

## MEDIDAS PRECAUTORIAS EN ARBITRAJE: HACIA UN MEJOR ESTÁNDAR DE DAÑO

Francisco González de Cossío\*

SUMARIO: I. Estándares. II. Resumen Empírico. A. Arbitraje Comercial. B. Arbitraje de Inversión. 1. Punto de partida textual. 2. Interpretación. 3. Conclusión. C. Derecho Internacional Público. D. Ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. E. Conclusión. III. Balanceo de intereses como un mejor estándar. A. Una herramienta más apropiada. B. Una herramienta más eficiente. C. Un Instrumento más refinado, más apropiado para las necesidades del Arbitraje. IV. Contestación a preocupaciones expresadas. A. Bajar el estándar puede fomentar litigiosidad. B. Respuesta. 1. Suposición inaceptable. 2. Distribución de costos.

Las medidas precautorias son instrumentos que procuran justicia y eficacia. En su ausencia, ocurren resultados lamentables. Ya sea que se trate de laudos inejecutables, condenas excesivas o resultados indeseables.

Un sondeo de la práctica internacional muestra consenso sobre la mayoría de los requisitos que deben ser cumplidos para obtener una medida precautoria. Sin embargo, existen diferencias en torno a uno: el estándar de daño que se debe satisfacer. Deseo enfocarme en dicho elemento y abogar a favor de uno de los estándares visibles que ciertamente no es el más utilizado.

### I. ESTÁNDARES

Se observan diversos estándares para la emisión de una medida precautoria. Por ejemplo, ante "circunstancias adecuadas"; en presencia de una amenaza,

\* Árbitro y Abogado. González de Cossío Abogados, SC. Ciudad de México. (www.gdca.com.mx). Deseo reconocer y agradecer a Laura González Luna y Ana Paula Portilla Ariza por su asistencia en la elaboración de este trabajo.

de un “perjuicio no reparable fácilmente”, “daño serio”, “daño grave”, “daño irreparable”. La diferencia exacta entre estos no es de fácil discernimiento en la jurisprudencia, sino que se entiende de manera diferente por practicantes y expertos que los utilizan como marco de referencia analítico. Un punto de acuerdo consiste en enfocarse en si el daño es del tipo que puede ser remediado mediante una condena monetaria. Pero fuera de dicha métrica, el acuerdo —tanto conceptual como pragmático— parece ser más aparente que real.

Otra aproximación es efectuar lo que algunos llaman “balance de intereses” o “balance de conveniencia” que, lejos de elegir un adjetivo que califique el daño del cual se duele el solicitante, involucra comparar el resultado de la medida con el inconveniente que se genere del destinatario de la medida precautoria, para luego sopesarlos y decidir quién debe prevalecer: el solicitante o el destinatario. Es decir, si los costos de las medidas son inferiores a sus beneficios, se otorgará. Y viceversa.

## II. RESUMEN EMPÍRICO

El estándar de preferencia tiende a variar. Para demostrar por qué, ahondaré en las siguientes cuatro fuentes de experiencia: arbitraje comercial, arbitraje de inversión, derecho internacional público y los trabajos de la CNUDMI.

### A. Arbitraje Comercial

El arbitraje comercial es una fuente rica de experiencia. Dentro de dicho ámbito destaca la experiencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), dado el volumen de casos y de la minuciosidad con la que se han analizado, tanto en revistas periódicas,<sup>1</sup> como en la doctrina especializada de la CCI.

<sup>1</sup> En varios volúmenes del *Boletín CCI* se ha analizado el tema: el *Boletín CCI* de 1993 se enfoca en las Medidas Precautorias y Provisionales en Arbitraje Internacional; el *Boletín CCI*, Vol. 10, número 1, Primavera 1999, en donde un practicante experimentado analiza el tema (DONOVAN, Donald Francis, *Powers of the Arbitrators to Issue Procedural orders, including interim measures of protection, and the obligation of parties to abide by such orders*, p. 65); el *Boletín CCI*, Vol. 11, número 1, primavera 2000, incluye un artículo interesante de Ali Yesilirmak sobre este tema desde la perspectiva de la CCI (Ali YESILIRMAK, *Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice*, p. 31). El Suplemento Especial de 2001 del *Boletín CCI*, Vol. 22, se dedica a las Medidas Provisionales, Precautorias y de Emergencia en el Arbitraje CCI, en donde Ali Yesilirmak vuelve a poner el tema bajo la lupa.

La revisión de este corpus brinda lecciones interesantes. Una de ellas es que en la mayoría de los casos se han emitido medidas precautorias en presencia de:<sup>2</sup>

Daño irreparable o daño serio o verdadero, en caso de que la medida solicitada no sea otorgada.

[Irreparable harm, or serious or actual damage, if the measure requested is not granted].

La justificación de dicha conclusión puede verificarse en los casos que se encuentran en la sección de extractos del Boletín CCI citado. Por ejemplo:<sup>3</sup>

El demandante no incurrirá en ningún daño grave o irreparable si no se otorga la medida precautoria que fue solicitada...

[The claimant would not incur any grave and irreparable harm if not granted the sought provisional measure...]

En forma interesante, unos años después, Ali Yesilirmak reexaminó el tema y reiteró su conclusión de que el estándar más frecuentemente utilizado al evaluar las medidas precautorias es:<sup>4</sup>

Amenaza de un daño grave o irreparable a la contraparte en los procedimientos arbitrales.

[Threat of grave or irreparable damage to the counterparty in the arbitration proceedings]

Aunque la tendencia explicada existe, los casos extraídos del último ensayo del señor Yesilirmak muestran ejemplos que abarcan todo el espectro. Desde aquellos que requieren la “satisfacción de daño irreparable”,<sup>5</sup> “daño inminente”,<sup>6</sup> “daño sustancial”,<sup>7</sup> hasta casos que hacen eco de doctrina que exige “daño irreparable o sustancial”.<sup>8</sup> Luego de analizar los casos del periodo 1999-2008, se adelantan las siguientes conclusiones que son relevantes para nuestro tema:<sup>9</sup>

<sup>2</sup> YESILIRMAK, Ali, “Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice”, en *Boletín CCI*, Vol. 11, No. 1, primavera 2000, pp. 31-34.

<sup>3</sup> Caso CCI 8113, Laudo Parcial, octubre de 1995, p. 67.

<sup>4</sup> YESILIRMAK, Ali, “Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice 1999-2008”, en *Boletín CCI*, Vol. 22, Suplemento Especial, 2001, p. 9.

<sup>5</sup> Caso CCI 11225, Laudo Parcial de 2001. Caso CCI 12361, Laudo Parcial de 2003.

