NOTAS SOBRE LA TUTELA PROVISIONAL EN EL DERECHO INGLÉS: ESPECIAL REFERENCIA A LA *FREEZING* O *MAREVA INJUNCTION*

*Juan Carlos Marín González**

RESUMEN

El desarrollo de la tutela provisional en el Derecho inglés siguió históricamente un camino diferente del que tuvo en el Derecho de la Europa continental. Con todo, en los últimos treinta años estas diferencias se han atenuado drásticamente. El avance e importancia que la tutela provisional muestra hoy día en el Derecho inglés es similar a la que posee en los países de la Europa continental; la excesiva dilación en la solución de los conflictos ha llevado a los tribunales ingleses, al igual que a los del continente, a utilizar cada vez en mayor medida soluciones provisionales y a introducir en las últimas décadas una gran variedad de estas herramientas. La denominada freezing injunction, a la que se contrae el presente artículo, si bien nace a la vida jurídica inglesa sólo en el año 1975, constituye actualmente la medida provisional de mayor aplicación dentro de la maquinaria judicial inglesa.

1. EL DERECHO INGLÉS

Debemos tener presente que cuando hablamos del Derecho inglés nos estamos refiriendo al Derecho que rige en Inglaterra y en el País de Gales; no es ni el Derecho del Reino Unido ni de la Gran Bretaña, ya que Irlanda del Norte, de una parte, y Escocia, de la otra, tienen su propio Ordenamiento jurídico y sus propios tribunales[1]. No obstante lo anterior, la importancia histórica que este Derecho ha tenido supera ampliamente el espacio territorial que en la actualidad ocupa. Basta recordar que ha sido el modelo inspirador de Ordenamientos jurídicos de buena parte de la humanidad y cuna de la tradición del *Commom law*, carácter que hasta el día de hoy le vale para ser considerado como fuente de respeto y conocimiento de numerosos países[2].

* Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Investigador del Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

[1] La *Act of Union* dada para Inglaterra y Escocia el año 1707 garantizó la independencia de los tribunales escoceses y la preservación del Derecho escocés, particularmente en materias como la responsabilidad extracontractual, los contratos y los delitos. No olvidemos, asimismo, que el sistema jurídico escocés difiere del inglés no sólo en su sustancia, sino también en carácter y tradición al haber recibido la influencia del Derecho romano. Para una visión general de las fuentes escocesas y con abundante bibliografía vid. Kiralfy-Macqueen, *New perspectives in scottish legal history*, Londres, 1984. Asimismo, vid. Mackay Cooper, "The Common and the Civil law –A Scot´s view–", en *Harvard law review* (1949-1950), vol. 63, págs. 468-475.

[2] Sintomático de ello es la adaptación en varios países del *Common Law* de las recientes *injunctions* del Derecho inglés: *Mareva injunctions* y *Anton piller orders*. Vid. Tilbury-Noone-Kercher, *Remedies comentary and materials*, Sydney, 3ª. ed., 2000, págs. 759 y sgtes. Por su parte Andrews, re-

En primer término, merece destacarse que en la tradición del *Common law*, debido a la enorme fuerza que tiene el precedente judicial, el jurista razona de forma inductiva; así, el Derecho como producto histórico se ha elaborado de causa en causa, de decisión en decisión, sin que previamente exista una regla abstracta que contemple el problema a resolver. En suma se trata de un sistema abierto, flexible, asentado en la realidad, en el que el derecho se va creando en la medida que el juez, al surgir la controversia, emite una decisión y crea una nueva regla. Por su parte, en sentido diverso, en la tradición continental el jurista efectúa una labor deductiva, esto es, a partir de una norma elaborada en abstracto y con carácter general por el legislador razonando en dirección del caso concreto que debe resolver. Para tales efectos el juez cuenta con una serie de reglas o cánones de interpretación con los que buscará la intención o propósito de la ley más que un sentido literal de las palabras utilizadas. Se trata, en definitiva, de un sistema cerrado, que no presenta lagunas en su interior, en que todo el Derecho, o su mayor parte, se contempla en un código.

La anterior exposición, en verdad, es una visión extrema de ambas tradiciones, puesto que en las últimas décadas las diferencias entre uno y otro sistema se encuentran bastante atenuadas. Si bien el precedente judicial en el *Common law* es especialmente importante en cuanto fuente de creación del derecho, hoy en día la principal fuente la constituyen las leyes (*Acts*) emanadas del Parlamento. Así, por ejemplo, el derecho relacionado con la venta de bienes (*Sale of goods Act de 1979*), o la controvertida ley de marina mercante del año 1988 (*Merchant Shipping Act*), o la reciente ley sobre administración de justicia (*The Access to Justice Act de 1999*), son todas materias que corresponden, en la terminología inglesa, a las leyes escritas (o formalmente aprobadas) en oposición a las leyes no escritas o precedente judicial. Cuando el juez inglés aplica alguna de estas u otras leyes (y esto es gran parte de su labor actual) se encuentra en una posición muy similar a la del juez continental cuando éste tiene que aplicar un código[3]. Por su parte, en el sistema continental el respeto por los casos decididos es cada vez más importante. Sin llegar al grado de vinculación que tiene el precedente en el Derecho inglés, hoy en día las numerosas y extensas colecciones de fallos forman parte del equipo profesional de cualquier estudio de abogados en España, Francia, Italia o Chile. Para un jurista del continente no es posible comprender la actuación de su Derecho sin referencias constantes a las colecciones de jurisprudencia publicadas periódicamente.

De ahí que, no sin exagerar, algún autor ha llegado a sostener que el Derecho inglés presenta en estos días una mayor similitud con el Derecho continental que con el vigente en EEUU[4]. En el campo concreto que nos ocupa, el de la tutela provisional, veremos que los problemas que pretende abordar y solucionar, no obstante haber tenido un desarrollo disímil, son similares a los que se plantean en los Ordenamientos jurídicos que siguieron la tradición del *Civil law*; si bien el pragmatismo

firiéndose a los principios que podrían seguir las naciones que acepten una medida cautelar uniforme, observa "aquellos principios adoptan la esencia de las f*reezing injunctions* y de las órdenes de cateo civiles, las cuales han sido sumamente exitosas en Inglaterra y en muchos países del c*ommon law*". "Provisional and protective measures: toward an uniform protective order in civil matters", en *Uniform law review*, vol. VI, 2001-4, pág. 932.

[3] Merece considerarse al respecto que la innovación más importante y trascendente del Derecho inglés en materia de medidas provisionales, fue realizada el año 1975 por la Corte de Apelaciones (*The Court of Appeal*) teniendo como único fundamento una ley del Parlamento, concretamente el artículo (*section*) 45 (1) de la *Suprem Court of Judicature Act* (consolidada) de 1925 que facultaba al Tribunal Superior (*The High Court*) para conceder una medida provisional en todos aquellos casos en que al tribunal le parecía que era "justo y conveniente" hacerlo.

[4] Vid. Posner, *Law and legal theory in England and America*, Oxford, 1996, págs. 20 y ss. Vid. también Levitsky, "The europeanization of the british legal style", en *The american journal of comparative law* (1994), vol. 42, Nº 2, págs. 347-380.

inglés no elaboró conceptos abstractos como las ideas de *fumus boni iuris* o *periculum in mora*, propios de los sistemas procesales del Continente, sí se desarrollaron a través de los concretos casos que los tribunales fueron conociendo y solucionando, particulares medidas que han desempeñado un papel similar al que han tenido las medidas cautelares en los países que siguieron la tradición del Derecho continental.

