

**MEDIDAS URGENTES Y ORDENES PRELIMINARES EN ARBITRAJE:  
DOS NUEVAS Y EFECTIVAS HERRAMIENTAS PROCESALES**

Francisco González de Cossío\*

I.	INTRODUCCIÓN .....	2
II.	MEDIDAS PRECAUTORIAS .....	2
	A.    GENERAL .....	2
	B.    MEDIDAS PRECAUTORIAS EN ARBITRAJE.....	3
	C.    RÉGIMEN MEXICANO .....	6
III.	MEDIDAS URGENTES Y ORDENES PRELIMINARES .....	6
	A.    CONCEPTO .....	6
	B.    RÉGIMEN .....	7
	1.    Introducción .....	7
	2.    Medidas Urgentes .....	8
	3.    Ordenes Preliminares .....	9
	C.    INTERRELACIÓN.....	10
IV.	EJECUCIÓN MUNDIAL DE MEDIDAS PRECAUTORIAS.....	11
	A.    INTRODUCCIÓN.....	11
	B.    ANTECEDENTE.....	11
	C.    RÉGIMEN .....	12
	1.    Ejecución .....	13
	2.    Deber de notificar.....	14
	3.    Caución.....	15
V.	COMENTARIO FINAL.....	15

---

\* González de Cossío Abogados, S.C. ([www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)). Observaciones bienvenidas a [fgcossio@gdca.com.mx](mailto:fgcossio@gdca.com.mx)

## I. INTRODUCCIÓN

Las medidas precautorias son una herramienta importante de eficacia de un proceso. Cualquier proceso. Y el arbitraje no es una excepción. Lo que es más, se ha caracterizado por su sofisticación, que recientemente ha mostrado un desarrollo importante: dos herramientas procesales han sido (re)inventadas y empiezan a propagarse: las medidas urgentes y las órdenes preliminares.

Este ensayo comentará el desarrollo haciendo énfasis en el papel de la judicatura. Para ello, se hará una breve alusión a la teoría que sustenta las medidas precautorias (§II) para luego analizar las medidas urgentes y las órdenes preliminares (§III), la (incipiente) posibilidad de ejecutar mundialmente las medidas precautorias de tribunales arbitrales (§IV), para concluir con un comentario final (§V).

## II. MEDIDAS PRECAUTORIAS

### A. GENERAL

Las medidas precautorias<sup>1</sup> *pendente lite* encuentran su *raison d'être* en la urgencia. Están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho con la finalidad de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento está siendo demandado al juzgador que ventila el fondo del asunto.

Cuando derechos y/o bienes que formen parte de la controversia se estén deteriorando causando un daño irreparable antes de la emisión de la decisión final,

---

<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 conservadoras, providencias precautorias y medidas interinas.

puede considerarse solicitarlas. De otra manera, bien podría esperarse a la emisión del laudo final para resguardar sus derechos.<sup>2</sup>

Los elementos de las medidas precautorias son:

1. *Urgencia*: que existan razones para no esperar hasta el laudo final para resolver sobre la medida solicitada.
2. *Daño irreparable*: que el daño que se genere no sea resarcible mediante una condena de daños y perjuicios.
3. *Derecho*: Que exista apariencia de buen derecho. Es decir, no solo *posibilidad* sino *probabilidad* que el solicitante prevalecerá en el fondo.
4. *Necesidad*: Que exista una correlación lógica entre la medida solicitada y el daño que se desea evitar.

#### B. MEDIDAS PRECAUTORIAS EN ARBITRAJE

Las medidas precautorias son frecuentemente utilizadas por tribunales arbitrales. Al tratarse de un procedimiento distinto al litigio tradicional, se observa que en arbitraje tienen lugar medidas distintas a las que se observan en judicaturas locales. Para ejemplificar, citaré casos ilustrativos derivados de la experiencia extranjera e internacional:

---

<sup>2</sup> Dado el perfil de este estudio no se agota la teoría de las medidas precautorias. Para hacerlo, véase Juan Carlos Marín González, LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL, Ed. Porrúa, ITAM, 2004; y González de Cossío, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, 2004, 2008, pgs. 323 et seq.

