

## REFERENCIA A LA TUTELA CAUTELAR EN EL DERECHO INGLÉS

*Juan Carlos Marín González\**

### RESUMEN

*Si bien los caminos de la tutela cautelar del Derecho inglés y la de los países del Civil law no han sido uniformes, lo cierto es que en los últimos lustros se vislumbra un proceso de unificación. A la luz de los desafíos que actualmente enfrentan no se observan significativas discrepancias entre una tutela y la otra. Así, si analizamos los problemas que pretenden solucionar, las medidas que se adoptan y los efectos que estas medidas producen en los diferentes procesos, no encontramos significativas divergencias. Incluso, en el campo concreto de las interim injunctions los requisitos de concesión no difieren de los conocidos fumus, periculum y caución de la tutela cautelar del derecho continental.*

### MEDIDAS PROVISIONALES - JUSTICIA EXPEDITA - PROCESO CIVIL

#### 1. INTRODUCCIÓN

En el volumen XIII de la presente revista (diciembre de 2002) escribí sobre la tutela provisional en el derecho inglés. En aquella ocasión me referí particularmente a la denominada *Freezing o Mareva Injunction*, que en la tradición continental equivale a nuestra retención de bienes y, en el ámbito del derecho comparado, a la figura del embargo precautorio. En esta ocasión deseo referirme a las *interim injunctions* y dar cuenta de los cambios que en los últimos años ha experimentado el derecho inglés en esta materia.

\* Doctor en Derecho, Profesor de la Facultad de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), Ciudad de México, D.F.

#### 2. INJUNCTION

Una *injunction* es una orden de un tribunal, históricamente un remedio de equidad, que disuade a una persona de efectuar un acto específico, y en ciertos casos excepcionales requieren que lleve a cabo una actuación concreta.<sup>1</sup> De allí

<sup>1</sup> Sharpe, *Injunctions and specific performance*, Toronto, 1983, p. 4; Bean, *Injunctions*, 7a. ed., Londres, 1996, p. 3; Sheridan, *Injunctions in general*, Londres, 1994, p. 1; Spry, *The principles of Equitable remedies*, Reino Unido, 5a. ed., 1990, p. 322; Hanbury y Martin, *Modern equity*, Londres, 15ª ed., 1997, p. 734. El Glosario de términos que acompaña a las *Civil Procedure Rules 1998* (en adelante indistintamente CPR) señala al respecto: "Injunction: A court order prohibiting a person from doing something or requiring a person to do something".

que se distinga entre las *prohibitory injunctions*, por una parte, y las *mandatory injunctions* por la otra.

### 2.1. Principios que gobiernan las *injunctions*

En la medida que las *injunctions* fueron creación de los tribunales de equidad, es natural que en su concesión gobierne la aplicación de los principios de la *Equity*.<sup>2</sup>

#### 2.1.1. Remedio discrecional

La discrecionalidad en la concesión de esta figura procesal tiene su fundamento en la insuficiencia de las soluciones jurídicas que ofrecía el *Common law*. En este sentido, si las reglas del *Common law* regulan la solución de la controversia (por

ejemplo, una indemnización de daños y perjuicios frente al cumplimiento en naturaleza) la *injunction* no debe ser concedida. Del mismo modo, no debe concederse una *injunction* si la conducta del solicitante ha sido incorrecta. Esta situación se resume en el siguiente aforismo: *who comes to equity must come with clean hands*. En aplicación de esta máxima, si el solicitante, por ejemplo, no ha cumplido con las obligaciones que le impone el contrato, no puede obtener la ejecución de las obligaciones que tiene su contraparte. Asimismo, si el demandante ha sido negligente en hacer valer un derecho, por ejemplo, ha dilatado intencionadamente la solicitud de una *injunction*, ésta no debe ser concedida posteriormente (*delay defeats equity*).<sup>3</sup>

#### 2.1.2. Remedio *in personam*

Se dice que una *injunction* es un remedio en persona en el sentido de que las resoluciones de los tribunales de equidad, históricamente diferentes a las resoluciones de los tribunales del *Common law*, contenían órdenes dirigidas directamente en contra del demandado a fin de que realizara o se abstuviera de realizar una determinada actuación. Un claro ejemplo de esta situación lo encontramos actualmente en la *freezing injunction*, en que el mandato del tribunal se dirige directamente en contra del deudor para que se abstenga de transferir u ocultar sus bienes. En este sentido no es una orden que afecte al bien en sí mismo. En sentido diverso, las resoluciones de los tribunales de *Common law* eran más bien genéricas, así, por ejemplo, declaraban el derecho del

<sup>2</sup> Como se sabe, una de las características más destacadas del Derecho inglés reside en el hecho de que por muchísimo tiempo convivieron en su interior dos sistemas que originaron, a su vez, dos tipos diferentes de tribunales. Por una parte, el sistema del *Common law* (en sentido restringido este término fue tomado de los canonistas, quienes utilizaban el término "*jus commune*" para referirse al derecho general que emanaba de la Iglesia Católica, y servía para describir, ya en los tiempos de Eduardo I (1272-1307), aquella parte del derecho no promulgado, no legislado, y que era común a todo el territorio y a todos sus habitantes, en contraposición a los estatutos, a las costumbres locales y a los fueros reales) y, por el otro, el sistema de la *Equity*. Lo relevante de esta distinción es que cada sistema tenía sus propios tribunales y sus propias formas de solución jurídica, siendo las *injunctions* un remedio propio, hasta 1875, de los tribunales de equidad. En general vid. Spry, *The principles...*, ob. cit., cap. 4, pp. 322 y ss. Vid., asimismo, Keeton-Sheridan, *Equity*, 3a., ed. Londres, 1987, pp. 407-411. Vid, también, Marín, "Notas sobre la evolución del derecho inglés", en *Revista de derecho público*, v. 62 (2000), pp. 194-205.