1.1. *Desarrollo de la tutela provisional en el Derecho procesal civil inglés*

El desarrollo de la tutela provisional en el Derecho procesal inglés siguió históricamente un camino diferente al que tuvo en la Europa continental. Esta situación hunde sus raíces en la diversa evolución que, en general, tuvo el Derecho inglés en relación con el llamado Derecho de los países del *Civil law*. Ningún otro Ordenamiento jurídico en Europa permaneció tan fiel a sus orígenes y tradiciones como lo hizo el Derecho en Inglaterra; la influencia del Derecho romano, cuyo renacer fue decisivo en el desarrollo de los Ordenamientos jurídicos en los países de la Europa continental, resultó insignificante en su crecimiento. Considérese que no hubo en Inglaterra una revolución como la de 1789 en Francia que rompiera con el Antiguo Régimen y lo remplazara por un nuevo sistema legal, y que el marcado carácter técnico-procesal que caracterizó al sistema inglés desde sus inicios fue, asimismo, determinante al momento de impedir que éste recibiera la influencia del proceso de codificación que se inicia en la Europa continental a fines del siglo XVII. A esas alturas el *Common law* había desplegado todas sus potencialidades y la mentalidad práctica de los juristas ingleses no se adaptó a un sistema abstracto, tan racional y de escaso contacto con la realidad.

En cierto modo, la evolución de la tutela provisional en el Derecho inglés ha sido exactamente inversa a la que tuvo lugar con la tutela cautelar en el Derecho continental. Por una parte, aquel Derecho no conoció sino hasta hace muy poco –concretamente a partir de 1975– una medida equivalente a la del embargo preventivo, de tan fuerte raigambre en el Derecho procesal español, a la *saisie conservatoire* del Derecho francés, o al *sequestro conservativo* del Derecho procesal italiano; figuras que constituyeron los pilares sobre los cual se construyó el edificio dogmático de la tutela cautelar en los países del *Civil law*. Hoyle[5] observa a este respecto que "antes de 1975 era contrario a la práctica imperante conceder una medida cautelar que restringiera la enajenación de los bienes del demandado. La postura de los tribunales ingleses era que no había una competencia inherente para conceder este tipo de órdenes, no había una provisión legal o usos forenses que pudieran usarse en aval del eventual cambio de esta situación"[6]. Gee[7], por su parte, observa que un antecedente histórico puede encontrarse en el proceso llamado "foreign attachment" que se podía solicitar en la *Court of the Mayor and Aldermen of London* a finales del siglo XV. Si un ciudadano de Londres demandaba a un deudor que se encontraba fuera de la jurisdicción del tribunal, el demandante podía solicitar el embargo de cualquiera de los bienes que aquel tuviere dentro de la jurisdicción. Si el demandado no se apersonaba ante el tribunal, sus pertenencias eran valoradas y entregadas al demandante, quien debía ofrecer seguridad de que los bienes serían devueltos al deudor si este aparecía dentro del plazo de un año y un día, y probaba, lógicamente, que no adeudada dinero alguno. A

---

[5] *The mareva injunction and related orders*, 3ª ed., Londres, 1997, pág. 9.

[6] Zuckerman cita los siguientes procesos en los cuales los tribunales ingleses rechazaron la posibilidad de conceder, previo a la sentencia sobre el mérito, alguna limitación a la facultad de disposición del demandado. *Mills v. Northern Ry. of Buenos Ayres Co* [1870], 5 Ch App.. 621; *Robinson v. Pickering* [1880] 16 Ch. D. 660; *Newton v. Newton* [1885] 11 PD. 11; *Lister v. Stubbs* [1890] Ch. D. 1; *Burmester v. Burmester* [1913] P. 76; *Scott v. Scott* [1951] P. 193. "Mareva injunctions and security for judgment in a framework of interlocutory remedies", en *The law quarterly review*, v. 109 (1993), pág. 433, nota 6.

[7] *Mareva injunctions and Anton piller relief*, 4ª ed., Londres, 1998, págs. 1 y 2.

mediados del siglo XIX la ausencia de notificación al demandado se consideró que atentaba contra el derecho natural y el referido procedimiento cayó en desuso. Spry[8], por su parte, observa que "en el siglo XIX se encontraba bien asentado que los tribunales de equidad no concedían *injunctions* a los acreedores a fin de impedir que los deudores negociaran con sus propiedades cuando el acreedor no tenía un derecho legal o de equidad en alguna propiedad". Aclara que lo anterior no quiere decir que los tribunales no tuvieran competencia para conceder una *injunction* de este tipo; de hecho, si una *injunction* hubiere sido concedida habría sido ejecutada de la misma forma que cualquier otra resolución de equidad. "Antes bien, los tribunales de equidad consideraron que en circunstancias de este tipo era inapropiado e injusto impedir que el deudor negociara con sus propiedades como lo tenía a bien"[9].

Este vacío, de no fácil justificación al interior del sistema inglés[10], fue cubierto a partir de 1975 por una concreta medida provisional, a saber, la *freezing* o *mareva injunction* de enorme y vasto desarrollo en la actualidad.

Por otro lado, sin embargo, muy pronto se reconoció en el Derecho inglés el poder de los tribunales de equidad (*English Courts of Equity*)[11] de conceder medidas provisionales (*interlocutory injunctions*) cuya finalidad era evitar que el demandado alterara el *staus quo* en los juicios que no envolvían el pago de una suma de dinero, o prevenir la comisión de un ilícito civil o evitar su continuación mientras se tramitaba la causa; medidas que, obviamente, se dictaban antes de que el tribunal hubiere establecido la responsabilidad en el fondo (*on the merits*) del demandado.

Al respecto, no se olvide que por muchos siglos, de hecho hasta la *Judicature Acts* de 1873 y 1875, el *Common law* consistió en un sistema de acciones, cada una de ellas con su propio procedimiento y con sus propias formas (*forms of action*). El Derecho inglés descansó, según se anticipó, en la base del precedente para la solución de los litigios y se movió empíricamente caso por caso, de una realidad a otra. "Hasta el siglo XIX, lo esencial en Inglaterra no era determinar la solución del litigio a base de consideraciones sustantivas. Únicamente podía obtenerse justicia de jurisdicciones que teóricamente eran jurisdicciones de excepción. Para los interesados, lo esencial era hallar la fórmula con que instrumentar la acción, el *writ* mediante el cual podían acudir a tales jurisdicciones"[12].

---

[8] *The principles of equitable remedies*, Reino Unido, 5ª ed., 1990, pág. 515.

[9] *Idem.*

[10] En opinión de Goldstein, esta situación tal vez encuentra su explicación en un mero accidente histórico. "Thus it may well be that the failure of English Law to employ the provisional relief of *saisie conservatoire* may represent not an "established principle" againts prejudgment interference with a defandant's affairs, but rather merely and historical accident, one of the many vagaries of the Common Law's nonsystematic development". "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), págs. 15 y 16.

[11] 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., págs. 322 y sgtes. Para una visión panorámica de estos dos sistemas vid., asimismo, Marín "Notas sobre la evolución del Derecho inglés", en *Revista de derecho público*, vol. 62 (2000), págs. 194-205.

[12] David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de la 2ª ed. francesa de Pedro Bravo, Madrid, 1973, pág. 249. De ahí el paralelo que se puede trazar entre el desarrollo de este

Esta misma situación posibilitó que en paralelo al *Common law* y a partir del siglo XIV se desarrollara en Inglaterra el otro gran sistema de este Derecho: el procedimiento de la *Equity*. Ya sea porque el *Common law* no preveía una fórmula para el caso propuesto[13]; o porque la solución otorgada por los tribunales de *Common law* no era la más apropiada; o bien, porque en sí se trataba de una solución injusta, los súbditos comenzaron a acudir en última instancia al rey en busca de amparo y justicia. En materia contractual, por ejemplo, frente al incumplimiento de una de las partes el *Common law* sólo contemplaba la posibilidad de solicitar una indemnización de daños y perjuicios (*damages*). Lo anterior en muchos casos llevaba a soluciones inadecuadas, principalmente si la contraparte deseaba la ejecución en naturaleza de la prestación. Esto fue posible gracias a la intervención del Rey el cual, bajo su jurisdicción, podía ordenar la ejecución forzosa del contrato (*specific performance)*. Igualmente, si el demandante deseaba que durante el desarrollo del juicio el demandado cesara en su actuar ilícito debía pedir una *injunction* ante el tribunal de Equidad.

