

## Las *anti-suit injunctions* en materia arbitral en América Latina

JAMES GRAHAM<sup>1</sup>

Las *injunctions*, y en particular las *anti-suit injunctions*, son herramientas tradicionales del Common Law, y comparables a las órdenes judiciales del sistema de Derecho Civil. Las *anti-suit injunctions* tienen por propósito, a solicitud de una parte, ordenar a la otra parte a no iniciar o continuar una acción legal en otra jurisdicción<sup>2</sup>. La idea es proteger la competencia jurisdiccional e impedir litigios paralelos en otros países que podrían perturbar el resultado de la acción judicial o futura acción judicial de los tribunales donde se busca la *anti-suit injunction*. La desobediencia a una *injunction* es sancionada con altas multas, normalmente a través de la noción de *contempt of court*.

En el ámbito del arbitraje, se recurre a las *injunctions* para interrumpir el arbitraje o para evitar la ejecución forzosa del laudo<sup>3</sup>. Por sí mismos, las *injunctions* tienen efectos positivos. En primer lugar, sirven para prevenir que una parte que considere que no es parte de un acuerdo arbitral, puede evitar, gracias a una *injunction*, perder dinero y tiempo en un procedimiento ilegítimo. También es positivo el hecho de ordenar a una parte que renuncie a recursos judiciales que

---

1 Socio y Cabeza del Grupo de Práctica Litigio y Arbitraje Internacional, *DeForest*; Profesor, Universidad Autónoma de Nuevo León. graham@deforestglobal.com

2 Para casos de interés, véase: *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC (Appellant) v AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP (Respondent)* [2013] UKSC 35; Rainer, *The impact of West Tankers on Parties' Choice of a Seat of Arbitration*, *Cornell Law Review*, 2010, p. 431 (para la problemática de las *injunctions* y las acciones "torpedo" en el sistema comunitario europeo); Caso ICC 8307, 14/5/2001.

3 Mosimann, *Anti-Suit Injunctions in International Commercial Arbitration*,

entorpezcan el arbitraje. Lo negativo es cuando se inicia un “pingpong” entre diversos tribunales judiciales, que emiten uno contra el otro *injunctions*, como lo ilustra el caso *Pertamina*: La empresa KBC (Karah Bodas Company LLC) obtuvo un laudo favorable en contra de la paraestatal indonesia Pertamina<sup>4</sup>. Esta última, después de haber perdido la acción de nulidad de laudo en Suiza (sede del arbitraje), introdujo otro recurso de nulidad de laudo, pero esta vez ante los tribunales indonesios. En este procedimiento también se solicitó una *injunction* en contra de KBC, ordenándole que no ejecute forzosamente el laudo. Por su parte, KBC solicitó y obtuvo ante una Corte del Distrito en Texas, una *anti-suit injunction* por la cual se ordenó a Pertamina que se desista de su procedimiento de nulidad de laudo en Indonesia. Cuando Pertamina obtuvo su *injunction* en Indonesia, la Corte del Distrito tejana condenó a Pertamina en *contempt of court*. Para no agravar la situación, Pertamina finalmente aceptó obedecer la *injunction* y solicitó a la Corte de Jakarta el retiro de su recurso de anulación. Sin embargo, la Corte rechazó la solicitud y rindió un fallo favorable a Pertamina, decretando la nulidad del laudo. Junto con la sentencia, la Corte del Distrito del Centro de Jakarta también emitió una orden permanente en contra de KBC, consistente en no ejecutar el laudo, con una pena de 500,000 USD por cada día que se mantuviera vigente el procedimiento de ejecución forzosa en los Estados Unidos<sup>5</sup>. Sin embargo, la Corte del Distrito de Texas decretó el reconocimiento del laudo, así como su ejecución forzosa<sup>6</sup>. Como se desprende de lo anterior, las *anti-suit injunctions* no solo son peligrosas sino además son ineficientes cuando los tribunales de los diversos países empiezan a emitir *injunctions* uno contra el otro.