<sup>6</sup> Caso CCI 12122, Laudo Parcial de 2002.

<sup>7</sup> Caso CCI 12040, Laudo Parcial de 2002. Caso CCI 11740, Laudo Parcial de 2002.

<sup>8</sup> Caso CCI 12361, Laudo Parcial de 2003.

<sup>9</sup> “Interim, Conservatory and Emergency Measures in ICC Arbitration”, en *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, Vol. 22, Suplemento Especial, 2011, p. 10.

- i) Daño 'sustancial' debe entenderse como daño 'irreparable';
- ii) El mejor estándar es 'circunstancias apropiadas', toda vez que es el más consistente con el texto y espíritu de las Reglas de Arbitraje CCI y las necesidades del comercio internacional;
- iii) Los árbitros deben procurar balancear el daño que se pueda ocasionar a cada parte y que puede o no surgir del otorgamiento o no otorgamiento de las medidas solicitadas.

El *Recueil* de los señores Arnaldez, Derains y Hascher<sup>10</sup> cita el Caso CCI 10596 de 2000, que hace eco al estándar de "daño irreparable" entendido como "daño significativo". Se manifiesta lo siguiente en relación con lo que lo anterior significa:<sup>11</sup>

La pérdida monetaria no es un daño irreparable... Aunque, estrictamente hablando, esta postura puede ser correcta, el tribunal arbitral considera que sería inaceptable negar la medida solicitada en base a lo anterior... sería insensato que el tribunal esperara que ocurriera una pérdida predecible, o al menos plausiblemente predecible, y luego ordenara su indemnización mediante una condena de daños (suponiendo que B tiene derecho a dichos daños, lo cual no ocurre en este caso), en lugar de prevenir que ocurra la pérdida...

[Monetary loss is not irreparable harm ... Although, strictly speaking, this view may be correct, the arbitral tribunal considers that it would be unreasonable to refuse the relief sought on those grounds... it would be foolish for the tribunal to wait for a foreseeable, or at least plausibly foreseeable, loss to occur, to then provide for its compensation in the form of damages (assuming that B is entitled to such damages, which is not the issue here), rather than to prevent the loss from occurring in the first place...]

Una buena manera de resumir la experiencia de la CCI es haciendo eco de lo que explica un texto autoritativo sobre la materia:<sup>12</sup>

Los árbitros tienen la obligación de intentar encontrar una solución procesal equitativa y comercialmente viable para prevenir un daño irreparable e innecesario a las partes...

[Arbitrators have an obligation to try to find an equitable and commercially practicable procedural solution to prevent irreparable and unnecessary injury to the parties...]

<sup>10</sup> ARNALDEZ, Jean-Jacques, DERAIS, Yves y HASCHER, Dominique, *Collection of Arbitral Awards* (Recueil des sentences arbitrales de la CCI 2001-2007), Wolters Kluwer, 2009.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 321.

<sup>12</sup> CRAIG, Lawrence, PARK, William y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publications, 2000, p. 462.

La práctica bajo las reglas de la London Court of International Arbitration (LCIA) hace eco de esta postura. Como lo explica un tratado destacado:<sup>13</sup>

En cuanto al significado de la noción de 'daño no suficientemente reparable por un laudo de daños',<sup>14</sup> se ha sugerido que se debe entender en el sentido económico:

En este aspecto se debe entender 'irreparable' en un sentido económico y no literal. Se debe tomar en cuenta el hecho de que no siempre será posible compensar las pérdidas reales sufridas o el daño a la reputación de un negocio a través de la condena en daños.<sup>15</sup>

Sin embargo, Schwartz expone que la definición interpretada por los órganos arbitrales es incluso más amplia, en tanto que aunque los 'abogados Anglo-Americanos generalmente entienden al daño "irreparable" como al daño que no puede ser indemnizado inmediatamente mediante una condena monetaria', los tribunales arbitrales de la CCI a veces también han interpretado que el riesgo de una pérdida financiera se encuentra incluido en dicha definición.<sup>16</sup>

[As to the meaning of the notion of 'harm not adequately reparable by an award of damages', it has been suggested that it should be understood in the economic sense:

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

Schwartz, however, states the definition construed by arbitral bodies is even broader, in that although 'Anglo-American lawyers often understand "irreparable" harm as meaning harm that cannot readily be compensated by an award of monetary damages', ICC arbitral tribunals have sometimes also construed risk of financial loss to be included within this definition].

### B. Arbitraje de Inversión

El arbitraje de inversión tiene un cuerpo interesante de medidas precautorias que brinda lecciones en torno a nuestro tema. Para abordarlas, comenzaré con el punto de partida textual (§1) y la jurisprudencia que surge del mismo (§2), para finalizar con una conclusión (§3).

<sup>13</sup> TURNER, Peter MOHTASHAMI, Reza, *A Guide To The LCIA Arbitration Rules*, Oxford, Nueva York, 2009, p. 168, 6.121-6.122.

<sup>14</sup> Ley Modelo de la CNUDMI, Artículo 17.A(1)(a).

<sup>15</sup> LEW, Mistelis, *Kröll* 604 [cita en original].

<sup>16</sup> SCHWARTZ, Eric *The Practices and Experiences of the ICC Court, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, Publicaciones CCI, 1993, p. 45.

## I. Punto de partida textual

El artículo 47 del Convenio CIADI<sup>17</sup> establece:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requirieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.

El artículo 39(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI<sup>18</sup> establece:

En cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguarda de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.

La revisión de los trabajos preparatorios del Convenio CIADI no permite concluir más que el estándar a satisfacer no fue resuelto.<sup>19</sup> No obstante lo anterior, dos observaciones sobre el tema fueron realizadas por los delegados:

...Habría pocos, si es que algún, caso de daño irreparable toda vez que las controversias relacionadas con inversiones, y las inversiones podrían siempre estar valoradas en términos monetarios.<sup>20</sup>

Las medidas provisionales no deben ser otorgadas a menos que, dadas las circunstancias, sean absolutamente necesarias. Si una compensación pecuniaria sería inadecuada en lugar de alguna medida preliminar, no se debe otorgar la medida preliminar. En base a lo anterior, dichas medidas deben estar incluidas en el dispositivo de ejecución. Lo anterior también puede tener el efecto de desalentar a los tribunales de otorgar medidas precautorias, excepto por casos excepcionales.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Convención sobre la Resolución de Controversias de Inversión Entre Estados y Nacionales de Otros Estados ("Convenio CIADI"), Artículo 47, p. 24.

