

**BARRA MEXICANA, COLEGIO DE ABOGADOS**

**DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS  
SOBRE LOS SISTEMAS  
DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA  
EN MÉXICO**

**TOMO II**

**BAA**

---

***Colección Foro de la Barra Mexicana***



**THEMIS**

**Incluye Disco Compacto con  
Versión Electrónica**

# MEDIDAS PRECAUTORIAS DICTADAS POR TRIBUNALES MEXICANOS EN APOYO AL ARBITRAJE

Francisco González de Cossío Guadalajara\*

**SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA. 2. FACULTAD DE UN JUEZ MEXICANO PARA EMITIR MEDIDAS PRECAUTORIAS EN ASISTENCIA AL ARBITRAJE. 2.1. Con anterioridad a la constitución del tribunal. 2.2. Con posterioridad a la constitución del tribunal. 3. MARCO JURÍDICO APLICABLE AL JUEZ MEXICANO EN MATERIA DE MEDIDAS PRECAUTORIAS RELACIONADAS CON EL ARBITRAJE. 3.1. Código de Comercio como derecho procesal supletorio. 3.2. Facultades del juez mexicano en medidas precautorias son independientes. 3.3. La experiencia existente. 3.4. ¿Una postura ecléctica? 4. PROPUESTA DE SOLUCIÓN. 4.1. La forma. 4.2. El contenido. 4.2.1. Tipos de medidas. 4.2.2. Requisitos. 4.2.3. Posibilidad de caucionar. 4.2.4. Responsabilidad por abuso. 4.2.5. Caracter excepcional de la facultad. 5. COMENTARIO FINAL.**

## 1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

Las medidas precautorias<sup>1</sup> son herramientas utilizadas por tribunales (estatales o arbitrales) durante la consecución de un litigio o arbitraje que buscan pro-

\* Barrera, Siqueiros y Torres Landa. Maestría (*Master in Laws—LL. M.*) y Doctorado (*Doctor in Jurisprudence—J.S.D.*) en la Universidad de Chicago. Estudios en Derecho Internacional Público y Privado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Países Bajos. Admitido para practicar en México (1996) y Nueva York (2000). Profesor de la Cátedra de Arbitraje y Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias de la Universidad Iberoamericana (Posgrado), Instituto Tecnológico Autónomo de México (Posgrado) y Universidad de las Américas.

<sup>1</sup> Por razones de simplicidad y uniformidad por "medidas precautorias" pretendo abarcar las diferentes especies de las mismas así como las diferentes denominaciones con las que se aluden; v. gr., medidas provisionales, medidas protectoras, medidas cautelares, medidas conservadoras, providencias precautorias y medidas interinas. Existen autores que al examinar las diferencias entre, por un lado, las medidas interinas o provisionales, de, por el otro, las medidas protectoras, precautorias o conservadoras. Las primeras hacen alusión a la naturaleza de las mismas y no vinculan al árbitro o juez ventilando el asunto; mientras que las segundas se refieren al propósito de las mismas: resguardar derechos de las partes, mantener el *status quo* y obtener/conservar pruebas.

toger la *litis* de la controversia durante el procedimiento buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final.

En el contexto del arbitraje, la legislación mexicana contempla jurisdicción concurrente entre los tribunales mexicanos y los tribunales arbitrales en relación con la emisión de medidas precautorias, a menos que las partes hayan pactado lo contrario.

El principio de jurisdicción concurrente tiene como consecuencia, entre otras, que las partes pueden solicitar de tribunales estatales la emisión de medidas precautorias, no obstante la existencia de un acuerdo arbitral.<sup>2</sup> El fundamento de lo anterior lo constituye el artículo 1425 del Código de Comercio. Dicho precepto establece que: "Aún cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales."

El precepto citado ha traído aparejados problemas prácticos serios. Es sobre lo anterior que versará el presente estudio.<sup>3</sup>

Para lo anterior, esta monografía se dividirá en las siguientes secciones: (SI) la facultad de un juez mexicano para emitir medidas precautorias en asistencia al arbitraje; (SII) el marco jurídico aplicable al juez mexicano en materia de medidas precautorias relacionadas con arbitraje; (SIV) la propuesta de solución al problema descrito; y (SV) un comentario final.