<sup>3</sup> Keeton-Sheridan, *Equity*, ob. cit., p. 409; Sheridan, *Injunctions...*, ob. cit., p. 10.

demandante a ser indemnizado o a ser restablecido en la posesión de sus bienes.<sup>4</sup>

### 2.1.3. Una *injunction* no debe ser concedida en vano

Hay situaciones en las cuales una *injunction* no debe ser concedida; así, por ejemplo, cuando la lesión ha cesado con anterioridad al inicio del juicio, o cuando resulta imposible volver al estado que existía con anterioridad a la violación del derecho. En estas situaciones este remedio de equidad no resulta apropiado. Sheridan cita un proceso en el cual se prohibió, mediante una *interim injunction*, la publicación de un libro que en opinión del actor violaba cierta información confidencial. Al momento de presentarse la demanda, el libro ya había sido publicado en el extranjero, concretamente en los Estados Unidos de Norteamérica, y las copias del mismo pronto estuvieron disponibles en Inglaterra. En consecuencia, la Cámara de los Lores desechó la solicitud de una *permanent injunction* en contra de *The Sunday Time* que prohibiría la publicación de extractos de aquel libro, puesto que ya “no había ninguna información confidencial que proteger”.<sup>5</sup>

## 2.2. *Interim injunctions*

Una *interim injunction* es una orden temporal que tiene el propósito de regular la posición de las partes mientras el proceso se encuentra en curso.<sup>6</sup> Al constituir una orden limitada en el tiempo se aplica sólo hasta el término de la vista

(*final hearing*) o hasta la determinación definitiva de los derechos de las partes por el tribunal. Por tanto, a falta de una resolución posterior en contrario, el tribunal al dictar una *interim injunction* no extenderá su vigencia más allá de la vista final del procedimiento.<sup>7</sup>

En el ámbito del derecho privado estas medidas tienen por objetivo limitar las infracciones a los derechos del demandante mientras se tramita el proceso. Así, según apunta Burrows,<sup>8</sup> una *interim injunction* tiene el propósito de proteger los derechos que alega el demandante durante la inevitable demora previa al juicio. Como solución jurídica que se emplea respecto de ilícitos civiles (*torts*) e infracciones de contratos (*breach of contract*), cumple una análoga función que una *injunction* definitiva (*final injunction*), pero de un modo más rápido, y en muchas ocasiones, más efectivo. Bean,<sup>9</sup> por su parte, observa que el tribunal al conocer la solicitud una *interim injunction* no realiza un juicio sobre el fondo de la cuestión. Usualmente no hay testimonio oral y no hay oportunidad para contrainterrogatorios. Respecto del proceso de exhibición de prueba y examen

<sup>7</sup> Spry, *The principles of equitable...*, ob. cit., p. 446. El propio autor reconoce que en ocasiones el término *interim injunction* se extiende a *injunctions* dictadas después que se ha obtenido la sentencia. Cita la causa *Orwell Steel (Erection and Fabrication) Ltd. v Asphalt and Tarmac (UK) Ltd.* [1984] 1 WLR 1097. *Ídem* p. 446 en nota 2.

<sup>8</sup> *Remedies for torts and breach of contract*, Londres, 2ª ed., 1994 (reimpresión en 1997), p. 423. Hanbury y Martin, por su parte, observan que “el objeto de una *interim injunction* es evitar que un litigante que necesariamente debe sufrir los retrasos judiciales, pierda el producto de su juicio por estos retrasos”. *Modern equity*, ob. cit., p. 751.

<sup>9</sup> *Injunction*, ob. cit., p. 28.

<sup>4</sup> Vid. Spry, *The principles...*, ob. cit., p. 26 y ss.

<sup>5</sup> *Injunctions...*, ob. cit., p. 13.

<sup>6</sup> Plant, Editor in Chief, *Blackstones's Civil practice*, Oxford, 2003, p. 418.

de documentos éstos no tienen lugar; de hecho es posible que el escrito de demanda y de contestación no hayan sido aun notificados. No debe creerse, en todo caso, que una *interim injunction* es un remedio secundario o de menor importancia. Por el contrario, cada año los tribunales en comparación conceden mucho más este remedio que una *injunction definitiva*, por el simple hecho de que como Lord Denning expresó: “Casi siempre, no obstante, los procesos no llegan a la etapa de juicio. Las partes aceptan la resolución *prima facie* del tribunal o arreglan directamente la disputa. En todo caso, 99 causas sobre 100 no van más allá [...]”.<sup>10</sup>

Ordinariamente una *interim injunction* se solicita después que el procedimiento ha comenzado por una *injunction definitiva*. Esto no significa, en todo caso, que no pueda obtenerse como remedio accesorio de otros procedimientos de equidad. Así, por ejemplo, en muchas ocasiones en procesos en los que se busca el cumplimiento forzoso del contrato (*specific performance*) o en asuntos relacionados con la administración de un *trust*, la capacidad del tribunal de impartir justicia al finalizar el juicio se verá seriamente afectada a menos que se conceda de inmediato una *interim injunction*. En este sentido, Spry<sup>11</sup> apunta que la determinación de si es conveniente o no conceder una *interim injunction* en un proceso que busca el

cumplimiento forzoso del contrato, es similar *mutatis mutandi* al que se aplica respecto de un proceso en que se solicita una *injunction definitiva*.

### 2.2.1. Jurisdicción y procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia (The High Court)

El artículo 37 apartado (1) de la Ley del Tribunal Supremo de 1981 (*Supreme Court Act 1981*) establece la jurisdicción (competencia) del Tribunal Superior de Justicia para dictar una *injunction*, disponiendo al efecto: “Poderes del Tribunal Superior en materia de *injunctions* y depositarios”:

(1) El Tribunal Superior puede mediante un auto (sea provisional o definitivo) dictar un interdicto o nombrar un depositario, en todos los procesos en que le parezca justo y conveniente hacerlo.<sup>12</sup>

La competencia, pese a los amplios términos en que está redactada la disposición, no es tan extensa. Según apuntan Hanbury y Martin, debe ser ejercida no de acuerdo con las preferencias individuales de cada juez, sino “en conformidad a razonamientos legales o de acuerdo con principios jurídicos”.<sup>13</sup> Así, un demandante sin derecho no puede obtener una *injunction*, a pesar de lo “justo y conveniente” que ello pueda ser. En este sentido, si bien hubo diferentes opiniones en

<sup>10</sup> “Nearly always, however, these cases do not go to trial. The parties accept the *prima facie* view of the court or settle the case. At any rate, in 99 cases out of 100 it goes no further. I should have thought that our practice in these cases was sensible and convenient. It enables the parties to adjust their differences speedily and cheaply instead of a trial which might be long expensive”. *Fellowes & Son v Fisher* [1976] QB p. 129.