<sup>18</sup> Las Reglas de Procedimiento para los Procedimientos Arbitrales del CIADI ("Reglas de Arbitraje").

<sup>19</sup> *History of the ICSID Convention*, Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversión, Washington, D.C., 1970. **Doc. 25**, Vol. II, pp. 268-270, Vol. III, pp. 94 y 96. **Doc. 27**, Vol. II pp. 337-338 y 347, Vol. IV, pp. 103-105 y 115. **Doc. 29**, Vol. II, p. 442, Vol. III, p. 198. **Doc. 31**, Vol. II, pp. 515-516, 518 y 523, Vol. III, pp. 315-318 y 325. **Doc. 33**, p. p70-72, Vol. II, pp. 573, Vol. III, pp. 384, Vol. IV, pp. 160-161. **Doc. 45**, Vol. II, pp. 655, 664 and 668, Vol. III, pp. 459-460, 470 y 474, Vol. IV, pp. 239 y 249. **Doc. 84**, Vol. II, pp. 812-815, Vol. III, pp. 641-644, Vol. IV, pp. 434-437. **Doc. 85**, Art. 50, Vol. II, p. 818, Vol. III, p. 647, Vol. IV, p. 441. **Doc. 104**, Art. 50, Vol. II, p. 864, Vol. III, p. 695, Vol. IV, p. 498. **Doc. 113**, Vol. II, p. 891, Vol. III, p. 723, Vol. IV, p. 530. **Doc. 124**, Vol. II, p. 939, Vol. III, p. 775 y Vol. IV, p. 591. **Doc. 132**, p. 40, Vol. II, p. 987. **Doc. 142**, Art. 47, Vol. IV, p. 640. **Doc. 143**, Art. 47, Vol. IV, p. 663.

<sup>20</sup> Comentario del Sr. Tsai (China), *Ibid.*, 1968, Vol. II-1, p. 516.

<sup>21</sup> Comentario del Sr. O'Donovan (Australia), *Id.*, p. 523.

[... There would be very few, if any, cases of irreparable damage, because disputes would concern investments and investments could always be valued in terms of money. provisional measures ought not be prescribed unless absolutely necessary in the circumstances, and if pecuniary compensation would be adequate in lieu of some preliminary measure, then no preliminary measure ought to be prescribed. On that basis, such measures ought to be included in the enforcement provision. That might also have the effect of discouraging tribunals from prescribing preliminary measures save in the most exceptional cases.]

Y la siguiente conclusión:<sup>22</sup>

La disposición en el Documento de Trabajo define a las medidas que puede otorgar un tribunal como aquellas que "son necesarias para la protección de los derechos de las partes". Varias delegaciones consideraron que el criterio podía expresarse más detalladamente (especificar cuestiones como evitar la frustración de un laudo final, el daño irreparable y la necesidad urgente y aclarar el término "derechos de las partes") y se puede dar una indicación general de lo que podrían ser las medidas precautorias... la discreción otorgada a los tribunales arbitrales en el Documento de Trabajo... de conformidad con la costumbre generalmente aceptada...

[The provision in the Working Paper defines the measures which a tribunal may prescribe as those which are "necessary for the protection of the rights of the parties". Several delegations thought the criterion might be spelled out in more detail (by specifying such matters as avoidance of frustration of an eventual award, irreparable damage and urgent necessity and clarifying the term "rights of the parties") and indication might be given in general terms of what the provisional measures would be... the latitude given to arbitral tribunals by the Working Paper... in accordance with generally accepted custom...]

Sin embargo, no existió decisión sobre el tema. Parece ser que ello se debe a que las aristas propiciadas por las diferentes posturas se limaban con el texto adoptado, pues permite que ello sea determinado por el tribunal. Me atrevería a aseverar que el enfoque residió en otros aspectos del tema que se consideraron más sobresalientes, tales como la jurisdicción y el poder del tribunal para otorgar medidas precautorias. Y la doctrina lo refleja. Por ejemplo, al analizar el tema Schreuer no plantea un estándar; se limita a expresar lo que la mayoría de los tribunales ha hecho.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> *History of the ICSID Convention*, Vol. II-1, Washington, D. C., 1968, p. 573, 72.

<sup>23</sup> H. SCHREUER, Christopher, *The ICSID Convention, A Commentary*, 2a. edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 776.

## 2. Interpretación

### i) Daño irreparable

La mayoría de los casos han usado “daño irreparable” como el marco de referencia analítico. Por ejemplo, *Millicon v Senegal*,<sup>24</sup> *Occidental v Ecuador*,<sup>25</sup> *Cemex v Venezuela*,<sup>26</sup> *Tethyan Copper v Pakistan*,<sup>27</sup> *Tokios Tokelés v Ukraine*,<sup>28</sup> *Plama Consortium v Bulgaria*,<sup>29</sup> *Phoenix v Czech Republic*.<sup>30</sup> Al emplearlo generalmente no se propone una definición del concepto. Existen excepciones, sin embargo. En *Plama v Bulgaria* el tribunal argumentó que “...el daño no es irreparable si se puede compensar con una condena en daños”.<sup>31</sup> Entendido así, otros casos utilizan el mismo criterio, pero no expresan el término de arte de “daño irreparable”, tales como *Tanzania Electrical Supply Company Limited v Independent Power Tanzania Limited*, que favoreció sub silentio al estándar de ‘compensación monetaria’ razonando:<sup>32</sup>

...No hay motivos para creer que TANESCO no podría cumplir una condena monetaria sobre esta cuestión...

[... There is no reason to believe that TANESCO would be unable to satisfy any award of damages in respect of this...]

<sup>24</sup> *Millicom International Operations B.V. y Sentel GSM SA v La República de Senegal*, Caso CIADI No. ARB/08/20, Laudo sobre la Solicitud de medidas provisionales presentada por los Demandantes, 24 de agosto de 2009, p. 46.

<sup>25</sup> *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v La República de Ecuador* Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Medidas Provisionales, Orden, 17 de agosto de 2007, p. 59.

<sup>26</sup> En donde se describió el estándar como un “perjuicio irreparable” (*Cemex Caracas Investments B.V. v Cemex Caracas II Investments B.V. v República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión de la Solicitud del Demandante de Medidas Provisionales, Orden, 3 de marzo de 2010, p. 41).

<sup>27</sup> *Tethyan Copper Company Pty Limited v La República Islámica de Paquistán*, Caso CIADI No. ARB/12/1, Decisión sobre la Solicitud del Demandante de Medidas Provisionales, Orden, 13 de diciembre de 2012, p. 138.

