de que un tribunal emita medidas precautorias, con o sin apoyo de tribunales estatales, ha sido generalizada en legislaciones arbitrales avanzadas (por ejemplo, Suiza,<sup>127</sup> Países Bajos<sup>128</sup> y Reino Unido),<sup>129</sup> así como otras no tan avanzadas —con algunos matices— (por ejemplo, Egipto<sup>130</sup> y Oman,<sup>131</sup> que revirtieron la regla tradicional reflejada en el artículo 17 de la Ley Modelo requiriendo que las partes autoricen expresamente al tribunal arbitral a emitir medidas precautorias).

### 4. Esfuerzos internacionales

#### A. UNCITRAL

Desde 1999 la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI” o “UNCITRAL” por sus siglas en inglés) se ha abocado a elaborar ciertas normas en algunas áreas del arbitraje comercial internacional. Entre ellas está la de medidas precautorias. Actualmente se está discutiendo una modificación al artículo 17 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional que versa sobre la facultad del tribunal arbitral de emitir medidas precautorias.<sup>132</sup>

El texto más reciente, mas no final, aborda las siguientes áreas:<sup>133</sup> a) el derecho de las partes de restarle facultad al tribunal para emitir medidas precautorias; b) la naturaleza temporal y objetivos que pueden buscar lograr las medidas precautorias; c) los requisitos que debe reunir una parte para la emisión de una medida precautoria; d) la posibilidad de requerir garantía por la emisión de la misma; e) la posi-

<sup>127</sup> Artículo 183 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987 (*Loi fédérale sur le droit international privé*) y artículo 26 de la Convención Inter-Cantonal sobre Arbitraje (*Concordat sur l'arbitrage*) del 27 de marzo de 1969.

<sup>128</sup> Artículo 1056 del Código de Procedimientos Civiles.

<sup>129</sup> Artículos 42, 43 y 44 de la Ley de Arbitraje de 1996.

<sup>130</sup> Artículo 24 de la Ley de Arbitraje de 1994.

<sup>131</sup> Artículo 24 de la Ley de Arbitraje de 1997.

<sup>132</sup> A/CN.9/487, párrafo 64.

<sup>133</sup> A/CN.9/WG.II/WP.123, 3 de abril de 2003.

bilidad de modificar la medida por el paso del tiempo; f) el deber de la parte que solicita la medida de informar al tribunal cambios importantes de las circunstancias que motivaron la emisión de la medida; g) la posibilidad de emisión de medidas *ex-parte* así como la responsabilidad que de ello surja y demás requisitos aplicables; y h) la facultad y jurisdicción implícita del tribunal arbitral para abordar todas las cuestiones relacionadas con las medidas precautorias.

En virtud de que el texto aludido no es final, no lo abordaré. Tan sólo tengo dos comentarios al respecto. El texto actual refleja una interesante cristalización de la práctica y derecho internacional de la materia. Sin embargo, y no obstante que considero útil y plausible la existencia de dichas labores, cuestiono la conveniencia de modificar las legislaciones que actualmente contemplan lo dispuesto (en el artículo 17) de la Ley Modelo de la UNCITRAL para reflejar el texto que resulte de lo anterior. Ello por dos motivos: (i) no agrega nada puesto que la práctica actual, sin la modificación, es seguir dichos lineamientos;<sup>134</sup> y (ii) en cambio, puede ser limitativo o invitar un incremento en el nivel de revisión por los tribunales estatales del modo en el cual los tribunales arbitrales conllevan los procedimientos arbitrales.

### B. La Asociación de Derecho Internacional

La Asociación de Derecho Internacional (*International Law Association*, "ILA"), en su 67a. Conferencia celebrada en 1996, aprobó los "*Principios sobre las Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales*" que buscan establecer reglas relacionadas con las medidas precautorias en *litigios* (no arbitrajes) internacionales. No obstante que dichas reglas no aplican al arbitraje, coadyuvan al desarrollo de la materia y la formación de un consenso internacional sobre la materia.

### C. American Law Institute/UNIDROIT

El American Law Institute y la UNIDROIT unieron esfuerzos para crear un proyecto de principios fundamentales y normas de procedi-

<sup>134</sup> Es decir, sin la mención expresa de los cánones que se están detallando por la UNCITRAL, el procedimiento de razonamiento que siguen los árbitros experimentados es el mismo.

miento civil transnacional. En los mismos se incluyen principios en relación con medidas cautelares.

### D. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

En el foro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se ha discutido un Proyecto de Convención sobre competencia judicial y el reconocimiento de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil. Dicho proyecto toca el tema de las medidas precautorias.

## V. DERECHO MEXICANO

No existe uniformidad legislativa acerca de la facultad de un tribunal arbitral para emitir medidas precautorias. Mientras las leyes de ciertos países las permiten dando unas facultades amplias para su emisión al tribunal arbitral,<sup>135</sup> otros reservan dicha facultad a los tribunales estatales.<sup>136</sup> Sin embargo, existe una tendencia legislativa en los países que promueven el arbitraje —particularmente en aquellos con legislaciones arbitrales avanzadas— de dar a los árbitros amplia libertad para otorgar medidas precautorias.

