

MEDIDAS PRECAUTORIAS

Viviana Castro Hurtado

Las disputas entre compañías internacionales son cada día más y más comunes en el nuevo mundo globalizado en el que vivimos, donde los negocios entre empresas que no se encuentran en la misma locación geográfica son cada vez más frecuentes. Sin embargo, los conflictos que pueden surgir de estas relaciones pueden no sólo resolverse en cortes locales, sino que por el contrario, el mundo de los negocios internacionales ha impuesto principalmente el uso el Arbitraje como medio alternativo para encontrar soluciones a las controversias derivadas de sus relaciones comerciales, de forma rápida, confidencial, consensual y por personas expertas.

Dados los beneficios que el arbitraje como método alternativo al sistema judicial tradicional ha demostrado tener, hoy día no sólo los negocios que traspasan fronteras sino los negocios locales, han decidido implementarlo en la resolución de sus conflictos con más frecuencia y, es por esto, que sin duda éste es el presente y el futuro en materia de métodos alternativos para la resolución de controversias comerciales y de inversión.

El procedimiento arbitral sin embargo, aunque fuera de cortes locales tiene similitudes procedimentales con los procedimientos litigiosos comunes y silvestres, una de esas similitudes es la posibilidad de dictar medidas precautorias para garantizar las resultas del procedimiento.

Las medidas precautorias son usadas con mucha frecuencia en procesos litigiosos con la idea de que la sentencia definitiva de que se dicte en la materia de fondo de la controversia no quede ilusoria, es decir, es una medida que solicita por lo general una de las partes con la intención de que la sentencia que se dicte y que le sea favorable se pueda ejecutar en los bienes o activos de su contraparte. Normalmente son medidas de preservación de los patrimonios o personas con el objeto de poder cobrar efectivamente lo que esta parte adeude a su contrario,

Briceño Sierra aclara, con razón, que la *medida precautoria* no busca la posibilidad de hacer afectiva una sentencia cuyo contenido se ignora cuando se dicta la medida, sino que “busca evitar que no se pueda hacer efectiva por ciertas razones o hechos y la medida elimina dicho riesgo. Es importante destacar que no busca ejecutar la condena, sino que tiende a eliminar un obstáculo, cierto o presunto, para hacerla efectiva”.

Los siguientes elementos le son comunes a todas las medidas precautorias y es importante conocerlos: 1) su *provisionalidad*, ya que tales medidas, decretadas antes o durante un proceso principal, sólo duran hasta la conclusión de éste; 2) su *instrumentalidad* o *accesoriedad*, en cuanto que no constituyen un fin en sí mismas, sino que nacen al servicio de un proceso principal; 3) su *sumariedad*, o *celeridad*, en cuanto que, por su misma finalidad, deben tramitarse y dictarse en plazos muy breves, y 4) su *flexibilidad*, en razón de que pueden modificarse cuando varíen las circunstancias sobre las que se apoyan.

Existen diferentes tipos de medidas precautorias que podemos someramente enumerar de la siguiente manera: 1) *personales o reales*, según recaigan sobre personas o bienes; 2) *conservativas o innovativas*, según tiendan a mantener o a modificar el estado de cosas anterior al proceso principal, y 3) *nominadas o innominadas*, según signifiquen una medida específica que el juzgado puede decretar o un poder genérico del juzgador para decretar la medidas pertinentes con el fin de asegurar las condiciones necesarias para la ejecución de la futura y probable sentencia del proceso principal. Se pueden decretar antes o durante el proceso que les da origen. Por lo que constituirán una fase preliminar.

Quien solicite alguna de las mencionadas “providencias precautorias”, debe acreditar el derecho o la apariencia de su existencia, así como el peligro de perderlo en caso de demora. Estas providencias se decretan *sin darle audiencia de la contraparte*, aunque ésta puede formular su oposición después de decretada la medida.

En el caso del arbitraje comercial internacional la práctica de solicitar medidas precautorias para garantizar las resultas del procedimiento arbitral, ha sido muy debatida sin embargo, la práctica moderna ha sido la de inclinarse hacia su uso. Las

jurisdicciones estatales poseen amplia tradición regulando y emitiendo este tipo de medidas. Esta experiencia ha resultado en un consenso en la mayoría de jurisdicciones sobre la capacidad y legitimidad de los tribunales estatales para dictar medidas precautorias, así como sus efectos y alcances. Este consenso, no obstante, no tiene reflejo en el sistema arbitral internacional. Lo anterior se debe en gran medida a la naturaleza internacional de los procedimientos arbitrales: al poder elegirse la sede del arbitraje, el régimen de medidas precautorias está sujeto a las variantes que impone la *lex fori*. Dicho de otra forma, en el arbitraje internacional no existe un régimen uniforme de medidas precautorias, por el contrario, éste cambia de arbitraje a arbitraje, ó, siendo más preciso, de sede a sede.