<sup>28</sup> *Tokios Tokelés v Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Orden Procesal No. 3, enero 18 de 2005, p. 8.

<sup>29</sup> *Plama Consortium Ltd. v Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Orden, 6 de septiembre de 2005, p. 38.

<sup>30</sup> “Perjuicio irreparable de los derechos involucrados” fue el estándar utilizado en *Phoenix Action, Ltd. v República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo sobre Medidas Precautorias, 6 de abril de 2007, pp. 33 y 47.

<sup>31</sup> *Plama Consortium Limited v República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Orden del 6 de septiembre de 2005, p. 46.

<sup>32</sup> *Tanzania Electric Supply Company Limited v Independent Power Tanzania Limited*, Caso CIADI No. ARB/98/8, Decisión sobre la Solicitud de Arbitraje del Demandado, Orden, 22 de diciembre de 1999, p. 18.

Existen otros ejemplos que siguen esta aproximación. En *Burlington v Ecuador* el criterio usado fue “daño no suficientemente reparable por la condena de daños”.<sup>33</sup> En *Perenco v Ecuador y Petroecuador* fue “pérdida irreparable”,<sup>34</sup> entendida como un daño no reparable monetariamente.<sup>35</sup> El tribunal de *Occidental v Ecuador* manifestó que:<sup>36</sup>

... Sólo puede dictarse una orden de medidas provisionales cuando se llega a la conclusión de que éstas son necesarias y urgentes para evitar perjuicios inminentes e irreparables...

...no pueden disponerse medidas provisionales para la protección de los derechos de una parte si ellas han de causar perjuicios irreparables para los derechos de la otra parte.

En *Quiborax v Bolivia* el tribunal fue específico en cuanto a la noción:<sup>37</sup>

El Tribunal considera que un daño irreparable consiste en daño que no puede ser reparado mediante una condena de daños...

[The Tribunal considers that an irreparable harm is a harm that cannot be repaired by an award of damages. ...]

### ii) Otros criterios

También se han utilizado criterios diferentes a ‘daño irreparable’. Por ejemplo, en *Victor Pey v Chile* la valoración de la emisión de la medida siguió un análisis comparativo si la preocupación esgrimida era “hipotética”, lo cual no justificaría la medida.<sup>38</sup> Un acercamiento similar se siguió en *Maffezini v España*,<sup>39</sup> en donde el énfasis fue sobre la existencia de los derechos,<sup>40</sup> que

<sup>33</sup> *Burlington Resources Inc. y otros v República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión Procesal No. 1 sobre la Solicitud de Medidas Precautorias de Burlington Oriente, 29 de junio de 2009, p. 82.

<sup>34</sup> *Perenco Ecuador Ltd. v República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre Medidas Precautorias, 8 de mayo de 2009, p. 43.

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration y Production Company v República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Medidas Provisionales, 17 de agosto de 2007, pp. 87 y 93.

<sup>37</sup> *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún v Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI ARB/06/2, Decisión sobre Medidas Provisionales, 26 de febrero de 2010, p. 156.

<sup>38</sup> *Victor Pey Casado y President Allende Foundation v República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre Medidas Provisionales, 25 de septiembre de 2001, pp. 66, 89.

<sup>39</sup> *Emilio Agustín Maffezini v España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Orden Procesal No. 2, 28 de octubre de 1999.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 13, et seq.

el temor no se considerara “hipotético”,<sup>41</sup> y la relación con el objeto-materia de la controversia.<sup>42</sup>

iii) Ejercicio de balanceo, aunque no se le llame así

Existen casos que realizan un análisis de balance de intereses, algunos de ellos sin reconocerlo expresamente. Por ejemplo, *Burlington vs Ecuador*, en donde, después de tomar nota del criterio de daño irreparable,<sup>43</sup> fue un análisis de balanceo de intereses y el “nivel de daño”, la ruta analítica preferida por el tribunal cuando indicó que:<sup>44</sup>

Las palabras “necesidad” o “daño” no aparecen en las disposiciones relevantes del régimen CIADI. Sin embargo, la existencia de necesidad es un requisito indispensable de las medidas precautorias. Generalmente se valora mediante el **balanceo del nivel del daño** que sufriría el solicitante de no ser por la medida...

En las circunstancias del presente caso, este Tribunal determina que es apropiado seguir los casos que adoptan el estándar de “daño no suficientemente reparable por una condena en daños” para seguir las palabras de la Ley Modelo de la CNUDMI. También **sopesará los intereses de ambas partes al valorar la existencia de necesidad.** (énfasis añadido)

[The words “necessity” or “harm” do not appear in the relevant ICSID provisions. Necessity is nonetheless an indispensable requirement for provisional measures. It is generally assessed by *balancing the degree of harm* the applicant would suffer but for the measure...

In the circumstances of the present case, this Tribunal finds it appropriate to follow those cases that adopt the standard of “harm not adequately reparable by an award of damages” to use the words of the UNCITRAL Model Law. It will also *weigh the interests of both sides in assessing necessity.*]

En *Railroad v Guatemala*<sup>45</sup> la solicitud de medidas involucró salvaguardar evidencia que presuntamente *podría* ser destruida (no se presentó ninguna prueba de destrucción o peligro inminente). Se realizó un “análisis de los intereses en juego”, como puede observarse de lo siguiente:

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 16, et seq.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>43</sup> *Burlington Resources Inc. y otros v República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*. Caso CIADI No. ARB/08/5, Orden Procesal No. 1 sobre la Solicitud de Medidas Precautorias de Burlington Oriente, 29 de junio de 2009, p. 81.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>45</sup> *Railroad Development Corporation v República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Decisión sobre Medidas Precautorias, Orden, 15 de octubre de 2008, p. 36.

...La Solicitud podría imponer una carga injusta sobre el Gobierno dada su excesiva amplitud y el que la necesidad o urgencia no ha sido demostrada para justificar la recomendación.

[...The Request would place an unfair burden on the Government because of its excessive breadth and that no need or urgency has been proven to justify the recommendation].