Ahora bien, las *injunctions* normalmente son dirigidas a una o a las dos partes, aunque veamos qué pasa cuando una *anti-suit injunction* es emitida en contra de un tribunal arbitral. En el caso *Salini*, el tribunal arbitral decidió ignorar la orden, argumentando que su poder proviene del acuerdo arbitral y que su principal deber es no frustrar este acuerdo, ya que de lo contrario, el tribunal arbitral cometería una denegación de justicia y rechazaría la aplicación del principio de

4 *Karah Bodas Co. LLC (KBC) v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina) and PT, PLN (Persero)*, Decision of 18 December 2000, 16(3) *Mealey's IAR C-2* (2001).

5 La decisión puede ser consultada en: [www.mealeysonline.com](http://www.mealeysonline.com) (documento #05-021125-013Z). Para hacer corta la historia, el 23/11/2004 la Suprema Corte de Indonesia canceló todas las órdenes de la Corte de Distrito por exceso de autoridad. Lo mismo pasó en los Estados Unidos, donde el 2<sup>nd</sup> Circuit estableció: “As a court of secondary jurisdiction under the New York Convention, charged only with enforcing or refusing to enforce a foreign arbitral award, it is not the district court's burden or ours to protect KBC from all the legal hardships it might undergo in a foreign country as a result of this foreign arbitration or the international commercial dispute that spawned it” (*Karah Bodas Company v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara [Pertamina]*, 7/9/2007, 500 F.3d 111 (2007).

6 *Karah Bodas Co. LLC (KBC) v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina)*, 335 F.3d 357, 360-63 (5th Cir. 2003).

*fairness* que corresponde a la legítima expectativa de las partes<sup>7</sup>. Años antes, ya otro tribunal arbitral tomó la misma postura. En un arbitraje comercial, la Corte Comercial de Apelaciones de Buenos Aires validó una inhibitoria (orden de no hacer) en contra de un tribunal arbitral con sede en Dallas, bajo el argumento de que el caso tenía que ser juzgado ante los tribunales argentinos<sup>8</sup>. Sin embargo, los árbitros denegaron los efectos extraterritoriales de la orden y rindieron un laudo, que después fue ejecutado en la Argentina, debido a que la Corte comercial competente decidió que no era posible resolver un conflicto de “jurisdicción” entre un tribunal argentino y un tribunal arbitral extranjero<sup>9</sup>.

## I. *Anti-suits injunctions* ordenadas por el tribunal judicial

En la medida que la mayoría de las *injunctions* provienen de los tribunales americanos, es menester identificar en pocas palabras los motivos válidos para su procedencia<sup>10</sup>. El más común es el identificado en el caso *China Trade*. En este asunto, *China Trade* buscó impedir a la contraparte coreana el inicio de un litigio paralelo en Corea. La Corte del distrito emitió la requerida *anti-suit injunction*, al considerar que se habían cumplido los siguientes criterios:

- “1) the parties in the Korean action are the same as the parties in this action;
- 2) the issue of liability raised by Ssangyong in the Korean court is the same as the issue of liability raised here;
- 3) the Korean litigation would be vexatious to the plaintiffs in the United States action, which was commenced first; and
- 4) allowing the Korean litigation to proceed would result in a race to judgment.”

Sin embargo, la Corte de Apelación anuló la *injunction* con el motivo que:

“[b]ecause no important policy of the forum would be frustrated by allowing the Korean action to proceed, and because the Korean action poses no threat

7 *Salini Costruttori S.p.A. v. The Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Abeba Water and Sewerage Authority* (hereinafter “*Salini*”), Award regarding the Suspension of the Proceedings and Jurisdiction, 7/12/2001, #142-143. Véase: Schwartz, Do International Arbitrators Have a Duty to Obey the Orders of Courts at the Place of the Arbitration? Reflections on the Role of the *Lex Loci Arbitri* in the Light of a Recent ICC Award, *Mélanges Briner*, op. cit., p. 795.

8 Compañía General de Combustibles, [2002-III], *Jurisprudencia Argentina*, citado por Grigera Naón, *Competing Orders...*, op. cit., p.343.