Deseo aprovechar el foro para abogar a favor de un matiz de este registro. En la ponderación de éste requisito al evitar una medida precautoria, que se haga hincapié en el derecho aplicable. El motivo: distintos sistemas otorgan niveles distintos de compensación. Por ende, entre más limitado sea el umbral de compensación, existirán más motivos para otorgar la medida solicitada. Para ilustrar, dado que en México por lo general se obtiene menos daños y perjuicios que Estados Unidos, la obtención de medidas precautorias es más útil cuando el derecho aplicable sea mexicano.

1. Medidas que evitan un daño irreparable;<sup>3</sup>
2. Medidas que preservan u obtienen pruebas;
3. Garantías financieras;
4. Medidas ex-parte;
5. Medidas que protegen la jurisdicción del tribunal;
6. *Cautio judicatum solvi*;
7. Casos más específicos:
  - a) Órdenes para evitar propaganda hostil;
  - b) Venta de bienes;
  - c) Depósitos de acciones objeto de la controversia en un fideicomiso para ser poseídas y administradas por una persona distinta al tribunal, mismas que no podrán ser sacadas a menos que las partes lo acuerden en forma conjunta o lo ordene el tribunal arbitral.<sup>4</sup>
  - d) Depósito de dinero en una cuenta condicionada (“escrow”) bajo el control conjunto de las partes hasta la emisión del laudo,<sup>5</sup> o bajo el control del tribunal arbitral.<sup>6</sup>
  - e) La orden a una parte de realizar pagos provisionales en parcialidades.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, evitar un daño reputacional, pérdida de oportunidades de negocio y demás situaciones que son de difícil prueba y/o cuantificación de daños y perjuicios.

<sup>4</sup> Como sucedió en el laudo interino en el arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) No. 8879 y de 1998.

<sup>5</sup> Como sucedió en el laudo final del caso CCI No. 9154 de 1998.

<sup>6</sup> Laudo final, caso CCI No. 7536 de 1996.

- f) Autorizar a una parte a suspender un pago parcial sujeto a que se garantice el mismo mediante una garantía bancaria por el mismo monto.<sup>8</sup>
- g) Que el demandado realice un pago provisional de un monto específico por el cual el demandante proveyó una garantía por el mismo monto.<sup>9</sup>
- h) Que una parte reembolse a la otra el monto total de una carta de crédito en caso de que la contraparte haga efectiva la misma.<sup>10</sup>
- i) Que se obligue a una de las partes a abstenerse de vender productos de la contraparte, so pena de pagar una pena por cada producto vendido en caso de incumplimiento.<sup>11</sup>
- j) Que se le solicite a una de las partes la cancelación de la licencia de manufactura y registro de importación de materia prima de productos farmacéuticos que constituían la litis de la disputa.<sup>12</sup>
- k) Que se le ordene al demandado entregar las declaraciones de aduanas originales sobre ciertos bienes, que divulgue dónde se encuentran bienes o que se abstenga de utilizar dichos bienes.<sup>13</sup>

Como puede observarse, las medidas precautorias han sido utilizadas con un alto grado de sofisticación por tribunales arbitrales. Como resultado, en arbitraje las

---

<sup>7</sup> Laudos interinos del caso CCI No. 8670, de diciembre de 1995 y junio de 1996.

<sup>8</sup> Laudo interino del caso CCI No. 8670, diciembre de 1996.

<sup>9</sup> Laudo interino, caso CCI No. 7544 de 1996.

<sup>10</sup> Caso CCI No. 9324 de 1998.

<sup>11</sup> Como sucedió en el laudo final del caso CCI No. 7895 de 1994.