Otro caso interesante es *Saipem v Bangladesh* en donde, al resolver la medida provisional solicitada, el razonamiento del tribunal toca tanto daño irreparable como balanceo de intereses al decir que:<sup>46</sup>

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

el Tribunal considera que hay tanto necesidad como urgencia. Este hallazgo se refuerza con el hecho que, además de negar lo que llamó el Bono de Garantía, Bangladesh no disputó las pretensiones de Saipem y existe un riesgo de **daño irreparable** si Saipem tuviera que pagar la cantidad del Bono de Garantía.<sup>47</sup> (énfasis añadido)

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

Luego concluyó que la medida (una “recomendación”):<sup>48</sup>

...*balancea* estableciendo un justo medio entre los **intereses** de las partes... (énfasis añadido)

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

Algo similar ocurrió en *Biwater Gauff v Tanzania*, en donde el tribunal razonó que:<sup>49</sup>

<sup>46</sup> *SAIPEM S.p.A. v La República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales, Orden, 21 de marzo de 2007, p. 175.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>49</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v República Unida de Tanzania*, Caso CIADI ARB/05/22, Orden Procesal No. 3, Orden, 29 de septiembre de 2006, p. 112, “Reseña CIADI”, en *Diario de Derecho Extranjero de Inversiones*, Vol. 22, No. 1, primavera 2007, p. 204.

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

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

Una aproximación interesante fue seguida en *Cemex v Venezuela*. Aunque se utilizó “daño irreparable”,<sup>50</sup> el tribunal dijo algo importante al hacer eco de una distinción seguida por la Corte Internacional de Justicia entre:<sup>51</sup>

- a) Los actos que deben ser restringidos dado que sus efectos, aunque susceptibles de compensación financiera, son del género que no pueden restaurar por completo el daño sufrido; de
  - b) Los actos que bien pueden haber infringido un derecho y haber causado un daño, pero que una condena en costas será suficiente, aún sin las medidas precautorias.
- [a] Actions which should be restrained, because their effects, though capable of financial compensation, are such that compensation cannot fully remedy the damage suffered; from
- b) And actions which may well prove to have infringed a right and caused harm, but in respect to which it will be sufficient to award damages, without taking provisional measures.]

Después de hacerlo, razonó que:<sup>52</sup>

...Los Tribunales CIADI, al considerar las acciones gubernamentales que pudieron haber violado un derecho y causado un daño, distinguen entre:

- a) Situaciones en donde el perjuicio invocado puede ser compensado de inmediato mediante una condena en daños;
- b) Y aquellas en donde existe un riesgo grave de destrucción de una empresa que constituye la inversión.

En la primera categoría de casos, las medidas precautorias fueron negadas por la ausencia de un “daño irreparable”. En la segunda categoría de casos las medidas fueron otorgadas, para lo cual los tribunales utilizaron otros estándares —aunque podrían haber basado su decisión en el hecho de que la destrucción de la empresa que constituía la inversión hubiera creado un “daño irreparable”. (énfasis añadido)

<sup>50</sup> *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. v República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre la Solicitud Medidas Provisionales del Demandante, Orden, 3 de marzo de 2010, p. 46.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 55.

[...ICSID Tribunals, when considering government actions which may well prove to have infringed a right and caused harm, make a distinction between:

- a) situations where the alleged prejudice can be readily compensated by awarding damages;
- b) and those where there is a serious risk of destruction of a going concern that constitutes the investment.

In the first category of cases, provisional measures were denied because of the absence of an “irreparable harm”. In the second category of cases they were granted, the tribunals using other standards —although they could have based their decision on the fact that, the destruction of the ongoing concern that constituted the investment, would have created an “irreparable harm”.]

El resultado de dicha ruta analítica fue que el estándar generalmente aceptado de “daño irreparable” no fue retenido.<sup>53</sup>

En *Sergei Paushok Qsc Golden East Company Qsc Vostokneftegaz Company v El Gobierno de Mongolia* el tribunal hizo algo similar pero matizado al razonar que:<sup>54</sup>

39. Las medidas precautorias son medidas extraordinarias que no pueden ser tomadas a la ligera... Incluso conforme a la discreción otorgada al Tribunal conforme a las Reglas CNUDMI, el Tribunal tiene que considerar dichas medidas como urgentes y necesarias para prevenir un *daño “irreparable”* y no sólo como convenientes o apropiadas...

45. Es internacionalmente reconocido que existen cinco estándares que deben ser cumplidos antes de que un tribunal otorgue una orden en apoyo a la medida provisional. Son 1) jurisdicción prima facie, 2) planteamiento del caso prima facie, 3) urgencia, 4) peligro inminente de un *perjuicio serio* (necesidad) y 5) proporcionalidad...

#### 4. Peligro inminente de un perjuicio serio (necesidad)

68. La posibilidad de que exista una compensación monetaria no elimina necesariamente la posible necesidad de una medida provisional. El Tribunal se basa en la opinión del Tribunal de Reclamaciones Irán-EUA en el caso *Behring* para efectos de que, conforme a derecho internacional, el concepto de “perjuicio irreparable” no necesariamente requiere que el daño del que se quejan no sea remediable mediante una condena en daños. Para citar a K. P. Berger quien se refiere específicamente al Artículo 26 de las Reglas CNUDMI,

*Para preservar los derechos legítimos de la parte solicitante, las medidas deben ser “necesarias”. Este requisito se satisface si la demora en la adjudicación de la*

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 46. Es de notarse que el estándar se entendió como parte del requisito de “necesidad” conforme al Artículo 47 del Convenio CIADI.

<sup>54</sup> *Under The Arbitration Rules Of The United Nations Commission On International Trade Law*, Orden de Medidas Precautorias, 2 de septiembre de 2008, pp. 39, 45, 68, 69, 77. (El texto en español es traducción del autor).

demanda principal por el procedimiento arbitral condujera a un perjuicio "substantial" (pero no necesariamente "irreparable" como se conoce en la doctrina de common law)<sup>55</sup> para la parte solicitante.<sup>56</sup>

69. El Tribunal comparte dicha postura y considera que el "daño irreparable" en el derecho internacional tiene un significado flexible...

77. El Tribunal ha llegado a la conclusión de que los Demandantes se encuentran frente a un ...perjuicio muy importante a menos que se otorguen algunas medidas provisionales. (énfasis añadido)

[39. Interim measures are extraordinary measures not to be granted lightly ... Even under the discretion granted to the Tribunal under the UNCITRAL Rules, the Tribunal still has to deem those measures urgent and necessary to avoid "irreparable" harm and not only convenient or appropriate...

45. It is internationally recognized that five standards have to be met before a tribunal will issue an order in support of interim measures. They are 1) prima facie jurisdiction, 2) prima facie establishment of the case, 3) urgency, 4) imminent danger of serious prejudice (necessity) and 5) proportionality...