La legislación mexicana contempla una jurisdicción concurrente entre los tribunales mexicanos y los tribunales arbitrales en relación con la emisión de medidas precautorias, a menos que las partes hayan pactado lo contrario.

El principio de jurisdicción concurrente tiene tres consecuencias: (1) las partes pueden solicitar de tribunales estatales la emisión de medidas precautorias no obstante la existencia de un acuerdo arbitral; (2) la solicitud de medidas precautorias de un tribunal estatal no constituye una renuncia al derecho a arbitrar; y (3) el tribunal arbitral tiene jurisdicción para emitir medidas precautorias.

Si bien existe la posibilidad de solicitar medidas precautorias tanto de un tribunal estatal como de un tribunal arbitral, el fundamento,

<sup>135</sup> Por ejemplo, Suiza y las jurisdicciones que han adoptado la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional.

<sup>136</sup> Por ejemplo, Argentina e Italia.

requisitos de procedibilidad y límites de la facultad de cada uno varía en forma importante. Ello se tratará de la siguiente manera:

1. La facultad del tribunal arbitral para emitir medidas precautorias.
2. La facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral.
3. La facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias una vez constituido el tribunal arbitral.
4. El marco jurídico aplicable al juez mexicano en materia de medidas precautorias relacionadas con arbitraje.

### 1. Facultad del Tribunal Arbitral para emitir medidas precautorias

Uno de los efectos legales del acuerdo arbitral es el otorgamiento por las partes a un tribunal arbitral de jurisdicción para resolver una controversia, lo cual abarca la facultad de emitir las medidas que logran o forman parte de dicho objetivo, incluyendo medidas precautorias. Es decir, la facultad *específica* de emitir una medida precautoria se concibe como inherente a (y parte de) la facultad *general* de resolver la controversia.

Si bien el derecho vigente es claro al respecto,<sup>137</sup> no siempre lo fue.<sup>138</sup> Sin embargo, inclusive ante ausencia de disposición expresa, los tribunales arbitrales emitían medidas precautorias con fundamento en la facultad inherente para ello derivada de su misión de resolver la controversia.<sup>139</sup>

<sup>137</sup> Artículo 1433 del Código de Comercio.

<sup>138</sup> Si bien existe consenso acerca de la facultad de un tribunal arbitral para ordenar medidas precautorias en el arbitraje, existió cierta divergencia en cuanto a algunos aspectos relacionados con ello entre el grupo de trabajo que redactó el artículo 17 de la Ley Modelo (que es el equivalente al 1433 del Código de Comercio). Uno de ellos fue si la facultad del tribunal arbitral de otorgar medidas precautorias estaba condicionada al acuerdo expreso de las partes al respecto, o si debería entenderse que el tribunal arbitral cuenta con dicha facultad a menos que las partes dispongan lo contrario. El segundo método prevaleció y el texto es claro al respecto. Por consiguiente, ya no hay lugar a duda acerca de la facultad implícita del tribunal arbitral para emitir dichas medidas.

<sup>139</sup> Ver Eric Schwartz, *The Practices and Experience of the ICC Court, in Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, ICC Publication núm. 519, 1993.

La facultad del tribunal arbitral está limitada en dos aspectos: (1) alcance y (2) su ejecutabilidad.

#### A. Alcance

La facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas precautorias es amplia con respecto al tipo de medidas que pueden otorgarse, pero restrictiva en cuanto a sus destinatarios.

El alcance de la facultad de un tribunal arbitral para emitir medidas precautorias fue un tema controvertido en la redacción del (antecesor del) artículo 1433. La elección en el texto final del término "providencias precautorias"<sup>140</sup> obedeció al deseo de adoptar una fórmula genérica que no descartara *a priori* cualquier medida. Por consiguiente, el límite en cuanto a las medidas que puede emitir un tribunal arbitral no es jurídico, sino fáctico: la imaginación del tribunal arbitral y las circunstancias del caso.<sup>141</sup>

La facultad del tribunal de emitir medidas "*necesarias respecto del objeto de litigio*",<sup>142</sup> en ocasiones se ha entendido que limita la facultad del tribunal de emitir medidas que versen sobre el objeto<sup>143</sup> materia de litigio, mas no se extiende a otro tipo de medidas.<sup>144</sup> Esta interpretación ha sido superada. El texto "*respecto del objeto de litigio*" obedece al deseo de los redactores del (antecesor del) artículo 1433 de no limitar la facultad de emisión de medidas precautorias al objeto o materia de la controversia, sino a emitir cualesquiera otras

<sup>140</sup> "*Interim measures of protection*" en inglés.

<sup>141</sup> El comentario analítico del artículo 17 de la Ley Modelo menciona como ejemplos prácticos: medidas diseñadas a "estabilizar" una relación de larga duración, el mantenimiento de maquinaria, la continuación de una fase de una construcción con la finalidad de evitar un daño irreparable, y una orden para asegurar pruebas que de otra manera estarían indisponibles en etapas subsecuentes del procedimiento.

<sup>142</sup> El precepto establece, literalmente: "*Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar la adopción de las providencias precautorias necesarias respecto del objeto de litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía suficiente en relación con esas medidas*" (énfasis agregado).