<sup>12</sup> Laudo interino, caso CCI No. 8894 de 1997.

<sup>13</sup> Laudo parcial del caso CCI No. 10040 de 1999.

medidas precautorias han logrado su objetivo: ser una garantía de eficacia del procedimiento.<sup>14</sup>

### C. RÉGIMEN MEXICANO

Ante el (rico) régimen extranjero surge la duda sobre el mexicano. Si bien el objetivo de esta nota no es agotarlo, se resumirán los siguientes lineamientos:

1. Existe jurisdicción concurrente para emitir medidas precautorias. Tanto tribunales arbitrales<sup>15</sup> como jueces nacionales<sup>16</sup> están facultados para emitir medidas precautorias;<sup>17</sup> y
2. El juez mexicano coadyuva con tribunales arbitrales.<sup>18</sup>

Mucho puede decirse cada uno de los puntos anteriores. Dados los objetivos de este estudio, me centraré en:

- a) Las medidas urgentes;
- b) Las órdenes preliminares; y
- c) La ejecución mundial de medidas precautorias.

## III. MEDIDAS URGENTES Y ORDENES PRELIMINARES

### A. CONCEPTO

Las 'Medidas Urgentes' son medidas precautorias que pueden emitirse en forma inmediata, previo al procedimiento arbitral, una vez seguido un procedimiento sumario.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> En un estudio reciente así las caracterizo y definiendo: LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS COMO GARANTÍA DE EFECTIVIDAD DEL ARBITRAJE, En Estudios sobre Garantías en Homenaje a Manuel Somarriva, Universidad de Chile, 2007.

<sup>15</sup> Artículo 1433 del Código de Comercio.

<sup>16</sup> Artículos 1425 y 1444 del Código de Comercio.

<sup>17</sup> La forma en que se interrelacionan puede ser consultada en la obra citada en la nota 2 anterior.

<sup>18</sup> Para abundar véase, EL ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, Ed. Porrúa, 2007.

Las ‘Órdenes Preliminares’ o *ex parte* son aquellas que pueden ser emitidas aún sin notificar a la contraparte.<sup>20</sup>

Ambas son especies del género ‘medidas precautorias’. Por consiguiente, salvo las normas de excepción de cada una, el régimen de las mismas será el mismo que el de su *lex generalis*: medidas precautorias.

El objetivo de ambos instrumentos es brindar una alternativa procesal que adecuadamente aborde situaciones en las que la solicitud de una medida precautoria ordinaria sería insuficiente para adecuadamente lograr el objetivo buscado. El motivo: tiempo—que invita conducta estratégica.

Las medidas precautorias ordinarias requieren de un procedimiento que respete un proceso debido. Ello necesariamente implica que un intercambio documental y posiblemente una audiencia tendrán lugar. El tiempo inherente a dichos pasos invitan que la parte en contra de la que se solicita tome medidas *de facto* para mermar la eficacia de la medida precautoria solicitada.

El tema podría parecer exótico al neófito. No lo es para el experimentado.

## B. RÉGIMEN

### 1. Introducción

La preocupación indicada ha aguijoneado la creatividad legal para confeccionar instrumentos procesales que resuelvan el problema. En respuesta, se han creado los dos instrumentos objetos de este estudio. Se trata de dos instrumentos que, si bien tienen el mismo punto de partida y se complementan, tienen objetivos distintos. A continuación se tratarán por separado.

---

<sup>19</sup> Para un ejemplo véase el Artículo 50 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (“CANACO”) y el artículo 37 de las *International Arbitration Rules* del ICDR de la AAA. Uno similar, pero bautizado diferente, es el Procedimiento Precautorio Prearbitral de la Cámara de Comercio Internacional.