9 *Idem*, p. 344.

10 Para un análisis exhaustivo de estos motivos: Ali, Nesbitt & Wessel, *Anti-suit injunctions* in support of International Arbitration in the United States and in the United Kingdom, *Intl. A.L.R.*, 2008, p. 12.

to the jurisdiction of the district court, we conclude that the interests of comity are not overbalanced by equitable factors favoring an injunction, and we hold that the district court abused its discretion when it enjoined Ssangyong, a Korean corporation, from proceeding in the courts of Korea.”

“It is well established that a federal court has the power to enjoin a foreign suit by persons subject to its jurisdiction; however, due regard for principles of international comity require that this power should be ‘used sparingly.’”

Los criterios que son comúnmente aplicados por los tribunales federales para otorgar las *anti-suit injunctions*<sup>11</sup> y que se deducen del caso ya citado, son: (1) que las partes sean las mismas; (2) que la *litis* sea idéntica; y (3) que haya riesgo que el litigio extranjero impida a los tribunales estadounidenses ejercer su jurisdicción, o existan fuertes motivos de orden público<sup>12</sup>. Sin embargo, todo lo anterior debe de analizarse en base de la *Comity*<sup>13</sup>: a partir del cual debe ser el de no ordenar una *anti-suit injunction*, salvo excepciones<sup>14</sup>:

“It is beyond question that a federal court may enjoin a party before it from pursuing litigation in a foreign forum.” *Paramedics Electromedicina Comercial, Ltda. v. GE Med. Sys. Info. Technologies, Inc.*, 369 F.3d 645, 652 (2d Cir. 2004). Such an injunction operates against “only against the parties, and not directly against the foreign court,” *China Trade & Dev. Corp. v. M.V. Choong Yong*, 837 F.2d 33, 35 (2d Cir. 1987), but is nonetheless an

11 In *Maroc Fruit Bd. S.A. v. M/V Almeda Star*, No. 11-12091-JLT, 2013 WL 4407101 (D. Mass. Aug. 19, 2013).

12 Véase también: *In re Unterweser Reederei GmbH*, 428 F.2d 888 (5th Cir. 1970), aff’d on rehearing en banc, 446 F.2d 907 (1971), rev’d on other grounds sub nom. *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 92 S.Ct. 1907, 32 L. Ed. 2d 513 (1972): “[F]oreign litigation may be enjoined when it would (1) frustrate a policy of the forum issuing the injunction; (2) be vexatious or oppressive; (3) threaten the issuing court’s in rem or quasi in rem jurisdiction; or (4) where the proceedings prejudice other equitable considerations.”

13 *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895): “No law has any effect beyond the limits of the sovereignty from which its authority is derived. The extent to which one nation shall be allowed to operate within the dominion of another nation, depends upon the comity of nations. Comity is neither a matter of absolute obligation, nor of mere courtesy and good will. It is a recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or other persons who are under the protection of its laws. The comity thus extended to other nations is no impeachment of sovereignty. It is the voluntary act of the nation by which it is offered, and is inadmissible when contrary to its policy, or prejudicial to its interests. But it contributes so largely to promote justice between individuals, and to produce a friendly intercourse between the sovereignty to which they belong, that courts of justice have continually acted upon it, as a part of the voluntary law of nations. It is not the comity of the courts, but the comity of the nation, which is administered and ascertained in the same way, and guided by the same reasoning, by which all other principles of municipal law are ascertained and guided”.

14 *Citigroup, Inc. v. Abu Dhabi Investment Authority*, 13 Civ. 6073, 2013 U.S. Dist. LEXIS 167310 (S.D.N.Y. Nov. 25, 2013); *Sanofi-Aventis Deutschland GmbH v. Genentech, Inc.*, 716 F.3d 586 (Fed. Cir. 2013).

