

Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho  
Seminario de Comercio Exterior

# MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE COMERCIAL Y UN ESTUDIO COMPARATIVO

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

Licenciada en Derecho

PRESENTA

**Angélica Huacuja García**

Asesora: Dra. Luz Gabriela Aldana Ugarte

Ciudad de México

2013

*A mis padres, con todo mi amor*

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>		<b>1</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>		<b>2</b>
<b>Antecedentes: El Arbitraje Comercial Internacional</b>		
1.1	Fuentes del Derecho Arbitral	5
1.1.1	El acuerdo arbitral	6
1.1.2	La Ley Arbitral Mexicana	15
1.1.3	Las convenciones y tratados internacionales	17
1.2	El Tribunal Arbitral	20
1.3	Conducción del procedimiento	23
1.3.1	Principios rectores del procedimiento arbitral	23
1.3.2	El procedimiento arbitral	24
1.3.3	Resoluciones dictadas durante el procedimiento arbitral	26
1.4	El laudo final	29
1.4.1	Requisitos de los laudos	29
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>		<b>32</b>
<b>Las medidas cautelares en el procedimiento arbitral</b>		
2.1	Antecedentes	33
2.2	Concepto general de medida cautelar y requisitos para su otorgamiento	35
2.3	Importancia de las medidas cautelares en el arbitraje	40
2.4	Facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares	43
2.4.1	El origen de la facultad para dictar medidas cautelares	45

2.5	Consecuencias del incumplimiento con lo ordenado en las medidas cautelares	47
2.6	Tipos de medidas cautelares	49
2.6.1	Objetivos de las medidas cautelares	49
2.6.2	Tipos de medidas cautelares comúnmente dictadas en arbitraje	50

**CAPÍTULO TERCERO** 56  
**ESTUDIO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY**  
**MODELO DE UNCITRAL, EL CÓDIGO DE COMERCIO Y**  
**EL REGLAMENTO CCI**

3.1	Las medidas cautelares en la Ley Modelo de UNCITRAL	57
3.1.1	Antecedentes del artículo 17 de la Ley Modelo de UNCITRAL con las enmiendas de 2006	59
3.1.2	Medidas cautelares bajo el capítulo IV A	65
3.1.3	Órdenes preliminares	73
3.1.4	Disposiciones generales aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares	84
3.1.5	Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares	88
3.1.6	Medidas cautelares dictadas por las cortes locales en asistencia al procedimiento arbitral	97
3.1.7	Comentarios finales sobre las enmiendas de 2006 a la Ley Modelo de UNCITRAL	102
3.2	Las medidas cautelares en el título cuarto del libro quinto del código de comercio	102
3.2.1	Distinción entre medidas cautelares y providencias precautorias en el marco del procedimiento arbitral	103
3.2.2	Facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares	104
3.2.3	Facultad del juez para dictar medidas cautelares en asistencia al procedimiento arbitral	105
3.2.4	Ejecución judicial de las medidas cautelares dictadas por el	108

	tribunal arbitral	
3.2.5	Responsabilidad del tribunal arbitral derivada del otorgamiento de medidas cautelares	112
3.3	Las medidas cautelares en el reglamento de la CCI	115
3.3.1	Aspectos generales de las medidas cautelares bajo el reglamento CCI	116
3.3.2	Conveniencia de otorgar una medida cautelar en una orden procesal	118
3.3.3	Medidas cautelares y el árbitro de emergencia en el reglamento CCI	120
	<b>CONCLUSIONES</b>	130
	<b>PROPUESTA</b>	143

## ABREVIATURAS

CAM	Centro de Arbitraje de México
CANACO	Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México
CCI	Cámara de Comercio Internacional
Convención de Nueva York	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (adoptada en Nueva York, 1958)
Grupo de Trabajo	Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) de la CNUDMI (UNCITRAL por sus siglas en inglés) que inició actividades en el 2000.
ICDR	<i>International Center for Dispute Resolution</i> (en español: Centro Internacional de Resolución de Disputas)
Ley Arbitral Mexicana	Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio
LCIA	<i>London Court of International Arbitration</i> (en español: Corte de Arbitraje Internacional de Londres)
Ley Modelo de UNCITRAL	Ley Modelo de CNUDMI (UNCITRAL por sus siglas en inglés) sobre Arbitraje Comercial Internacional
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Reglamento CAM	Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México
Reglamento CCI	Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional
Reglamento ICDR	Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro Internacional de Resolución de Disputas

Reglamento LCIA

Reglamento de Arbitraje de la LCIA

Reglamento UNCITRAL

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI  
(UNCITRAL por sus siglas en inglés)

Secretaría

División de Derecho Mercantil Internacional de  
la Oficina de Asuntos Jurídicos de la  
Secretaría de la Organización de las Naciones  
Unidas, la cual presta servicios de secretaría a  
UNCITRAL

UNCITRAL

*United Nations Commission on International  
Trade Law* (en español: Comisión de las  
Naciones Unidas para el Derecho Mercantil  
Internacional)

# **Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial y un estudio comparativo**

## **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo sobre medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional tiene como objetivo hacer un estudio de la importancia de las medidas cautelares como parte del procedimiento arbitral a la luz del principal ordenamiento internacional en materia de arbitraje comercial (Ley Modelo de UNCITRAL), de la Ley Mexicana de Arbitraje (contenida en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio) y de uno de los principales reglamentos de arbitraje (el Reglamento CCI).

En este sentido, mediante el uso de los métodos analítico, descriptivo y comparativo, se hará un análisis general de los elementos y características más importantes del arbitraje comercial. Posteriormente, se estudiarán las medidas cautelares en general y su importancia dentro del procedimiento arbitral. Para finalizar, se analizarán los tres cuerpos normativos señalados en el párrafo anterior, que reflejan la regulación de las medidas cautelares a nivel internacional, nacional y en el acuerdo de las partes.

Lo anterior con el objetivo de determinar si las medidas cautelares son necesarias en el arbitraje comercial, si la regulación de las mismas es uniforme y, finalmente, cuáles son los cambios más importantes que han sufrido estas regulaciones en materia de medidas cautelares y sus consecuencias prácticas.

# **CAPÍTULO PRIMERO**

## **Antecedentes: El Arbitraje Comercial Internacional**

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **Antecedentes: El Arbitraje Comercial Internacional**

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias, tan antiguo como el derecho mismo, que permite a las partes involucradas en una relación contractual o extracontractual resolver sus conflictos de forma eficaz.

Cuando se habla de medios alternativos de solución de controversias, el punto de referencia es siempre la jurisdicción ordinaria, esto es, la manera habitual prevista en cualquier legislación local para dirimir conflictos entre particulares.

El arbitraje puede tener un origen contractual o legal. Al referirnos al arbitraje comercial, siempre nos estaremos refiriendo a un mecanismo alternativo de solución de controversias de origen contractual. Esto es, no puede existir si las partes no lo han acordado. En el presente trabajo nos ocuparemos de estudiar el arbitraje comercial.