El proceso de unificación entre estos dos sistemas comenzó en el siglo XIX y finalizó, según adelantamos, con las *Judicature Acts* de 1873 y 1875. Así, ya en 1858 los tribunales de Equidad podían, en ciertos casos, conferir una indemnización de daños y perjuicios (*The Chancery Amendment Act* 1858) y los tribunales del *Common law* podían, en ciertos casos, ordenar *injunctions* (*The Common law procedure Act* 1854)[14]. Originalmente la posibilidad de conceder daños y perjuicios (*damages*) era sólo facultad de los tribunales de Derecho, y la posibilidad de otorgar una *injunctions* del tribunal de la Cancillería, lo cual obligaba a los demandantes que solicitaban ambos remedios (*damages* e *injunction*) a proceder separadamente ante uno y otro tribunal. A partir de su definitiva unificación finaliza la distinción entre tribunales de Derecho (*Common law courts*) y de Equidad (*Courts of Equity*)[15]. En la actualidad los tri-

Derecho y la evolución del Derecho romano. En ambos sistemas la importancia de las normas de procedimiento superó en gran medida el desarrollo de las normas sustantivas. Ambos sistemas no pensaban en un tipo concreto de derecho, sino en un tipo concreto de acción, y ninguno de ellos estuvo interesado en elaborar construcciones dogmáticas abstractas o en crear un método racional, sino en contar con acciones específicas para resolver casos prácticos. De allí que Maitland haya podido señalar que mientras "las naciones de Europa occidental adoptaron como propio el resultado final de la historia legal de Roma, Inglaterra, inconscientemente, reprodujo esa historia" *The history of English law*, (con Pollock) Cambridge, 2ª ed., 1898, reimpresa en 1952, vol. 2, pág. 558. "No debe olvidarse nunca, si se quiere comprender el derecho inglés, esta importancia, esta prioridad del procedimiento sobre las normas sustantivas. La relación existente entre derecho sustantivo y procedimiento está expresada por el conocido adagio: *remedies precede rights"*. David, *Los grandes...*, ob. cit., pág. 248.

[13] Ya hemos señalado que las formas eran fundamentales en el derecho inglés, por tanto, si no había un *writ* no había derecho. Es cierto que los tribunales podían conceder a través de la interpretación analógica uno nuevo, sin embargo, esto no era fácil ya que los tribunales efectuaban una aplicación estricta de los existentes.

[14] El artículo 79 de la referida ley dispuso: "In all cases of breach of contract or other injury, where the party injured is entitled to maintain and has brought an action, he may, in like case and manner as hereinbefore provided with respect to mandamus, claim a writ of injunstions against the repetition or continuance of such breach of contract, or other injury, or the committal of any breach of contract or injury of a like kind, arising out of the same contract, or relating to the same property or right; and he may also in the same action include a claim for damages or other redress".

[15] Las viejas cortes fueron abolidas, y en su reemplazo se creó el Tribunal Superior de Justicia (the *High Court of Justice*), con una Corte de Apelaciones (*Court of Appeal*) como tribunal superior. El Tribunal Superior de Justicia fue dividido en cinco salas: *Chancery, Queen's Bench, Exchequer, Common Pleas y Probate, Divorce and Admiralty*. Siendo *The Chancery Division* la descendiente del Tribunal de Equidad y *The Queen's Bench Division* la heredera de los tribunales del *Common law*. En la actualidad el Tribunal Superior de Justicia se encuentra dividido en tres salas: *The Chancery Division, The Queen's Bench Division y The Family Division*. Vid. Slapper-Kelly, *The english legal system,* 5ª ed., Londres, 2001, págs. 98 y ss.

bunales ordinarios (*Courts of law*) administran tanto la ley como la equidad, aunque ésta conserva su propia doctrina y jurisprudencia basada en las máximas de la equidad.

2. Tutela provisional: interlocutory injunction y freezing injunction

2.1. *Injunction*

Una *injunction* es una orden de un tribunal, históricamente como se ha visto, 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[16].

2.2. *Interlocutory Injunctions*

Una *interlocutory injunction* es una *injunction* limitada en el tiempo que se aplica, en consecuencia, 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 *interlocutory injunction* no extenderá su vigencia más allá de la vista final del procedimiento[17].

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[18], una *interlocutory 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[19], por su parte, observa que el tribunal al conocer la solicitud una *interlocutory 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 de documentos este no tiene lugar; de hecho, puede que el escrito de demanda y la contestación a la misma no hayan sido aún notificados. No debe creerse, en todo caso, que una *interlocutory injunction* es un remedio secundario o de menor importancia. Por el contrario, los tribunales conceden cada año más este remedio que una *injunction definitiva*, por el simple hecho de que como Lord Denning señaló: "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 [...]"[20].

Ordinariamente una *interlocutury 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

[16] Sharpe, *Injunctions and specific performance*, Toronto, 1983, pág. 4; Bean, *Injunctions*, Londres, 7ª ed., 1996, pág. 3; Sheridan, *Injunctions in general*, Londres, 1994, pág. 1; Spry, *The principles…*, ob. cit., pág. 322; Hanbury y Martin, *Modern equity*, Londres, 15ª ed., 1997, pág. 734.

[17] Spry, *The principles*..., ob. cit., pág. 446. El propio autor reconoce que en ocasiones el término *interlocutory 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. *Idem*, pág. 446 en nota 2.

[18] *Remedies for torts and breach of contract*, Londres, 2ª ed., 1994 (reimpresa en 1997), pág. 423. Hanbury y Martin, por su parte, observan que "el objeto de una *interlocutory 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., pág. 751.

[19] *Injunction*, ob. cit., pág. 28.

[20] "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 pág. 129.

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 *interlocutory injunction*. En este sentido, Spry[21] apunta que la determinación de si es conveniente o no conceder una *interlocutory 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.

2.3. *Freezing o Mareva injunction*[22]

2.3.1. Naturaleza

La *freezing injunction* es una *interlocutory injunction* (no una *injunction* definitiva) que tiene como objetivo evitar que el demandado transfiera sus bienes fuera de la jurisdicción inglesa, y/o que los enajene o disipe en su interior, en términos de dificultar enormemente la posterior ejecución de la sentencia que eventualmente acoja, total o parcialmente, la pretensión del demandante[23]. Como ha observado Zuckerman[24] su finalidad es evitar que demandados sin escrúpulos desplacen sus activos más allá del alcance de la acción de la justicia. En este sentido, su similitud con el embargo preventivo del Derecho continental es manifiesta[25].

No obstante lo anterior, se resalta como diferencia entre una y otra institución el hecho de que la *freezing injunction* no constituye una orden dirigida propiamente sobre los bienes del deudor (*in rem*), sino que es una orden dirigida directamente sobre el demandado (*in personam)* para que se abstenga de transferir u ocultar sus bienes. De allí que no operen los efectos que de ordinario acompañan a la figura del Derecho continental: ante todo, no produce gravamen alguno sobre los bienes del demandado; no concede un derecho de retención sobre los mismos, y no da al demandante ningún tipo de preferencia sobre los bienes del deudor en el evento de insolvencia o quiebra de este último[26].

Con todo, en muchos aspectos la *freezing injunction* opera como un verdadero remedio *in rem*[27]. Ante todo, debe tenerse presente que

---

[21] *The principles*..., ob. cit., pág. 448.

[22] Desde el 26 de abril de 1999, fecha en la que entraron en vigor las Normas del Procedimiento Civil (CPR) el nombre original de *mareva injunction* fue reemplazado por el de *freezing injunction.* Con todo, en este trabajo utilizaremos indistintamente ambas denominaciones. Sobre los recientes cambios introducidos en el derecho procesal civil inglés vid: Grainger- Fealy, *The Civil Procedure Rules in Action*, Londres, 2ª ed. 2000. Vid., asimismo, Slapper-Kelly, *The english*…, ob. cit., págs. 257 y ss.

[23] En la actualidad la limitación en la disposición de los bienes del demandado comprende incluso aquellos situados fuera de la jurisdicción de los tribunales ingleses. En este sentido las CPR en su r. 25.1 (1) (f) dispone: "The court may grant the following interim remedies […] (f) an order (referred to as a "freezing injunction"): (i) restraining a party from removing from the jurisdiction assets located there; or (ii) restraining a party from dealing with any assets whether located within the jurisdiction or not".

[24] "Mareva injunction and security...", ob. cit., pág. 433.

[25] Señala el art. 727 de la Nueva ley de enjuiciamiento civil española (1/2000): "*Medidas cautelares específicas.* Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: 1.a El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos. Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado".