<sup>11</sup> *The principles of equitable...*, ob. cit., p. 448.

<sup>12</sup> Section 37. Powers of High Court with respect to injunctions and receivers: (1) “The High Court may by order (whether interim or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to the court to be just and convenient so to do”. Similares principios se aplican en los *Contry Court Acts 1984*, artículo 38.

<sup>13</sup> Los autores citan la causa *Beddow v Beddow* [1878] 9 Ch. D. pp. 89 a 93. *Modern equity*, ob. cit., p. 73.

cuanto a la verdadera extensión del artículo 25 (8) de la Ley del Tribunal Supremo de 1873, que introdujo por primera vez en el derecho procesal inglés una disposición similar a la vigente actualmente,<sup>14</sup> la Cámara de los Lores precisó que dicha normativa no había extendido la competencia de los tribunales para conceder *injunctions*, sino que más bien se trataba de una norma de procedimiento.<sup>15</sup>

En relación con las normas de procedimiento, debe tenerse presente que las reglas que rigen los procesos civiles ante el Tribunal Superior de Justicia en Inglaterra y Gales, después del 26 de abril de 1999, se encuentran contenidas en las *Civil Procedure Rules* de 1998 (CPR) conocidas también en el lenguaje del foro como *The White Book*. Las *interim injunctions* se reglamentan en la sección 25 (*Part 25*) que regula, por un lado, la figura de las medidas provisionales (*interim remedies*) y, por la otra, la cau-

ción respecto de las costas judiciales (*security for cost*). La primera parte de esta sección, esto es, la dedicada a las medidas provisionales aborda, por su parte, dos materias que con anterioridad a la reforma de 1998 se trataban separadamente: (i) la concesión de una medida provisional y (ii) la concesión de los denominados pagos provisionales (*interim payments*). Las normas generales relativas a la aplicación de este tipo de órdenes por los tribunales se reglamentan en la sección 23 (*Part 23*) de las CPR. El procedimiento específico aplicable para una medida provisional y un pago provisional se contiene en la aludida sección 25.

Esta sección dispone en el número 25.1. párrafo 1 que el tribunal puede conceder las siguientes medidas provisionales: letra a) una *interim injunction*.<sup>16</sup> La enumeración de las medidas provisionales que contempla el párrafo 1 se extiende hasta la letra “n” y ella no es exhaustiva. La sección 25.1. párrafo 3 dispone que

<sup>14</sup> El art. 25 apartado (8) de la *Supreme Court Act 1873* dispuso en materia de medidas provisionales “una *injunction* puede ser concedida o un depositario nombrado mediante un auto provisional, en todos los procesos en que al tribunal le parezca justo y conveniente que tal resolución se dicte; y esta resolución puede ser dictada incondicionalmente o bajo los términos y condiciones que el tribunal considere razonables”. “An injunction may be granted or a receiver appointed by an interim order of the court in all cases in which it shall appear to the court to be just or convenient that such order should be made; and any such order may be made either unconditionally or upon such terms and conditions as the court shall think just”. Una interpretación amplia de esta disposición fue realizada por el juez JESSEL, en el proceso *Beddow v Beddow* [1878] 9 Ch. D. p. 89, donde señaló: “I have unlimited power to grant an injunction in any case where it would be right or just to do so”.

<sup>15</sup> Hanbury y Martin, *Modern equity*, ob. cit., pages 734 y 735.

<sup>16</sup> Con anterioridad a la vigencia de las CPR, las *injunctions* se encontraban reguladas en la Sección 29 (*Order 29*) de las *Rules of the Supreme Court* (RSC) que en su norma 1 (*rule 1*) disponía: (1) “Una solicitud para conceder una *injunction* puede ser formulada por cualquiera de las partes de un proceso o disputa, antes o después de su vista oral, ya sea que la reclamación de la *injunction* haya sido incluida o no en el escrito de la parte, en la notificación de inicio del proceso, en la reconvencción o en la citación de un tercero, según proceda”. O. 29, r.1) 1.– Application for injunction: “An application for the grant of an injunction may be made by any party to a cause or matter before or after the trial of the cause or matter, whether or not a claim for the injunction was included in that party’s writ originating summons, counterclaim or third party notice, as the case may be”. Sobre el particular vid. Bean, *Injunctions*, ob. cit., capítulo 5 “Interim proceedings”, pp. 69-97.

el hecho de que una específica medida provisional no se encuentre en la enumeración del párrafo 1, no afecta las facultades del tribunal para conceder esa medida. La posibilidad de nombrar un depositario, de acuerdo con el artículo 37 apartado (1) de la Ley del Tribunal Supremo de 1981 (*Supreme Court Act 1981*), es típicamente una medida que el tribunal puede conceder aun cuando no se encuentra recogida en la enumeración referida.