Esta diversidad ha originado múltiples debates entre la comunidad internacional sobre cuáles deberían ser las facultades que los tribunales arbitrales deberían gozar al dictar este tipo de medidas. Debido a que estas atribuciones varían de jurisdicción a jurisdicción y de que, además, “muchos sistemas jurídicos no han abordado el tema de forma satisfactoria

Ahora bien, la posibilidad de obtener medidas cautelares de un tribunal arbitral, a pesar de su intensa regulación en los reglamentos institucionales, aparece limitada por cuestiones prácticas. Por ejemplo, cuando el tribunal aún no se encuentra constituido, cuando la medida se solicita contra un tercero, o en el caso en que la facultad para ordenar medidas está limitada por la ley de la sede arbitral.

Sumado a estos obstáculos materiales, que es la reticencia de los tribunales arbitrales a dictar este tipo de medidas por temor a exceder sus facultades y, por ende, poner en riesgo la celeridad del procedimiento y la eventual ejecución del laudo final. Este temor se encuentra incluso entre los asesores de las partes quienes, ante una eventual solicitud de medidas cautelares, no sólo analizan la fortaleza de sus argumentos, sino que además ponderan la personalidad, experiencia y carácter del presidente del tribunal para intentar predecir si éste, en el caso específico, decidirá ordenarlas.

Este problema de facultades inciertas, fue identificado por UNCITRAL en 1999. Desde entonces ha sido objeto de análisis por el Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje y

Conciliación (G2) que asumió el reto de proponer un sistema uniforme que despejara las dudas sobre la ejecutoriedad de las medidas cautelares, incluida la posibilidad de emitirlas sin audiencia de la contraparte.

Existen varios argumentos a favor y en contra de estas medidas en el foro internacional. Los tres argumentos más relevantes que se debatieron al interior del G2 y en diversos foros internacionales, sobre los beneficios y problemas que traería la introducción de las medidas cautelares ex-parte fueron: 1) la inequidad procesal, 2) la ineficiencia práctica y 3) posible alteración del actual sistema de cooperación entre tribunales arbitrales y estatales.

1. Inequidad procesal

Se argumentó que las medidas ex-parte atentaban contra el principio de imparcialidad procesal al permitir el contacto unilateral de una de las partes con el tribunal. La crítica tomaba fuerza cuando se hacía ver que, si bien estas medidas se aplicaban con regularidad por los tribunales estatales, el principio de imparcialidad se encontraba protegido por la existencia de una multiplicidad de jueces: uno conocería de la solicitud de las medidas cautelares y otro sería el que decidiera sobre el fondo de la controversia. El riesgo de inequidad por prejuzgar el fondo de la controversia o por asegurarse una “audiencia privada” en una etapa preeliminar no existía. No se podría decir lo mismo de un tribunal arbitral, donde el mismo órgano estaría obligado a conocer de ambos procedimientos y, por ende, el contacto previo de una de las partes podría influenciar peligrosamente la balanza a la hora de acordarse la decisión final.

Tal como se aprecia del proyecto, el G2 intentó responder a la primer parte de esta crítica acordando que, una vez acordada la orden, el tribunal tendría la responsabilidad de comunicar a la parte receptora de la medida toda la documentación presentada, incluyendo la transcripción de las comunicaciones orales relevantes. Sobre el hecho de que un mismo tribunal arbitral conociera de ambos procedimientos, el G2 consideró que no tenía fundamento el temor de que los árbitros prejuzgaran sobre el fondo, sobre todo porque no todos los sistemas judiciales mantenían esta bifurcación. Se argumentó incluso que era erróneo que esta división existiera como regla general. En múltiples jurisdicciones, el juez que conocía de las solicitud provisional era el mismo que decidía sobre el fondo, sin que ello significara mayor diferencia. Es relevante hacer notar que la formulación del proyecto convalidó este argumento al decidir que la

audiencia inter partes que debería seguir a las medidas ex-parte, se tramitara ante el mismo tribunal arbitral.

2. Ineficiencia práctica

Esta crítica se apoyaba en un argumento llano: no existe necesidad de solicitar medidas ex-parte de un tribunal arbitral, pues son ineficaces. Aun en el caso de obtenerlas, requieren la intervención de un tribunal estatal para ejecutarse. Cualquier abogado sensato entiende que en estas circunstancias, el mejor paso es el paso ahorrado. Es mejor acudir directamente al tribunal estatal que acudir ante una instancia que no posee la capacidad de solventar la urgencia procesal. Como resulta evidente, la fortaleza del argumento descansaba en la ausencia de un régimen de ejecución.