Mediante este mecanismo, las partes deciden someter sus controversias a la decisión de un tercero imparcial, denominado árbitro, elegido por las partes y, muchas veces, experto en la materia de la controversia. La decisión emitida como resultado del procedimiento arbitral, denominada laudo, es final (no admite apelación) y vinculatoria (obligatoria para las partes).

En este tenor, al hablar de arbitraje comercial se deben tomar en cuenta los siguientes elementos:

- (1) un acuerdo en el cual se decida someter cualquier controversia, ya sea presente o futura, a arbitraje;

- (2) la existencia de una controversia, contractual o extracontractual;
- (3) cuya resolución estará en manos de un tercero particular elegido por las partes;
- (4) quien emitirá una decisión final; y
- (5) vinculatoria.

El arbitraje ofrece una infinidad de beneficios. Entre otros, es un procedimiento ágil, confidencial<sup>1</sup> y seguro, que permite a las partes la resolución de sus conflictos sin tener que recurrir a las cortes locales. Lo anterior ha resultado ser un punto fundamental para comerciantes que tienen domicilios en distintos países, ya que evitan el tener que someter los potenciales conflictos, que pudieren surgir entre ellos, a la jurisdicción de cortes locales con leyes y procedimientos desconocidos.

Así, el Derecho Arbitral se ha nutrido de las lecciones aprendidas durante décadas por tribunales internacionales, logrando confeccionar un *modus operandi* adjetivo que deja de lado la "procesalitis" y el formalismo, privilegiando las soluciones adecuadas, costo-eficientes y confiables y evitando los complejos regímenes procesales que hacen que los medios tomen más importancia que el fin<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> El arbitraje será confidencial siempre que las partes así lo hayan acordado, ya sea en el acuerdo arbitral o en el Reglamento de Arbitraje, o si la ley aplicable así lo establece. Ver artículo 22.3 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

<sup>2</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Arbitraje", 3ª ed., México, editorial Porrúa, 2011, p. 125.

Finalmente, debido a que la resolución dictada en un arbitraje la emite un particular, no se pueden someter a este mecanismo alternativo todo tipo de controversias. Para que el arbitraje pueda generar derechos y obligaciones, las partes deben poder disponer de la materia que desean someter a arbitraje, es decir, la materia del arbitraje debe ser una materia arbitrable. Por arbitrable nos referimos a que es posible someter a la decisión de un tribunal arbitral el alcance de los derechos y obligaciones sustantivas en virtud de que no se trata de disposiciones de orden público.<sup>3</sup>

### **1.1 Las fuentes del derecho arbitral**

Las principales fuentes del arbitraje comercial en México son: primero, el acuerdo arbitral, éste puede incorporar por referencia algún reglamento de arbitraje de alguna de las instituciones arbitrales, al hacer referencia a dicho reglamento, el mismo se tomará como parte del acuerdo arbitral;<sup>4</sup> segundo, la Ley Arbitral Mexicana, ésta consiste en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio el cual fue tomado de la Ley Modelo de UNCITRAL<sup>5</sup>; y, tercero, los tratados y convenciones internacionales de los que México es parte,

---

<sup>3</sup> ARAQUE BENZO, Luis Alfredo, "Manual de Arbitraje Comercial", Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, 2011, p.21.

<sup>4</sup> Artículo 1417, Fr. II, del Código de Comercio.

<sup>5</sup> "La Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés), es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 40 años. La función de UNCITRAL consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional" (ver [http://www.uncitral.org/uncitral/es/about\\_us.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html)).

principalmente, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras elaborada en el marco de la ONU<sup>6</sup>.

### **1.1.1 El acuerdo arbitral**

Como ya se mencionó, el arbitraje comercial es, siempre, un arbitraje de origen contractual. Por lo mismo, siempre debe de haber un acuerdo de las partes en el cual otorguen su consentimiento para someter controversias presentes o futuras a arbitraje. Este sustento contractual recibe el nombre de acuerdo arbitral.

Así, podemos definir al acuerdo arbitral como un acuerdo de voluntades por virtud del cual dos o más partes deciden que cualquier controversia que pueda surgir, o ya hubiera surgido, será resuelta por uno o más árbitros y la decisión emitida por éstos será vinculante para las partes involucradas.

En este sentido, el acuerdo arbitral es la esencia del arbitraje. El arbitraje exige un sustento contractual que se cumple con el acuerdo arbitral. No se puede llevar a arbitraje a alguien que no ha otorgado su consentimiento, por lo tanto, solamente podrán actuar en el procedimiento arbitral aquellos que así lo hayan pactado.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VALLE, Emilio, "Fuentes del Derecho Arbitral" en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), "Manual de Arbitraje Comercial", México, Editorial Porrúa, 2004, p.1.

<sup>7</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "La Cláusula Arbitral", en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), "Manual de Arbitraje Comercial", México, Editorial Porrúa, 2004, p.55.

Consecuentemente, el acuerdo arbitral constituye la base para determinar quiénes serán las partes en el arbitraje y cuáles serán las principales características de dicho procedimiento. Dentro de estas características se encuentran, esencialmente, la sede del arbitraje, el reglamento que regirá el procedimiento (en caso de que se trate de un arbitraje institucional), el idioma del arbitraje y el número de árbitros.

Para el Dr. Francisco González de Cossío:

El acuerdo arbitral es la piedra angular de todo arbitraje. Es la semilla de la que florecerá la planta del procedimiento arbitral y que eventualmente dará como fruto un laudo arbitral. De desearse que la planta crezca sin problemas, el fruto sea adecuado y no presente problema alguno, será necesario cerciorarse que la semilla que le da origen sea apropiadamente sembrada.<sup>8</sup>

La importancia de la metáfora radica en que la redacción de la cláusula es algo muy delicado, porque la menor falla puede llegar a frustrar el arbitraje, o en el mejor de los casos, resultar en un arbitraje tortuoso. Lo anterior debido a que una deficiencia en el acto consensual que lo precede implica cuestionar la viabilidad del mismo.<sup>9</sup>

De acuerdo con el Dr. Francisco González de Cossío, prácticamente todos los casos mexicanos en los que ha habido problemas en la ejecución del laudo

---

<sup>8</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2, p. 131.

<sup>9</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "La Cláusula Arbitral", en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), "Manual de Arbitraje Comercial", México, Editorial Porrúa, 2004, p.63.

han tenido como origen un acuerdo arbitral defectuoso.<sup>10</sup> Por lo que la redacción de la cláusula arbitral tiene gran trascendencia, no sólo durante el procedimiento arbitral, sino a la hora de ejecutar el laudo.

#### *A. La forma del acuerdo arbitral*

Como ya se dijo, en el acuerdo arbitral, las partes pactan resolver sus controversias mediante un procedimiento arbitral y renuncian a que dichas controversias puedan ser resueltas por las cortes locales. Debido a la trascendencia de esta renuncia a la justicia estatal, es fundamental que la voluntad de las partes sea indubitable y tenga un elemento de formalidad. Por esto, el acuerdo arbitral debe constar por escrito. De este modo, la renuncia al derecho de acudir a tribunales estatales para ventilar la controversia, no puede ser inadvertidamente impuesta a una de las partes.<sup>11</sup>

El requisito de que el acuerdo arbitral conste por escrito fue tomado del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras elaborada en el marco de la ONU, también conocida como Convención de Nueva York.<sup>12</sup> Aunque se consideró la posibilidad de permitir acuerdos verbales, el estudio realizado por la ONU reveló que el requisito de la escritura era exigido por la mayoría de los sistemas jurídicos y que

---

<sup>10</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2, p. 131.