La solicitud de una medida provisional puede ser realizada en cualquier tiempo, antes de que el proceso haya comenzado e, incluso, después de dictada la sentencia (sección 25.2 (1) (a) y (b)). Debe tenerse presente, en todo caso, que de conformidad con las disposiciones legales el tribunal sólo puede conceder una medida provisional antes de la presentación de la demanda si hay urgencia en ello, o si ello fuere necesario en interés de la justicia (25.2. (2) (b)).<sup>17</sup> Lógicamente la urgencia debe ser acreditada por el solicitante para que el tribunal pueda conceder la medida requerida. Ahora bien, la nueva normativa dispone que la solicitud de una medida provisional debe apoyarse en elementos probatorios, sal-

vo que el tribunal ordene otra cosa. Asimismo, las nuevas reglas disponen que el tribunal puede conceder una medida provisional sin aviso de la contraparte (*without notice*) si existen buenas razones para ello. En esta última situación, la prueba que se presente en apoyo de la solicitud de la medida provisional debe indicar las razones por las cuales el aviso no debe ser dado (sección 25.3). En este sentido, se ha considerado que son buenas razones aquellos casos en que la confidencialidad es esencial para la eficacia de la medida;<sup>18</sup> o en aquellos otros en que el demandado no puede ser localizado.<sup>19</sup>

#### 2.2.2. Principios y pautas aplicables al momento de dictar una *interim injunction*

En la actualidad, la jurisdicción para conceder este remedio ha seguido las pautas sentadas en 1975 por la Cámara de los

<sup>17</sup> Las antiguas RSC O. 29, sección 1. (2) y (3) disponían sobre este particular: (2) En caso de urgencia la referida petición puede ser formulada *ex parte* bajo juramento escrito, pero, salvo lo antedicho, tal petición debe ser realizada oralmente o en el emplazamiento. (3) El demandante no puede formular la solicitud antes que se expida el *writ* o la notificación de inicio del proceso por el cual la disputa fue iniciada, excepto en caso de urgencia, y en tal evento la *injunction* solicitada puede ser concedida en los términos dispuestos al emitirse el *writ* o notificación o de acuerdo con aquellos otros términos, si los hubiere, que el tribunal considere conveniente.

<sup>18</sup> En el proceso *Z Ltd. v A-Z and AA-LL* [1982] 2 WLR 288, que trataba de un fraude cometido en contra de una compañía internacional por más de dos millones de libras esterlinas, era esencial el secreto y la rapidez en adoptar una *freezing injunction*. Al respecto Lord Denning señaló: "When the fraud was discovered, the Ruritanian company was anxious to trace the moneys into the various banking accounts, and also the good. It was important that any dealings should be stopped before the conspirators knew that the fraud had been discovered. It was so urgent that, before a writ, the Ruritanian company made application to the commercial judge seeking order against any of those who might possibly have had a part in the fraud, [...], and against the banks who might still be holding any of the money", p. 293. Debe resaltarse que con la medida concedida la Compañía recuperó de inmediato casi la mitad de lo defraudado (un millón de libras esterlinas).

<sup>19</sup> Bean, *Injunctions*, ob. cit., p. 73.

Lores en el proceso *American Cyanamid v. Ethicon Ltd.*<sup>20</sup> como un “balance de conveniencia”. En esta decisión, muy discutida por la doctrina inglesa y extranjera,<sup>21</sup> se reformularon (y en opinión de algunos se sacudieron violentamente) los principios que gobernaban las medidas provisionales en el Derecho procesal inglés.

### 2.2.2.1. El derecho previo al proceso *American Cyanamid v. Ethicon Ltd*

Tradicionalmente la concesión de esta medida provisional se basaba en el equilibrio de dos factores: (i) la solidez de los argumentos del demandante (*the strength of the plaintiff's case*) y (ii) la naturaleza y extensión del daño (*harm*) de cada parte. Para satisfacer la primera exigencia los tribunales ingleses empleaban diferentes expresiones propias, ade-

más de la discrecionalidad de este remedio, siendo la más recurrida y aceptada (así lo sostuvo la propia Cámara de los Lores en *Stratford Son Ltd v. Lindley* y en primera instancia la Corte de Apelaciones en *American Cyanamid v. Ethicon Ltd*)<sup>22</sup> aquella que exigía al demandante establecer un *prima facie case*, de ordinario un *strong prima facie case*,<sup>23</sup> en dos sentidos: primero, que el demandado estuviera realizando o que intentaría realizar un ilícito en su contra y, segundo, que en apariencia él tuviera derecho a una *injunction* definitiva en el juicio posterior. Esta última situación ponía de relieve que bajo esta tradicional visión, un aspecto esencial para conceder la medida provisional era que el demandante mostrara a los ojos del tribunal que tenía un *strong case on the merits*, es decir, sólidos fundamentos de que ganaría la causa en el fondo. El segundo factor (ii), como hemos observado, aludía a la probabilidad y extensión del daño a que se veía expuesta cada parte, lo que se traducía en deter-

<sup>20</sup> [1975] A.C. pp. 396 y ss.

<sup>21</sup> Vid. sobre este particular, Gore, “Interim injunctions—a final judgment?”, en *The modern law review* (1975), v. 38, pp. 672-679; Wallington, “Injunctions and the “right to demonstrate””, en *The cambridge law journal* (1976), v. 35, abril, pp. 82-111; Leubsdorf, “The standard for preliminary injunctions”, en *Harvard law review* (1978), v. 91, N° 3, enero, pp. 525-566; Hammond, “Interim injunctions: time for a new model?” en *University of toronto law journal* (1980), v. 30, pp. 240-282; Spry, “The myth of the prima facie case”, en *The australian law journal* (1981), v. 55, noviembre, pp. 784-787; Carlson, “Granting an interim injunction: what is the test?”, en *Manitoba law journal* (1982), v. 12, N° 2, pp. 109-128; Macleod Rogers-Hately, “Getting the pre-trial injunction”, en *The canadian bar review* (1982), v. 60, N° 1, pp. 1-35; Perell, “The interim injunction and irreparable harm”, en *The canadian bar review* (1989), v. 68, pp. 538-559.

<sup>22</sup> [1965] AC, pp. 269 y ss. y [1974] FSR pp. 312 y ss., respectivamente.