[26] Vid. Jacob, *The fabric of english civil justice*, Londres, 1987, pág. 137; Zuckerman, "Mareva injunction and security...", ob. cit., págs. 434 y 435.

[27] Vid. Dine-Mcevoy, "Are mareva injunctions becoming attachment orders?", en *Civil justice quarterly*, (1989), págs. 236 y sgtes. Andrews, *Principles of civil procedure*, Londres, 1994. pág. 175.

produce sus efectos desde el momento mismo en que es pronunciada (incluso, antes de ser notificada al demandado), de tal suerte que cualquiera que tenga conocimiento de la medida debe hacer todo lo razonable para proteger los bienes cubiertos por la orden. Esta situación afecta particularmente a bancos e instituciones de crédito en los cuales el demandado tiene sus ahorros, quienes deben abstenerse de efectuar algún pago que el deudor intente realizar. En segundo lugar, esta medida va acompañada de un drástico efecto para quien infrinja lo ordenado por el tribunal, a saber, la comisión del delito de desacato (*contempt of court*)[28].

Spry[29] argumenta que desde el momento en que esta medida es normalmente solicitada y concedida *ex parte*, es conveniente que sea dictada sólo hasta una fecha específica en que el demandado, o cualquier otra parte afectada por la medida, sean oídos. En ese instante el tribunal determinará si la orden es revocada o mantenida, y en este último evento, bajo qué condiciones. En otras ocasiones será más apropiado que la medida exprese qué surtirá efectos hasta la audiencia oral o hasta una posterior orden del tribunal.

2.3.2. Génesis

Con anterioridad a los años setenta la doctrina inglesa había manifestado su preocupación frente a la posibilidad de que, demandados no residentes en el Reino Unido, transfirieran sus bienes (especialmente dineros depositados en cuentas corrientes bancarias) fuera del ámbito de competencia de los tribunales ingleses. Lo anterior originó una serie de proposiciones que, en definitiva, no se concretaron en mayores modificaciones al sistema judicial inglés[30]. Esta situación, como es de suponer, generaba muchos inconvenientes a los acreedores (particularmente en aquellos casos en que el deudor era una compañía naviera que tenía registradas la mayoría de sus naves fuera de Inglaterra) quienes se veían imposibilitados de ejecutar una posterior sentencia en su favor.

Pues bien, todo esto se transformó drásticamente el año 1975 en el que se llevó a cabo el definitivo cambio en el sistema judicial inglés, cuando en dos procesos la Corte de Apelaciones (*The Court of Appel*) concedió sendas *injunctions* que prohibieron a los respectivos demandados transferir sus bienes fuera de la jurisdicción de los tribunales ingleses. Los procesos fueron respectivamente *Nippon Yusen Kaisha v Karageorgis* y *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulk-*

[28] Como ha apuntado Zuckerman, "una *Mareva injunction* obliga personalmente y por lo tanto conlleva la amenaza de detención por desacato y la posibilidad de encarcelamiento en situaciones en que ni siquiera el cumplimiento de la sentencia definitiva podría exigirse con tales medidas. Entra en vigor en forma inmediata e importa ejecución instantánea sin notificación previa a los afectados. *A diferencia de una condena ordinaria a pagar una suma de dinero, sus efectos, incluso la sanción de desacato, no se limitan a las partes sino que se extienden a toda persona que tenga posesión o control sobre los bienes del demandado*". "Mareva injunction and security...", ob. cit., pág. 436 (el destacado es mío).

[29] *The principles...*, ob. cit., pág. 517.

[30] El año 1953 en el informe final del Comité de la *Supreme Court Practice and Procedure* se recomendó que el *writ* de *ne exeat regno* (bajo el cual un demandado era arrestado para evitar que abandonase la jurisdicción) fuera disponible después de dictada la sentencia a fin de evitar que el deudor ya condenado evadiera el pago de la deuda a su acreedor. Esta recomendación no prosperó. En el proceso *Felton v. Callis* ([1969] 1 QB págs. 200 y sgtes.) se sostuvo por los jueces que el mencionado *writ* no era utilizable para resguardar los bienes dentro de la jurisdicción inglesa, pero se sugirió que sería apropiado efectuar cambios en esta área del Derecho. Esta última situación impulsó en 1968 al *Payne Committee on the Enforcement of Judgment Debts* a recomendar "que los tribunales detentaran el poder, a instancia del acreedor y antes o después de la sentencia, de dictar una resolución prohibiendo que el demandado transfiriera sus bienes fuera de la jurisdicción de los tribunales de la corona o que, de otro modo, negociara con ellos". La recomendación tampoco prosperó. Citado por Rose, "The mareva injunction –attachment in personam–", Partt. 1, en *Lloyd's maritime and commercial law* (1981), febrero, pág. 1; Vid., igualmente, Gee, *Mareva...*, ob. cit., pág. 4.

carries, proceso, este último, de donde este especial remedio procesal tomó su nombre original. En ambas causas los bienes objeto de la prohibición fueron cuentas bancarias de demandados que residían fuera de la jurisdicción inglesa, y en ambas la concesión de las respectivas medidas se efectuó a requerimiento del demandante sin notificar al demandado (*ex parte*).

Por lo que toca al primer precedente, en mayo de 1975, armadores japoneses demandaron a fletadores griegos el pago del canon de tres barcos que habían sido previamente alquilados por los demandados. Los demandantes temían que estos últimos intentaran trasladar sus recursos financieros más allá de la jurisdicción de los tribunales ingleses imposibilitando, de este modo, el cumplimiento de un eventual fallo favorable. De acuerdo con lo anterior, cuatro días después de presentada la demanda solicitaron ante el tribunal de primera instancia (*The High Court*) *ex parte* una medida provisional (*interlocutory injunction*) que prohibiera el traslado de los recursos financieros de los fletadores griegos fuera del alcance de la jurisdicción inglesa. Como sabemos, los tribunales de Inglaterra no tenían a esa fecha la costumbre de conceder este tipo de medidas provisionales y, en consecuencia, el juez Donaldson J. desestimó la referida solicitud. La primera sorpresa se produjo cuando los demandantes apelaron inmediatamente de dicha negativa (puesto que en el Derecho inglés no era habitual la apelación de este tipo de resoluciones[31]). Pero sin lugar a dudas que la mayor sorpresa se produjo pocos días después cuando la Corte de Apelaciones estimó el recurso y concedió la *injunction* prohibiendo a los demandados transferir sus bienes más allá de la jurisdicción de los tribunales ingleses. La base del fallo fue exclusivamente el art. 45 (1) de la *Suprem Court of Judicature (Consolidation) Act* de 1925 que establecía:

> El Tribunal Superior puede dictar un mandato judicial o un interdicto, o nombrar un depositario mediante un auto provisional, en todos los procesos en que le parezca justo y conveniente hacerlo[32].

En conformidad con esta disposición Lord Denning, juez presidente de la sección civil de la Corte de Apelaciones (*Master of the Rolls*) argumentó:

> Se nos dice que una *injunction* de este tipo nunca ha sido concedida con anterioridad. En los tribunales ingleses nunca ha existido la costumbre de embargar los bienes del demandado en adelanto de la sentencia o de limitar la transferencia de ellos [...]. *Sabemos, por supuesto, que la práctica en el Continente es diferente. Me parece que ha llegado el momento en que deberíamos revisar nuestra costumbre*. [El desatacado es mío]. No hay motivo para que el Tribunal Superior o esta Corte no puedan dictar una providencia judicial como la que ha sido solicitada. Se encuentra garantizado por el artículo 45 de la Ley del Tribunal Supremo (consolidada) de 1925 que dispone que el Tribunal Superior puede dictar un mandato judicial o un interdicto, o nombrar un depositario mediante un auto provisional, en todos los procesos en que le parezca justo y conveniente hacerlo. Me parece que este es precisamente el caso. Hay poderosos argumentos que a

[31] Esto no debe de extrañarnos si tenemos presente que, en primer término, estamos frente a un remedio de equidad (*equity remedy*) respecto del cual la Corte de Apelación es muy respetuosa de las razones invocadas por los jueces de primera instancia, y en segundo lugar, la gran mayoría de las apelaciones en Inglaterra se basan en el precedente incorrecto que aplicó el juez para fundar su fallo, y ya sabemos que en esta materia no había un precedente que autorizara el congelamiento de los bienes del deudor antes del fallo definitivo.