<sup>11</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "La nueva forma del acuerdo arbitral: aun otra victoria del consensualismo", FORO, Tomo XIX, Número 1, México, 2006, p.5.

<sup>12</sup> UNCITRAL 2012 *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>, p. 25.

en los países en que no era así, los acuerdos verbales no tenían gran valor probatorio, por lo que se decidió que el acuerdo arbitral debía constar por escrito.<sup>13</sup>

Es importante tomar en cuenta que dicha Convención es de 1958, por lo que los avances tecnológicos que han habido desde entonces permiten volver a abrir la discusión respecto de la forma del acuerdo arbitral. En este tenor, recientemente hubo modificaciones para permitir que el acuerdo arbitral no conste por escrito.<sup>14</sup> Como consecuencia, el hecho de que el acuerdo no conste por escrito se reduce a una exigencia de prueba y no a una exigencia de validez. Un ejemplo de estas modificaciones es la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL, en la cual, desde 2006, se incorporó la posibilidad de que el acuerdo arbitral no conste por escrito.<sup>15</sup>

### *B. La sede del arbitraje*

En el acuerdo arbitral las partes suelen indicar el país en donde se llevará a cabo el arbitraje. En arbitraje comercial internacional, este país suele ser distinto a aquel en donde residen las partes. La intención con esto es que ninguna parte se

---

<sup>13</sup> BAÑUELOS RIZO, Vicente, "Arbitraje Comercial Internacional: comentarios a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional", editorial Limusa, México, 2010, p. 123.

<sup>14</sup> En México sigue siendo indispensable que el acuerdo arbitral conste por escrito. Ver artículo 1423 del Código de Comercio.

<sup>15</sup> En las enmiendas de 2006 realizadas a la Ley Modelo, se reconoce la posibilidad de que los países que adopten dichas enmiendas escojan entre dos opciones. En la primera se establece expresamente que el acuerdo arbitral deberá constar por escrito, mientras que la segunda no establece dicho requisito, dejando la puerta abierta para que puedan haber acuerdos verbales. Consultar artículo 7 de la Ley Modelo, Opciones I y II.

vea beneficiada por la sede del arbitraje. Aunque lo anterior no es una regla general, es la práctica común.<sup>16</sup>

En este sentido, a las leyes del país que las partes hayan escogido como sede del arbitraje, se les conoce como *lex arbitri*.<sup>17</sup>

La *lex arbitri* es la ley que regirá el procedimiento arbitral, es el cimiento jurídico que contiene los pilares que permiten y dan eficacia a un procedimiento arbitral.<sup>18</sup>

Es importante aclarar que esta ley no es la aplicable para resolver el fondo de la controversia. Por lo que la ley para resolver el fondo de la controversia puede ser mexicana mientras que, si las partes escogieron París, Francia, como sede del arbitraje, las leyes aplicables al procedimiento arbitral serán las leyes francesas.

La *lex arbitri* es fundamental en el procedimiento arbitral porque puede ser un factor para el buen funcionamiento y progreso del mismo. Como se estudiará más adelante, en caso de que las partes requieran asistencia judicial durante el arbitraje, por ejemplo, para el ordenamiento de medidas cautelares, las mismas tendrán que recurrir a la ley aplicable al procedimiento arbitral, para determinar cuáles son las facultades del juez y del tribunal arbitral en dicha materia.

---

<sup>16</sup> "Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General", UNCITRAL Working Group II, 32ª sesión, Viena (Austria), 20 -31 de marzo de 2000, UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.108 (14 de enero de 2000), párrafo 74.

<sup>17</sup> REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine, "Redfern and Hunter on International Arbitration", Reino Unido, Editorial Oxford University Press, 2009, p.173.

<sup>18</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2, p. 506.

Asimismo, la *lex arbitri* puede limitar o ampliar las facultades del tribunal arbitral o del juez durante el procedimiento arbitral, por lo que es importante que las partes tomen en cuenta las particularidades de la *lex arbitri* antes de escoger al azar la sede del arbitraje.<sup>19</sup>

Además, el papel de la *lex arbitri* toma mayor importancia cuando se hace referencia al laudo arbitral. La ley que regirá al laudo arbitral es la *lex arbitri*, por lo tanto, la nulidad del mismo deberá demandarse en el país en donde éste fue dictado. Asimismo, la ejecución del laudo arbitral puede ser negada si el acuerdo arbitral no era válido bajo las leyes del país sede del arbitraje.<sup>20</sup>

### *C. Ley Aplicable al Acuerdo Arbitral*

En cuanto a la ley aplicable al acuerdo arbitral, ésta no necesariamente debe ser la misma que la *lex arbitri*. Las partes pueden pactar otra ley aplicable al acuerdo arbitral.<sup>21</sup>

Esta facultad para elegir es apoyada por la Convención de Nueva York al establecer en su artículo V(a) que se negará la ejecución del laudo arbitral en caso de que el acuerdo arbitral no sea válido bajo la ley a la cual las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, bajo la ley del país en

---

<sup>19</sup> REDFERN, Alan, *et al.*, *op.cit.*, nota 17, pp.186-187.

<sup>20</sup> *Ídem.*

<sup>21</sup> REDFERN, Alan, *et al.*, *op.cit.*, nota 17, pp.197 y 205.

que se haya dictado el laudo. De lo anterior se desprende que las partes están facultadas para decidir cuál será la ley aplicable al acuerdo arbitral.

Sin embargo, en caso de que las partes no lo decidieran, existen dos principales posturas respecto de cuál es la ley aplicable:

1. La ley aplicable al acuerdo arbitral es la del fondo de la controversia. En virtud de que la cláusula arbitral es una de las tantas cláusulas del contrato, la misma se rige por la ley que rige al contrato en su totalidad.<sup>22</sup>

2. La ley aplicable al acuerdo arbitral es la *lex arbitri*. Atendiendo al ampliamente aceptado principio de independencia del acuerdo arbitral, dicho acuerdo se considera una cláusula independiente al resto del contrato, por lo que la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo, no significa que el acuerdo arbitral también lo sea.<sup>23</sup> Con base en este principio, la doctrina establece que la ley aplicable al acuerdo arbitral puede no ser la misma ley que aquella aplicable al contrato, en virtud de que la cláusula arbitral es una cláusula independiente al resto del clausulado. Por lo que, la ley con la que tiene mayor relación el acuerdo arbitral, no es la ley que gobierna al contrato,

---

<sup>22</sup> LEW, Julian, "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause" en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), "Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention", ICCA Congress Series, Paris, 1998 , vol. 9, p. 143.

<sup>23</sup> GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John, "Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration", Holanda, Editorial Kluwer Law International, 1999, p.198.

sino la *lex arbitri*.<sup>24</sup> Como se mencionó con anterioridad, esta postura es aceptada por la Convención de Nueva York.