## 2. FACULTAD DE UN JUEZ MEXICANO PARA EMITIR MEDIDAS PRECAUTORIAS EN ASISTENCIA AL ARBITRAJE

La posibilidad de solicitar una medida precautoria de un tribunal estatal puede entenderse como una excepción al principio que todas las controversias que surjan de una relación jurídica sujeta a un acuerdo arbitral,<sup>4</sup> serán resueltas mediante arbitraje, quedando los tribunales estatales sin competencia para ventilar una controversia que derive de la relación jurídica citada.<sup>5</sup>

2 Las otras dos consecuencias de la jurisdicción concurrente son: (1) la solicitud de medidas precautorias de un tribunal estatal no constituye una renuncia al derecho a arbitrar; y (2) el tribunal arbitral tiene jurisdicción para emitir medidas precautorias.

3 El ámbito de este estudio está limitado a lo descrito. En caso de desear abundar sobre el tema en cuestión, puede acudir a González de Cossío, Francisco, "Medidas Precautorias en Arbitraje", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, vol. 27, 2003.

4 Por definición, el alcance natural del principio abarca los aspectos accesorios a, o relacionados con, la controversia. Dentro de ello figuran las medidas precautorias.

5 Artículo 1424 del Código de Comercio.

La razón que motiva la excepción descrita es que las partes que se hayan sometido al arbitraje no deben verse privadas de la posibilidad de solicitar medidas precautorias urgentes de tribunales cuando ello sea más eficiente.<sup>6</sup>

Se ha argumentado que el principio de no competencia de los tribunales estatales ante un acuerdo arbitral<sup>7</sup> se extiende a las medidas precautorias que del mismo puedan tener que emitirse.<sup>8</sup> Más aún, si las partes decidieron acudir al arbitraje para solucionar sus diferencias, ello fue con conocimiento de las ventajas y desventajas<sup>9</sup> que ello acarrea y, por consiguiente, no debe permitirse que los tribunales estatales se inmiscuyan en el procedimiento.<sup>10</sup> Estos argumentos no tienen cabida en derecho mexicano. La posibilidad de acudir a tribunales mexicanos, aún en presencia de un acuerdo arbitral, está expresamente contemplada por la ley arbitral mexicana.<sup>11</sup>

El artículo 1425 del Código de Comercio contempla dos supuestos de emisión de medidas precautorias: (a) antes de constituido el tribunal arbitral; y (b) durante el procedimiento arbitral. Lo anterior no es una tautología. El momento procesal de cada uno debe impactar los requisitos para la emisión de las medidas precautorias por un juez mexicano.

### 2.1. Con anterioridad a la constitución del tribunal

Las razones que motivan el precepto son obvias: *el tribunal arbitral es inexistente*. Si aún no se ha constituido el tribunal arbitral, es natural que las partes

6 Ya sea por que el tribunal no se haya constituido o porque son inmediatamente ejecutables, a diferencia de las medidas dictadas por tribunales arbitrales, cuya ejecutabilidad esta sujeta a matices que rebasan el objeto de este estudio.

7 Contemplado en los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio.

8 El actuar en forma distinta sería contrario al artículo II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (ratificada por México el 14 de abril de 1971 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de junio de 1971, la "Convención de Nueva York") y el artículo 1424 del Código de Comercio que exige que los tribunales estatales se abstengan de conocer sobre una controversia ante un acuerdo arbitral.

9 Una de las desventajas sería la renuncia a la posibilidad de obtener medidas precautorias inmediatamente ejecutables.

10 Inclusive algunas jurisdicciones actualmente contemplan que un acuerdo arbitral precluye medidas precautorias por tribunales estatales. Un ejemplo de ello es el Tercer Circuito de Estados Unidos de América que, de conformidad con el paradigma actual —sostenido por el caso *McCreary Tire & Rubber Co. vs. CEAT, SpA* (501 F.2d 1032 [3d Cir. 1974])—, niega las mismas. Esta decisión es muy criticada.

11 Por "ley mexicana de arbitraje" pretendo aludir al Libro Cuarto de Título Quinto del Código de Comercio.

puedan acudir a un tribunal estatal para solicitar las medidas que juzguen urgentes en relación con el arbitraje prospectivo.