[32] "The High Court may grant a mandamus or an injunction or appoint a receiver, by an interlocutory order in all cases in which it appears to the court to be just and convenient so to do". El *mandamus* es un auto judicial de prerrogativa que puede dictar el Tribunal Superior Inglés a cualquiera de los tribunales inferiores dentro de su jurisdicción de control y tutela de los mismos.

> *primera vista* muestran que el alquiler se encuentra adeudado e impago; si una medida cautelar no es dictada los fondos pueden ser transferidos fuera de la jurisdicción, y los armadores tendrán grandes dificultades en recuperar algo[33].

Un mes después de esta trascendental resolución la situación fue de nuevo planteada ante la Corte de Apelaciones. Los hechos eran similares a los vistos en el primer proceso con armadores y fletadores en litigio; nuevamente aquellos temían que estos transfirieran sus dineros depositados en un banco de Londres antes de que se ejecutara la eventual sentencia estimativa de su pretensión. Se solicitó, en consecuencia, *ex parte* una medida provisional que limitara en el sentido indicado la actuación de los demandados. De nuevo el tribunal de primera instancia rechazó la solicitud[34], y nuevamente la Corte de Apelaciones estimó el recurso. Lord Dennig en esta oportunidad expresó:

> En mi opinión aquellos principios [de conceder una *injunction* para proteger derechos amparados en la equidad o en la ley] se aplican a un acreedor que tiene derecho a que se le pague lo adeudado, incluso antes de que se haya establecido ese derecho por sentencia definitiva. Si aparece que la deuda se encuentra vencida y adeudada –y existe el peligro de que el deudor pueda enajenar sus bienes y frustrar, de este modo, el pago antes que se dicte la sentencia– la Corte tiene competencia para dictar, con fundamento razonable, una medida provisional que le impida enajenar aquellos bienes[35].

[33] "We are told that an injunction of this kind has never been granted before. It has never been the practice of the English Court to seize assets of a defendant in advance of judgment or to restrain the disposal of them. We were told that Chapman J. in chambers recently refused such an application. In this case also Donaldson J. refused it. We know, of course, that the practice on the continent of Europe is different. It seems to me that the time has come when we should revise our practice. There is no reason why the High Court or this court should not make an order such as is asked for here. It is warranted by section 45 of the *Suprem Court of Judicature (Consolidation) Act* 1925 which says that the High Court may grant a mandamus or an injunction or appoint a receiver, by an interlocutory order in all cases in which it appears to the court to be just and convenient so to do. It seems to me that this is just such a case. There is a strong *prima facie* case that the hire is owing and unpaid. If an injunction is not granted, these monies may be removed out of the jurisdiction and the shipowners will have the greatest difficulty in recoverig anything". *Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis and another* [1975] 1 WLR págs. 1.094 y 1.095. Los otros dos jueces estuvieron de acuerdo. Browne escuetamente señaló: "Estoy de acuerdo". Geoffrey, por su parte, apuntó: "In the circumstances which exist in this case there is no reason why the court should not assist a litigant who is in danger of losing money to which he is admittedly entitled. There is nothing in the Rules of the Supreme Court, as far as we have been told, to prevent it. The circumstances demand that the injunction should be continued". *Idem*, pág. 1095.

[34] En verdad el juez Donaldson tuvo serias dudas con el anterior fallo de la Corte de Apelaciones (*Nippon Yusen Kaisha v Karageorgis and another)* ya que en dicho fallo no se hizo referencia al proceso *Lister v Stubbs* [1890] 45 Ch. D. 1, respecto del cual él se sentía vinculado (*bind*). En este proceso se señaló que los tribunales ingleses no tenían competencia para proteger los intereses de un acreedor mientras no se dictara sentencia definitiva en la causa. Por tanto, Donaldson consideraba que no tenía facultad para dictar una *injunction* como la solicitada. No obstante, en deferencia al reciente fallo de la Corte de Apelaciones concedió una *injunction* pero sólo hasta las 17:00 del 23 de junio de 1975, en el entendido que a esa fecha la Corte de Apelaciones habría reconsiderado su posición. *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarries S.A.* [1975] 2 Lloyd's Rep. pág. 510.

[35] "In my opinion that principles applies to a creditor who has right to be paid the debt owing to him, even before he has established his right by getting judgment for it. If it appears that the debt is due and owing –and there is a danger that the debtor may dispose of his assets so as to defeat it before judgment– the Court has jurisdiction in a proper case to grant an interlocutory judgment so as to prevent him disposing of those assets". *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarries S.A.* [1975] 2 Lloyd's Rep. págs. 510 y 511.

De este modo, había nacido lo que a poco andar se convertiría, sin lugar a dudas, en una de las más importantes armas con que cuenta la maquinaria judicial inglesa a efectos de impedir que los demandados enajenen o transfieran sus bienes antes de que recaiga sentencia sobre el fondo.

Resulta, en verdad, muy llamativo que el Derecho inglés haya incorporado este remedio procesal, de dilatada y extendida práctica en los países del *Civil law*, de forma tan tardía. El por qué ocurrió esta situación recién en la década de los setenta del siglo pasado no es del todo claro ni siquiera para la propia doctrina inglesa; en todo caso, es razonable pensar que fueron varios los factores que propiciaron este cambio, uno de ellos, la excesiva demora en la solución de los litigios[36].

2.3.3. Desarrollo

El avance de este remedio provisional en el Derecho inglés ha sido imparable. Así, para 1982 Lord Denning expresaba que esta medida constituye "una característica establecida del Derecho inglés"[37]. En un primer momento, como sabemos, tuvo la finalidad de impedir que deudores no residentes en Inglaterra transfirieran sus bienes fuera de esta jurisdicción; esta postura pronto se evidenció demasiado restringida, principalmente porque no abordaba el problema de aquellos deudores residentes en Inglaterra que pretendían defraudar a sus acreedores transfiriendo u ocultando sus bienes al interior de la propia jurisdicción inglesa. De allí que en una serie de decisiones los tribunales de la corona ampliaron el campo de acción de este remedio prohibiendo a los demandados no sólo transferir sus bienes fuera de su jurisdicción sino, incluso, disponer o disiparlos al interior de ella[38]. Estas dos situaciones recibieron definitiva consagración legal en 1981. En efecto, el artículo 37, apartado (3) de la Ley del Tribunal Supremo de 1981 (*Supreme Court Act* de 1981), que reemplazó a la ley de 1925 como fuente legal para conceder este remedio provisional, establece: 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. [...] (3) El poder del Tribunal Superior bajo el apartado (1) de dictar un interdicto provisional, en cualquier procedimiento, limitando a una parte de transferir de la jurisdicción del Tribunal Superior, o de otro modo, negociar con bienes situados dentro de esa jurisdicción, será ejercitable en los casos en que la parte esté, así como en los que no, domiciliada, residente o presente dentro de esa jurisdicción[39].

---

[36] Otro, sin duda, la existencia de uno de los más importantes, activos y controvertidos jueces de Inglaterra del siglo XX, Lord Denning.

[37] "The *Mareva* injunction in now an established feature of English law. The principles aplicable to it –as against the defendat– have been stated in numerous cases from 1975 to 1981". *Z. Ltd. v. A-Z and AA-LL*, [1982] 2 WLR, pág. 293.

[38] En un comienzo los tribunales ingleses tuvieron la duda de si conceder o no este remedio provisional en contra de deudores residentes en Inglaterra. Así, en la causa *Van Weelde v. Homeric Marine Services* ([1979] 2 Lloyd's Rep, págs. 117 y ss.) se sostuvo que había una arraigada práctica en contra de ello, citándose por el tribunal de primera instancia una causa que había sido, en ese punto, confirmada por la Corte de Apelaciones. Pero este último tribunal despejó las dudas en la causa *Raham (Principe Abdul) bin Turki al Sudary v. Abu Taha* ([1980] 1WLR, págs. 1.259 y sgtes.), en la cual concedió la medida prohibiendo al demandado disipar sus bienes al interior de la jurisdicción así como transferirlos de ella. Vid. Jacob, *The fabric...*, ob. cit., pág. 137.

