

MEDIDAS CAUTELARES ANTE LOS TRIBUNALES ARBITRALES

Chad S. Purdie¹

Existen tres tipos de medidas cautelares o provisionales relacionadas al arbitraje. La primera de ellas son las órdenes judiciales que imponen una prohibición de litigar en cortes cuando las partes están obligadas a arbitrar. El segundo tipo son aquellas medidas cautelares en el sistema judicial antes o durante del arbitraje y la tercera categoría son las medidas cautelares ordenadas por el mismo tribunal arbitral.

El primer tipo de medidas mencionadas son en forma de amparo, como un derecho constitucional de acceso a las cortes. Tienen lugar cuando las partes contratantes han acordado arbitrar sus disputas en un foro determinado y una de las partes decide utilizar el sistema judicial en algún lugar para iniciar acciones legales a pesar del acuerdo previo de arbitraje. La parte demandada pide entonces una orden judicial en una corte competente que no tiene que ser en la misma corte donde se le demanda, es decir si soy demandado en la Corte Federal de Estados Unidos, no tengo que acudir a la misma corte a pedir esa orden judicial, puedo ir a cualquier corte que tenga jurisdicción sobre la parte demandante. Para entender mejor a continuación cito un ejemplo de la vida real:

Ejemplo:

“X” -- Empresa norteamericana que radica en Miami, Florida. Fabrica equipos para oficina.

“Y” -- Empresa costarricense en San José, Costa Rica. Es distribuidor de X.

Acuerdan resolver sus disputas ante la AAA en ciudad de Nueva York

Y demanda a X en un tribunal en Costa Rica

X demanda a Y en una corte en Miami para que se emita una orden judicial que imponga la prohibición de litigar, pidiéndole a la corte que prohíba que Y siga adelante en Costa Rica – forzando a Y a arbitrar.

Esta prohibición se le impone a las partes, en este caso Y, no a la corte (en el caso corte costarricense), ya que como es de suponer y citando el propio ejemplo, las Cortes federales de Estados Unidos no tienen ningún poder sobre las cortes costarricenses.

¹ Es abogado del bufete Diaz Reus, Miami, FL, Estados Unidos.

La segunda clase como he mencionado al inicio son las medidas cautelares en el sistema judicial antes o durante el arbitraje. El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en su Artículo 23(2) establece que “Las partes podrán, antes de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral y en circunstancias apropiadas aún después, solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares.” Y en el mismo Reglamento se dice que ese acto de avanzar a las cortes, esa “solicitud . . . no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del Tribunal Arbitral al respecto . . .”

Como sabemos generalmente el hecho de avanzar a las cortes, de pedir una acción afirmativa de una corte significa una especie de renuncia del derecho al arbitraje e implica proseguir por la vía judicial. Sin embargo la CCI y varios tribunales arbitrales han afirmado que ello no constituye una renuncia al arbitraje.

El Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) mantiene la misma posición que la CCI al disponer en su Artículo 21(3) que “La solicitud de medidas provisionales dirigida por una parte a una autoridad judicial no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia al derecho a acudir al arbitraje . . .”

En relación a lo anterior hay que considerar ciertas cuestiones:

Después de que se nombre un árbitro, este puede revisar la resolución de la corte y decidir después de una completa revisión de las pruebas si las medidas cautelares deben continuar. Puede actuar de manera similar a una corte de apelaciones con una **revisión de novo**.

A menudo, la medida cautelar/provisional sólo dura hasta que el tribunal arbitral pueda actuar.

Ni el tribunal judicial ni las partes pueden anticipar cuál será la solución que el árbitro dará en referencia a las cuestiones en disputa. Si el tribunal judicial otorga las soluciones, el árbitro puede encontrarse obligado, o al menos influenciado por la autoridad del tribunal judicial, de determinar la cuestión de acuerdo con el razonamiento de este tribunal.

Los tribunales judiciales, a veces, son reticentes a otorgar remedios por esta razón.

En EEUU, cuando se aplica la Ley de Arbitraje Federal (muchas veces en disputas internacionales) y el contrato no proporciona a la corte razones claras para otorgar el auxilio, le está prohibido a la corte hacerlo.