Lo que no es tan claro es cuándo proceden las medidas precautorias solicitadas. Es decir, qué requisitos debe el juez mexicano exigir y/o qué circunstancias aquilatar para decidir si son procedentes las medidas precautorias. La ley mexicana de arbitraje no establece nada al respecto.

## 2.2. Con posterioridad a la constitución del tribunal

La posibilidad de obtener medidas de un tribunal mexicano aún y cuando se haya constituido el tribunal puede, a primera impresión, parecer curiosa o contradictoria. Después de todo, de existir el tribunal arbitral, todos los aspectos de la controversia deberían ventilarse ante él.

Sin embargo, no lo es. Dicha posibilidad encuentra su razón de ser en el deseo de hacer disponible a las partes medidas que auxilien a la ejecutabilidad del laudo, y, por ende, fomenten la utilidad práctica del arbitraje.<sup>12</sup> Después de todo, en caso de urgencia de un daño irreparable, de no tomarse medidas que aseguren que existirán activos suficientes para satisfacer el laudo, puede ser que el arbitraje sitúe al actor en el peor de los dos mundos: por un lado, no poder acudir a tribunales locales por existir un acuerdo arbitral,<sup>13</sup> y, por el otro, el continuar con el procedimiento arbitral sin tomar medidas que logren asegurar la existencia de bienes del demandado y (posible) deudor convertiría al arbitraje en un ejercicio frustrante y fútil, ¡además de caro!

La postura de derecho mexicano es sana y acorde con las tendencias mundiales más modernas: la emisión de medidas precautorias por jueces locales no es incompatible con el acuerdo arbitral.<sup>14</sup> Sin embargo, el precepto

12 Una nota de derecho comparado resulta útil. Algunas jurisdicciones no contemplan la posibilidad de emisión de medidas precautorias por tribunales estatales por temor a que las mismas obstaculicen el desarrollo eficiente y expedito del procedimiento arbitral y temer a chicanas o tácticas dilatorias. Otras, por el contrario, las toleran por considerar que, lejos de obstaculizar el procedimiento arbitral, asegura que el laudo arbitral sea ejecutable preservando el objeto de la controversia o los activos de una de las partes.

13 De lo cual se asegurará el artículo 1424 del Código de Comercio.

14 Así se deriva de los trabajos preparatorios del artículo 9o. de la Ley Modelo de la UNCITRAL que constituye el antecedente del artículo 1425 del Código de Comercio (Holtzmann, Howard M. y Neuhaus, Joseph E., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, T.M.C. Asser Instituut, Kluwer Law and Jurisdiction Publishers, Dordrecht/Boston, p. 332).

que nos ocupa tiene un problema: no establece qué medidas pueden emitirse, ni sus requisitos.

## 3. MARCO JURÍDICO APLICABLE AL JUEZ MEXICANO EN MATERIA DE MEDIDAS PRECAUTORIAS RELACIONADAS CON EL ARBITRAJE

La omisión del derecho arbitral mexicano de detallar qué tipo de medidas pueden ser emitidas por los tribunales estatales tiene una explicación: *ello le corresponde al derecho adjetivo*.

La ley mexicana de arbitraje de comercio es el resultado de la adopción de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional.<sup>15</sup> Al tener la Ley Modelo una vocación universal, incluir el tipo de medidas que pueden ser adoptadas por tribunales estatales, aunado a la gran variabilidad de los mismos en cada jurisdicción, traería como resultado alguno de los siguientes tres peligros: (i) que la Ley Modelo no fuera adoptada por algunos países por considerar que contradice aspectos de derecho local; (ii) invitar modificaciones al texto; o (iii) ser adoptada con medidas que son ajenas a las instituciones locales.

Por lo anterior, el tema se dejó sin regular y constituye una de las áreas en las que la Ley Modelo engrana y se complementa con derecho local. En este contexto surge la duda sobre cómo engranan ambos cuerpos normativos —tanto el adjetivo mexicano como la Ley Modelo.