<sup>23</sup> Sharpe, *Injunctions...*, ob. cit. p. 64; Burrows, *Remedies...*, ob. cit., p. 424; Bean, *Injunctions*, ob. cit., pp. 31 y ss. Hanbury y Martin, *Modern equity*, ob. cit., p. 753. Sharpe, cita entre otras formulaciones, que los tribunales ingleses utilizaban las siguientes: “a substantial question to be investigated”, “a fair question”, “a serious question to be tried”, “a substantial question to be tried”. No obstante esta variedad de fórmulas, el referido autor observa que “it is submitted, however, that, to the extent that these formulations represent a variation from the *prima facie* case test, they present situations in which the assessment of the merits is difficult, and that, because of inability at the preliminary stage to come to a conclusion on the merits, the case must turn on the balance of convenience [...]”. *Injunctions...*, ob. cit., p. 64.

minar, en relación con este eventual daño, hacia qué lado se inclinaba la balanza de conveniencia: si por la adopción o por el rechazo de la medida provisional.<sup>24</sup>

En la práctica, sin embargo, los tribunales y también los abogados otorgaban mayor importancia al establecimiento de un *strong prima facie case* que a la valoración de los posibles perjuicios que las partes pudieran sufrir con la decisión del tribunal. Tanto que si el demandante lograba establecer una sólida prueba a primera vista, los “tribunales parecían felices de ignorar por completo el balance de conveniencia”.<sup>25</sup> En definitiva, los jueces ingleses no concedían la medida provisional a menos que el demandante demostrara que las probabilidades de obtener una *injunction* definitiva eran superiores a las de no obtenerla (más del 50% de probabilidades de éxito). De ahí que la decisión de los tribunales era vista como “un mini-juicio” (*mini-trial*) en conformidad con los argumentos y evidencias hasta ese momento disponibles, y que normalmente no eran otros que las declaraciones juradas de las partes y la argumentación oral de sus abogados.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Adicionalmente, los tribunales casi invariablemente exigían, como condición para conceder la medida, que el demandante diera un compromiso (*undertaking*) para pagar los daños que injustificadamente sufriera el demandado como consecuencia de la medida adoptada.

<sup>25</sup> Burrows, *Remedies...*, ob. cit., p. 425. De hecho, esto fue lo sostenido por el juez Russell en sus conclusiones finales en la causa *American Cyanamid v. Ethicon Ltd* en la Corte de Apelaciones: “...if there be no *prima facie case* on the point essential to entitle the plaintiffs to complain of the defendants’ proposed activities, that is the end of the claim to interim relief”. [1974] FSR p. 333.

<sup>26</sup> En general, téngase presente que la solicitud de una *interim injunction* se realiza en audiencia pública (*in open court*) si la petición

#### 2.2.2.2. El derecho post- *American Cyanamid v. Ethicon Ltd*

Esta tradicional visión, según se anticipó, fue removida violentamente el año 1975 con la decisión del más alto tribunal inglés. Lord Diplock, con el acuerdo de los demás Lores, buscó en la decisión del proceso *American Cyanamid v. Ethicon Ltd* poner fin a la idea de considerar la concesión de una *interim injunction* como un “mini-juicio”. En la aludida causa el demandante, una compañía de los Estados Unidos de Norteamérica, solicitó la concesión de una *quia timet injunction* a fin de impedir que el demandado, otra compañía también de ese país, explotara comercialmente en Gran Bretaña una sutura sintética respecto de la cual alegaba la infracción de su patente comercial. El tribunal de primera instancia concedió la medida basándose en que los demandantes habían demostrado un *strong prima facie case* de que su patente podría ser infringida por las ventas de Ethicon, y adicionalmente el balance entre dictar o no dictar la medida se inclinaba por mantener el *statu quo* hasta el juicio mismo, esto es, impedir en el tiempo intermedio la comercialización de la sutura. La Corte de Apelaciones, por su parte, después de ocho días de alegatos revocó la resolución de primera instancia, argumentando que el demandante había fallado en establecer *prima facie* sólidas evidencias (*failed to establish a strong prima facie case*),<sup>27</sup> sin tomar en consideración el balance de conveniencia u otros elementos. La Cámara de

es ante la Sala de la Cancillería (*The Chancery Division*) del Tribunal Superior, y a puerta cerrada (*in chambers*) si es en la Sala de la Reina (*Queen’s Bench Division*) del mismo tribunal.

<sup>27</sup> El juez Russell a este respecto observó que: “I am not satisfied on the present evidence that on the proper construction of this

los Lores, finalmente, repuso la decisión de primera instancia, pero con un razonamiento diferente.

Lord Diplock comunicó el parecer unánime del tribunal,<sup>28</sup> y fue particularmente crítico con lo que consideraba era un énfasis indebido en relación con los fundamentos que el demandante debía aportar en la fase interlocutoria del proceso. Luego de expresar los motivos que tradicionalmente los tribunales ingleses habían utilizado para conceder una *injunction* y el objetivo que ellas perseguían,<sup>29</sup> observó, en primer término, que en el Derecho inglés los procesos judi-

ciales contenían diferentes aproximaciones para decidir si se debía o no dictar una medida cautelar, entre otras: “probabilidad del derecho del actor”, “serios fundamentos a primera vista del derecho del actor”, etc., pero que, en su opinión, no había ninguna norma que así lo estableciera. Sostuvo, por el contrario, que a los jueces lo único que debía constarle era que la pretensión no fuere frívola o vejatoria. En otras palabras y en términos positivos, que detrás de la solicitud de una medida cautelar hubiera una cuestión seria que enjuiciar (*a serious question to be tried*).<sup>30</sup>

---

specification, addressed as it to persons skilled in the relevant art or science, the claim extends to sterile surgical sutures produced not only from homopolymer of glycolide but also from copolymer of glycolide and up 15 per cent. of lactide. *That is to say that I do not consider that a prima facie case of infringement is established*”. *American Cyanamid v. Ethicon Ltd* [1974] FSR p. 330 (el destacado es mío).

<sup>28</sup> Los demás lores Viscount Dilhorne, Cross of Chelsea, Salmon y Edmund-Davies, básicamente señalaron: “My Lords, for the reasons given by my noble and learned friend, Lord Diplock, I would also allow this appeal”. *American Cyanamid Co v. Ethicon Ltd*. [1975], A.C. p. 410.