<sup>20</sup> Por ejemplo, Sección 2 del Artículo 31 del Reglamento CANACO. Desde 2006 la UNCITRAL adoptó un texto que modifica la ley modelo de arbitraje comercial internacional codificando el régimen de las medidas precautorias y estableciendo un régimen para ordenes preliminares. Es de esperarse que México enriquezca su *lex arbitrii* en consecuencia. De hacerlo, tornará a México como una jurisdicción de punta.

## 2. Medidas Urgentes

Las Medidas Urgentes buscan dar una respuesta inmediata a una circunstancia que, de tener que esperar el transcurso normal de una medida precautoria, haría del procedimiento un ejercicio fútil. Para tratar su régimen me centraré en la única institución mexicana que ya lo contempla: la CANACO.<sup>21</sup>

1. **Notificación:** la parte solicitante debe notificar la petición de la medida solicitada a la Comisión de Arbitraje la CANACO (“Comisión”). El medio de notificación es cualquiera que sea confiable, incluyendo correo electrónico.<sup>22</sup>
2. **Designación:** en un plazo de un día la Comisión designará un árbitro ‘de urgencia’.<sup>23</sup> El árbitro de urgencia está regido por los mismos requisitos que el árbitro normal: independencia, imparcialidad y ausencia de dudas justificadas sobre ello. Es posible recusar al árbitro de urgencia, siempre que ello ocurra dentro de un día.<sup>24</sup>
3. **Debido Proceso:** el árbitro de urgencia cuenta con dos días para establecer un calendario de actividades que brinde a las partes oportunidad razonable para hacer valer sus derechos. Al hacerlo, puede convocar una audiencia, conferencia telefónica o solicitar alegatos escritos.<sup>25</sup>
4. **Facultades:** el árbitro de urgencia puede emitir cualquier medida que considere necesaria, siempre que motive su decisión.<sup>26</sup> Al hacerlo puede optar entre orden procesal o laudo arbitral, contando con la facultad de revocar su decisión no obstante el medio por el que se haya hecho.<sup>27</sup> Al igual que el árbitro ordinario, el árbitro de urgencia cuenta con *kompetenz*: la facultad de

---

<sup>21</sup> Entiendo que el Centro de Arbitraje de México las están contemplando.

<sup>22</sup> Artículo 50(2) del Reglamento CANACO.

<sup>23</sup> Artículo 50(3) del Reglamento CANACO.

<sup>24</sup> Artículo 50(3) del Reglamento CANACO.

<sup>25</sup> Artículo 50(4) del Reglamento CANACO.

<sup>26</sup> Artículo 50(5) del Reglamento CANACO.

<sup>27</sup> Esta facultad es innovadora. Por lo general se entiende que un laudo vincula inclusive al árbitro.

decidir sobre su propia competencia.<sup>28</sup> El árbitro de urgencia puede fungir como árbitro en la controversia si así lo consienten las partes.<sup>29</sup>

5. **Temporalidad:** aunque las medidas urgentes tienen en principio una duración finita,<sup>30</sup> el tribunal arbitral puede ratificarlas o modificarlas durante el procedimiento.

### 3. Ordenes Preliminares

Las Ordenes Preliminares permiten que un Tribunal Arbitral ordene a la parte en contra de quien puede ir dirigida una medida precautoria que se abstenga de frustrar la misma. Su régimen es el siguiente:<sup>31</sup>

1. **Facultad:** puede solicitarse que el tribunal arbitral ordene a una otra parte que se abstenga de frustrar la medida cautelar solicitada y el tribunal podrá emitirla cuando considere que existe riesgo de que se frustre la medida solicitada.<sup>32</sup>
2. **Requisitos:** el tribunal podrá otorgar la medida cuando esté persuadido que:<sup>33</sup>
  - a) *Daño irreparable:* que exista riesgo que se genere algún daño no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida solicitada.

---

<sup>28</sup> Artículo 50(4) del Reglamento CANACO.

<sup>29</sup> Artículo 50(6) del Reglamento CANACO.