<sup>143</sup> "*Subject matter*" en inglés.

<sup>144</sup> Por ejemplo, si la controversia radica sobre la titularidad de acciones, que las mismas puedan ser depositadas en manos de un tercero quien las administre durante el procedimiento arbitral, mas no podría decretarse que una de las partes otorgue una garantía sobre el monto en controversia.

medidas que juzgue apropiadas dadas las circunstancias.<sup>145</sup> Una medida típica que el tribunal arbitral podría ordenar es cualquiera que las partes pudieran diseñar contractualmente.<sup>146</sup>

En lo que se refiere al alcance personal de las medidas, éste es limitado. El tribunal no puede emitir medidas que estén destinadas a terceros que no formen parte de la controversia. Ello fue el deseo expreso de los redactores de dicho artículo.<sup>147</sup>

### B. Ejecutabilidad

La segunda limitante a la facultad del tribunal arbitral en materia de medidas precautorias es su ejecutabilidad. La razón es obvia: la falta de imperio de los árbitros. En efecto, en virtud de que la naturaleza del arbitraje es contractual, los árbitros carecen de facultades coercitivas *vis-à-vis* las partes en disputa. Por consiguiente, la sanción derivada del incumplimiento de las medidas dictadas por un tribunal arbitral son de tipo fáctico, no jurídico: la facultad del tribunal arbitral de derivar las inferencias adversas que estime apropiadas de la negativa de una parte de cumplir con una orden del tribunal al momento de fundar y motivar el laudo.

Únicamente un juez puede obligar a una parte en un procedimiento o a un tercero a observar una medida precautoria o a presentar pruebas en un procedimiento, ya sea litigio o arbitraje. A efecto de cooperar con el arbitraje e incrementar su eficacia, algunas leyes arbitrales le brindan el derecho a las partes,<sup>148</sup> —¡e inclusive en al-

<sup>145</sup> Por ejemplo: medidas para preservar bienes ante terceros, la venta de perecederos, cartas de crédito, utilización de maquinaria, continuación de construcciones no obstante la disputa, preservación de pruebas, etcétera.

<sup>146</sup> BROCHES, *The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1990, p. 92.

<sup>147</sup> Dicha limitante queda más clara en la versión en inglés de dicho artículo que establece: "Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject matter of the dispute. The tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure" (énfasis añadido).

<sup>148</sup> Por ejemplo, Reino Unido (artículo 43 de la *1996 Arbitration Act*); Estados Unidos [Sección 7 de la *FAA* de 1925 (9 U.S.C.A. §7)]; Suecia (Sección 26 de la *1999 Swedish Arbitration Act* de 1999); en lo que concierne a Francia, el Nuevo Código de Procedimiento

gunos casos a los árbitros!<sup>149</sup>— para solicitar a un juez local ayuda en la obtención de pruebas.

La posibilidad de otorgar la facultad al tribunal de solicitar la asistencia de los tribunales nacionales para ejecutar una medida precautoria fue ventilada por los redactores de la *Ley Modelo*.<sup>150</sup> No obstante, la opinión prevaleciente fue en el sentido de que no debería adoptarse dicha medida a nivel de la *Ley Modelo* puesto que versaba sobre un aspecto relacionado con el derecho procesal nacional y, en específico, competencia judicial y era improbable que, en caso de incluir una disposición al respecto, ello fuera aprobado por varias jurisdicciones. Más aún, la facultad para ordenar medidas precautorias era ya valiosa, aun sin su ejecutabilidad judicial.<sup>151</sup>

La postura legislativa que puede seguirse al adoptar la *Ley Modelo* puede oscilar entre procurar la cooperación judicial al arbitraje mediante una disposición expresa al respecto, o no modificar el artículo en cuestión, en cuyo caso la posibilidad de asistencia judicial es un tema abierto y discutible puesto que la ausencia de disposición expresa al respecto implica la proscripción de la misma.

Un aspecto práctico tratado por el grupo de trabajo fue la posibilidad de facultar al tribunal arbitral para requerir algún tipo de garantía por los costos de una medida precautoria que ordene y la posibilidad que dicha garantía abarque los daños y perjuicios que la medida pudiere causar.<sup>152</sup> La postura que prevaleció fue utilizar el término "garantía suficiente",<sup>153</sup> lo cual negaría cualquier límite implícito en

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 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.

<sup>149</sup> Reino Unido [artículo 44 de la *Ley de Arbitraje* de 1996 (1996 *Arbitration Act*)]; Estados Unidos [Sección 7 de la *FAA* (9 U.S.C.A. §7)]; Suiza [artículo 184(2) de la *Ley de Derecho Internacional Privado Suizo*]; artículo 27 de la *Ley Modelo* de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 1444 del Código de Comercio de México y, hasta cierto punto, el Reino Unido [artículo 44 de la *Ley de Arbitraje* de 1996 (1996 *Arbitration Act*)].

<sup>150</sup> Doc. A/CN.9/245, para. 70.

<sup>151</sup> BROCHES, Aron, *The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1990, p. 92.

<sup>152</sup> Curiosamente, la propuesta fue hecha por el delegado mexicano (Doc. A/CN.9/SR.316, para. 39); BROCHES, p. 92.