<sup>29</sup> “La práctica de dar alivio por vía de una *interim injunction* surgió con el objetivo de mitigar el riesgo de que el demandante sufriera una injusticia durante el período anterior a la resolución de esta incertidumbre; sin embargo, desde la segunda mitad del siglo diecinueve esta práctica ha sido condicionada a que el demandante se obligue a indemnizar los daños y perjuicios causados por la *injunction*, si en el juicio se resolviera que no estaba autorizado a impedir hacer al demandado lo que éste amenazaba hacer. El objetivo de la *interim injunction* es proteger al demandante de los daños y perjuicios causados por una infracción de su derecho, que no resultarían compensados por las indemnizaciones a pagar en caso que la acción fuere resuelta a su favor; sin embargo, la nece-

---

sidad del demandante de tal protección debe ser contrapuesta a la recíproca necesidad del demandado de protección frente a los daños y perjuicios causados por la prohibición de ejercer sus derechos, que no resulten adecuadamente compensados por las indemnizaciones que el demandante se obligó a pagar en caso que la acción fuera resuelta a favor del demandado”. “It was to mitigate the risk of injustice to the plaintiff during the period before that uncertainty could be resolved that the practice arose of granting him relief by way of interim injunction; but since the middle of the 19th century this has been made subject to his undertaking to pay damages to the defendant for any loss sustained by reason of the injunction if it should be held at the trial that the plaintiff had not been entitled to restrain the defendant from doing what he was threatening to do. The object of the interim injunction is to protect the plaintiff against injury by violation of his right for which he could not be adequately compensated in damages recoverable in the action if the uncertainty were resolved in his favour at the trial; but the plaintiff’s need for such protection must be weighed against the corresponding need of the defendant to be protected against injury resulting from his having been prevented from exercising his own legal rights for which he could not be adequately compensated under the plaintiff’s undertaking in damages if the uncertainty were resolved in the defendant’s favour at the trial”. *American Cyanamid Co v. Ethicon Ltd*, [1975] A.C. p. 406.

<sup>30</sup> *Ídem*, p. 407.

Una vez sentado que había una cuestión seria que enjuiciar, el demandante debía demostrar que el balance de conveniencia favorecía la concesión de la medida provisional.

Para valorar esta última situación, Lord Diplock determinó la siguiente secuencia (*step by step*) a fin de establecer si debía o no otorgarse una *interim injunction*:<sup>31</sup> Lo primero que debía considerar el tribunal (en el supuesto de que el demandante tuviese éxito con el juicio en el reconocimiento de su derecho a una *injunction* definitiva), era si mediante el pago de una indemnización pecuniaria serían suficientemente compensados los daños y perjuicios que el demandante habría de soportar, como resultado de permitir al demandado seguir realizando la actividad que se deseaba prohibir. Si la reparación económica constituía una solución jurídica adecuada y el demandado estaba en condiciones de pagar estos perjuicios, entonces la *interim injunction* no debía ser concedida no obstante los sólidos fundamentos de la reclamación del actor.

Si, por el contrario, la indemnización de daños y perjuicios no ofrecía una adecuada satisfacción al actor en el caso de que posteriormente tuviese éxito en su reclamación, el tribunal debía considerar la siguiente hipótesis: si el demandado tuviere éxito en que se le reconociera su derecho a realizar aquello que se le quiere prohibir, ¿sería razonablemente compensado por los daños que pueda sufrir bajo el compromiso de indemnización del demandante (*the plaintiff's undertaking*)? Si la indemnización es un adecuado remedio y el demandante está en condiciones de pagarla, entonces no había razón para rechazar una *interim injunction*.

Si, no obstante, hay dudas en relación con la adecuada satisfacción de las respectivas indemnizaciones disponibles para cada parte, el balance de conveniencia aparecía. Lord Diplock señaló que no era razonable establecer una lista con las diferentes circunstancias que debían tenerse presentes al determinar de qué lado se inclina la balanza, de modo que sólo resultaba conveniente sugerir algunas hipótesis, ya que ellas varían de proceso en proceso. Ahora bien, si el balance de conveniencia no se inclina en favor de ninguna de las partes, debía considerarse: primero, la adecuación de mantener el *statu quo* y, luego, analizar si la solidez de los argumentos de una parte eran asimétricos con los de la otra.

Aplicando los principios establecidos al caso en disputa la medida provisional fue concedida porque, en primer término, las evidencias mostraban que había una cuestión seria que enjuiciar, esto es, que no era un asunto frívolo ni vejatorio y, en segundo lugar, el balance de conveniencia se inclinaba por la concesión de la medida, particularmente teniendo presente que si no se otorgaba la *injunction*, el monopolio que en el mercado de las suturas disfrutaba el demandante podía ser gravemente lesionado.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> El razonamiento del juez de primera instancia que Lord Diplock consideró adecuado, era que la sutura que pretendía comercializar el demandado no estaba aun en el mercado, por lo que al concederse una *injunction* no se paralizaría ningún negocio, ninguna fábrica sería cerrada y ningún trabajador sería enviado a la cesantía. Por la otra parte, si se permitía la comercialización de las suturas por parte del demandado, el demandante corría un serio peligro de perder el monopolio que disponía en el mercado de las suturas hasta 1980, y de no poder incrementar su posición en dicho mercado. Demasiado liberal para mi paladar jurídico en todo caso.

<sup>31</sup> *Ídem*, pp. 408 y 409.