#### 4. Imminent danger of serious prejudice (necessity)

68. The possibility of monetary compensation does not necessarily eliminate the possible need for interim measures. The Tribunal relies on the opinion of the Iran-U.S. Claims Tribunal in the *Behring* case to the effect that, in international law, the concept of "irreparable prejudice" does not necessarily require that the injury complained of be not remediable by an award of damages. To quote K.P. Berger who refers specifically to Article 26 of the UNCITRAL Rules,

*To preserve the legitimate rights of the requesting party, the measures must be "necessary". This requirement is satisfied if the delay in the adjudication of the main claim caused by the arbitral proceedings would lead to a "substantial" (but not necessarily "irreparable" as known in common law doctrine) prejudice for the requesting party.*

69. The Tribunal shares that view and considers that the "irreparable harm" in international law has a flexible meaning. ...

77. The Tribunal has come to the conclusion that Claimants are facing ... very substantial prejudice unless some interim measures are granted.]

Como puede observarse, el análisis tiene un notorio sabor de "balanceo". Sin embargo, estableció que se debe probar un perjuicio substancial —en contraste con irreparable—, aunque tiene un "significado flexible". Uno infiere del texto y su resultado que el umbral de daño se redujo al ampliar la definición 'flexible'.

<sup>55</sup> El énfasis no se encuentra en el original.

<sup>56</sup> BERGER, K.P., "International Economic Arbitration", en *Estudios sobre Derecho Económico Transnacional*, Vol. 9, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, p. 336.

### 3. Conclusión

La mayoría de los casos que han abordado el tema, lo han hecho bajo el prisma de "daño irreparable". Existen excepciones que han utilizado otros criterios y otras pocas han balanceado los intereses de las partes involucradas, sea que lo reconozcan o no.

#### C. Derecho Internacional Público

El Artículo 41(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dice:

La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes.

La *jurisprudence constante* de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) que deriva de este texto es particularmente interesante. Del cuerpo de medidas provisionales que ha emitido la CIJ,<sup>57</sup> con la finalidad de trabajar con una muestra manejable, me he enfocado en los casos más recientes de los últimos 10 años.

En *Construction Of A Road In Costa Rica Along The San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)* la CIJ hizo eco de *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*<sup>58</sup> de la siguiente manera:<sup>59</sup>

El poder de la Corte para ordenar medidas provisionales será ejercitado únicamente si hay urgencia, en el sentido de que haya un riesgo inminente de que se cause un perjuicio irreparable a los derechos en controversia antes de que la Corte emita su decisión final. (énfasis añadido)

<sup>57</sup> Aunque la página de internet de la CIJ arroja 315 resultados de los 156 casos publicados por la CIJ desde 1947 hasta 2014, existen 43 casos en donde se consideró que se emitió una medida precautoria. (Fecha de consulta: febrero de 2014).

<sup>58</sup> Orden de Medidas Provisionales, 8 de marzo de 2011, *Reportes de la C.I.J.* 2011 (I), pp. 21-22, 64.

<sup>59</sup> *Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Rio San Juan (Nicaragua v. Costa Rica); Algunas Actividades Realizadas por Nicaragua en el Area Fronteriza (Costa Rica v. Nicaragua)*. Solicitud presentada por Nicaragua para la Indicación de Medidas Provisionales, Orden, 13 de diciembre de 2013, p. 25.

Habiendo encontrado que Nicaragua no probó que los trabajos de construcción en curso ocasionarían un incremento substancial en la carga de sedimentos del río, no se corroboró que hubiera un riesgo inminente de un *perjuicio irreparable* a los derechos invocados, por lo tanto, rechazó la solicitud de medidas provisionales.<sup>60</sup> En *Cambodia v Tailandia* la CIJ razonó que:<sup>61</sup>

...la Corte, conforme al Artículo 41 de este Estatuto, tiene el poder de ordenar medidas provisionales cuando se pueda ocasionar un *perjuicio irreparable* a los derechos que son objeto de los procedimientos judiciales...<sup>62</sup> [el] poder de la Corte para ordenar medidas provisionales será ejercido únicamente si existe urgencia, en el sentido de que exista un riesgo real e inminente de que se pueda ocasionar un *perjuicio irreparable* a los derechos en disputa antes de que la Corte emita su decisión final...

la Corte debe asegurarse, en el contexto de estos procedimientos, que no se ocasione un *daño irreparable* a las personas o a la propiedad en dicha área antes de que se entregue la Decisión sobre la solicitud de interpretación...<sup>63</sup> (énfasis añadido)

[...the Court, pursuant to Article 41 of its Statute, has the power to indicate provisional measures when *irreparable prejudice* could be caused to rights which are the subject of the judicial proceedings... [the] power of the Court to indicate provisional measures will be exercised only if there is urgency, in the sense that there is a real and imminent risk that *irreparable prejudice* may be caused to the rights in dispute before the Court has given its final decision...

it is for the Court to ensure, in the context of these proceedings, that no *irreparable damage* is caused to persons or property in that area pending the delivery of its Judgment on the request for interpretation...]

En *Certain Activities Carried Out By Nicaragua In The Border Area (Costa Rica v Nicaragua)*, la CIJ determinó que:<sup>64</sup>

La Corte... tiene el poder de ordenar medidas provisionales cuando se puedan causar *perjuicios irreparables* a los derechos que son objeto de los procedimientos judiciales

<sup>60</sup> *Ibid.*, pp. 34-35.

<sup>61</sup> Solicitud de Interpretación de la Sentencia del 15 de junio de 1962 en el Caso *Concerniente al Templo Preah Vihear (Cambodia v. Tailandia)*. Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales. Orden del 18 de julio de 2011, pp. 46-47.

<sup>62</sup> Ver, por ejemplo, Solicitud de Interpretación de Sentencia del 31 de marzo de 2004 en el *Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Medidas Provisionales, Orden, 16 de julio de 2008, *Reportes C.I.J.*, 2008, p. 328, p. 65; *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Medidas Provisionales, Orden, 8 de marzo de 2011, *Reportes C.I.J.*, 2011 (I), p. 21, p. 63.

<sup>63</sup> Solicitud de Interpretación de la Sentencia del 15 de junio de 1962 en el *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales, Orden, 18 de julio de 2011, p. 61.

<sup>64</sup> *Certain Activities Carried Out By Nicaragua In The Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Solicitud de la Indicación de Medidas Provisionales, Orden, 8 de marzo de 2011, pp. 63-64.

...el poder de la Corte para ordenar medidas provisionales sólo se podrá ejercer si existe urgencia, en el sentido de que haya un riesgo real e inminente de que se pueda ocasionar un *perjuicio irreparable* a los derechos en disputa antes de que el Tribunal emita su decisión final... (énfasis añadido)

[The Court... has the power to indicate provisional measures when *irreparable prejudice* could be caused to rights which are the subject of the judicial proceedings... the power of the Court to indicate provisional measures will be exercised only if there is urgency, in the sense that there is a real and imminent risk that *irreparable prejudice* may be caused to the rights in dispute before the Court has given its final decision...]