Al no establecer nada el artículo 1425 del Código de Comercio parecen existir dos opciones que pueden adoptarse con la finalidad de integrar dicha laguna: (a) acudir al Código de Comercio y utilizar la regulación sobre medidas precautorias en el mismo como supletoria de la ley de arbitraje; o (b) no acudir a derecho procesal alguno como supletorio e interpretar las facultades del juez bajo el artículo 1425 como independientes. A continuación abordaré cada una.

### 3.1. Código de Comercio como derecho procesal supletorio

Dado que el tema que se trata versa sobre el derecho procesal mercantil, el paso natural parecería ser analizar los requisitos de procedencia de las medidas precautorias disponibles al amparo del Código de Comercio.

El lector podrá —con debida razón— cuestionar el salto supletorio que estoy realizando puesto que, como regla general, el *Código de Comercio no es supletorio*.

15 Adoptada como derecho mexicano el 22 de julio de 1993.

rio de la ley mexicana de arbitraje.<sup>16</sup> La razón que motiva dicho paso a efecto de integrar la ley mexicana de arbitraje lo constituye que así fue diseñada la Ley Modelo.

Los redactores de la Ley Modelo contemplaron y ventilaron el aspecto relativo a la posibilidad de incluir en la Ley Modelo los requisitos que debe exigir un tribunal nacional a efecto de emitir una medida precautoria. La decisión que se tomó fue que, en virtud de que se está en presencia del delicado tema de la relación tribunal arbitral-tribunal estatal, y tomando en consideración que el tema formaba parte del derecho procesal de cada jurisdicción, la solución que se decidió implementar fue no abordar dichos requisitos en la Ley Modelo, dejando para ello que dicho aspecto fuera regido por el derecho procesal local.<sup>17</sup>

Las medidas precautorias están reguladas en el Capítulo XI, Título Primero, Libro Quinto, artículos 1168 a 1193 del Código de Comercio. En el mismo se contemplan únicamente<sup>18</sup> las siguientes medidas:<sup>19</sup> el secuestro y el arraigo.

16 El Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio (que en éste estudio he llamado en forma abreviada como "la ley mexicana de arbitraje") es un cuerpo normativo independiente del Código de Comercio no obstante su inclusión en el mismo. Así fue diseñado y hubiera sido útil que, al momento de adoptarse, se hubiera hecho como una ley especial, como fue el caso con la Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley de Concursos Mercantiles, y demás leyes mercantiles especiales. Sin embargo, por "simplicidad" se incluyó dicha ley en el (en ese entonces) vacío existente en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio. Este paso, si bien inofensivo en principio, ha acarreado el desafortunado resultado que con frecuencia se interpreta la ley mexicana de arbitraje como un juicio más regulado por el Código de Comercio y, por consiguiente, es regido por las reglas y principios generales en él incluidos (por ejemplo, recursos, pruebas, etc.). Lo anterior ha creado confusión e interpretaciones incorrectas. Más aún, estos errores interpretativos son el resultado natural de utilizar (apropiadamente) principios de hermenéutica jurídica con los que fuimos entrenados los abogados postulantes. Por ejemplo, piénsese en el principio de interpretación jurídica encontrado en el artículo 1854 del Código Civil Federal. A su vez, el método exegético y sistemático de interpretación. Lo anterior magnificado por el hecho que el Título Cuarto en el cual se encuentra la ley mexicana de arbitraje forma parte del Libro Quinto que versa sobre los juicios mercantiles (dentro de los cuales figuran el juicio ordinario mercantil y el ejecutivo mercantil). Sin embargo, y no obstante lo mencionado, una interpretación auténtica, histórica y teleológica de dicho cuerpo normativo nos lleva a concluir que, para efectos de su debida interpretación e integración, es independiente de todo el resto, no sólo del Libro Quinto, sino del Código de Comercio en su totalidad—como lo son otras leyes especiales mercantiles. Por ende, las disposiciones procesales del Código de Comercio no deben utilizarse en la interpretación o integración de la ley de arbitraje.

17 Ver Holtzman y Neuhau, pp. 332-333, 734. A su vez, Broches, Aron, *The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Dordrecht/Boston, 1990, pp. 51-52 y 137-140.