<sup>153</sup> "Appropriate security" en inglés.



la garantía para los costos de la medida precautoria. Por consiguiente, el texto actual abarca la posibilidad de que la garantía en cuestión prevea los daños de una parte a discreción del tribunal arbitral.

Un tema no tratado es la posibilidad de que una parte solicite una orden del tribunal arbitral y la otra parte solicite una orden contradictoria de un tribunal estatal en otro Estado. El grupo de trabajo decidió que dicho tema debería ser resuelto mediante la legislación local.<sup>154</sup> El derecho mexicano no establece nada al respecto. En mi opinión, en caso de dicho conflicto, debe prevalecer la competencia del tribunal arbitral para emitir la medida. La única excepción a ello lo puede ser el caso que la parte que solicita la medida precautoria pruebe que existe "urgencia".

### C. Obtención de pruebas

En este contexto vale la pena mencionar un tema distinto, pero relacionado: la facultad de un tribunal arbitral de solicitar la asistencia judicial en la obtención y/o desahogo de pruebas. Es interesante notar que el derecho mexicano aplicable es avanzado al respecto puesto que brinda el derecho tanto a las partes como al tribunal arbitral para solicitar la ayuda de los jueces nacionales en la obtención de pruebas. Al respecto, la ley mexicana de arbitraje establece:

Artículo 1444. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación de éste, podrá solicitar la asistencia del juez para el desahogo de pruebas.

La razón que motivó dicho precepto fue evitar que el procedimiento arbitral se empantanara por la falta de poder del tribunal arbitral para obligar a la comparecencia de un testigo, presentar documentos o para tener acceso a bienes para su inspección.<sup>155</sup> Para remediar dicha situación y brindar eficacia al procedimiento arbitral se estableció el deber de los tribunales locales de "prestar su imperio" en ayuda del arbitraje. Cómo tendría lugar esta ayuda es un tema que se define, resuelve y limita por el derecho procesal nacional.<sup>156</sup>

<sup>154</sup> Doc. A/CN.9/SR.316, para 36, BROCHES, p. 91.

<sup>155</sup> BROCHES, p. 137.

<sup>156</sup> Es decir, con las medidas de apremio con las que cuenta el juez en cuestión, para lo cual hay que consultar el Código de Comercio. Lo anterior no es un caso de suplencia de la

El que pueda no siempre debe traducirse en que deba. Existen diversos casos internacionales que sirven como ejemplo de situaciones en las que es cuestionable que los tribunales nacionales debieron haber interferido con el procedimiento arbitral.<sup>157</sup> Sin deseo de abundar en ello, vale la pena mencionar que un tribunal mexicano al que se le solicite emitir una medida precautoria debe ser conservador al actuar y cerciorarse que la medida no perjudicará el desarrollo del procedimiento arbitral.

## 2. Facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias con anterioridad a la constitución del Tribunal Arbitral

La existencia de un acuerdo arbitral, y la atribución de jurisdicción para resolver la controversia que ello conlleva, no impide que las partes acudan, en forma excepcional, a solicitar la medida precautoria de un tribunal estatal.<sup>158</sup>

Es decir, la posibilidad de solicitar una medida precautoria de un tribunal estatal puede entenderse como una excepción al principio que *todas* las controversias (y los aspectos relacionados con las mismas, dentro de lo cual figuran las medidas precautorias) que surjan de una relación jurídica sujeta a un acuerdo arbitral, serán resueltas mediante arbitraje, quedando los tribunales estatales (que en ausen-

ley mexicana de arbitraje por el Código de Comercio puesto que se trata del régimen procesal (*lex fori*) del juez, no del árbitro.

<sup>157</sup> Por ejemplo el caso *Channel Tunnel Group vs. Balfour Beatty Ltd.* [1993] A. C. 334, en el cual los tres tribunales involucrados [el juez de primera instancia, la Corte de Apelación (*Court of Appeal*) y el *House of Lords*] emitieron respuestas distintas sobre la actitud que deben desplegar los tribunales locales ante la facultad de emitir medidas precautorias en apoyo al arbitraje. Para concluir la moraleja vale la pena recordar lo que sostuvo el *House of Lords* al respecto: "It is true that mandatory interlocutory relief may be granted even where it substantially overlaps the final relief claimed (...) the court should approach the making of such an order with utmost caution and should be prepared to act only when the balance of advantage plainly favours the grant of relief. (...)" (id. p. 367.) ("Es cierto que pueden emitirse medidas precautorias interlocutorias aun cuando se traslapen en forma sustancial con las peticiones solicitadas por las partes (...) las cortes deben tener cuidado extremo al afrontar la emisión de una orden de dicha naturaleza y deben actuar únicamente cuando el saldo de las ventajas favorezca el otorgamiento de la medida. (...)" (trad. del autor).

<sup>158</sup> Artículo 1425 del Código de Comercio.

cia del acuerdo arbitral serían competentes) sin competencia para ventilar una controversia que derive de la relación jurídica citada.