La postura que suele prevalecer en arbitraje comercial internacional es que la ley aplicable al acuerdo arbitral es la *lex arbitri*, por lo que es una razón más para escoger con detenimiento la sede del arbitraje.

#### D. *Los reglamentos de arbitraje*

Como ya se mencionó, uno de los principales elementos del acuerdo arbitral es la indicación de cuál será el reglamento institucional aplicable al procedimiento. Si bien es cierto que no es obligatorio señalar un reglamento de arbitraje o a alguna institución arbitral en el acuerdo, la práctica en arbitraje comercial internacional es que el procedimiento sea institucional, esto es, que las partes elijan, desde el acuerdo arbitral, a una institución arbitral como administradora del arbitraje y no una vez que haya surgido la controversia.

Surgida la disputa, la parte que desee demandar el inicio del arbitraje deberá remitirse al acuerdo arbitral para saber ante quién se debe presentar la demanda de arbitraje.

Si las partes, en el acuerdo arbitral, se limitaron a pactar que las controversias que pudieren surgir serían resueltas mediante arbitraje, sin mencionar ninguna institución arbitral, dicho procedimiento arbitral será un

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp.212 y 225.

arbitraje *ad hoc*, esto es, no estará regido por ningún reglamento institucional. En cambio, cuando las partes mencionan en su acuerdo arbitral a una institución arbitral para la administración del eventual proceso o al reglamento de esa institución, todas las normas contenidas en el reglamento respectivo se tendrán por incorporadas al acuerdo arbitral, salvo acuerdo expreso en contrario de las partes.<sup>25</sup>

Entre las principales instituciones arbitrales a nivel internacional destacan las siguientes:

- i. *International Chamber of Commerce* (ICC) con sede en París, Francia.
- ii. *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) con sede en Nueva York, Estados Unidos.
- iii. *London Court of International Arbitration* (LCIA) con sede en Londres, Reino Unido.
- iv. *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC) con sede en Estocolmo, Suecia.

Entre las instituciones arbitrales en México destacan:

- i. Centro de Mediación y Arbitraje de la CANACO con sede en el Distrito Federal.
- ii. Centro de Arbitraje de México con sede en el Distrito Federal.

Cada reglamento de arbitraje es distinto e incluye distintas figuras y reglas para la organización del procedimiento arbitral.

---

<sup>25</sup> ARAQUE BENZO, Luis Alfredo, *op.cit.*, nota 3, p.58.

En el presente trabajo se hará un enfoque especial al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Sin embargo, cuando sea necesario, se harán las respectivas comparaciones con los demás reglamentos.

### **1.1.2 La Ley Arbitral Mexicana**

El Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio constituye, materialmente, la Ley Arbitral Mexicana, la que se complementa con algunas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles y de los Códigos Procesales locales en lo aplicable a los arbitrajes de naturaleza civil.

La Ley Arbitral Mexicana es aplicable a los arbitrajes comerciales de carácter nacional y a aquellos de carácter internacional en los que la sede del arbitraje es México. Además, se podrá aplicar en aquellos casos en los que la sede del arbitraje no es México pero, se inició un procedimiento jurisdiccional ante los jueces mexicanos y se necesita remitir a las partes a arbitraje o, cuando es necesario adoptar medidas cautelares o, para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.<sup>26</sup>

La Ley Arbitral Mexicana está compuesta, principalmente, por diez capítulos. Los cuales se refieren, respectivamente, a disposiciones generales, el acuerdo de arbitraje, la composición del tribunal arbitral, su competencia, la

---

<sup>26</sup> GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VALLE, Emilio, "Fuentes del Derecho Arbitral" en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), *op.cit.*, nota 6, p.6.

sustanciación del procedimiento, el pronunciamiento del laudo y la terminación de las actuaciones, las costas, la nulidad del laudo, el reconocimiento y ejecución y la intervención judicial en el arbitraje.

Como ya se mencionó, las disposiciones contenidas en la Ley Arbitral Mexicana fueron tomadas de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial. Dicha Ley fue adoptada por México el 22 de julio de 1993 con cambios menores.

De acuerdo con la opinión de los expertos en arbitraje, la Ley Modelo de UNCITRAL es la línea de base para aquellos países que quieran modernizar su regulación arbitral.<sup>27</sup> Por lo tanto, aunque pudiera ser cuestionable el que la Ley Modelo, un instrumento internacional, hubiese sido adoptada para regular tanto arbitrajes nacionales como internacionales, lo cierto es que no existía en nuestro país un marco regulatorio arbitral que permitiese la elaboración de un régimen distinto a la Ley Modelo y adecuado a las necesidades nacionales.<sup>28</sup>

Asimismo, las disposiciones de la Ley Modelo han sido adoptadas por 71 jurisdicciones<sup>29</sup>, lo cual contribuye a la uniformidad de la regulación en materia arbitral en todo el mundo.

Al respecto, los principios rectores de la Ley Modelo son:<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> REDFERN, Alan, *et al.*, *op.cit.*, nota 17, p.176.

<sup>28</sup> BAÑUELOS RIZO, Vicente, *op.cit.*, nota 13, p. 44.

<sup>29</sup> Consultar: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)

- i. la postura minimalista que sostiene que el procedimiento arbitral no debe ser interferido por las cortes locales salvo por casos excepcionales; y
- ii. el principio de autonomía de la voluntad.

En este tenor, la mayoría de las regulaciones en materia arbitral en el mundo siguen estos dos principios fundamentales para el éxito del arbitraje.<sup>31</sup>

En cuanto a las diferencias entre la Ley Modelo de UNCITRAL y la Ley Arbitral Mexicana, en el presente trabajo únicamente nos ocupan las relativas a las medidas cautelares, por lo que serán estudiadas en el capítulo respectivo.

### **1.1.3 Las convenciones y tratados internacionales**

Las convenciones y tratados internacionales aplicables en arbitraje de los que México es parte son:

- i. La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en la ciudad de Panamá el 30 de enero de 1965 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el jueves 27 de abril de 1978.
- ii. La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial, realizada en la ciudad de Montevideo, República Oriental de Uruguay, el 8 de mayo de

---

(Cont'd from preceding page)

<sup>30</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2., p. 22.

<sup>31</sup> *Ídem.*

1979 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el jueves 20 de agosto de 1987.

iii. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en la sede la Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, del 20 de marzo al 10 de junio de 1958 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1971, mejor conocida como "Convención de Nueva York".

iii. El Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 1992.

iv. El Tratado de Arbitraje entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia, publicada en el Diario Oficial de la Federación el miércoles 6 de octubre de 1937.

v. El Tratado Interamericano y el Protocolo de Arbitraje Progresivo, firmado en Washington, Estados Unidos, el 5 de enero de 1929 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el viernes 11 de abril de 1930.

Debido a que el objeto de estudio del presente trabajo, no son los tratados internacionales en materia de arbitraje, el contenido de éstos no será estudiado. En todo caso, se harán observaciones, en la medida necesaria, respecto de las disposiciones relevantes de la Convención de Nueva York debido a su amplia aceptación mundial y trascendencia en el derecho arbitral.