18 El Código de Comercio es tajante al respecto. El Artículo 1171 establece que "No pueden dictarse otras providencias precautorias que las establecidas en este Código, y que exclusivamente consistirán en el arraigo de la persona (...) y en el secuestro de bienes..." (énfasis añadido).

19 Artículos 1168 y 1171 del Código de Comercio.

El secuestro procede en cualquiera de las siguientes dos hipótesis:<sup>20</sup>

- En acciones reales: cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real.
- En acciones personales: cuando el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene.

El arraigo procede cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda.<sup>21</sup>

Acercar de los requisitos, lo único que establece el Código de Comercio son *derecho y necesidad*.<sup>22</sup> Es decir, al momento de presentar la solicitud de una de las medidas precautorias mencionadas, el actor deberá acreditar que tiene *derecho* a las mismas y que las mismas son *necesarias*, dadas las circunstancias, para evitar que suceda el resultado que motiva la medida que se está solicitando.<sup>23</sup>

Para contrarrestar la solicitud de la medida precautoria, el demandado puede dar fianza que sea suficiente a juicio del juez o probar que tiene bienes raíces suficientes para responder del éxito de la demanda.<sup>24</sup> No se aceptan excepciones distintas a las mencionadas.<sup>25</sup>

### 3.2. Facultades del juez mexicano en medidas precautorias son independientes

Como se adelantó, una segunda opción es interpretar que la facultad del juez mexicano bajo el artículo 1425 del Código de Comercio es independiente de la reglamentación de las medidas precautorias bajo el derecho procesal mercantil general.

20 Fracciones II y III del artículo 1168 y artículo 1171 del Código de Comercio.

21 Fracción I del artículo 1168 y artículo 1171 del Código de Comercio.

22 El Artículo 1172 del Código de Comercio establece que "El que pida la providencia precautoria deberá acreditar el **derecho** que tiene para gestionar y la **necesidad** de la medida que solicita..."

23 Por ejemplo, en caso de que se tema que se oculten los bienes suficientes para satisfacer el laudo que—en su caso—eventualmente emanará del procedimiento arbitral, el actor podría solicitar que se ordene el secuestro de bienes de los cuales es propietario el demandado.

24 Artículo 1180 del Código de Comercio.

25 Artículo 1183 del Código de Comercio.

Si bien, por principio de cuentas, podría cuestionarse dicha postura bajo el argumento que el juez debe fundar y motivar su actuar, y el régimen aplicable a dichas medidas en materia mercantil está contenido en el Código de Comercio,<sup>26</sup> también es cierto que podría interpretarse el artículo 1425 como *lex specialis* que prevalece sobre la ley general mercantil adjetiva.

De ser el caso, surge la pregunta acerca de cuáles son los requisitos aplicables a la emisión de la medida precautoria y el resto del régimen aplicable a la misma, puesto que dicho precepto no establece nada al respecto.<sup>27</sup> En respuesta, podría sostenerse que es una facultad discrecional, intencionalmente dejada amplia a efecto de que el juez mexicano tome todas las medidas que considere apropiadas dadas las circunstancias al cumplir con su deber de brindar apoyo al arbitraje.<sup>28</sup>

### 3.3. La experiencia existente

Si bien aún no hay suficientes ejecutorias que esclarezcan lo anterior, el autor tiene conocimiento de un caso que vale la pena comentar. Un juez mexicano recientemente emitió una medida precautoria con fundamento en el artículo 1425 en la cual ordenó a una de las partes a que "se abstenga de incumplir con los términos y condiciones que han regido [en el contrato], se abstenga de cobrar o endosar [...] pagarés que suscribieron a su favor para garantizar la operación de las actoras [...] y permita que la actora pueda operar normalmente como lo ha hecho desde [la celebración del contrato] ...".<sup>29</sup>

Es interesante notar las siguientes circunstancias:

- El juez que emitió esta medida citó como fundamento no sólo el artículo 1425 del Código de Comercio, sino también los artículos 1172, 1173, 1181, 1183, y 1189 del mismo.
- Si bien en el contrato base de la acción existe un acuerdo arbitral, el arbitraje no ha comenzado.

26 Artículos 1168 a 1193.

27 El artículo sólo establece que "Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales".

28 Esta postura tendría que solucionar una interrogante aún más seria y que no se abordará por rebasar el propósito del presente: la constitucionalidad de una facultad no reglada.