<sup>30</sup> Dada su reciente adopción, siguiendo el principio que—salvo que el reglamento arbitral así lo permita—las modificaciones no aplican retroactivamente, las medidas urgentes están disponibles para acuerdos arbitrales firmados con posterioridad al 6 de agosto de 2007, salvo que las partes pacten en contrario. (Artículo 50(1) del Reglamento CANACO.)

<sup>31</sup> De nuevo, me enfocaré en el Reglamento CANACO, por ser el primero que ha regulado la institución. Entiendo que el Centro de Arbitraje de México está considerando adoptarlas.

<sup>32</sup> Artículo 31 B(1) del Reglamento CANACO.

<sup>33</sup> Artículo 31 B(2) y (3) del Reglamento CANACO.

- b) *Probabilidad de éxito*: que sea probable que tenga éxito en el fondo, sin que ello prejuzgue sobre ello.
3. **Notificación *ex post***: inmediatamente después de su emisión, el tribunal arbitral notificará a las partes la petición medida cautelar y orden preliminar,<sup>34</sup> incluyendo todos los comunicados al respecto.<sup>35</sup>
  4. **Debido Proceso**: el tribunal arbitral dará oportunidad al destinatario de la orden preliminar para que haga valer sus derechos, pronunciándose a la brevedad sobre objeciones.<sup>36</sup>
  5. **Temporalidad**: las órdenes preliminares tendrán una validez de 20 días a partir de su emisión, pudiendo ser ratificadas o modificadas por el Tribunal Arbitral una vez que la parte contra la que se dirigió dicha orden haya sido notificada y haya hecho valer sus derechos.<sup>37</sup>
  6. **Ratificación o Modificación como Medida Cautelar**: Las órdenes preliminares pueden ser ratificadas o modificadas por el Tribunal Arbitral al decidir sobre el otorgamiento de la medida precautoria.<sup>38</sup>
  7. **Obligatoriedad**: aunque las órdenes preliminares son obligatorias aunque no puedan ser coactivamente ejecutadas.<sup>39</sup>

### C. INTERRELACIÓN

La conjugación entre las medidas urgentes y otras medidas (sea el género— medidas precautorias—u otras específicas—órdenes preliminares) es objeto de diferencia de opinión. Mientras que algunos consideran que son *aditivas*, otros las conciben como *sustitutivas*. Los primeros consideran que las medidas urgentes, ordenes

---

<sup>34</sup> Artículo 31 C(1) del Reglamento CANACO.

<sup>35</sup> Incluyendo una constancia del contenido de toda comunicación verbal entre la parte y el Tribunal Arbitral.

<sup>36</sup> Artículo 31 C(2) y (3) del Reglamento CANACO.

<sup>37</sup> Artículo 31 C(4) del Reglamento CANACO.

<sup>38</sup> Artículo 31 C(4) del Reglamento CANACO.

<sup>39</sup> Artículo 31 C(5) del Reglamento CANACO.

preliminares y medidas precautorias pueden coexistir; los segundos entienden que son mutuamente excluyentes.

Si bien el tema está abierto, deseo postular que son aditivos.<sup>40</sup> El motivo es doble: uno conceptual y uno práctico. Conceptualmente, se trata de instrumentos que buscan objetivos disímboles, mas complementarios.<sup>41</sup> Luego entonces, interpretar que se excluyen es improcedente en lo técnico. En lo práctico, interpretar que se suman tendría un efecto compuesto plausible: fomentan la efectividad del arbitraje.

#### IV. EJECUCIÓN MUNDIAL DE MEDIDAS PRECAUTORIAS

##### A. INTRODUCCIÓN

La posibilidad de ejecutar mundialmente una medida precautoria es algo en verdad emocionante. Hace que la única (pseudo)desventaja<sup>42</sup> de obtener una medida precautoria de un tribunal arbitral deje de existir, lo cual redundando en la eficacia del mecanismo.