### A. *Distinción entre los distintos cuerpos normativos*

Ahondando al estudio realizado anteriormente sobre las fuentes del derecho arbitral, es menester distinguir la función y ámbito de aplicación de los distintos cuerpos normativos utilizados en el procedimiento arbitral.

Para ilustrarlo mejor, consideraremos que se trata de un arbitraje en el cual las partes, ambas con domicilio en Panamá, han acordado resolver las controversias que pudieran surgir de un contrato firmado en Panamá, cuyas obligaciones se deberán cumplir en dicho país, mediante arbitraje en México bajo el Reglamento CCI.

De acuerdo con dicho ejemplo, el punto de conexión que hace aplicable el derecho arbitral es la sede del arbitraje. Así, las partes, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, escogieron a México como país sede del arbitraje, por lo que, en este caso, la Ley Arbitral Mexicana será la *lex arbitri*.

Además, las partes acordaron que su arbitraje se llevaría bajo el Reglamento CCI. Por lo tanto, las reglas procedimentales aplicables al procedimiento, serán las contenidas en el reglamento antes mencionado.

En cuanto a la aplicación simultánea de la *lex arbitri* y el reglamento institucional escogido por las partes, en un principio pudiera parecer que el reglamento de arbitraje y la *lex arbitri* regulan lo mismo o que en ciertas áreas se traslapan, sin embargo, la función y razón de ser de cada una es distinta.

Francisco González de Cossío las diferencia de la siguiente manera:

Haciendo un parangón con el derecho civil, el derecho arbitral es al reglamento arbitral lo que el Código Civil es al contrato de compraventa. El primero es el derecho que permite que el segundo tenga lugar. El primero constituye en su mayoría normas dispositivas (es decir, que admiten pacto en contrario) y algunas imperativas (que no lo admiten) mientras que el segundo es el pacto específico de las partes en el acto o negocio jurídico específico. Utilizando adjetivos kelsenianos, es la norma jurídica particularizada al caso.<sup>32</sup>

Asimismo, en lo que al derecho sustantivo se refiere, en el presente caso está claro que el derecho aplicable será el panameño.

## 1.2 El Tribunal Arbitral

La solución de controversias en el arbitraje recae única y exclusivamente en el Tribunal Arbitral, el cual se integra por uno o más árbitros.<sup>33</sup> Así, una vez que se ha constituido el Tribunal Arbitral es que existe un órgano competente para decidir la controversia o dictar medidas cautelares.<sup>34</sup> A diferencia de un órgano judicial, el tribunal arbitral no es permanente, toda vez que se integra para cada caso en específico y su existencia depende directamente del procedimiento arbitral para el

---

<sup>32</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, *op.cit.*, nota 2, 2011, p. 7.

<sup>33</sup> Generalmente el número de árbitros debe ser impar para evitar el empate. Por lo mismo, varios países establecen dicho requisito en su legislación arbitral. Un ejemplo de esto es Costa Rica, cuya ley arbitral de 2010 (tomada de la Ley Modelo de UNCITRAL) establece en el artículo 10 que: "Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros siempre que sea impar". Aunque la Ley Arbitral Mexicana no lo señala expresamente, esto se puede inferir del artículo 1427 en el cual se establece el mecanismo para designar a 1 y 3 árbitros en caso de que las partes no lo hayan pactado.

<sup>34</sup> LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M., "Comparative International Arbitration", Holanda, Editorial Kluwer Law International, 2003, p.224.

cual se constituyó.<sup>35</sup> Acorde con lo anterior, una vez que el tribunal arbitral dicta el laudo, éste se considera *functus officio*.

Respecto del nombramiento de los árbitros, los reglamentos institucionales generalmente establecen el mecanismo para nombrarlos. Sin embargo, las partes, conjuntamente, pueden pactar otro sistema que se ajuste a sus intereses.

Las partes son libres para escoger a los árbitros que decidirán su controversia, no obstante, la naturaleza jurisdiccional del arbitraje obliga a que se establezcan ciertos límites respecto de la selección de árbitros. Esto, derivado de que el tribunal arbitral tiene, en esencia, una función jurisdiccional y la resolución que éste emita será vinculante para las partes de la misma manera que lo sería la decisión dictada por un juez de una corte local.

En este sentido, debido a que el estado permite que los laudos arbitrales sean ejecutados con la misma fuerza vinculatoria con la que son las sentencias judiciales, es necesario que el procedimiento arbitral y la composición del tribunal arbitral cumplan con los estándares mínimos de justicia y equidad de cualquier juicio.<sup>36</sup>

Por lo anterior, los árbitros deben permanecer independientes e imparciales durante todo el procedimiento arbitral. La imparcialidad se refiere a que el árbitro no favorezca a ninguna de las partes, ni esté predispuesto respecto de la solución

---

<sup>35</sup> GÓMEZ RUANO, Sofia, "El Tribunal Arbitral" en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), *op.cit.*, nota 6, p.73.

<sup>36</sup> LEW, Julian D.M., *et al.*, *op.cit.*, nota 34, p.255.

que se le puede dar al problema; y la independencia, a que el árbitro no tenga ningún tipo de relación de dependencia con ninguna de las partes que pudiera afectar, o al menos parecer afectar, su libertad para decidir.<sup>37</sup>

En cuanto a las facultades del tribunal arbitral, éste goza de las facultades que las partes le hayan otorgado, ya sea a través del acuerdo arbitral, o del reglamento de arbitraje incorporado por referencia a dicho acuerdo. Asimismo, las facultades otorgadas al tribunal arbitral únicamente serán válidas en la medida en la que estén permitidas por la legislación aplicable, en la mayoría de los casos, la *lex arbitri*.

Finalmente, debido a que el árbitro es un particular facultado por las partes para resolver una controversia, no cuenta con *imperium* para imponer sanciones y exigir el cumplimiento de sus resoluciones. Sin embargo los reglamentos institucionales y la ley, lo facultan para utilizar otro tipo de herramientas para instar a las partes a cumplir con sus resoluciones. Ejemplos de estas herramientas son el hacer inferencias negativas sobre la conducta de la parte que se niega a cumplir con la resolución<sup>38</sup>, condenar a una parte al pago de los gastos y costas del

---

<sup>37</sup> GÓMEZ RUANO, Sofia, "El Tribunal Arbitral" en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), *op.cit.*, nota 6, p.85.

<sup>38</sup> GREENBERG, Simon y LAUTENSCHLAGER, "Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 9: Adverse Inferences in International Arbitral Practice" en KRÖLL, Stefan Michael, et al. (editores), "International Arbitration in International Commercial Law; Synergy, Convergence and Evolution", Holanda, Editorial Kluwer Law International, 2011, pp.179-181.

arbitraje, o recurrir a la asistencia judicial<sup>39</sup> en caso de que las circunstancias lo ameriten.<sup>40</sup>

### 1.3 Conducción del procedimiento

#### 1.3.1 Principios rectores del procedimiento arbitral

Como se dijo anteriormente, el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias. Así, al decir que es un mecanismo alternativo de solución de controversias se hace evidente que es distinto al mecanismo ordinario: el litigio. Por lo mismo, el arbitraje sigue sus propias reglas. Sin embargo, no se puede hacer a un lado el hecho de que el laudo arbitral, dictado en el marco de un procedimiento arbitral, es obligatorio y vinculante para las partes, por lo que el procedimiento arbitral debe cumplir con los principios rectores de cualquier procedimiento para la resolución de conflictos, sea estatal o particular.<sup>41</sup>

El hecho de que el arbitraje cumpla con estos principios rectores del procedimiento es lo que hace que exista confianza en dicho mecanismo. Si el arbitraje no respetara estos principios, sería muy difícil que las partes decidieran

---

<sup>39</sup> Esta herramienta es raramente utilizada por el tribunal arbitral en virtud de que hacer inferencias negativas es un recurso muy poderoso y menos oneroso.