La razón que motiva la excepción descrita es que las partes que se hayan sometido al arbitraje no deben verse privadas de la posibilidad de solicitar medidas precautorias *urgentes* de tribunales cuando ello sea más eficiente.<sup>159</sup>

Se ha argumentado que el principio de no competencia de los tribunales estatales ante un acuerdo arbitral se extiende a las medidas precautorias que del mismo puedan tener que emitirse.<sup>160</sup> Más aún, si las partes decidieron acudir al arbitraje para solucionar sus diferencias, ello fue con conocimiento de las ventajas y desventajas<sup>161</sup> que ello acarrea y, por consiguiente, no debe permitirse que los tribunales estatales se inmiscuyan en el procedimiento. Estos argumentos no tienen cabida en derecho mexicano ya que la posibilidad de acudir a tribunales mexicanos aun en presencia de un acuerdo arbitral está expresamente contemplada por la ley arbitral mexicana.

Como lo establece el artículo 1425 del Código de Comercio, las partes pueden, con anterioridad a las actuaciones arbitrales, solicitar medidas precautorias de un juez mexicano. Las razones que motivan el precepto son obvias: el tribunal arbitral es inexistente. Si aún no se ha constituido el tribunal arbitral, es natural que las partes puedan acudir a un tribunal estatal para solicitar las medidas que juzguen urgentes en relación con el arbitraje prospectivo.

Lo que no es tan claro es cuándo proceden las medidas precautorias solicitadas. Es decir, qué requisitos debe el juez mexicano exigir y/o qué circunstancias aquilatar para decidir si son procedentes las medidas precautorias. La ley mexicana de arbitraje (Libro Cuarto, Título Quinto) no establece nada al respecto. Ello se abordará en el punto 4, más adelante.

<sup>159</sup> Ya sea porque el tribunal no se haya constituido o porque son inmediatamente ejecutables, a diferencia de las medidas dictadas por tribunales arbitrales, cuya ejecutabilidad está sujeta a matices que se comentarán con posterioridad.

<sup>160</sup> El actuar en forma distinta sería contrario al artículo II.3 de la Convención de Nueva York que exige que los tribunales estatales se abstengan de conocer sobre una controversia ante un acuerdo arbitral.

<sup>161</sup> Una de las desventajas sería el renunciar a las posibilidades de obtener medidas precautorias inmediatamente ejecutables.

### 3. Facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias una vez constituido el Tribunal Arbitral

El artículo 1425 del Código de Comercio también establece que un juez mexicano puede emitir medidas precautorias durante la existencia de actuaciones arbitrales.<sup>162</sup>

La facultad citada, si bien a primera impresión curiosa,<sup>163</sup> tiene su origen en un estudio que los redactores de la Ley Modelo realizaron sobre las decisiones judiciales al amparo de la Convención de Nueva York sobre la posibilidad de que tribunales estatales emitieran medidas precautorias no obstante la existencia de un acuerdo arbitral. El estudio demostró que existía falta de uniformidad al respecto ya que mientras que algunos se rehusaban a hacerlo (como resultado del temor que las mismas impedirían el desarrollo eficiente y expedito del procedimiento arbitral), otros tribunales las emitían (con base en la noción que, lejos de obstruir el procedimiento arbitral, aseguraban que el laudo arbitral fuera ejecutable preservando el objeto de la controversia o los activos de una de las partes).<sup>164</sup> Entendido lo anterior la postura de los redactores de la Ley Modelo fue que la emisión de medidas precautorias por jueces locales no es incompatible con el arbitraje.<sup>165</sup>

El principio fue reflejado en el artículo 9 de la Ley Modelo, antecedente del artículo 1425 del Código de Comercio. Dicho precepto no establece qué medidas pueden emitirse; ello le corresponde al derecho y tribunales locales definir. Lo que deja claro es que no está limitado a medida alguna. Más aún, el artículo 1425 es más amplio que el artículo 1433 ya que el segundo versa sobre la facultad del tribunal arbitral para ordenar medidas precautorias, misma que está limitada en la forma que detalló con anterioridad.

<sup>162</sup> En específico, el artículo citado establece: "Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales" (énfasis añadido).

<sup>163</sup> Por no calificarla como *contradictoria* con el principio que una vez constituido el tribunal arbitral es ante éste que deberían ventilarse las solicitudes de medidas precautorias.

<sup>164</sup> Secretariat Study on the N. Y. Convention, A/CN.9/168, para. 29, pp. 333-334.

<sup>165</sup> HOLTZMANN, Howard M., y NEUHAUS, Joseph E., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, T.M.C. Asser Instituut, Kluwer Law and Turation Publishers, Deventer/Boston, p. 332.

#### 4. Marco jurídico aplicable al juez mexicano en materia de medidas precautorias relacionadas con el arbitraje

Una vez mencionado en qué casos puede acudir a un juez nacional para solicitar una medida precautoria en asistencia del arbitraje, procederé a explorar los requisitos que debe el juez mexicano exigir y/o qué circunstancias aquilatar para decidir si son procedentes las medidas precautorias. Habiendo mencionado la facultad de tribunales nacionales para emitir medidas que coadyuven con el arbitraje, necesariamente surge la pregunta sobre cuándo debe ejercerse dicha facultad.