[39] Section 37 Powers of High Court with respect to injunctions and receivers: (1) "The High Court may by order (whether interlocutory 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. [...]. (3) The power of the High Court under subsection (1) to grant an interlocutory injunction restraining a party to any proceedings from removing the jurisdicction of the High Court,

Un tercer paso en el desarrollo de esta medida se produjo el año 1988; en ese año se solicitó una *mareva injunction* a fin de evitar que el demandado efectuara transacciones sobre bienes situados en cualquier parte del mundo y no sólo en Inglaterra y Gales (*mareva worldwide*). Pronto la Corte de Apelaciones confirmó esta nueva práctica[40], y en la actualidad se encuentra firmemente establecido que una *injunction* puede concederse para restringir el uso de bienes situados fuera de Inglaterra y Gales.

La cuarta y última etapa en el desarrollo de esta medida fue admitir la facultad de los tribunales ingleses de ordenar el movimiento de bienes situados en una jurisdicción extranjera (por ejemplo Francia) hacia otra jurisdicción extranjera (por ejemplo España), y no necesariamente hacia Inglaterra o Gales.

Inclusive hoy, a pesar de que su desarrollo original estuvo vinculado a disputas comerciales, no se circunscribe sólo a dicho ámbito, sino que ha sido aplicada por los tribunales ingleses a otro tipo de litigios, por ejemplo, en demandas matrimoniales. La situación no ha hecho sino confirmar la temprana predicción efectuada por Lord Denning, quien observó que este es un campo en la reforma del Derecho en el cual los jueces deben proceder paso a paso (*step by step*)[41].

2.3.4. *Principales criterios para su concesión*

Para conceder esta medida provisional los tribunales ingleses, a lo largo de una serie de procesos que han ido resolviendo, han desarrollado una serie de criterios que podemos sintetizar en los siguientes:

2.3.4.1. *A good arguable case* (un motivo suficiente, una buena causa)

Este criterio fue desde un comienzo establecido por los tribunales ingleses y clarificado en los siguientes términos:

> El demandante tiene que hacer sustancialmente algo más que justificar que el proceso es sólo discutible, palabra que para mi mente a lo menos significa eso. [...]. Por otra parte, el demandante no requiere ir tan lejos como para persuadir al juez de que él probablemente ganará el juicio. [...]. Lo correcto es adoptar el test de un *good, arguable case*, en el sentido de que la pretensión es susceptible de algo más que serios argumentos, y, en la cual el juez no necesariamente creerá que el demandante tiene más de un cincuenta por ciento de posibilidades de éxito[42].

Al respecto Gee[43] argumenta que en esta materia la pregunta más importante es si, en las circunstancias de la causa, es "justo y conveniente" [en los términos que establece el art. 37 (1) de la Ley del Tribunal Supremo de 1981] conceder la medida cautelar. Agrega que la necesidad del tribunal de formarse una visión provisional, en el sentido que el demandante probablemente tendrá éxito en su pretensión, sería evidentemente contradictoria con la aproximación que permite al juzgador lograr "ese gran propósito, a saber, abstenerse de emitir cualquier opinión sobre el fondo del asunto hasta la vista (*hearing*)"[44]. No obstante, el tribunal debería tener en consideración las *aparentes* fortalezas y debilidades de los respectivos argumentos, a efectos de decidir si los fundamentos de la pretensión del demandante, en el mérito, son suficientemente fuertes para lograr superar el umbral de esta jurisdicción.

---

or otherwise dealing with assets located within that jurisdiction shall be exercisable in cases where the party is, as well as in cases where he is not, domiciled, resident or present within that jurisdiction".

[40] Vid. sobre el particular *Babanaft Internacional SA v. Bassatne* [1990] Ch, págs. 13 y sgtes. *Republic of Haiti v. Duvalier* [1990] QB págs. 202 y ss; *Derby v. Weldom* [1990] Ch págs. 48 y sgtes.

[41] Citado por Andrews, *Principles*..., ob. cit., pág. 176.

[42] *Ninemia Maritime Corp. v. Trave* [1983] 2 Lloyd's Rep., pág. 600.

[43] *Mareva*..., ob. cit., págs. 184-186.

[44] La oración en comillas es de la causa *Derby Co Ltd. v. Weldom* [1990] Ch. págs. 48-57, citado por Gee, *Idem*, pág. 184.

Continúa Gee observando que los fundamentos de la solicitud del demandante y las posibilidades de éxito final son, obviamente, importantes factores en el ejercicio de la discreción judicial. El hecho de que el demandante tenga una demanda incontrovertible o de escasas posibilidades de defensa al deudor, puede ser considerado como un poderoso factor en favor de conceder la medida, pero ello no es por sí solo decisivo.

Andrews, por su parte, señala que cuando las alegaciones de las partes son especulativas y el daño que se puede ocasionar al demandado es considerable, debería concederse una medida menos draconiana que la *mareva injunction*. Observa, igualmente, que el concepto de un "*good, arguable case*" no es similar a la afirmación unilateral de una *prima facie* reclamación. Un mayor balance en la importancia de los argumentos debe ser realizado en el primer examen. Con todo, pese a estos leves refuerzos la prueba de un *good, arguable case*, en opinión de Andrews, no debería intimidar, por el contrario debe preguntarse si de hecho es lo suficientemente exigente[45] .

2.3.4.2. Riesgo real de que los bienes del deudor sean transferidos (remove) o disipados (dissipation)

Para conceder la *mareva o freezing injunction* el demandante debe justificar, normalmente, mediante una declaración jurada por escrito (*affidavit evidence*), que el demandado tiene bienes al interior de la jurisdicción inglesa y que existe un razonable riesgo de que si la medida no se dicta de inmediato el deudor enajenará sus bienes, y, en consecuencia, hará imposible el cumplimiento del eventual fallo que posteriormente se dicte en su contra. En un comienzo los tribunales ingleses sugirieron que el propósito de frustrar este cumplimiento requería un actuar inicuo del demandado, de mala fe, esto es, con el claro propósito de defraudar la acción de la justicia. Pero este criterio se mostró en la práctica muy difícil de satisfacer, de allí que en la actualidad no se exija que el actor demuestre que el acusado intentará enajenar sus bienes con el *objetivo* de evitar el posterior cumplimiento del fallo[46]. Al respecto, se ha sostenido que el tribunal no debe retardar la concesión de la medida si la conducta del demandado arriesga o pone en peligro los bienes sobre los cuales el demandante desea obtener satisfacción[47].

En el otro extremo, no se debe olvidar que esta medida no tiene el propósito de interferir en los negocios ordinarios que desarrolla el deudor, de modo que los tribunales no deberían conceder esta medida, incluso si hay algún riesgo especulativo en la actuación del demandado, si ello afecta al desenvolvimiento normal de sus negocios. El deudor tiene derecho a satisfacer los gastos ordinarios de subsistencia e, incluso, las deudas contraídas con anterioridad a la medida[48].

En opinión de Andrews[49], quien solicita esta medida debe mostrar un riesgo real de que los bienes serán disipados; pero los tribunales no requieren una completa y convincente evidencia de este riesgo. Gee[50], por su parte, señala que el demandante debe aportar una sólida evidencia (*solid evidence*) que avale la afirmación de que hay un riesgo real que la sentencia o el laudo arbitral quedarán insatisfechos. Reconoce que desde el momento en que cada caso tiene sus propios hechos resulta imposible establecer *a priori* una guía que satisfaga esta carga, no obstante lo cual, señala como factores que deben tenerse en

[45] *Principles...*, ob. cit., pág. 180.

[46] Gee, *Mareva...*, ob. cit., pág. 190. Zuckerman observa que "ha sido sostenido que no es una condición necesaria [para conceder la Mareva] probar que el demandado tiene una 'inicua intención'". "Mareva injunctions and security...", ob. cit., pág. 442.

[47] Andrews, *Principles...*, ob. cit., pág. 186.