<sup>40</sup> GÓMEZ RUANO, Sofía, "El Tribunal Arbitral" en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), *op.cit.*, nota 6, p.88.

<sup>41</sup> LUTTRELL, Sam, "*Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a "Real Danger" Test*", Holanda, Kluwer Law International, 2009, p.2

someter sus disputas a un procedimiento en el cual no saben si se les respetarán sus derechos para defenderse de forma adecuada.

Los principios rectores del procedimiento arbitral son:

- a) Se le debe dar a las partes un trato igualitario.
- b) El tribunal arbitral debe ser independiente e imparcial.
- c) Las partes deben tener la misma oportunidad para hacer valer sus derechos en cada etapa del procedimiento.
- d) El tribunal arbitral debe conducir el arbitraje de manera que se escuchen las pretensiones de las partes, se reciban sus pruebas y se conserve la agilidad del mismo para llegar a una solución rápida.<sup>42</sup>
- e) El laudo debe ser dictado con apego a las leyes a menos de que las partes hayan acordado que el tribunal arbitral podría actuar como amigable componedor.

### **1.3.2 El procedimiento arbitral**

A diferencia de los juicios estatales, en arbitraje no existe un procedimiento fijo al cual se tengan que ceñir las partes, ya que uno de los principales beneficios

---

<sup>42</sup> LOPERENA RUIZ, Carlos y GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "El procedimiento arbitral", en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), *op.cit.*, nota 6, p.93.

del arbitraje es la maleabilidad del procedimiento.<sup>43</sup> Así, las partes tienen absoluta libertad para diseñar el procedimiento que más se acomode a sus intereses y a las características particulares de cada caso.<sup>44</sup>

En este sentido, las partes pueden pactar que durante el procedimiento arbitral haya intercambio de documentos en la posesión de la otra parte, también conocido como "*discovery*"<sup>45</sup>, o que las cuestiones técnicas las decida un experto o que las partes sometan su disputa a mediación de forma paralela al procedimiento arbitral.

Estos son sólo algunos de los ejemplos de situaciones que las partes pueden acordar durante el procedimiento arbitral y que serán aconsejables, o no, dependiendo de las características del caso en particular.

En este sentido, el tribunal debe seguir el procedimiento arbitral de conformidad con el deseo de las partes, en la medida en la que esto sea razonable, que no implique hacer a un lado las normas imperativas de la *lex arbitri* y que se respeten los principios rectores del procedimiento arbitral.

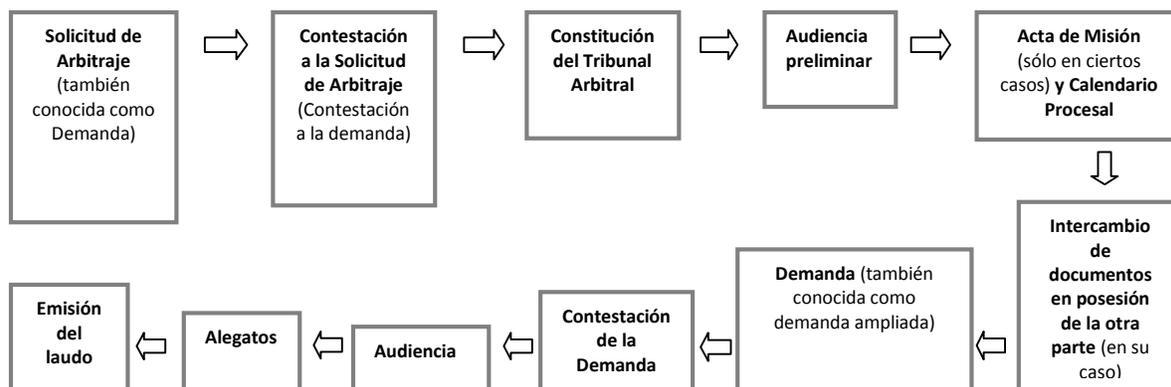
---

<sup>43</sup> Si bien el Código de Comercio también reconoce el "procedimiento convencional" en el artículo 1051, el cual puede ser libremente convenido por las partes, lo cierto es que éste es poco utilizado debido a los requisitos para su procedencia establecidos en dicho código.

<sup>44</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2, p. 525

<sup>45</sup> Si bien este término es utilizado generalmente para referirse al intercambio de documentos, no es aconsejable utilizarlo porque es un término tomado del derecho procesal anglosajón, por lo que cuando se trata con una parte anglosajona, si se utiliza el término "*discovery*", dicha parte querrá imponer las reglas procesales seguidas en su país, lo cual colocaría en una gran desventaja a la otra parte. Además, el término "*discovery*" hace referencia a más que el intercambio de documentos. Por este motivo es más acertado llamar a esta etapa como intercambio de documentos.

A pesar de que el procedimiento arbitral puede ser diseñado por las partes como un traje a la medida, en general, la ruta crítica que sigue dicho procedimiento es la siguiente:<sup>46</sup>



### 1.3.3 Resoluciones dictadas durante el procedimiento arbitral

A lo largo del arbitraje, el tribunal arbitral puede ir normando el mismo mediante la emisión de órdenes procesales y laudos parciales.<sup>47</sup>

#### A. Ordenes procesales

Las Órdenes Procesales son aquellas resoluciones, dictadas por el tribunal arbitral, en las que únicamente se deciden temas de procedimiento. Debido a que en dichas resoluciones no se deciden temas de fondo, éstas no pueden ser

<sup>46</sup> REDFERN, Alan, *et al.*, *op.cit.*, nota 17, p.370.

<sup>47</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "El Arbitraje Comercial", México, editorial Themis, 2000, p. 216.

anuladas.<sup>48</sup> Asimismo, pueden ser firmadas por todos los miembros del tribunal o solamente por el presidente.<sup>49</sup>

En cuanto al cumplimiento de las órdenes procesales, éstas suelen ser cumplidas voluntariamente por las partes y en caso de que una de las partes se niegue a cumplir, el tribunal arbitral lo puede tomar en cuenta a la hora de asignar los costos del arbitraje.<sup>50</sup>

### B. *Laudos parciales*

En ciertos casos, es conveniente que el tribunal arbitral decida ciertos temas relacionados con la controversia principal antes de continuar con el arbitraje. Por ejemplo, sobre su competencia para decidir la controversia o sobre la prescripción de alguno de los derechos de las partes. Dichas decisiones trascendentes para el fondo de la controversia o el procedimiento arbitral, deben tomar la forma de un laudo parcial.<sup>51</sup>

En este tenor, los laudos parciales son aquellas resoluciones en las que el tribunal arbitral decide temas relacionados con la disputa de fondo antes de emitir una decisión final. Al tratarse de una decisión sobre el fondo de la disputa, pueden ser anulados de acuerdo con las causales de nulidad previstas en la *lex arbitri*. Asimismo, cuando se trate de un tribunal arbitral compuesto por 3 personas, el

---

<sup>48</sup> GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John, *op.cit.*, nota 23, p.664.