Como se aprecia, el mayor cambio que se produjo el año 1975 en esta materia fue que el demandante ya no necesitaba acreditar un *prima facie case*, sino una prueba menos exigente, a saber, la existencia de un asunto serio que enjuiciar. Bean observa que esta exigencia llevó, al menos a algunos tribunales, a adoptar una nueva regla en reemplazo de la anterior. Tras el fallo de la Cámara de los Lores sólo se tiene que demostrar que hay un asunto serio que enjuiciar, sin ninguna referencia a la relativa fortaleza de los argumentos de cada parte. Esta situación, agrega Bean, “placed a weapon for injustice in the hands of plaintiffs with weak but arguable cases [...]”.<sup>33</sup> En otras palabras, la mayor o menor solidez en los fundamentos de la acción del demandante quedó relegada a un segundo plano. Hanbury y Martin en este sentido señalan que “sólo como último recurso es apropiado considerar la relativa solidez de los argumentos de las partes, y sólo si aparece de los hechos afirmados en el testimonio notarial (*affidavit evidence*) [...], que la solidez de los argumentos de una parte son asimétricos con los de la otra”.<sup>34</sup>

En opinión de Burrows, la política que se encuentra detrás de esta sentencia “es que la solicitud de una medida provisional *no* debiera servir como un mini-juicio, en el cual la cuestión central del proceso es juzgado sólo teniendo como prueba una declaración jurada, sin evidencia oral ni contra-interrogatorios”.<sup>35</sup> Para Goldstein, el nuevo examen “fue claramente diseñado para obviar la necesidad de sostener un examen preliminar a fondo, sobre el mérito de los

argumentos del demandante, como condición de conceder la medida provisional. De este modo, los principios de *American Cyanamid*, establecidos el mismo año que la *Mareva injunction*, representan, al igual que la *Mareva*, un intento adicional de inclinar la balanza en favor del demandante en materia de medidas provisionales”.<sup>36</sup>

A partir de entonces, los principios establecidos en *American Cyanamid* han sido aplicados en numerosos casos posteriores, respecto de ilícitos civiles (*torts*), actividades molestas e insalubres (*nuisance*), administración de *trust*, incumplimiento de contratos (*breach of contract*), infracciones al derecho de marcas, competencia desleal, etc.<sup>37</sup> Sin embargo, también debe decirse que hay muchos otros procesos en los cuales estos principios no han recibido aplicación, mismos que a continuación veremos.

#### 2.2.2.3. Procesos en los que no se aplican las reglas establecidas en *American Cyanamid*<sup>38</sup>

El propio Lord Diplock apuntó, luego de establecer los nuevos principios en *American Cyanamid*, que “puede haber muchos otros factores especiales que de-

---

depend nor to decide difficult questions of law which call for detailed argument and mature consideration. These are matters to be dealt with at the trial”. *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. p. 407.

<sup>36</sup> “Recent developments and problems in the granting of preliminary relief: a comparative analysis”, en *Revue hellénique de droit international*, 40 ème et 41 ème années, (1987-1988), p. 20.

<sup>37</sup> Sobre el particular, vid. la extensa lista de procesos señalada por Sheridan, *Injunctions...*, ob. cit., pp. 27-30.

<sup>38</sup> Sobre este tema vid. Burrows, *Remedies...*, ob. cit., pp. 432-440; Sheridan, *Injunctions...*, ob. cit., pp. 34-37; Bean, *Injunctions*, ob. cit., pp. 38-41; Hanbury y Martin, *Modern equity*, ob. cit., pp. 760-765.

<sup>33</sup> *Injunctions*, ob. cit., p. 33.

<sup>34</sup> *Modern equity*, ob. cit., p. 754.

<sup>35</sup> *Remedies...*, ob. cit., p. 427. En palabras de Lord Diplock “it is no part of the court’s function at this stage of litigation to try to resolve conflicts of evidence on affidavits as to facts on which the claim of either party may ultimately

ben ser tenidos en consideración de acuerdo con las circunstancias particulares de cada proceso”.<sup>39</sup> En este sentido, la Corte de Apelaciones y los tribunales de primera instancia han desarrollado un número de casos especiales, en los cuales el demandante ha debido mostrar algo similar a una *prima facie case*, y en otros, el balance de conveniencia no ha sido tomado en consideración.

En definitiva, son situaciones en las cuales los principios derivados de *American Cyanamid* o no se aplican, o se emplean de una manera diversa; así, tratándose de la concesión de una *freezing injunction* no rigen los principios que acabamos de exponer. Igualmente, cuando el demandado carece de una defensa seria el balance de conveniencia no debe ser considerado.<sup>40</sup> Del mismo modo, una autoridad pública no debiera ser restringida en el ejercicio de sus facultades legales por medio de una *interim injunction*, a menos que el demandante demuestre una real expectativa de que su pretensión por una *injunction* definitiva tendrá éxito. El interés público es un factor relevante al momento de valorar en qué sentido debe inclinarse la balanza al momento de conceder o denegar una medida provisional. Finalmente, en los casos en que la concesión o el rechazo de una *interim injunction* pueda tener el efecto práctico de poner fin al litigio, el tribunal debe adoptar una aproximación amplia en relación con

los principios en disputa a efectos de evitar alguna injusticia, y poner en la balanza el riesgo que asume cada parte.<sup>41</sup> En opinión de Bean,<sup>42</sup> en estos casos el tribunal debe tener presente al conceder la medida que puede de hecho estar dictando una sentencia favorable al actor, privando al demandado de la posibilidad de acudir al juicio. En consecuencia, en estos casos el balance de conveniencia no debería tener lugar, ya que con independencia de la intensidad de los argumentos de cada parte, no se le puede impedir al demandado, por la concesión de la medida provisional, su derecho a disputar la pretensión del demandante en el juicio. Así, en la causa *Bryanston Finance Ltd. v. Vries* (No. 2) [1976] Ch 63, en la cual una compañía solicitó una *injunction* a fin de prohibir que el demandado, un accionista, pidiera la disolución de la sociedad; el tribunal sostuvo que la compañía sólo tenía derecho a la medida provisional si con la prueba disponible se podía sostener que la petición del demandado constituía *prima facie* un abuso de proceso.

Finalmente, no rigen estos principios tratándose de una *mandatory injunction*. En este sentido, debemos tener presente que en *American Cyanamid Co. v. Ethicon*

<sup>39</sup> “I would reiterate that, in addition to those to which I have referred, there may be many other special factors to be taken into consideration in the particular circumstances of individual cases”. *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* [1975] A.C. p. 409.