Se razonó de manera idéntica en:

- i) *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgica v. Senegal)*;<sup>65</sup>
- ii) *Request For Interpretation Of The Judgment Of 31 March 2004 In The Case Concerning Avena And Other Mexican Nationals (México v. Estados Unidos de América)*;<sup>66</sup>
- iii) *Case Concerning Pulp Mills On The River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*;<sup>67</sup>
- iv) *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*,<sup>68</sup> en donde se argumentó el rechazo en ausencia de un “riesgo inminente de un *perjuicio irreparable* a los derechos de Uruguay en la controversia”;
- v) *Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Federación Rusa)*,<sup>69</sup> en donde se dieron las siguientes interesantes razones:<sup>70</sup>

Mientras que el poder de la corte para ordenar medidas provisionales será ejercido únicamente en casos de urgencia en el sentido de que exista un riesgo real de que se realice una acción perjudicial para los derechos de cualquiera de las partes antes de que la corte haya emitido su decisión final

[Whereas the power of the court to indicate provisional measures will be exercised only if there is urgency in the sense that there is a real risk that action prejudicial to the rights of either party might be taken before the court has given its final decision]

<sup>65</sup> Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales. Orden, 28 de mayo de 2009, pp. 62-63, 72.

<sup>66</sup> Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales. Orden, 16 de julio de 2008, pp. 66, 68 y 73.

<sup>67</sup> Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales. Orden, 13 de julio de 2006, p. 62.

<sup>68</sup> Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales. Orden, 23 de enero de 2007, p. 50.

<sup>69</sup> Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales. Orden, 15 de octubre de 2008, pp. 24, 118.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 129.

- vi) *Case Concerning Certain Criminal Proceedings in France (República de El Congo v. Francia)*,<sup>71</sup> en donde se dijo lo siguiente:<sup>72</sup>

Considerando que, independientemente de las solicitudes de medidas provisionales presentadas por las partes para **preservar derechos específicos**, la Corte tiene el poder de ordenar medidas provisionales en base a lo establecido por el Artículo 41 del Estatuto, con la finalidad de prevenir una agravación o extensión de la controversia cuando considere que *las circunstancias así lo requieren*...<sup>73</sup>

[Whereas, independently of the requests for the indication of provisional measures submitted by the parties to **preserve specific rights**, the Court possesses by virtue of Article 41 of the Statute the power to indicate provisional measures with a view to preventing the aggravation or extension of the dispute whenever it considers that *circumstances so require*...] (énfasis añadido)

Como puede observarse, “perjuicio irreparable” es el estándar más comúnmente utilizado para determinar si se debe ordenar la medida precautoria, aunque no es el único. Otros estándares utilizados son “perjuicio a derechos” (“*prejudice to rights*”), “preservación de derechos” (“*preservation of rights*”) y “si las circunstancias lo requieren” (“*if the circumstances so require*”).

#### D. Ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional se modificó recientemente justamente en este tema. En el contexto de las condiciones para otorgar medidas provisionales, el (nuevo) Artículo 17A(1)(a) establece:

El solicitante de alguna medida cautelar ...deberá convencer al tribunal arbitral de que ...de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca **algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización**, que sea notablemente más grave que **el daño que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada**; (énfasis añadido)

<sup>71</sup> Solicitud de indicación de una medida provisional, orden del 17 de junio de 2003, p. 22, 29, 36.

<sup>72</sup> *Id.*, p. 39.

<sup>73</sup> Cf. Land and Maritime Boundary between Cameroon y Nigeria (Camerún v. Nigeria), Medidas Precautorias. Orden OJ 15 de marzo de 1996, *Reportes C.I.J.*, 1996 (I), p. 22, 41; Disputa Fronteriza (República de Mali Burkina Faso), Medidas Precautorias, Orden, 10 de enero de 1986, *Reportes C.I.J.*, 1986, pp. 9, 18.

La importancia del cambio no es abordada en la Nota Explicativa, que se enfoca en otros aspectos de las innovaciones del (nuevo) Artículo 17. Tampoco da motivos que expliquen el uso del lenguaje de balanceo de intereses *el lugar de*<sup>74</sup> daño irreparable.<sup>75</sup>

El Digesto de Jurisprudencia de la CNUDMI cita un solo caso que establece que:<sup>76</sup>

Aunque el *daño* causado por los demandados sea suficientemente *reparable* mediante una condena en daños ... y aunque dicho daño sobrepase substancialmente al daño que los demandados podrían sufrir si se otorga la medida provisional, se trata esencialmente de una determinación del **balanceo de conveniencia**.<sup>77</sup> (énfasis añadido)

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

No obstante lo anterior, el caso deriva del texto del Artículo 17 antes de la modificación. Por lo tanto, no es fruto de la semilla textual que comento. Afortunadamente, los trabajos preparatorios echan luz en relación con esta cuestión:<sup>78</sup>

El subpárrafo (a) sigue la propuesta realizada por el Grupo de Trabajo para reemplazar las palabras “daño irreparable” por las palabras “daño no suficientemente reparable mediante una condena en daños”...

**El daño irreparable puede presentar un umbral demasiado alto** y establecería más claramente la discreción del tribunal arbitral al decidir sobre la emisión de una medida precautoria...

El Grupo de Trabajo expresó preocupaciones en torno a si la disposición sería interpretada de manera muy restringida, excluyendo potencialmente del campo de las medidas precautorias cualquier pérdida que pudiera ser remediada mediante una condena en

<sup>74</sup> ¿O adicionalmente? Es de admitirse que el texto puede leerse en el sentido que son requisitos *adicionales-no alternativos*.

<sup>75</sup> Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI, documentos de Naciones Unidas A/40/17, anexo I y A/61/17, anexo I, p. 31. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, según se modificó por la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Internacional Comercial el 7 de julio de 2006.

<sup>76</sup> *Digesto de Jurisprudencias sobre la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI*, 2012, p. 87.

<sup>77</sup> *Safe Kids in Daily Supervision Limited v McNeill*, Auckland, Nueva Zelanda, Corte Suprema, 14 de abril de 2005, p. 16.

