

LAS MEDIDAS ANTI-PROCESO (ANTI-SUIT INJUNCTIONS) EN EL ARBITRAJE DOMÉSTICO

Karen Milinarsky Litvak¹

Cristóbal Leighton Rengifo²

Rodrigo Guzmán Karadima³

Resumen: Las medidas cautelares innominadas son reconocidas por nuestra legislación, y han sido ocasionalmente otorgadas tanto en nuestros Tribunales Ordinarios como en los Tribunales Arbitrales. La pregunta que nos hacemos en el presente artículo se refiere a la procedencia conforme a nuestra legislación de las medidas anti-proceso o *anti-suit injunctions*, entendidas como órdenes emanadas de un tribunal a una de las partes litigantes, de abstenerse de iniciar o continuar un proceso ante una jurisdicción diversa. ¿Su fundamento? Básicamente, que el procedimiento arbitral en tramitación no sea burlado y –por ende– que el cumplimiento de la sentencia que en él se dicte no sea irrisorio.

1. Medidas anti-proceso y su Marco conceptual

En el ámbito internacional, las medidas anti-proceso, más conocidas como anti-suit injunctions, han sido definidas como “(...) *una orden judicial por la que se ordena al destinatario a cesar una acción judicial (o a no comenzarla) en una jurisdicción diferente a la del tribunal ordenante. Es una orden dirigida a una persona, no al tribunal extranjero, estando respaldada por todas las consecuencias que el cumplimiento de una orden judicial puede significar (e.g., multas e incluso cárcel) (...)*”⁴

Dicho lo anterior, surge la pregunta acerca de ¿si es posible, a la luz de nuestra legislación, solicitar –y obtener– en un arbitraje doméstico una medida de naturaleza anti-proceso o *anti-suit injunction*, respecto de una acción judicial doméstica seguida ante otro tribunal arbitral u ordinario?

¹ Árbitro Joven del CAM Santiago, abogado Universidad Diego Portales, LL.M. Northwestern University, asociada Grupo Vial Serrano Abogados, kmilinarsky@vialserrano.cl

² Árbitro Joven del CAM Santiago, abogado Universidad Católica, LL.M. Duke University, socio Grupo Vial Serrano Abogados, cleighton@vialserrano.cl

³ Árbitro del CAM Santiago, abogado Universidad Católica, LL.M. Duke University, socio Grupo Vial Serrano Abogados, rguzman@vialserrano.cl

⁴ Beltrán de Lubiano Sáez de Urabain, Jokin. 2016. Controlando al litigante rebelde: las anti-suit injunctions en los tribunales españoles. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, [S.l.], n. 32.

2. Las medidas anti-proceso en nuestra legislación.

Para responder la cuestión planteada, en primer lugar, debemos dilucidar si las medidas anti-proceso en análisis se encuentran permitidas en nuestro país.

Pues bien, y a pesar de la discusión que pudiere generarse, estimamos que la respuesta es afirmativa. En efecto, nuestra legislación reconoce la posibilidad de que los jueces decreten medidas cautelares innominadas “*in personam*”, en distintas etapas de la tramitación de un procedimiento judicial. Así ocurre, por ejemplo, con las “órdenes de no innovar”, cuya naturaleza dependerá caso a caso y no se sujetan a catálogo alguno. Así ocurre también con aquellas que autoriza el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil (CPC) y en diversos procedimientos especiales, como son familia, medio ambiente u otros, en donde el Legislador lejos de encasillar las medidas cautelares a un catálogo específico, otorga discrecionalidad al juez, con el objetivo de que éste pueda proteger el proceso, prevenir el abuso del derecho y tutelar el resultado de la acción.⁵

En particular, en lo que se refiere al artículo 298 del CPC, en tanto permite expresamente la concesión de medidas distintas a las del catálogo del artículo 290 del CPC, Marín González explica: “Son, pues, medidas innominadas o indeterminadas que en cada caso y a efectos de asegurar el resultado del juicio, deberán crear los tribunales chilenos de conformidad con las peticiones de los respectivos demandantes.”⁶

Ya en los orígenes de nuestro Derecho Procesal, quedó plasmada esta facultad del juez para - por la vía de la justicia material- asegurar los resultados del juicio. En este sentido, Marín González explica que “(...) La prudencia del magistrado, [lo] mucho que la ley no alcanza a prever, como que las medidas precautorias derivan su principal importancia de los elementos especiales de cada caso y de la posición de cada litigante”, y que dicha normativa constituyó un importante adelanto para su época. PEREIRA, aun cuando inexplicablemente no considera la normativa española, ha afirmado al respecto que “no obstante que el Código de procedimiento civil fue concebido en virtud de principios procesales imperantes en la segunda mitad del siglo pasado y haber entrado a regir a comienzos del presente, no solamente reguló y dio nombre específico a determinadas medidas precautorias (art. 290 al 297), sino que, además, confirió atribución al juez para disponer medidas no autorizadas expresamente por la ley “cuando lo estime necesario” [...] Fue así el sistema procesal civil nacional un adelantado en Latinoamérica en el tema del llamado “poder cautelar general del juez” (...)”⁷ Más adelante agrega que “(...) tratándose de las medidas indeterminadas chilenas, según se puede desprender de lo visto hasta el momento, no hay una regulación implícita ni explícita del *periculum in mora*, como sí ocurre con las medidas el art. 290 del CPC; en consecuencia, será el juez quien en cada caso deberá especificar el peligro correspondiente y la medida que deberá adoptarse. Ahora bien, en esta labor de determinación del peligro

⁵ Ver, a modo de ejemplo, Aguirrezabal Grünstein, Maite. 2016. Las medidas cautelares innovativas en la nueva Institucionalidad Medioambiental. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 23 N°1.