<sup>49</sup> Artículo 1446, Código de Comercio.

<sup>50</sup> Consultar, por ejemplo, el artículo 37(5) del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

<sup>51</sup> LEW, Julian D.M., *et al.*, *op.cit.*, nota 34, p.633.

laudo parcial debe de ir firmado por al menos dos de los integrantes del tribunal.<sup>52</sup> En cuanto a su ejecución, en teoría los laudos parciales deben ser cumplidos voluntariamente por las partes, sin embargo, se puede solicitar su ejecución de acuerdo con la ley aplicable y La Convención de Nueva York<sup>53</sup>.

Es importante tomar en cuenta que varios Reglamentos de Arbitraje establecen como requisito para dictar un laudo, que éste debe ser revisado por la institución administradora del arbitraje antes de ser notificado a las partes. Dicha revisión muchas veces puede demorar la emisión del mismo.

Así, aunque pareciera ser muy clara la distinción entre órdenes procesales y laudos parciales, en la práctica es común que los árbitros se encuentren ante la disyuntiva de dictar una orden procesal o un laudo parcial debido a lo tenue que puede llegar a ser la línea divisoria. Asimismo, debido a que los requisitos para dictar un laudo pueden llegar a ser mayores, hay ocasiones en las que, aprovechando lo tenue que puede ser la distinción, pudiera ser conveniente dictar

---

<sup>52</sup> El artículo 1446 permite pacto en contrario de las partes. En este sentido, el Reglamento de Arbitraje de la CCI establece, en su artículo 31, que "a falta de mayoría el Presidente del Tribunal podrá dictar el laudo solo".

<sup>53</sup> En caso de que el país en donde se pretende ejecutar el laudo parcial sea parte de dicha convención. Además, es importante tomar en cuenta que existen opiniones encontradas. Por un lado, hay quienes argumentan que debido a que la Convención de Nueva York no establece si su ámbito de aplicación abarca lo laudos parciales y no solamente los finales, éstos se encuentran fuera de su ámbito de aplicación. Sin embargo hay quienes argumentan que la Convención de Nueva York es aplicable para ejecutar cualquier laudo arbitral, sea cual sea su contenido. Para más información ver BORN, Gary, "*International Arbitration: Cases and Materials*", Holanda, Kluwer Law International, 2011, p. 848; sobre el concepto de medidas cautelares, GONZÁLEZ DE CASTILLA, Emilio, "Medidas Cautelares", en FLORES RUEDA, Cecilia, "Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial", Themis, México, 2010, p. 198; "*Possible future work in the area of international commercial arbitration, Note by the Secretariat*", UNCITRAL Working Group II (Arbitration) 32<sup>a</sup> sesión, Viena (Austria), 17 de mayo - 4 de junio de 1999, UN Doc. A./CN.9/460 (6 de abril de 1999), p. 30.

una orden procesal en lugar de un laudo parcial dada la urgencia con la que debe ser tomada esa determinación.<sup>54</sup>

## 1.4 El laudo final

El laudo es la resolución final sobre todos los puntos sometidos por las partes a la consideración del tribunal arbitral y cualquier otra decisión del tribunal arbitral que ponga fin a cualquier interrogante sobre el fondo de la controversia o sobre su propia competencia y que por ende pone fin al procedimiento arbitral; o cualquier resolución dictada por el tribunal arbitral dejando constancia sobre la transacción celebrada por las partes respecto de las cuestiones sometidas a la consideración del tribunal arbitral, que tiene fuerza vinculante para las partes.<sup>55</sup>

### 1.4.1 Requisitos de los laudos

Si bien el laudo tiene ciertas semejanzas con una sentencia, principalmente porque resuelve la cuestión sometida al tribunal y tiene fuerza vinculante, éste no necesita cumplir con todos los requisitos con los que debe cumplir una sentencia dictada por jueces mexicanos.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> LOPERENA RUIZ, Carlos, "Resoluciones del tribunal arbitral", en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), *op.cit.*, nota 6, p.157.

<sup>55</sup> BROCHES, Aron, "*Recourse against the Award; Recognition and Enforcement of the Award*", en SANDERS, Peter (ed.), "*Uncitral Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, ICCA Congress Series*", Lausanne, Kluwer Law International, 1984, Vol. 2, p. 208.

<sup>56</sup> LOPERENA RUIZ, Carlos, "Resoluciones del tribunal arbitral", en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), *op.cit.*, nota 6 p.158.

Algunos de los principales requisitos del laudo son que debe indicar el lugar en donde fue firmado y la fecha. Dicho lugar debe de ser el país sede del arbitraje. No importa que *de facto* no haya sido firmado ahí, ya que, en el caso de la Ley Arbitral Mexicana y la Ley Modelo de UNCITRAL, basta que se señale el lugar del arbitraje como el lugar en donde fue firmado el laudo, para que se considere que así fue.<sup>57</sup>

Asimismo, como ya se mencionó con anterioridad, el laudo debe ir firmado al menos por la mayoría del tribunal arbitral. Algunos reglamentos de arbitraje establecen que a falta de mayoría basta con que sea firmado por el presidente del tribunal arbitral. Al respecto, la Ley Arbitral Mexicana señala que el laudo deberá ir firmado, al menos, por la mayoría del tribunal arbitral.<sup>58</sup>

Otro requisito es que el laudo esté motivado. Aunque este requisito puede ser obviado por las partes, ya sea en el acuerdo arbitral o en el reglamento de arbitraje, la regla general es que si lo esté.<sup>59</sup>

En los casos en los que el reglamento de arbitraje invocado por las partes establece que el laudo arbitral debe someterse al escrutinio de la institución

---

<sup>57</sup> Consultar: Artículo 1448, Código de Comercio y artículo 31(3) de la Ley Modelo de UNCITRAL.

<sup>58</sup> Consultar: Artículo 1448, Código de Comercio.

<sup>59</sup> Consultar: Artículo 1448, Código de Comercio. Un ejemplo cuando las partes pueden renunciar a la motivación del laudo es en el Reglamento de Arbitraje ABC de CANACO, el cual establece, en su artículo 13.2 que el laudo dictado en el procedimiento de arbitraje ABC no tendrá razones.

administradora, el tribunal arbitral está obligado a cumplir con dicho requisito antes de notificar el laudo a las partes.<sup>60</sup>

Finalmente, el tribunal arbitral está obligado a realizar sus mejores esfuerzos para garantizar que el laudo arbitral que ponga fin a la controversia sea ejecutable por la parte vencedora en el arbitraje. En este tenor, si bien el tribunal arbitral no puede garantizar que el laudo será ejecutable, ya que esto está sujeto a las distintas legislaciones en donde éste podría ser ejecutado, también lo es que el tribunal arbitral debe hacer todo lo que esté a su alcance para que el laudo no se encuentre viciado por alguna de las causales contenidas en la Ley Modelo de UNCITRAL y Convención de Nueva York para anular laudos o resistir su ejecución, respectivamente.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Tal es el caso del Reglamento de Arbitraje de la CCI y las Reglas de Arbitraje del CAM.