Como se mencionó con anterioridad, la ley mexicana de arbitraje no establece nada al respecto. Por consiguiente, existen dos opciones que pueden adoptarse con la finalidad de integrar dicha laguna: a) acudir al Código de Comercio y utilizar la regulación sobre medidas precautorias en el mismo como supletoria de la ley de arbitraje; o b) no acudir a derecho procesal alguno como supletorio e interpretar las facultades del juez bajo el artículo 1425 como independientes. A continuación abordaré cada una.

##### A. Código de Comercio como derecho procesal supletorio

Dado que el tema que se trata versa sobre el derecho procesal mercantil, el paso natural parecería ser analizar los requisitos de procedencia de las medidas precautorias bajo el Código de Comercio.

El lector podrá —con debida razón— cuestionar el salto supletorio que estoy realizando puesto que, como regla general, *el Código de Comercio no es supletorio de la ley mexicana de arbitraje*.<sup>166</sup> La

<sup>166</sup> El Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio (que en este estudio he llamado en forma abreviada como “la ley mexicana de arbitraje”) es un cuerpo normativo independiente del Código de Comercio no obstante su inclusión en el mismo. Así fue diseñado y hubiera sido útil, que al momento de adoptarse, se hubiera hecho como una ley especial, como fue el caso con la Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley de Concursos Mercantiles, y demás leyes mercantiles especiales. Sin embargo, por “simplicidad” se incluyó dicha ley en el (en ese entonces) vacío existente en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio. Este paso, si bien inofensivo en principio, ha acarreado el desafortunado resultado que con frecuencia se interpreta la ley mexicana de arbitraje como un juicio más regulado por el Código de Comercio y, por consiguiente, es regido por las reglas y principios generales en él incluidos

razón que motiva dicho paso a efecto de integrar la ley mexicana de arbitraje lo constituye que así fue diseñada la Ley Modelo. Los redactores de la Ley Modelo contemplaron y ventilaron el aspecto relativo a la posibilidad de incluir en la Ley Modelo los requisitos que debe exigir un tribunal nacional a efecto de emitir una medida precautoria. La decisión que se tomó fue que, en virtud de que se está en presencia del delicado tema de la relación tribunal arbitral-tribunal estatal, y tomando en consideración que el tema formaba parte del derecho procesal de cada jurisdicción, la solución que se decidió implementar fue no abordar dichos requisitos en la Ley Modelo, dejando para ello que dicho aspecto fuera regido por el derecho procesal local.<sup>167</sup>

Las medidas precautorias están reguladas en el Capítulo XI, Título Primero, Libro Quinto, artículos 1168 a 1193 del Código de Comercio. En el mismo se contemplan *únicamente*<sup>168</sup> las siguientes medidas:<sup>169</sup> el secuestro y el arraigo.

El *secuestro* procede en cualquiera de las siguientes dos hipótesis:<sup>170</sup>

- *En acciones reales*. Cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real.

(por ejemplo, recursos, pruebas, etc.). Lo anterior ha creado confusión e interpretaciones incorrectas. Más aún, estos errores interpretativos son el resultado natural de utilizar principios de hermenéutica jurídica con los que fuimos entrenados los abogados postulantes. Por ejemplo, piénsese en el principio de interpretación jurídica encontrado en el artículo 1854 del Código Civil Federal. A su vez, el método exegético y sistemático de interpretación. Lo anterior magnificado por el hecho que el Título Cuarto en el cual se encuentra la ley mexicana de arbitraje, forma parte del Libro Quinto que versa sobre los juicios mercantiles (dentro de los cuales figuran el juicio ordinario mercantil y el ejecutivo mercantil). Sin embargo, y no obstante lo mencionado, una interpretación auténtica, histórica y teleológica de dicho cuerpo normativo nos lleva a concluir que, para efectos de su interpretación e integración, es independiente de todo el resto, no sólo del Libro Quinto sino del Código de Comercio en su totalidad, como lo son otras leyes especiales mercantiles, y, por ende, las disposiciones procesales del Código de Comercio no deben utilizarse en la interpretación o integración de la ley de arbitraje.

<sup>167</sup> Ver HOLTZMANN y NEUHAUS, pp. 332-333, 734. BROCHES, pp. 51-52 y 137-140.

<sup>168</sup> El Código de Comercio es tajante al respecto. El artículo 1171 establece: “No pueden dictarse otras providencias precautorias que las establecidas en este Código, y que exclusivamente consistirán en el arraigo de la persona (...) y en el secuestro de bienes...” (énfasis añadido).

<sup>169</sup> Artículos 1168 y 1171 del Código de Comercio.

<sup>170</sup> Fracciones II y III del artículo 1168 y artículo 1171 del Código de Comercio.

- *En acciones personales.* Cuando el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene.

El arraigo procede cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda.<sup>171</sup>

Acerca de los requisitos, lo único que establece el Código de Comercio son *derecho y necesidad*.<sup>172</sup> Es decir, al momento de presentar la solicitud de una de las medidas precautorias mencionadas, el actor deberá acreditar que tiene *derecho* a las mismas y que las mismas son *necesarias*, dadas las circunstancias, para evitar que suceda el resultado que motiva la medida que se esté solicitando. Por ejemplo, en caso de que se tema que se oculten los bienes suficientes para satisfacer el laudo que —en su caso— eventualmente emanará del procedimiento arbitral, el actor podría solicitar que se ordene el secuestro de bienes de los cuales es propietario el demandado.