⁶ Marín González, Juan Carlos. 2004. Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 463p.

⁷ Ibíd. 465p.

y del posible contenido de la resolución que deberá adoptarse, no presentan problemas tratándose de las medidas cautelares de carácter precautorio o asegurativo.”⁸

En lo que respecta a los procedimientos arbitrales, -en la actualidad- no se discute la posibilidad de que un Juez Árbitro decrete medidas cautelares (nominadas o innominadas) tendientes a asegurar el resultado de la acción sometida a su conocimiento, cuando concurren los demás requisitos para ello. El Juez Árbitro cuenta con las facultades y es autónomo para ello.

En el caso concreto de las medidas anti-proceso, éstas “(...) *se deducen de los principios generales de pacta sunt servanda (o buena fe) y tutela judicial efectiva. Los juzgados deberían hacer cumplir a las partes con los pactos que ellos mismos han aceptado. Es más, sería injusto que un juzgado quede inmóvil ante la conducta de un demandante que solo puede calificarse de abusiva. (...)*”⁹

3. Las medidas anti-proceso en el Derecho Comparado.

En segundo lugar, resulta necesario hacer presente que las medidas anti-proceso han tenido reconocimiento en el derecho comparado y, si bien han generado gran debate, son de larga data en el arbitraje internacional.

En efecto, en el mundo del arbitraje internacional es donde las *medidas anti-proceso* han tenido mayor desarrollo y estudio, habiéndose -no sin discusión- consolidado en diversos tipos de arbitrajes, sean comerciales o de inversión. En este sentido, se encuentra asentado cada vez más que los Jueces Árbitros gozan del poder y la capacidad que les reconoce el Acuerdo de Arbitraje para -en casos extremos y necesarios- dictar medidas tendientes a evitar el agravamiento del conflicto o asegurar la efectividad de un futuro laudo o sentencia.

Lo cierto, es que las medidas anti-proceso han sido variadas y múltiples (aun cuando excepcionales) en el arbitraje internacional, ya sea de inversión o comercial. Un ejemplo en materia de Arbitraje de Inversión, está dado por el caso caratulado Tokios Tokelés v. Ukraine¹⁰, donde el Tribunal sostuvo: “(...) *En espera de la resolución de la controversia ahora ante el Tribunal, ambas partes se abstendrán, suspenderán y discontinuarán, cualquier procedimiento doméstico, judicial o de otro tipo, relacionado con Tokios Tokelés o su inversión en Ucrania (...) que pueda perjudicar la dictación o implementación de una eventual decisión o laudo de este Tribunal o agravar la disputa existente (...)*”¹¹
[Traducción libre]

Otro ejemplo, entre varios otros, pero esta vez en materia de Arbitraje Comercial, puede observarse en el caso ICC N°1512, donde el árbitro único sostuvo que “(...) *la decisión del demandado de deducir demandas en tribunales locales fue otra movida táctica para ganar tiempo y demorar el procedimiento arbitral (...)*”¹² Más adelante agrega que: “(...) *es indiscutible, además, que las Reglas de la*

⁸ *Ibíd.* 467p.

⁹ Beltrán de Lubiano Sáez de Urabain, Jokin. *Óp. Cit.*

¹⁰ Caso ICSID N°ARB/02/18

¹¹ Caso ICSID N°ARB/02/18, Orden Procesal de 1 de julio de 2003.

¹² Gaillard, Emmanuel. 2006. *Anti – Suit Injunctions Issued by Arbitrators*. International Council for Commercial Arbitration, International Arbitration 2006: Back to Basics?. 252p.

*ICC excluyen cualquier recurso de una de las partes a una autoridad judicial pendente arbitracione (...)*¹³
[Traducción libre]

En definitiva, las medidas anti-proceso corresponden a medidas cautelares innominadas que requieren de una de las partes abstenerse de iniciar y/o continuar procesos que tiendan a dañar el arbitraje, hacer ilusorios los efectos de un futuro laudo y, en todo caso, premunidos -al menos en apariencia- de ser constitutivos de abuso del derecho.

4. Aproximación práctica a las medidas anti-proceso

Como hemos visto, las medidas anti-proceso se han desarrollado principalmente en el arbitraje internacional, tanto de inversión, como comercial. Estimamos no obstante ello, que también tienen cabida en nuestra legislación, en lo que respecta a los arbitrajes domésticos y así ha sido ya reconocido y declarado en al menos un caso por la justicia arbitral doméstica.