“extraordinary power,” *Garpeg, Ltd. v. United States*, 583 F. Supp. 789, 798 (S.D.N.Y. 1984) that “should be ‘used sparingly,’” *China Trade*, 837 F.2d at 36 (quoting *United States v. Davis*, 767 F.2d 1025, 1038 (2d Cir. 1985)), and “should be granted ‘only with care and great restraint,’” *id.* at 36 (quoting *Canadian Filters (Harwich) Ltd. v. Lear-Siegler, Inc.*, 412 F.2d 577, 578 (1st Cir. 1969)). “In parallel litigation, the issue of comity is an important and omnipresent factor. Although it is a consideration in federal and state litigation, it assumes even more significance in international proceedings.” *Gen. Elec. Co. v. Deutz AG*, 270 F.3d 144, 159-60 (3d Cir. 2001). “Since parallel proceedings are ordinarily tolerable, the initiation before a foreign court of a suit concerning the same parties and issues as a suit already pending in a United States court does not, without more, justify enjoining a party from proceeding in the foreign forum.” *China Trade*, 837 F.2d at 35. In the Second Circuit, a jurisdiction with a “restrictive” approach towards anti-suit injunctions, *Deutz*, 270 F.3d at 160, an injunction may only issue when two threshold conditions have been met and after the satisfaction of a five-factor test. *Paramedics*, 369 F.3d at 652. First, the parties in both actions must be identical. *China Trade*, 837 F.2d at 36. Second, resolution of the domestic suit must be “dispositive” of the foreign suit. *Id.* If the threshold conditions are met, the Second Circuit has approved a set of factors courts should apply to assess whether an injunction should issue — the “so-called China Trade factors.” *Travelport Global Distribution Sys. B.V. v. Bellview Airlines Ltd.*, No. 12 Civ. 3483 (DLC), 2012 WL 3925856, at \*7 (S.D.N.Y. Sept. 10, 2012) (internal quotation marks omitted). Those factors include “whether the foreign proceeding threatens a strong public policy or the jurisdiction of the domestic forum,” *Paramedics*, 369 F.3d at 654, which the Second Circuit has termed as having “greater significance” among the factors, *China Trade*, 837 F.2d at 36, as well as whether “the foreign action would be vexatious; ... the proceedings in the other forum prejudice other equitable considerations; or ... adjudication of the same issues in separate actions would result in delay, inconvenience, expense, inconsistency, or a race to judgment,” *id.* at 35. “In addition to satisfying the China Trade test, recent Second Circuit case law has held that a party seeking a preliminary anti-suit injunction must also satisfy the traditional test for a preliminary injunction”. *Dandong v. Pinnacle Performance Ltd.*, No. 10 Civ. 8086 (LBS), 2011 WL 6156743, at \*3 (S.D.N.Y. Dec. 12, 2011), *aff’d in part, remanded in part sub nom. Lam Yeen Leng v. Pinnacle Performance Ltd.*, 474 F. App’x 810 (2d Cir. 2012) (summary order) (citing *Software A.G., Inc. v. Consist Software Solutions, Inc.*, 323 F. App’x 11, 12 (2d Cir. 2009) (summary order); *In re Millenium Seacarriers, Inc.*, 458 F.3d 92, 98 (2d Cir. 2006)).

La base para ordenar las *anti-suits injunctions* está en el efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz*. Positivamente, la *kompetenz-kompetenz* asegura la jurisdicción del forum arbitral- aun en presencia de un acuerdo arbitral virtualmente nulo o inexistente -; negativamente, la *kompetenz-kompetenz* impide la jurisdicción de cualquier forum judicial:

“An arbitration clause contains within it a ‘negative promise not to bring foreign proceedings, which applies and is enforceable regardless of whether or not arbitration proceedings are on foot or proposed’”.<sup>15</sup>

## II. *Anti-suits injunctions* ordenadas por un tribunal arbitral

La facultad de emitir órdenes por parte de los árbitros tiene dos facetas. Positivamente el tribunal arbitral tiene el poder de ordenar lo que considere pertinente para proteger su jurisdicción y los derechos de las partes:

“This Tribunal has an inherent power to issue such orders as may be necessary to conserve the respective rights of the Parties and to ensure that this Tribunal’s jurisdiction and authority are made fully effective”.<sup>16</sup>