Es importante señalar que esa orden judicial no tiene derecho a la protección de la Convención de Nueva York ya que es fruto de una corte, por lo que el reconocimiento es más difícil en países extranjeros. Debe acogerse entonces al principio de reciprocidad.

En el caso concreto de los Estados Unidos deben cumplirse cuatro requisitos para conseguir esta orden judicial. Hay que demostrar daño irreparable, remedio económico inadecuado, probabilidad de éxito basándose en el caso en sí mismo y demostrar también que el beneficio de la parte actora es mayor que el daño que le causa a la otra parte.

Ahora bien, el Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro Internacional de Resolución de Disputas de la AAA en su Artículo 37 se refiere a las llamadas medidas urgentes de protección al disponer lo siguiente: “La parte . . . notificará al administrador y a las demás partes, por escrito, sobre la naturaleza de la medida solicitada y las razones por las que esa medida es requerida con carácter de urgencia. . .”

O sea que el Reglamento de la AAA provee la posibilidad de conseguir una medida cautelar con carácter de urgencia sin tener que avanzar a la corte primero. Y prosigue este propio artículo 37:

“Dentro del día hábil siguiente a la recepción de la notificación . . ., el administrador nombrará a un árbitro único de urgencia. . .”

“El árbitro de urgencia deberá establecer lo antes posible (y en todo caso dentro de los dos días hábiles siguientes a su nombramiento) un calendario de actividades para la consideración de la solicitud de las medidas de urgencia.”

“El árbitro de urgencia tendrá la facultad de ordenar u otorgar cualquier medida provisional o cautelar que considere necesaria, incluyendo órdenes de hacer o no hacer y medidas para la protección o conservación de propiedad. . .”

Este Art 37 establece que “el árbitro de urgencia no tendrá poder para actuar después de la constitución del tribunal arbitral.”

Una vez constituido el tribunal arbitral hay obviamente que solicitar las medidas cautelares al árbitro mismo, al tribunal arbitral, sin embargo son medidas cautelares no son laudos finales

Y finalmente el propio Artículo 37 del citado Reglamento deja claro que “La solicitud de medidas provisionales dirigida por una parte a la autoridad judicial no se considerará ni como incompatible con este Artículo 37 o con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia al derecho de acudir al arbitraje. . .”

Me referiré ahora a la tercera clase de medidas cautelares, las ordenadas por el mismo tribunal arbitral. Después del nombramiento del árbitro, las partes deben pedir el reparo de su daño al árbitro – a menos que exista riesgo de peligro inminente y retraso.

La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL (CNUDMI) en su Capítulo IV se refiere a las Medidas Cautelares y Ordenes Preliminares. El artículo 17 refiriéndose a la facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares establece que:

“Salvo acuerdo contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares”

Ordenar que la parte:

- a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;
- b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
- c) Proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
- d) Preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

El artículo 17A establece las condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares:

“El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados (a), (b) o (c) . . . deberá convencer al tribunal arbitral de que:

- a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y
- b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere.”

Por su parte el artículo 17 E aborda la exigencia de una garantía por el tribunal arbitral:

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

Y finalmente el artículo 17 G se refiere a las costas y daños y perjuicios

“El solicitante de una medida cautelar o el peticionario de una orden preliminar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida o la orden.”

En relación a lo anterior, y con ello finalizo mi intervención, algunas cuestiones deben ser consideradas. En primer lugar puede que esta medida no sea ejecutable bajo la Convención de New York – podrá ser cuestión de cómo se titula la orden/laudo. Ello afecta su habilidad de llevar a cabo el propósito de la medida cautelar/provisional

Por ejemplo:

Un arbitraje entre una empresa venezolana y una empresa panameña en Sao Paulo, Brasil.

La empresa venezolana teme que la panameña disponga de todos sus activos para hacerse insolvente. Pide entonces una medida cautelar al tribunal arbitral que la otorga, prohibiendo que la empresa panameña disponga de sus activos durante el procedimiento arbitral. Pero la orden arbitral no posee la fuerza de ley.

La empresa venezolana tiene que ir a un tribunal judicial en Sao Paulo para que éste ejecute la sentencia, después ir al tribunal panameño para ejecutar porque los activos están en Panamá. Pero cabe preguntarse si el tribunal lo hará y obviamente no hay ninguna certeza bajo la Convención de NY porque sólo es una orden cautelar o provisional.