29 Por razones de confidencialidad me abstengo de dar más datos que los necesarios para los fines académicos del presente.

- La decisión cita una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en la que se establece que las medidas precautorias no son actos "privados",<sup>30</sup> puesto que no privan permanentemente de un derecho sino que son resoluciones provisionales, accesorias y sumarias, cuyo objeto es prevenir el peligro de dilación, suplir interinamente la falta de una resolución que asegure su eficacia buscando restablecer el ordenamiento jurídico desaparecido provisionalmente por una situación que parece ser antijurídica. No son un acto "privado", pues sus efectos provisionales quedan a resultas del procedimiento principal, donde el afectado podrá hacer valer su garantía de audiencia.

La decisión que comento tiene, en mi opinión, un aspecto positivo y uno negativo. El aspecto positivo es que se ha interpretado el régimen de facultades del juez mexicano en asistencia al arbitraje en forma más amplia que las que tiene bajo derecho procesal tradicional.

El aspecto negativo es que los pasos que el juez tomó, son cuestionables. El juez emitió medidas con un alto costo comercial para una de las partes sin que fuera "necesario".<sup>31</sup> Las medidas precautorias son herramientas extraordinarias que buscan evitar un daño irreparable. En el caso que comento, "congelar" el pagaré fue exagerado. No existía riesgo de daño irreparable. El beneficiario del pagaré era una compañía transnacional, con activos suficientes para respaldar un posible laudo en su contra. Ordenar el no cobro del pagaré sacrificó la autonomía del mismo, un beneficio sacramental de dicho instrumento.

Existen otros casos que se tratan en el medio en los que órdenes de no-hacer han sido emitidas, que han involucrado votación de acciones en asambleas de accionistas. Si bien los detalles no pueden divulgarse, existe una tendencia a considerar que las medidas que con fundamento en el artículo 1425 del Código de Comercio se han emitido, no satisfacen el requisito de "necesidad" y con frecuencia generan más problemas de los que solucionan.

### 3.4. ¿Una postura ecléctica?

No obstante que he hablado de dos posibles rutas,<sup>32</sup> el paso tomado por el juez en el caso citado parece indicar que hay una tercera opción, la ecléctica:

30 En mi opinión, "privativos" hubiera sido un mejor calificativo.

31 Me refiero al requisito de "necesidad" contemplado en el artículo 1172 del Código de Comercio.

32 Utilizar el Código de Comercio como derecho supletorio o —disyuntivamente— ceñirse a la ley de arbitraje como un ordenamiento independiente.

fundar la emisión de las medidas tanto el Código de Comercio (artículos 1168 a 1171) como la ley de arbitraje (artículo 1425) a efecto de interpretar la facultad en términos más amplios que los tradicionalmente contenidos bajo el Código de Comercio.<sup>33</sup>

#### 4. PROPUESTA DE SOLUCIÓN

##### 4.1. La forma

Para remediar el problema apuntado considero que existen dos métodos desde el punto de vista de técnica jurídica: (i) emitir tesis que den lugar a jurisprudencia integradora; o (ii) incluir un segundo párrafo al artículo 1425 del Código de Comercio que establezca el alcance y requisitos de las facultades del juez mexicano.

En la opinión de este autor, la jurisprudencia es una buena forma de interpretar preceptos jurídicos. No siempre es necesario modificar el precepto legal para llegar al resultado deseado. Las modificaciones al texto legal, si bien no son per se negativas, se usan con más frecuencia de lo que una sana técnica jurídica requeriría o toleraría. Cada modificación de un texto jurídico desecha —o puede desechar— el bagaje interpretativo y práctico del mismo que tanto la judicatura como los particulares han derivado. Por consiguiente, existe cierto "desperdicio" cuando la misma se realiza en casos que no lo justifican por haberse podido abordar mediante derecho que emane de la judicatura.

A su vez, las facultades de la judicatura de creación del derecho mediante jurisprudencia interpretativa o integradora son una herramienta más dinámica que el proceso legislativo. Esta virtud de esta fuente de derecho la torna más apta para derecho mercantil.