##### B. ANTECEDENTE

En fechas recientes la UNCITRAL elaboró un nuevo texto que modifica aquél que originalmente versaba sobre la facultad del tribunal arbitral de emitir medidas

---

<sup>40</sup> El debate parece quedar extinguido con respecto al Reglamento CANACO. El motivo: parte de una premisa que las modificaciones recientes al Reglamento CANACO han eliminado: que existen diferentes fuentes de las mismas. Mientras que, dada su novedad, puede ocurrir que el derecho arbitral no contemple medidas urgentes u órdenes preliminares, su disponibilidad en el reglamento arbitral invita las diferencias de opinión descritas. Dado que el Reglamento CANACO contempla los tres instrumentos (medidas precautorias (Sección 1 del Artículo 31 del Reglamento CANACO), órdenes preliminares (Sección 2 del Artículo 31 del Reglamento CANACO) y medidas urgentes (Artículo 50 del Reglamento CANACO)) quienes escojan el mismo contarán sin lugar a duda con todo el arsenal de medidas.

<sup>41</sup> Las medidas urgentes: una orden rápida. Las ordenes preliminares: una orden de no hacer (no frustrar) mientras se pondera la emisión de la medida precautoria.

<sup>42</sup> El matiz obedece a que en verdad no es una desventaja. Ello pues la práctica demuestra que las medidas precautorias emitidas por tribunales arbitrales son por lo general observadas por su destinatario. (Para atender porqué, *confere* González de Cossío, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, 2004, 2008, pgs. 360 et seg.)

precautorias.<sup>43</sup> Su importancia justifica un tratado.<sup>44</sup> En este contexto me centraré en un solo aspecto: su ejecución mundial.

El nuevo texto establece la posibilidad de ejecutar medidas precautorias a nivel mundial mediante una solicitud al juez nacional competente. Una vez establecida la facultad de ejecutar a nivel mundial, se contempla un régimen de excepción sobre los motivos para denegar su reconocimiento y ejecución, haciendo eco del mecanismo de ejecución mundial de los laudos arbitrales.

La posibilidad de ejecución mundial de las medidas precautorias sin duda dará mucho de qué hablar.<sup>45</sup> Si bien es cierto que hay mucho por resolver sobre, por ejemplo, cómo se ejecutarán judicialmente medidas privadas, particularmente cuando provienen de tribunales arbitrales extranjeros, lo cierto es que será una herramienta útil. Y el beneficiado será el Estado de Derecho pues hace del arbitraje—y por ende el Derecho—un mecanismo más efectivo.

### C. RÉGIMEN

El régimen está básicamente compuesto por tres principios. A continuación se enunciarán:

1. Obligación de ejecución a cargo del juez nacional;
2. Obligación de notificar a cargo del solicitante; y
3. Facultad del juez nacional de solicitar caución.

---

<sup>43</sup> El actual artículo 1433 del Código de Comercio, que corresponde al artículo 17 de la ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional (“UNCITRAL” por sus siglas en inglés)

<sup>44</sup> Pues el desarrollo abarca la facultad del tribunal para emitirlas, los objetivos, sus requisitos, vigencia, garantía y deber de informar. Para abundar, véase estudios de José María Abascal Zamora, Cecilia Flores Rueda y Francisco González de Cossío para el XI Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., 2008, PROPUESTAS CONCRETAS PARA ENRIQUECER EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL, donde abogan por la adopción como derecho mexicano del nuevo texto.

<sup>45</sup> No sólo a nivel práctico sino conceptual. Las interrogantes son múltiples, pero —y como dice el viejo adagio— un obstáculo es aquello que vemos cuando quitamos la mirada de la meta. Invito a los escépticos a que nos concentremos en resolverlos, y no a descalificar *a priori*. De hacerlo, todos saldremos ganando.

A continuación los comentaré brevemente.