El proyecto respondió con la formulación del artículo 17 que concede fuerza ejecutoria a las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral. En el proyecto actual las medidas ex-parte tienen el carácter de ordenes procesales y no de laudos, por lo que su fuerza ejecutoria descansa únicamente en la persuasión que sea capaz de generar el tribunal arbitral.

3. Alteración del sistema de cooperación

La pregunta que antecede al argumento es: si el crecimiento espectacular del arbitraje intencional pudo ser posible con los tribunales estatales ejerciendo un monopolio sobre las solicitudes de medidas cautelares ex-parte. ¿Qué necesidad existe de cambiar el status quo atentado contra un sistema que ha probado su eficiencia?. Además, el otorgamiento de estos poderes podría desvirtuar la naturaleza consensual del arbitraje y afectar a la dinámica procesal, al introducir desconfianza en las partes acerca de la actuación arbitral. Esto es, las partes puedan sufrir una disminución en su nivel de confianza al considerar que el tribunal puede excederse en el alcance de sus ordenes provisionales. Incluso la sana distancia que el régimen de cooperación garantizaba podría verse en peligro al someter a los árbitros a un contacto excesivo con los tribunales estatales.

La respuesta a esta crítica tuvo su fuente de inspiración más importante en el origen del arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias. Se decía que el arbitraje era alternativo porque representaba la opción consciente de las partes de

preferir este medio a la justicia estatal. Negar este origen era atentar contra la institución arbitral. Al proponer la atribución de facultades adicionales a los árbitros, el proyecto no hacía sino proveer los medios para que la decisión primaria de las partes al escoger el arbitraje se cumpliera: desplazar a los tribunales estatales, hasta el límite práctico, del conocimiento de sus controversias. Se rechazaba pues la marca de extranjería e incompatibilidad que aparentemente portaba la iniciativa. El corolario de este argumento era que la novedad de la iniciativa no debería constituir un argumento en contra, sino en realidad uno a favor. Después de todo, el desarrollo del arbitraje como institución ha estado marcado por este tipo de batallas contra el sistema constituido.

Finalmente, algunas cuestiones que también dieron oportunidad de debate fueron las relacionadas con la formulación y redacción del proyecto. La discusión más profunda giró en torno a cómo debería ser introducida la nueva facultad, si como posibilidad de remisión, o como exclusión por las partes. Las delegaciones que se oponían vieron en la defensa de la remisión (bajo el argumento de la autonomía contractual de las partes) un óptimo estandarte. No obstante la versión opuesta se impuso a través de dos argumentos: la experiencia exitosa de la ley modelo con este tipo de provisiones y el hecho de que la tradición jurídica de los países civilistas reconocía habitualmente la práctica de excluir, pero no la opuesta.

En el caso mexicano debemos decir que la doctrina es proclive a la facultad que tiene el tribunal arbitral de acordar las mismas, es decir, nuestro sistema jurídico está inclinado a favor del arbitraje e incluso proclive a él. La legislación mexicana contempla una jurisdicción concurrente, lo que significa que los tribunales mexicanos y los tribunales arbitrales para la emisión de las medidas precautorias, a menos que las partes hayan pactado por anticipado lo contrario, lo anterior tiene 3 consecuencias:

1) Las partes pueden solicitar a los tribunales estatales la emisión de medidas precautorias a pesar de la existencia del compromiso arbitral,

2) lo anterior no constituye “per se” una renuncia al derecho de las partes de acudir al arbitraje para la resolución de la controversia principal; y

3) el tribunal arbitral tiene jurisdicción para emitir las medidas precautorias que le sean solicitadas; ahora bien es importante destacar es que dada la limitante del tribunal

arbitral de poder ejecutar la medida que dicte, no tiene otra opción que acudir a los tribunales estatales para su ejecución.

Esto sucede debido a que los árbitros no tienen la facultad de imperio que tienen los jueces, sino que su competencia deriva del contrato firmado por las partes y en concreto de su voluntad.

Debe acotarse finalmente, que las medidas precautorias en los procedimientos arbitrales están consagradas en varios reglamentos de arbitraje como por ejemplo: el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en su artículo 23, el de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) en su artículo 21, y yendo al campo local en el reglamento de la Cámara de Comercio de México (CANACO) en su artículo 31, reglamento del Centro de Arbitraje de México (CAM) en su artículo 30, entre otros.