Por el contrario, cuando el texto legal contiene alguna limitante, requisito, condición o disposición que la práctica ha rebasado o que debe ser eliminada, la jurisprudencia no constituye una manera eficiente de corregirlo por estar la jurisprudencia limitada a la legislación escrita.

El problema abordado en este estudio es del tipo que puede abordarse mediante jurisprudencia integradora, puesto que el radio de acción de la norma en

33 La medida es tan reciente que ni siquiera se ha impugnado, ni ordinaria ni extraordinariamente (juicio de amparo). Será interesante ver cuál es el resultado del ejercicio de dichos recuros.

cuestión es amplio y no contiene cortapisa alguna que deba ser eliminada mediante el bisturí de la legislación.

##### 4.2. El contenido

En cualquier caso, el contenido de la nueva norma, sea en forma jurisprudencial o mediante *lex scripta*, debe abarcar los siguientes puntos: (1) los tipos de medidas; (2) la posibilidad de otorgar caución; (3) los requisitos; (4) la responsabilidad por abuso; y (5) el carácter excepcional de la facultad.

A continuación se tratará cada aspecto.

##### 4.2.1. Tipos de medidas

Considero que no debe proporcionarse una lista exhaustiva de medidas. Establecer una facultad orientada al resultado; establecer el objetivo y no el método, puede ser más útil y eficiente que tasar o establecer limitativamente los tipos de medidas que pueden adoptarse.

Si bien las únicas medidas precautorias en materia mercantil son el arraigo y el secuestro precautorio, el arbitraje justifica la adopción de otro tipo de medidas, como, por ejemplo, las órdenes de hacer o no hacer.<sup>34</sup>

Lo anterior puede parecer peligroso, particularmente ante la experiencia que se deriva de los casos señalados en el cuerpo de este estudio. Sin embargo, creo que tres circunstancias militan a favor de una regulación teleológica:

- Se trata de arbitraje. El arbitraje es el método de solución de controversias más apto para los negocios. De la misma manera en que en materia mercantil no existe lesión, en el método más apto de solucionar controversias en materia mercantil no debe existir lesión. Al pactar un acuerdo arbitral, las partes se excluyeron del mundo de la legislación civil (y sus normas protectoras) y se ensimismaron en el mundo de la legislación mercantil —que es más dinámica y menos protectora.
- El arbitraje tiene una vocación internacional. En otras jurisdicciones la regulación de las medidas precautorias en materia de arbitraje contempla disposiciones de esta naturaleza. No seguir esta tendencia no sólo situaría a México como una sede menos actualizada con las ten-

34 Lo que en otras jurisdicciones se conoce como "injunctions".

dencias internacionales, sino que la desplazaría por contener una regulación "subdesarrollada".

- Los demás requisitos que a continuación se detallan limitan la discreción del juzgador mexicano.

#### 4.2.2. Requisitos

Es necesario que se establezcan ciertos requisitos para la emisión de las medidas, los cuales sugiero que sean los siguientes: (a) derecho; (b) necesidad; (c) urgencia; y (d) busquen evitar un daño irreparable. Dándoles como contenido lo siguiente:

##### a) Derecho

El juez al que se le solicite la medida debe verificar, o debe probarse, que existe, no sólo posibilidad, sino *probabilidad*, de que tiene el derecho que se está haciendo valer, ya sea porque sea beneficiario de una presunción a su favor o cuente con documentación u otro tipo de pruebas que así lo indiquen.

El nivel de prueba no tiene que ser alto, pero no debe ser bajo.

##### b) Necesidad

Debe requerirse que la medida solicitada sea "necesaria" para lograr el objetivo buscado. Es decir, debe existir una correlación lógica entre las circunstancias que la motivan y el objetivo que se pretende lograr. Si la medida no logra el objetivo, no debe implementarse. Si la medida excede el objetivo, tampoco debe implementarse.

##### c) Urgencia

Debe existir *urgencia*. De lo contrario, bien puede la parte que la solicita esperar a que el tribunal arbitral resuelva la controversia mediante el laudo arbitral.

##### d) Daño Irreparable

La medida no sólo debe ser urgente, sino versar sobre el riesgo que, de no adoptarse, se genere en detrimento del solicitante un "daño irreparable".