Negativamente, el tribunal arbitral no puede prohibir a una parte acudir a un tribunal estatal, debido a que es su derecho fundamental el acceso a la justicia:

“In the opinion of the Arbitral Tribunal,... [Claimant’s] request for Injunctive Relief is inconsistent with this fundamental feature of provisional and conservatory measures. [Claimant] is not seeking an order requiring [Respondent] to request a stay of the [Court] action pending the final award in the arbitration. Rather, Claimant is requesting the Arbitral Tribunal to grant an order requiring (Respondent) to withdraw the [Court] Action with prejudice”.<sup>17</sup>

15 *Bannai v Erez* [2013] EWHC 3689 (Comm). Véase también: Corte de Justice del Caribe, *British Caribbean Bank Ltd. v. Belize*, 2013.

16 Feb. 4, 1983 Interim Award in Case No. 338, *E-Systems, Inc. v. Iran*, 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 51, 57 (1983). This decision was confirmed several times thereafter, in particular in Case No. 12118, *Tadger-Cohen Associates, Inc. v. Iran*, 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 302 (1985).

17 Unreported ICC case, Procedural Order of November 2000 (refusing an anti-suit injunction), citado por Levy, *Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators*, en: Gaillard (ed.), *Anti-suit Injunctions in International Arbitration: IAI Seminar*, Juris Publishing, 2005.115, 117, nota 4.

El riesgo de emitir una orden de no iniciar un litigio judicial, es que el laudo pueda ser anulado por el motivo de parcialidad y la violación del orden público por haberse prohibido a la parte en quien recayó la *injunction* el ejercer su derecho fundamental de acceso a la justicia. Las *anti-suit injunctions* deben de ser evitadas lo más posible, y, en todo caso, solo deben ser un instrumento de protección del procedimiento arbitral. Cualquier otro motivo probablemente provocará la nulidad del laudo.

En la medida que los árbitros carecen de *imperium* para ejecutar sus decisiones, es legítimo preguntarse cuáles son los efectos de una *anti-suit injunction* emitida por un tribunal arbitral. En el caso ICC 8887, la contraparte objetó la *injunction* e inició un litigio paralelo ante los tribunales. El tribunal arbitral decidió consecuentemente que la contraparte tenía que ser condenada a pagar a la parte “víctima” los costos y honorarios generados por el litigio judicial<sup>18</sup>.

### III. Conclusión

Afortunadamente en América Latina la tendencia es a evitar el otorgamiento de *injunctions*. Las decisiones anexadas a este trabajo así lo demuestran. Si bien es cierto que la intención de una *injunction* es encomiable – evitar por una parte innecesarios procedimientos paralelos, y, por otra parte, evitar que haya un “sabotaje” del arbitraje – en realidad, por sus efectos, las *injunctions* complican más la situación al crear un tercer litigio en paralelo: en relación con la *injunction*. Ahora bien, la última saga en la materia es el caso Chevron contra Ecuador, donde por una parte los tribunales americanos en última instancia rechazaron mantener una *injunction* en contra de la ejecución de una sentencia judicial ecuatoriana y, en lo que concierne al arbitraje, un tribunal arbitral ordenó a Ecuador, como medida cautelar, no ejecutar la sentencia judicial hasta que se resuelva el procedimiento arbitral<sup>19</sup>. Sin embargo, y sin entrar en detalle en el análisis, es cierto que la orden arbitral dirigida al Ejecutivo del Estado ecuatoriano, en los hechos no surtirá efectos, por el principio de la separación de los poderes. En el fondo, es altamente recomendable que en el futuro no se utilicen este tipo de mecanismos para resolver ciertas situaciones y, en cambio, se busquen maneras alternas para dirimir los conflictos entre foros judiciales y arbitrales.

18 ICC, Final award of April 1997, ICC case No. 8887, ICC BULL., 2000, pp. 91-94.

19 Ver, entre otros, PCA Case 2009-23, Orden procesal de fecha de 25/1/12.