[48] Gee, *Mareva...*, ob. cit, pág. 194, cita el caso de *O'Mahony v. Horgan* [1996] ILRM 161, en el cual el demandado, un granjero, utilizó las ganancias del seguro para construir una nueva barraca y pagar los gastos de organización de la granja. La medida no fue concedida para prevenir esta situación.

[49] *Principles...*, ob. cit., pág. 186.

[50] Gee, *Mareva...*, ob. cit, págs. 195 y 196.

cuenta, entre otros, la naturaleza de los bienes que serán objeto de la medida y la facilidad o dificultad de su enajenación o desaparición. En este sentido, el actor puede encontrar que es más fácil probar el riesgo de transferencia del dinero depositado en cuentas bancarias, o de bienes muebles, que el riesgo de que el deudor enajene bienes raíces, por ejemplo su casa u oficina[51]. También pueden tenerse presente la naturaleza y la reputación financiera de los negocios del demandado; el tiempo que tienen sus negocios, donde tiene su domicilio o residencia, su situación crediticia, etc.[52].

2.3.4.3. El compromiso de compensar cualquier pérdida que sufra el demandado (*the undertaking in damages*)

La casi invariable práctica de los tribunales ingleses exige para conceder la *freezing injunction* (y, en verdad, para cualquier otro tipo de *interlocutory injunction*) que se otorgue por el actor un compromiso (*undertaking*), a fin de satisfacer cualquier resolución que posteriormente ordene indemnizar los perjuicios causados al demandado, así como los gastos razonables en que puedan haber incurrido terceros, con ocasión de la medida concedida[53]. Este es un compromiso personal que asume el solicitante de la medida y no es una fianza. Con todo, los tribunales pueden decidir discrecionalmente si, además, exigen del demandante una garantía –normalmente bancaria o el desembolso de una suma específica en consignación en una cuenta mancomunada a nombre de los abogados de las partes– a fin de respaldar el compromiso de indemnización. El tribunal puede exigir que esta garantía sea ofrecida en la fase *ex parte*, si las circunstancias así lo justifican, e inclusive puede demandar esta provisión como condición previa a conceder la *injunction*.

Lord Denning en la causa *Z Ltd v. A-Z and AA-LL*[54] a este respecto precisó:

> El demandante que solicita una *Mareva injunction* debería normalmente otorgar un compromiso de indemnizar los perjuicios que sufra el demandado, y también un compromiso con el banco, o con cualquier otro tercero de pagar cualquier desembolso razonable en que hayan incurrido. El juez puede, o no, requerir una garantía u otra seguridad a fin de respaldar este compromiso; pero no se debe exigir esta garantía cuando el demandado disfruta de asistencia legal [...]. Pero

[51] No obstante, el propio autor reconoce que la medida puede ser concedida, y de hecho lo ha sido, cuando el único bien conocido del demandado al interior de la jurisdicción es su casa.

[52] A este respecto, véase lo que a mediados del siglo XIX y a propósito de los requisitos que debían concurrir para conceder embargo preventivo en España expresaba Gómez de la Serna: "Imposible hubiera sido a la Ley descender a todas las causas que podían dar lugar a esta presunción racional: si hubiera tratado de hacerlo, sobre convertirse en casuística, no habría conseguido su objeto; debió por lo tanto después de fijar una regla general [que exista motivo racional para creer que, aquel contra quien se pide el embargo preventivo, ocultará sus bienes], dejar su complemento al arbitrio del Juez, que en vista de las circunstancias del caso pocas veces dudará de la conducta que debe seguir, y que de seguro no medirá al hombre probo, religioso en sus tratos, arraigado o de una regular fortuna, del mismo modo que, al que por sus antecedentes, por el estado ruinoso de su fortuna, por responsabilidades que conocidamente no puede cubrir, o por sus manifestaciones de cualquier clase da lugar a creer que su objeto es huir de los que con derecho pueden reclamar de él lo que les debe". *Motivos de las variaciones principales que han introducido en los procedimientos la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 1857, págs. 174 y 175.

[53] Bean apunta que "If the plantiff obtains an interlocutory injunction, but subsequently the case goes to trial and he fails to obtain a perpetual order, the defendat will meanwhile have seen restrained unjustly and will generally be entitled to damages for any loss he has sustained. The practice has therefore grown up, in almost every case where an interlocutory injunction is to be granted, of requering the plantiff to undertake to pay any damages subsequently found due to the defendant as compensation if the injunction can not be justified at trial". *Injunctions*, ob. cit., pág. 29.

[54] [1982] QB., págs. 552 y sgtes.

> el compromiso sólo cubre los perjuicios y los gastos razonables incurridos. Si el demandado, o un tercero, desean disminuir esta situación haciendo razonables gestiones, es su deber realizarlas[55].

Un aspecto importante a considerar es que el compromiso se otorga directamente al tribunal, y no al demandado, por lo que su infracción conlleva la comisión del delito de desacato[56]. Si no se exige por el tribunal este compromiso, el demandado no podrá obtener una indemnización por los perjuicios que la medida le ocasione, a menos que justifique un motivo o razón para presentar su demanda, por ejemplo, que la medida fue obtenida por el demandado maliciosamente y sin motivo suficiente, o en abuso del proceso, o en violación de contrato[57]. Así fue observado por el juez North, "si posteriormente aparece que la resolución ha sido dictada sin previsión, es difícil ver como, en ausencia de un compromiso, el demandado pueda ser resarcido por el demandante de los perjuicios que hubiere sufrido debido a la injusta resolución del tribunal"[58]. No obstante, Spry argumenta que "la exigencia de un compromiso antes de que los daños puedan ser causados parece ser más un asunto de práctica judicial que de competencia de los tribunales. En consecuencia, aunque se ha estimado que en ausencia de un compromiso no se pueden indemnizar los perjuicios sufridos por el demandado, una visión preferible es que esta limitación no procede de una falta de competencia, sino de la práctica de los tribunales, y debiera ser apartada cuando la justicia así lo exija"[59].

Tratándose de un actor insolvente el tribunal puede excepcionalmente, y cuando los fundamentos de su demanda sean realmente sólidos, bajo su discreción, conceder la medida solicitada sin que se otorgue el referido compromiso. En este punto Hoyle observa que "el hecho de que el demandante goce de asistencia gratuita y, en consecuencia, no disponga de recursos para pagar al demandado si la *injunction* es anulada y una investigación establece su responsabilidad, no es relevante en la solicitud, ni en los efectos contra terceros"[60].

---

[55] "The plantiff who seeks a *Mareva* injunction should normally give an undertaking in damages to the defendant, and also and undertaking to a bank or other innocent third party to pay any expenses reasonably incurred by them. The judge may, or may not, requiere a bond or other security to support this undertaking: but this may not be insisted on when the is legally-aided [...]. But the undertakings only cover damages or expenses reasonably incurred. If the defendant or third part could have reduced it by taking reasonable steps, it is duty to do so". *Z Ltd v. A-Z and AA-LL,* [1982] QB., pág. 577 E.

[56] Destaca Gee que esta infracción ocurrirá cuando el tribunal ha ordenado al demandante pagar una suma de dinero y este deja de cumplir la resolución. La orden de pagar una suma de dinero al demandado puede ser hecha en virtud del compromiso asumido, y puede ser ejecutada al tenor de lo dispuesto en la RSC Ord. 45, r 1 (1). *Mareva*..., ob. cit., pág. 150.

[57] A este propósito Spry señala que "se ha sostenido que a menos que se exija del actor un compromiso u otra seguridad en el momento en que la medida provisional es concedida, el demandado, incluso si tiene éxito posteriormente en la vista final, no tiene derecho a ser compensado o reparado por los perjuicios o inconvenientes que pueda haber sufrido en cumplimiento de lo dispuesto en la medida". *The principles*..., ob. cit., págs. 487 y 488.

[58] *Attorney-General v. Albany Hotel Co* [1896] 2 Ch págs. 696-699; *Chisholm v. Rief* [1953] 2 FLR, pág. 211.