Por "daño irreparable" debe entenderse un daño que no pueda indemnizarse con los daños y perjuicios que permite la legislación substantiva aplicable.<sup>35</sup>

De estar en presencia de un daño que puede resarcirse mediante indemnización monetaria, podría negarse la medida precautoria solicitada puesto que, de tener razón el solicitante, los daños no evitados por la misma serán resarcidos por el tribunal arbitral en el laudo final.

#### 4.2.3. Posibilidad de caucionar

Siempre debe permitirse la posibilidad de que el destinatario de la medida precautoria se libere de la misma otorgando una caución que garantice el objetivo que se pretende lograr con la misma.

La utilización no conservadora de las medidas precautorias puede generar más problemas de los que resuelve. Lo que es más, pueden ser utilizadas por una parte para hostigar a la otra. Existe una doble manera de evitar que una medida se solicite con fines ulteriores: (a) la caución; y (b) la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios que se derivan de la misma.

#### 4.2.4. Responsabilidad por abuso

En caso de que el tribunal arbitral determine que no tenía derecho el solicitante de solicitar la medida que un juez mexicano otorgó por no haber prevalecido en sus pretensiones en el laudo, o por cualquier otro motivo, el solicitante debe ser responsable por todos los daños, perjuicios, costas y gastos que la medida generó, inclusive los honorarios de abogados.

Estimo que lo anterior traerá como resultado que, quien desee solicitar una medida, lo piense dos veces. De prevalecer ante el juez mexicano pero no ante el tribunal, será responsable por todos los conceptos apuntados. El beneficio de esto es que una parte bien asesorada solicitará las medidas únicamente cuando tiene un cierto nivel de convencimiento de que la misma es procedente. De lo contrario, la consecuencia monetaria será alta.

35 Por ejemplo, de ser el Código Civil Federal el derecho substantivo aplicable, daño irreparable se referiría a daños y perjuicios que rebasan ser directos e inmediatos. Es decir, que se generarían otro tipo de daños (por ejemplo, indirectos, reputacionales, costo de oportunidad, oportunidades de negocios frustrados, etc.) que la fórmula de derecho mexicano, o la práctica judicial, no resarce.



#### 4.2.5. *Carácter excepcional de la facultad*

Siguiendo el principio del artículo 1421 del Código de Comercio, la emisión por un juez mexicano de una medida precautoria debe ser excepcional. Además de cumplir con los requisitos indicados, el juzgador debe tener en mente que está procediendo en un área en donde existe ya un tribunal arbitral que está conociendo o conocerá de la controversia y que la intervención judicial es, por principio de cuentas y salvo casos excepcionales, ajena a la voluntad inicial de las partes.

#### 5. COMENTARIO FINAL

El tema de las medidas precautorias es complejo en lo teórico y delicado en lo práctico. Si bien es una herramienta útil —y en ciertos casos indispensable— para la conducción y eficacia de un procedimiento arbitral, diversos factores hacen que pueda convertirse en un arma de dos filos.

La regulación actual en derecho mexicano, si bien apropiada en lo que concierne a la facultad del tribunal arbitral, es deficiente en lo que se refiere a la facultad de un juez mexicano de asistir al arbitraje mediante dichas medidas.

Más aún, la (incipiente) experiencia actual es en ciertos aspectos plausible, y en otros denostable. Es plausible en lo que se refiere a la actitud pro-arbitraje que en ocasiones se ha observado, pero cuestionable en lo que concierne a lo laxo que los tribunales mexicanos han aplicado el requisito de "daño" o "necesidad".

Al margen de que la propuesta de solución sea adoptada o no, vale la pena reiterar un punto: si bien los jueces mexicanos tienen el deber de asistir al arbitraje, dicho deber es de carácter excepcional,<sup>36</sup> y la emisión de una medida precautoria se justifica únicamente en circunstancias en las que, de no adoptarse, el resultado sería que una de las partes se vería privada de razones para continuar con el arbitraje al hacer nugatoria su utilidad práctica. Si el daño que la no adopción de la medida genera puede resarcirse mediante una indemnización monetaria (daños y perjuicios) probablemente la medida precautoria sobra o premie tácticas dilatorias de una de las partes.