Para contrarrestar la solicitud de la medida precautoria, el demandado puede dar fianza que sea suficiente a juicio del juez o probar que tiene bienes raíces suficientes para responder del éxito de la demanda.<sup>173</sup> No se aceptan excepciones distintas a las mencionadas.<sup>174</sup>

### B. La facultad del juez mexicano en medidas precautorias es independiente

Como se adelantó, una segunda opción es interpretar que la facultad del juez mexicano bajo el artículo 1425 del Código de Comercio es independiente de la reglamentación de las medidas precautorias bajo el derecho procesal mercantil.

Si bien, por principio de cuentas, podría cuestionarse dicha postura bajo el argumento que el juez debe fundar y motivar su actuar, y el régimen aplicable a dichas medidas en materia mercantil está conte-

<sup>171</sup> Fracción I del artículo 1168 y artículo 1171 del Código de Comercio.

<sup>172</sup> El artículo 1172 establece: “El que pida la providencia precautoria deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida que solicita”.

<sup>173</sup> Artículo 1180 del Código de Comercio.

<sup>174</sup> Artículo 1183 del Código de Comercio.

nido en el Código de Comercio,<sup>175</sup> también es cierto que podría interpretarse el artículo 1425 como *lex specialis* que prevalece sobre la ley general mercantil. De ser el caso, surge la pregunta acerca de cuáles son los requisitos aplicables a la emisión de la medida precautoria y el resto del régimen aplicable a la misma, puesto que dicho precepto no establece nada al respecto.<sup>176</sup> En respuesta, podría sostenerse que es una facultad discrecional, intencionalmente dejada amplia a efecto de que el juez mexicano tome todas las medidas que considere apropiadas dadas las circunstancias al cumplir con su deber de brindar apoyo al arbitraje.<sup>177</sup>

Si bien aún no hay jurisprudencia que esclarezca lo anterior, el autor tiene conocimiento de un caso que vale la pena comentar. Un juez mexicano recientemente emitió una medida precautoria con fundamento en el artículo 1425, en la cual ordenó a una de las partes a que “*se abstenga de incumplir con los términos y condiciones que han regido [en el contrato], se abstenga de cobrar o endosar [...] pagarés que suscribieron a su favor para garantizar la operación de las actoras [...] y permita que la actora pueda operar normalmente como lo ha hecho desde [la celebración del contrato] ...*”.<sup>178</sup> Es interesante notar las siguientes circunstancias:

- El juez que emitió esta medida citó como fundamento no sólo el artículo 1425 del Código de Comercio, sino también los artículos 1172, 1173, 1181, 1183 y 1189.
- Si bien en el contrato base de la acción existe un acuerdo arbitral, el arbitraje no ha comenzado.
- La decisión cita una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en la que se establece que las medidas precautorias no son actos “privados”,<sup>179</sup> puesto que no privan permanentemente de un derecho sino que son resoluciones provisionales que se carac-

<sup>175</sup> Artículos 1168 a 1193.

<sup>176</sup> El artículo sólo establece: “Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales”.

<sup>177</sup> Esta postura tendría que solucionar una interrogante aun más seria y que no se abordará por rebasar el propósito del presente: la constitucionalidad de una facultad no reglada.

<sup>178</sup> Por razones de confidencialidad me abstengo de dar más datos que los necesarios para los fines académicos del presente.

<sup>179</sup> En mi opinión, “privativos” hubiera sido un mejor calificativo.

terizan por ser accesorias y sumarias, cuyo objeto es prevenir el peligro de dilación, suplir interinamente la falta de una resolución que asegure su eficacia buscando restablecer el ordenamiento jurídico desaparecido provisionalmente por una situación que parece ser antijurídica. Por ende, no son un acto "privado" pues sus efectos provisionales quedan a resultas del procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten donde el sujeto afectado podrá hacer valer su garantía de audiencia.

La decisión que comento tiene, en mi opinión, un aspecto positivo y uno negativo. El aspecto positivo es que se ha interpretado el régimen de facultades del juez mexicano en asistencia al arbitraje en forma más amplia que las que tiene bajo derecho procesal tradicional. El aspecto negativo es que los pasos que el juez tomó son cuestionables. El juez emitió medidas con un alto costo comercial para una de las partes sin que fuera "necesario".<sup>180</sup> Como se detalló con anterioridad, las medidas precautorias son herramientas extraordinarias que buscan evitar un daño irreparable. En el caso que comento, el "congelar" el pagaré parece ser una medida exagerada al no haber riesgo de daño irreparable ya que el beneficiario del pagaré es una compañía transnacional, con activos suficientes para respaldar un posible laudo en su contra. A su vez, el ordenar el no cobro del pagaré parece haber sacrificado la autonomía del mismo, un beneficio sacramental de dicho instrumento.