<sup>40</sup> Hanbury y Martin citan los siguientes procesos *Official Custodian for Charities v. Mackey* [1985] Ch. 168; *Love v. Herrety* (1991) 23 HLR 217. *Modern equity*, ob. cit., p. 763 nota 29.

<sup>41</sup> El propio Lord Diplock en el proceso *NWL Ltd. v. Woods* [1979] 1 WLR pp. 1294 y ss. observó: “Where, however, the grant or refusal of the interim injunction will have the practical effect of putting an end to the action because the harm that will have been already caused to the losing party by its grant or its refusal is complete and of a kind for which money cannot constitute any worth while recompense, the degree of likelihood that the plaintiff would have succeeded in establishing his right to an injunction if the action had gone to trial, is a factor to be brought into the balance by the Judge in weighing the risk that injustice may result from his deciding the application one way rather than the other”, p. 1.307.

<sup>42</sup> *Injunction*, ob. cit., pp. 39 y 40.

*Ltd.* lo solicitado fue una *prohibitory injunction*, pero los principios que allí se establecieron no fueron expresados en términos de quedar limitados a ese tipo de *injunctions*. De hecho, algunos de estos principios se han aplicado a casos de *mandatory injunction*. Con todo, una *mandatory injunction* al ordenar una actuación positiva del demandante en la mayoría de las situaciones necesita de un *strong prima facie case*.<sup>43</sup> Sheridan<sup>44</sup> observa que para conceder una *mandatory injunction* debe existir un alto grado de seguridad de que en el correspondiente juicio se establecerá que la *injunction* fue correctamente concedida. Este estándar es más exigente que el requerido para conceder un *prohibitory injunction*. Lo anterior es desde todo punto de vista razonable, ya que tratándose de una *mandatory injunction* normalmente los perjuicios que se pueden causar al demandado son mayores, y existe una mayor probabilidad de que el juicio no continúe hacia la etapa de la vista oral.

### 2.2.3. El compromiso de indemnización (*undertaking as to damages*)

En el Derecho inglés normalmente los tribunales exigen previo a la concesión de la medida, que el actor se comprometa a indemnizar todos los perjuicios que ésta pueda causar al demandado. Galinsky<sup>45</sup> a

este propósito observa que, “la decisión de la Cámara de los Lores en la causa *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* estableció los principios que deben aplicarse por los órganos jurisdiccionales en el ejercicio sus facultades discrecionales. Los tribunales normalmente actúan basándose en el hecho de que cualquier medida provisional que es concedida queda sujeta a un compromiso de indemnización por parte del demandante. El más usual es el compromiso por el cual el actor cumplirá con cualquier resolución de este tribunal en la que se ordene pagar una indemnización de daños y perjuicios a causa de la medida concedida, si en opinión del tribunal el demandado hubiere sufrido alguno”. El propósito de exigir este compromiso, agrega el autor citado, es simple: “permitir al tribunal [...], compensar a la persona que temporalmente ha sido requerida de hacer, o no hacer algo, por el agravio que ha sufrido entretanto, si posteriormente demuestra que ha sido requerido en contravención de sus derechos”.<sup>46</sup>

El punto de vista predominante en los tribunales ingleses es que cualquier demandante a quien se concede una *injunction*, salvo circunstancias excepcionales, debe constituir un compromiso adecuado, especialmente porque este compromiso no significa reconocer la responsabilidad civil del actor, sino simplemente facilitar la labor del tribunal.

Zuckerman,<sup>48</sup> por su parte, observa que el compromiso de indemnizar los da-

<sup>43</sup> Hanbury y Martin citan los siguientes procesos en los cuales para conceder una *mandatory injunction* se exigió un *strong prima facie case*: *De Falco v. Crawley Borough Council* [1980] QB. 460; *R. v. Kensington and Chelsea Royal London Borough Council, ex p. Hammel* [1989] QB. 518; *R. v. Westminster City Council, ex p. Agustin* [1993] 1 WLR 730. *Modern equity*, ob. cit., p. 764 nota 40.

<sup>44</sup> *Injunctions...*, ob. cit., pp. 34 y 35.

<sup>45</sup> “Interim injunctions and damages” (1992) v. 136 *Solicitor Journal*, p. 1.086.

<sup>46</sup> *Ídem*.

<sup>47</sup> Sobre la posibilidad de dispensar de este compromiso a la Corona vid. Zuckermann “Dispensation with undertaking in damages-an elementary injustice”, en *Civil justice quarterly*, 1993, pp. 268-278.

<sup>48</sup> *Ídem*, p. 268.

ños y perjuicios que pueda sufrir el demandante es una cuestión de justicia. En el ejercicio de sus pretensiones ante los tribunales cada parte tiene derecho a ser tratada de igual manera. Los tribunales tienen el deber de mantener la imparcialidad y de no mostrar preferencia alguna por una de las partes hasta que se haya establecido, mediante la sentencia definitiva, cuál tenía la razón de su lado. No obstante, el demandante puede obtener una medida provisional limitando la actuación del deudor, incluso antes de la sentencia definitiva, si demuestra que un daño irreparable puede afectar sus derechos. En consecuencia, cuando los tribu-

nales conceden una *interim injunction* están protegiendo exclusivamente los intereses del demandante; de esto se sigue que si el tribunal tiene que mostrar igual interés por los derechos del demandado, debe tomar las medidas necesarias para protegerlo de cualquier agravio que pueda sufrir como consecuencia de las medidas adoptadas en favor del demandante. Zuckerman cita lo observado por el juez Dillon, en el sentido de que: “la *cross-undertaking* es exactamente un asunto de equidad cuando una medida provisional es concedida en adelanto de la determinación de los derechos de las partes en el juicio”.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> *Kirklees Borough Council v. Wickes Building Supplies Ltd.* [1991] 4 All ER pp. 268 y 269.