En efecto, recientemente en un arbitraje doméstico el Árbitro Arbitrador concedió una medida innominada susceptible de ser catalogada de “anti-proceso”. El caso en comentario -evidentemente simplificado para efectos ilustrativos-, corresponde a un conflicto de carácter societario, en donde una de las partes, que en el arbitraje también representaba a la sociedad común, demandó en sede civil ejecutivamente a ésta con miras a ejecutar el único activo de la misma y así pagarse acreencias que eran parte de la disputa arbitral. Los títulos ejecutivos fueron suscritos por cuenta de la sociedad, por quien, a su vez era el dueño y representante de la ejecutante, demandada en el juicio arbitral. La prosecución de la señalada ejecución haría totalmente ilusorio cualquiera que fuere el resultado del juicio arbitral. En ese contexto, se solicitó –ante el tribunal arbitral- una medida precautoria innominada de prohibición al demandado arbitral de seguir adelante el juicio ejecutivo en cuestión y, en especial, la prohibición al accionista de realizar mediante el embargo solicitado los activos de la sociedad objeto y parte del arbitraje, en tanto no se resolviese la controversia.

El árbitro en un fallo novedoso y fundado, en primer lugar, analiza la funcionalidad de las medidas solicitadas a las pretensiones entabladas en el proceso, concluyendo que la liquidación judicial de los activos de la sociedad agravaría de forma sustancial y probablemente irremediable el conflicto y afectaría seriamente la real eficacia de las acciones entabladas. Estima que dichas acciones habrían perdido todo sentido al quedar privada la sociedad de aquello que constituía todo su patrimonio y el objeto del negocio en común. Concluye entonces que las medidas solicitadas, que buscaban suspender esa liquidación eran funcionales a las pretensiones entabladas y tenían por objeto asegurar su eficacia real.

Enseguida, analiza el *peligro en la mora*, requisito de toda medida cautelar, para concluir que, en este caso, existiría un riesgo real de retraso si no se decretaban las medidas solicitadas. A juicio del árbitro, la solicitante justificó que de seguirse adelante con la ejecución de los bienes, éstos podrían realizarse durante la pendencia del arbitraje, situación que impediría o dificultaría la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia favorable al demandante.

¹³ *Ibíd.*

También -en este contexto- analizó el riesgo que suponía privar a la sociedad ejecutada en sede civil, de una defensa real, efectiva e independiente, al constatarse que la misma no estaba siendo defendida ante la señalada ejecución, habiendo transcurrido los plazos para oponer excepciones.

Finalmente, el árbitro estimó satisfecho el otro requisito de procedencia de la medida, esto es, la concurrencia de *fumus boni iuris* o *humo de buen derecho*.

Concluido su análisis, el árbitro -en lo que nos parece una decisión acertada- concedió una medida cautelar innominada consistente -en términos simplificados- en una orden al demandado de abstenerse de requerir la realización o remate de los activos de la sociedad en el juicio ejecutivo referido, mientras se encontrase pendiente la tramitación del arbitraje.

5. Conclusiones.

De esta manera, a la luz de los antecedentes entregados y del análisis del caso concreto relatado, podemos concluir que, si bien, de carácter excepcionalísimo, las medidas anti-proceso o *anti-suit injunction* pueden tener cabida y reconocimiento en el arbitraje doméstico. No se trata de una intervención en la justicia ordinaria, sino una orden directa a la parte ("*in personam*"), a fin de abstenerse o limitar la realización de un hecho determinado. No sin debate, el derecho comparado las reconoce y el derecho interno no las prohíbe. Por el contrario, faculta expresamente al árbitro a decretar medidas de naturaleza innominada, en cuanto se cumpla con los requisitos generales de dichas medidas.

Un árbitro puede imponer a alguna de las partes ("*in personam*") normas de cuidado que importen incluso la abstención de realizar determinadas actuaciones judiciales, cuando éstas puedan dañar el arbitraje, dañar los resultados del juicio y aparezcan como frívolas o abusivas.

De esta forma, frente a casos graves y urgentes, el árbitro podrá tomar las medidas que pudieren ser necesarias, para los efectos de proteger el proceso arbitral y el resultado del mismo y evitar -de esta forma- actuaciones abusivas de las partes ante otras jurisdicciones.

Bibliografía

1. Beltrán de Lubiano Sáez de Urabain, Jokin. 2016. Controlando al litigante rebelde: las anti-suit injunctions en los tribunales españoles. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, [S.l.], n. 32.
2. Aguirrezabal Grünstein, Maite. 2016. Las medidas cautelares innovativas en la nueva Institucionalidad Medioambiental. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 23 N°1.
3. Marín González, Juan Carlos. 2004. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
4. Caso ICSID N°ARB/02/18, Orden Procesal de 1 de julio de 2003
5. Gaillard, Emmanuel. 2006. "Anti – Suit Injunctions Issued by Arbitrators". *International Council for Commercial Arbitration, International Arbitration 2006: Back to Basics?*.