[59] *The principles*..., ob. cit., págs. 487 y 488. El origen de esta limitación tiene un claro fundamento histórico. Ya hemos observado que con anterioridad a 1875 la facultad de conceder una indemnización de daños y perjuicios era una facultad privativa de los tribunales de *Common law*. Ahora bien, no obstante su unificación con los tribunales de equidad en 1875, lo cierto es que la Equidad mantuvo su propia doctrina y jurisprudencia, y los tribunales ingleses son reacios a conceder, en aplicación de un remedio de equidad (como lo es la concesión de una *injunction*), una indemnización de perjuicios a menos que se demuestra algún ilícito civil.

[60] *The Mareva*..., ob. cit., pág. 31. La sección 29 (*order 29*) de las normas procesales del Tribunal Supremo (*The rules of the Supreme Court*) o Libro Blanco (*The White Book*) dispone en su epígrafe 29/1/12: Undertaking as to damages. "An undertaking by the plantiff as to damages ought to

Por otro lado, el tribunal puede requerir que el compromiso sea fortalecido mediante la provisión, por parte de un tercero, de un compromiso pleno (*unlimited undertaking*) o de un compromiso parcial (*limited undertaking*); quedando el límite bajo la discreción judicial. Ordinariamente los tribunales fijan este límite en referencia a una razonable estimación de los perjuicios que se pueden causar por la medida[61].

Ahora bien, como señalamos hace un momento, el compromiso por los daños se otorga por el demandante directamente al tribunal, de allí que la otra parte no tiene derecho a accionar en base este compromiso por la vía de una demanda contractual. Ni tampoco tiene derecho a demandar una indemnización por un ilícito civil causado por la resolución del tribunal, a menos que la medida haya sido obtenida maliciosamente o en abuso del proceso. Pero si al concederse la medida el tribunal siguió la usual práctica de exigir el compromiso de indemnización por parte del demandante, el demandado puede posteriormente solicitar, en el estadio procesal correspondiente, su ejecución y el pago de la correspondiente indemnización.

Es necesario, para que se conceda la indemnización de acuerdo con el compromiso asumido por el demandante, que los perjuicios sufridos por el demandado sean causa directa de la concesión de la medida[62]. Del mismo modo, este último debe demostrar que la medida provisional fue erróneamente obtenida, esto es, que en definitiva el actor no tenía derecho a ella y, en consecuencia, no debió ser concedida[63]. No obstante, es importante tener presente que los tribunales ingleses pueden discrecionalmente decidir no dar lugar a la ejecución del compromiso si consideran que la conducta del demandado, en relación con la concesión de la *injunction* o con la ejecución del compromiso, no lo amerita. Ordinariamente el hecho de que el demandante no tenga éxito en la vista final es una suficiente demostración de que la medida fue erróneamente concedida. Con todo, Spry observa que lo anterior no es necesariamente exacto y algunas consideraciones pueden hacerse; "por ejemplo, puede suceder que en las particulares circunstancias la medida provisional haya sido correctamente otorgada, y sólo en virtud de posteriores circunstancias resulte inapropiado ratificarla como definitiva. Otras consideraciones también pueden ser relevantes, y todas las materias relacionados con la justicia o injusticia de ejecutar el compromiso deben ser tomadas en cuenta"[64].

---

be given on every interlocutory injunction [...]. On the other hand, the Court will not deny the plantiff an interlocutory injunction, e.g. a *Mareva* injunction, to which he would otherwise to be entitled simply on the ground that his cross-undertaking in damages would be of limited value e.g. where he is legally aided, since questions of financial stability ought not to affect the position in regard to what is the essential justice of the case". Andrews observa que "es posible para el demandante que goza de asistencia legal obtener una *Mareva injunction*, no obstante que hay una real duda de si su compromiso no será más que un ocioso ritual". *Principles...*, ob. cit. pág. 168.

[61] Bean, *Injunctions*, ob. cit., págs. 29 y 30. Gee, *Mareva...*, ob. cit, págs. 151 y 152.

[62] Sheridan, *Injunctions in general*, Chichester, 1994, pág. 43. Spry, *The principles...*, ob. cit., pág. 655.

[63] Debe aclararse, en todo caso, que la concesión de una medida provisional no constituye en sí misma una violación de los derechos del demandado, ni tampoco los actos que se realicen en cumplimiento de esta orden. En este sentido, la medida provisional no debe ser considerada ilegal cualquiera que sea la decisión que el tribunal posteriormente adopte en la vista oral, a menos que haya sido obtenido de mala fe. De allí que Spry resalte que el uso de la palabra "damages" (en plural esta palabra se emplea en la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el demandante debido al incumplimiento del contrato o a los daños morales o materiales causados por un ilícito civil) "sería inapropiado si con ello se quisiera sugerir que podría haber ocurrido una infracción a un derecho. Resulta preferible decir que, si en un asunto de esa naturaleza se hace una referencia a una orden de pagar *damages*, ésta tiene el simple propósito de asegurar que existirá una obligación por parte del demandante de cumplir con cualquiera orden posterior que le mande pagar una compensación monetaria por los daños o perjuicios sufridos por el demandado". *The principles...*, ob. cit. pág. 655.

[64] *Idem*, pág. 656.

El tribunal puede efectuar esta ejecución, ya sea mediante una valoración sumaria de los daños y perjuicios ocasionados o, más frecuentemente, disponiendo directamente que el demandado pague la indemnización fijada en una investigación de daños y perjuicios (*inquiry as to damages*). Si la medida fue bien o mal concedida es un asunto que debe ser establecido por el tribunal antes de iniciar cualquier investigación de los daños. En la aludida investigación sólo deben cuantificarse los perjuicios y ver la causalidad de los mismos[65].

3. Conclusión

Como se puede apreciar, en general, los requisitos que en la práctica han desarrollado los tribunales ingleses a propósito de las *interlocutory injunction* no difieren de los conocidos elementos (*fumus*, *periculum* y contracautela) elaborados por la doctrina continental a propósito de las figuras del secuestro conservativo italiano, del *arrest* alemán o del embargo preventivo español, y que posteriormente fueron incorporados por sus respectivos tribunales como elementos de análisis y argumento de sus fallos. El pragmatismo inglés no les impidió desarrollar por la vía jurisprudencial conceptos muy similares a los elaborados por la doctrina continental, y si bien en algunos aspectos su desarrollo ha sido más tardío que el ocurrido en los países del Continente, hoy en día la tutela provisional en Inglaterra y Gales muestra un dinamismo y avance similar al de estos países.

En el caso de la *freezing injunction* es patente la similitud entre la exigencia de un *good arguable case* con el concepto desarrollado en el Derecho continental bajo la expresión latina *fumus boni iuris*. Lo que se encuentra detrás de ambos requisitos es similar, a saber, acreditar a los ojos del tribunal en una primera aproximación y en sede provisional que razonablemente hay probabilidades de obtener una sentencia favorable en el fondo. La concesión de esta medida, en la práctica de los tribunales ingleses, requiere de un riesgo real de venta o disipación de los bienes del deudor, que harían del todo ilusorio el posterior cumplimiento de la sentencia favorable al actor. Esta situación, como se ve, es del todo parecida con nuestro conocido *periculum in mora*. En fin, la necesidad de un compromiso de responsabilidad a efectos de indemnizar los perjuicios que se causen al demandado, en su caso, se asemeja en muchos aspectos a la caución que debe otorgar quien solicita una medida cautelar en los países del *Civil law*.

[65] En relación con esta materia, la Corte de Apelaciones ha sostenido que la investigación de los daños y perjuicios causados por la concesión de la *mareva injunction*, en cuanto a si esta investigación se realiza o no, debe ser pospuesta hasta la vista oral (*trial*), con todos los problemas que ello ocasiona. Vid. Andrews, *Principles*..., ob. cit., pág. 273; Zuckerman observa que "a falta de la sentencia definitiva que demuestre si la *interlocutory injunction* interfirió con derechos legítimos, no existirá ocasión para la indemnización correctiva. [...] Incluso cuando se hubiera alzado una *interlocutory injuncion* antes del juicio y fuera posible discutir entonces si corresponde ordenar el pago de una compensación, se prefiere posponer el asunto hasta que termine el juicio". "Quality and economy in civil procedure. The case for commuting correct judgments for timely judgments", en *Oxford journal of legal studies*, (1994), vol. 14, Nº 3, págs. 373 (el destacado es mío).