Por último, creo necesario hacer notar que, no obstante que he hablado de dos posibles rutas,<sup>181</sup> el paso tomado por el juez en el caso citado parece indicar que hay una tercera opción, la ecléctica: fundar la emisión de las medidas tanto el Código de Comercio como la ley de arbitraje (artículo 1425) a efecto de interpretar la facultad en términos más amplios que los tradicionalmente contenidos bajo el Código de Comercio.<sup>182</sup>

<sup>180</sup> Me refiero al requisito de "necesidad" contemplado en el artículo 1172 del Código de Comercio.

<sup>181</sup> Utilizar el Código de Comercio como derecho supletorio o —disyuntivamente— ceñirse a la ley de arbitraje como un ordenamiento independiente.

<sup>182</sup> La medida es tan reciente que ni siquiera se ha impugnado, ni ordinaria ni extraordinariamente (juicio de amparo). Será interesante ver cuál es el resultado del ejercicio de dichos recursos.

## VI. COMENTARIO FINAL

Como puede apreciarse de la disquisición anterior, el tema de las medidas precautorias es complejo en lo teórico y delicado en lo práctico. Si bien es una herramienta útil —y en ciertos casos indispensable— para la conducción y eficacia de un procedimiento arbitral, diversos factores hacen que pueda convertirse en una arma de dos filos.

La regulación actual en derecho mexicano es apropiada en lo que concierne a la facultad del tribunal arbitral de emitir las mismas, y deficiente en lo que se refiere a la facultad de un juez local de asistir al arbitraje mediante dichas medidas. Más aún, la (incipiente) experiencia actual es en ciertos aspectos plausible, y en otros denostable. Es plausible en lo que se refiere a la actitud pro-arbitraje que en ocasiones se ha observado, pero cuestionable en lo que concierne a lo laxo que los tribunales mexicanos han aplicado el requisito de "daño" o "necesidad".

No obstante que se abundó sobre esto en el cuerpo de este estudio, vale la pena reiterar un punto: *si bien los jueces mexicanos tienen el deber de asistir al arbitraje, dicho deber es de carácter excepcional,<sup>183</sup> y la emisión de una medida precautoria se justifica únicamente en circunstancias en las que, de no adoptarse, el resultado sería que una de las partes se vería privada de razones para continuar con el arbitraje al hacer nugatoria su utilidad práctica. Si el daño que la no adopción de la medida genera puede resarcirse mediante una indemnización monetaria (daños y perjuicios) probablemente la medida precautoria sobra.*

Una solución práctica a la deficiencia apuntada es que los redactores de cláusulas arbitrales incluyan un párrafo como el siguiente en el acuerdo arbitral a efecto de obviar la necesidad de acudir a un juez estatal para obtener una medida precautoria con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral:

Las partes acuerdan que cualquiera de ellas podrá solicitar una medida urgente con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral de conformidad con el Reglamento CCI para Procedimientos Pre-Arbitrales de Referee (*ICC Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure*) (el "Reglamento Referee CCI").

<sup>183</sup> Artículo 1421 del Código de Comercio.

El incumplimiento por una de las partes de la orden del Referee bajo el Reglamento Referee CCI lo hará responsable por todos los daños y perjuicios que de ello se deriven”.

La experiencia extranjera nos brinda ejemplos positivos, negativos y lecciones generales que, no obstante que se derivan del estudio anterior, valen la pena enumerar ya que sería aconsejable aprender de los mismos en México. Los siguientes pasos son generalmente considerados errores incurridos por:

1. Interpretar que la solicitud de una medida precautoria constituye una renuncia al derecho a arbitrar.
2. Interpretar que el artículo II de la Convención de Nueva York precluye la emisión de medidas precautorias por jueces locales.
3. Intervención innecesaria por jueces estatales en las medidas que otorgan los tribunales arbitrales.
4. Interpretación laxa de los requisitos de “urgencia”, “necesidad” y/o “daño irreparable” como premisas de la emisión de una medida precautoria.
5. Propiciar *forum shopping* mediante la disparidad de tratamiento jurídico de situaciones fácticas similares.

Al margen de los errores cometidos, existen aciertos que es necesario mencionar y emular:

1. Desechar medidas que buscan restar efecto al acuerdo arbitral.
2. Ejecución de órdenes arbitrales por tribunales nacionales, inclusive cuando el tribunal nacional carece de las mismas.

Por último, los siguientes son temas difíciles para los cuales se brinda una sugerencia:

1. En caso de contradicción entre órdenes de medidas precautorias emitidas por tribunales arbitrales y tribunales estatales, debe prevalecer la del tribunal arbitral. Lo anterior debido a que el artículo 1425 del Código de Comercio es una facultad especial que busca abarcar un caso particular de la regla general consistente en que un tribunal arbitral tiene la facultad para

decidir sobre *todas* las controversias y aspectos relacionados con las mismas (incluyendo la necesidad de emitir medidas precautorias).

2. Un tribunal mexicano al que se le solicite emitir una medida precautoria debe ser conservado al actuar y cerciorarse que la emisión de una medida precautoria no perjudicará el desarrollo del procedimiento arbitral.

Un historiador (Georges Santayana) en alguna ocasión advirtió que quienes no recuerdan el pasado, están condenados a repetirlo. Esperemos que la experiencia extranjera aquí descrita sirva para evitar dicha prevención.