<sup>78</sup> A/CN.9/WG.II/WP.1388, agosto de 2005, p. 16. Énfasis añadido. La versión en español es traducción del autor.

daños. El Grupo de Trabajo también destacó que, en la práctica actual, *no es raro que un tribunal arbitral emita una medida precautoria basándose únicamente en circunstancias en donde sería comparativamente complicado compensar el daño con una condena en daños...*

El párrafo se debe interpretar de forma flexible, teniendo en cuenta *el balanceo del nivel del daño sufrido por el solicitante* si no se otorga la medida *contra el nivel del daño sufrido por la parte que se opone a la medida* si la medida se otorga.

[Subparagraph (a) follows the proposal made by the Working Group to replace the words "irreparable harm" with the words "harm not adequately reparable by an award of damages"...

*Irreparable harm might present too high a threshold* and would more clearly establish the discretion of the arbitral tribunal in deciding upon the issuance of an interim measure...

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

The paragraph should be interpreted in a flexible manner, keeping in mind *balancing the degree of harm suffered by the applicant* if the interim measure was not granted *against the degree of harm suffered by the party opposing the measure* if that measure was granted.]

Como puede observarse, el análisis de balanceo se entendió como la nueva tendencia con respecto a medidas precautorias. Este desarrollo ha sido motivo de críticas por parte de un reconocido experto.<sup>79</sup>

### E. Conclusión

Las siguientes conclusiones derivan del sondeo anterior:

- i) 'Daño irreparable' es el estándar más utilizado para determinar si se debe emitir una medida precautoria;
- ii) 'Daño irreparable' se entiende como un daño que no se puede reparar adecuadamente mediante una compensación monetaria; y
- iii) En algunos casos y en algunas reglas se puede observar una tendencia excepcional para bajar el estándar. A veces el ejercicio se alude como balanceo; a veces no.

<sup>79</sup> GARY, B., *Born, International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, Kluwer Law International, Vol. II, Países Bajos, 2009, p. 1979.

### III. BALANCEO DE INTERESES COMO UN MEJOR ESTÁNDAR

Aunque 'daño irreparable' es el estándar más aceptado y utilizado para aquilatar la emisión de una medida precautoria, deseo abogar en favor del 'balanceo de intereses' (o 'balanceo de conveniencia' como a veces se le llama). El motivo es triple, a saber:

1. Hace de ella una herramienta más apropiada;
2. Hace de ella una herramienta más eficiente;
3. Es un concepto más refinado.

Explicaré por qué:

#### A. Una herramienta más apropiada

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

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

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

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

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

### B. Una herramienta más eficiente

Condicionar la medida precautoria a la existencia de daño 'irreparable' necesariamente significa que el daño de menor importancia —pero daño de cualquier manera— será tolerado. Ello es innecesario. Como se explicó en la sección anterior, mediante el uso del balanceo de intereses, el tribunal arbitral puede determinar en qué grado se justifica la medida con el propósito de evitar desperdicio. Y si genera menos desperdicio ordenar que se lleve a cabo cierta conducta, así se hará. En el argot del análisis económico del derecho, será más *eficiente*. Un ejemplo puede ilustrar por qué.

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

con la medida precautoria. Como puede observarse, dicho escenario es perder-perder. La única pregunta es *quién*.

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

Por lo tanto, la eficiencia milita a favor de preferir el estándar de balanceo de conveniencia. Y para aquellos interesados en análisis económico del derecho, se trata del género de eficiencia conocido como "Kaldor Hicks".<sup>80</sup>

### C. Un instrumento más refinado, más apropiado para las necesidades del arbitraje

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

## IV. CONTESTACIÓN A PREOCUPACIONES EXPRESADAS

Presenté la idea que aquí plante, en el congreso bianual del *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA) de 2014. Como resultado, recibí una (avalancha) de respuesta. Deseo comunicarla y comentarla.

Durante mi conferencia sentí una respuesta escéptica, tanto de mi panel como del público. Después de las apreciaciones recibidas durante la sesión de preguntas y respuestas, el moderador (John Barkett) pidió una votación

<sup>80</sup> La eficiencia de Kaldor Hicks es un término económico de arte que lleva el nombre de sus padres: Nicholas Kaldor y John Hicks. El *quid* del concepto es aplaudir escenarios en donde el cambio de circunstancias beneficie a una parte más de lo que lastima a la otra. Dicho resultado se ilustra con la posibilidad de que la parte que se beneficiará del cambio de circunstancias estaría dispuesta a pagarle a la parte contraria por dicho escenario, aunque ello no ocurra. El motivo: el resultado agregado es mejor, más eficiente, incluso cuando parezca que alguien perdió algo en el proceso.

rápida de mi propuesta. Solamente cuatro personas levantaron la mano. Pensé para mí mismo: “esto es natural. Después de todo, cuestionar un paradigma tan enraizado siempre genera reticencia. No sólo por razones de sesgo a favor de lo aceptado (*status quo bias*), sino también por preferencias adaptativas: tendemos a preferir aquello que conocemos y a lo que estamos acostumbrados”.

En forma interesante, sin embargo, al bajar los escalones del podio, fui abordado por muchos colegas y estudiantes, quienes me manifestaron que, después de reflexionarlo, estaban de acuerdo con mi propuesta. Durante los siguientes días, mi correo electrónico se llenó de correos que hacían eco de la aprobación.

Por lo tanto, creo que es justo decir que, mientras muchos de los asistentes a ICCA se opusieron a la propuesta, otros la aprobaron. Es ante dicho trasfondo que deseo hacer una cosa, y solamente una cosa: comentar la razón expresada por quienes se opusieron, con la finalidad de permitir que el lector se forme su propia conclusión.

#### A. Bajar el estándar puede fomentar litigiosidad

Aunque pueden existir más,<sup>81</sup> el único argumento que se trajo a mi atención en contra de la propuesta fue que bajar el estándar podría tener el efecto de promover litigiosidad. Relajar el (actualmente alto) estándar (“daño irreparable”) tendría como efecto el agravar lo que de por sí ya es lamentable.

#### B. Respuesta

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

Como expliqué con anterioridad,<sup>82</sup> el paradigma aceptado es que para obtener una medida precautoria es necesario demostrar daño ‘irreparable’. Como ya se explicó, la consecuencia de este paradigma es que se toleran situaciones lamentables, que pudieron haber sido evitadas —incluyendo costos. Si se considera que la preocupación esgrimida (litigiosidad) es suficiente

<sup>81</sup> El que se compartan a [fgcossio@gdca.com.mx](mailto:fgcossio@gdca.com.mx) será apreciado.

<sup>82</sup> §III de este ensayo.

para invalidar mi iniciativa, el resultado obligado será aceptar un escenario subóptimo por miedo a abuso.

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

#### 1. Suposición inaceptable

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

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

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

#### 2. Distribución de costos

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

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

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