## 1. Ejecución

El juez nacional estará obligado a ejecutar la medida precautoria, misma que goza de una presunción de validez. Al hacerlo, el juez nacional no podrá entrar al fondo de la medida otorgada. Lo único que puede hacer es determinar que, dada su *lex fori*, la misma no es ejecutable por rebasar el género de medidas que puede ordenar.

El juez nacional analiza el reconocimiento y ejecución de la medida bajo dos géneros de estándares (a) cuestiones relacionadas con la medida misma; o (b) cuestiones relacionadas con el procedimiento arbitral.

Bajo las cuestiones relacionada con la medida misma el juez nacional puede negar el reconocimiento y ejecución cuando:

- i) No se haya cumplido con la caución ordenada por el tribunal arbitral;
- ii) La medida haya sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o estatal;  
o
- iii) La medida cautelar es incompatible con las facultades del juez nacional, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efecto de poderla ejecutar sin modificar su contenido.

Conforme a las cuestiones relacionadas con el procedimiento arbitral el juez nacional puede aplicar estándares similares a los del laudo arbitral. Puede decidir no reconocer y ejecutar la medida en los siguientes casos:

- i) Que una de las partes del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo;

- ii) Que la parte no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;
- iii) La medida se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones de la medida cautelar que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo estén, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras;
- iv) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del país donde se efectuó el arbitraje;
- v) Es contraria al orden público o versa sobre una materia no arbitrable.

Al ser estándares similares a los del laudo arbitral, rigen los mismos principios:

1. Presunción a favor de validez de la medida precautoria;
2. Alto nivel de deferencia a la decisión del Tribunal Arbitral;
3. Bajo nivel de revisión;
4. Carga de la prueba a cargo de quien resiste el reconocimiento y ejecución de la medida precautoria;
5. Discreción del juez nacional de reconocer y ejecutar la medida precautoria *aún en presencia de una causal para no hacerlo.*

## **2. Deber de notificar**

La parte solicitante de la medida precautoria tiene la obligación de notificar al juez nacional cualquier modificación, suspensión o revocación de la medida cautelar. Ello es un contrapeso de la medida. De no hacerlo, debe de considerarse responsabilidad por abuso de la institución.

### 3. Caución

El juez nacional tiene la facultad de ordenar una garantía por la ejecución de la medida cautelar. Ello merece dos observaciones. Primero, debe tener en cuenta que ello probablemente ya fue analizado por el tribunal arbitral, por lo que, en principio, debe ceñirse a lo que la medida establezca, inclusive en el caso que el Tribunal Arbitral no haya solicitado la caución y el juez difiera. El motivo: celeridad y congruencia con el Tribunal Arbitral en la ejecución de la medida. Después de todo, al optar por arbitraje (y escoger su árbitro) las partes pusieran en sus manos la decisión sobre las medidas precautorias—para bien o para mal.

Segundo, se trata de una facultad no una obligación. Es cierto que en otros contextos la regla es que quien solicita una medida precautoria debe dar caución. Ello no es el caso en arbitraje, en donde en principio debe darse, sujeto a la decisión del árbitro o juez (según sea el caso).

## V. COMENTARIO FINAL

Las medidas precautorias son un instrumento de efectividad del arbitraje. En fechas recientes el panorama legal aplicable se ha sofisticado. Ello es plausible, pues hace del Arbitraje y del Derecho un instrumento más eficaz.

La sofisticación reside en tres pasos: la invención de medidas urgentes, la creación de órdenes preliminares, la codificación del régimen de las medidas precautorias y la posibilidad de ejecutarlas mundialmente. Dicho desarrollo tiene como *ratio* superar problemas detectados en la eficacia de la institución. Es de esperarse que México adopte el régimen pues lo convertirá en una jurisdicción de punta.

Y también es de esperarse el apoyo judicial. Después de todo, como en otras áreas del Derecho Arbitral, la sincronía con la judicatura es esencial.