<sup>61</sup> REDFERN, Alan, *et al.*, *op.cit.*, nota 17, p.517.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Arbitral**

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **Las medidas cautelares en el procedimiento arbitral**

Como se estudió en el capítulo anterior, el procedimiento arbitral, como un procedimiento para la resolución de controversias, recoge muchos de los principios y figuras del procedimiento jurisdiccional. Este es el caso de las medidas cautelares.

A continuación, se hará un estudio en lo general sobre la naturaleza de las medidas cautelares y su relación con el procedimiento arbitral.

#### **2.1 Antecedentes**

Durante los últimos 25 años han habido diversos cambios en el mundo del arbitraje. Primero, el procedimiento arbitral se ha vuelto más agresivo, tal vez, debido a las grandes sumas de dinero que generalmente se disputan en arbitraje.<sup>62</sup> Segundo, los abogados de las partes representan a sus clientes de una forma más partidaria que antes. En un principio, se trataba que las partes trataran de llegar a un acuerdo y la postura de los abogados era menos contenciosa. Ahora, los abogados conducen los arbitrajes de la misma manera que conducen un litigio. Lo anterior ha tenido como consecuencia que las necesidades de las

---

<sup>62</sup> Si bien para someterse a arbitraje no es un requisito que la disputa sea cuantiosa, la realidad es que generalmente las disputas más cuantiosas se resuelven en arbitraje debido al interés de las partes por escoger a las personas que la van a resolver. Además de que el arbitraje ofrece, generalmente, otros beneficios como la flexibilidad, confidencialidad y la aplicación, en muchos casos, de normas internacionales.

partes en un procedimiento arbitral vayan cambiando. Así, se ha incrementado la necesidad de solicitar el otorgamiento de medidas cautelares.<sup>63</sup>

Lo anterior obedece, en cierta medida, a los avances tecnológicos y a la globalización, que permiten que los bienes puedan ser movilizados de un país a otro en cuestión de horas. Por lo mismo, debido a la facilidad con que las partes pueden disponer de sus bienes, es cada vez más importante que en el procedimiento arbitral se puedan otorgar medidas cautelares, ya que, de esperar a que se resuelva definitivamente la controversia, podría ya no haber bienes suficientes para ejecutar el laudo o se podría haber causado un daño irreparable. Además, debido a que en los últimos veinte años ha incrementado considerablemente el uso del arbitraje, ha aumentado la confianza en el mismo, y como resultado, la exigencia de las partes para que el procedimiento arbitral cumpla con sus estándares.<sup>64</sup>

En este tenor, la postura de que las medidas cautelares son contrarias al espíritu del arbitraje y por ende, no deben formar parte del procedimiento arbitral, fue abandonada hace mucho tiempo. De hecho, por las razones que ya se comentaron, hoy en día se considera que la disponibilidad de las medidas

---

<sup>63</sup> HÓBER, Kaj, "Interim Measures by Arbitrators", en VAN DEN BERG, Albert Jan, "International Arbitration 2006: Back to Basics?", ICCA Congress Series", Vol. 13, Montreal, Kluwer Law International, 2007, p. 721.

<sup>64</sup> YESILIRMAK, Ali, "Provisional Measures in International Commercial Arbitration", Holanda, Kluwer Law International, 2005, p. 14.

cautelares en el procedimiento arbitral es fundamental para el progreso y resultado favorable del mismo.<sup>65</sup>

## **2.2 Concepto general de medida cautelar y requisitos para su otorgamiento**

Las medidas cautelares<sup>66</sup> son los medios tendientes a asegurar la eficacia del derecho de quien fundadamente teme que su deudor enajene, oculte o dilapide los bienes de su propiedad provocando su insolvencia o, realice cualquier otro acto u omisión que pudiese resultar en hacer ineficaz o inútil la sentencia o laudo que eventualmente condene al deudor al cumplimiento de una obligación.<sup>67</sup> Así, dichas medidas deben estar dirigidas a buscar el equilibrio entre dos prioridades, por un lado, la tutela del patrimonio de la parte objeto de la medida y por el otro, la garantía de subsistencia de la materia sobre la cual se demanda el derecho del acreedor.<sup>68</sup>

En palabras del Dr. González de Cossío, las medidas cautelares son herramientas utilizadas por tribunales, ya sean estatales o arbitrales, durante la

---

<sup>65</sup> ABASCAL ZAMORA, José María, "The Art of Interim Measures" en VAN DEN BERG, Albert Jan, *"International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series"*, *op.cit.*, nota 63, p.752.

<sup>66</sup> Por razones de simplicidad y uniformidad en el término "medidas cautelares" se pretende abarcar las diferentes especies de las mismas, así como las diferentes denominaciones con las que se aluden: medidas provisionales, medidas protectoras, medidas conservadoras, providencias o medidas precautorias y medidas interinas.

<sup>67</sup> CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., "Derecho Procesal Mercantil", México, editorial Porrúa, 2010, p. 221.

<sup>68</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "Falta de Liquidez en las empresas y sus consecuencias jurídicas. Aspectos de la ejecución jurisdiccional" en "Falta de Liquidez de las empresas y sus consecuencias jurídicas", Colección Foro de la Barra Mexicana, Barra Mexicana de Abogados, México, Themis, 1996, pp. 15-16.

consecución de un litigio o arbitraje, que buscan proteger la litis de la controversia, durante el procedimiento, para facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final.<sup>69</sup>

En este contexto, las medidas cautelares encuentran su razón de ser en la urgencia; para poder dictar una medida cautelar, debe existir la urgencia de evitar un posible daño irreparable. Así, es importante distinguir los dos umbrales que deben ser superados para dictar una medida cautelar:

#### *A. Urgencia*

Definir el concepto de urgencia es complicado debido a que se deben analizar las circunstancias especiales de cada caso. Sin embargo, someramente se podría decir que existe urgencia cuando, de no dictarse la medida cautelar y esperar a que se dicte el laudo final, sería demasiado tarde para proteger los derechos o bienes amenazados y, por ende, la ejecutabilidad o necesidad práctica del laudo.<sup>70</sup>

#### *B. Daño irreparable*

El requisito de que la medida cautelar únicamente se puede dictar en casos de daño irreparable va muy de la mano con la urgencia. El daño irreparable atiende a que, en caso de que no se haya dictado la medida cautelar, el daño

---

<sup>69</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2, p. 625.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 626.

causado no podrá ser resarcido de ninguna manera, por lo que el otorgamiento de la medida cautelar se vuelve esencial.<sup>71</sup>

Al respecto, la doctrina ha distinguido al daño irreparable como aquel daño que no puede ser fácilmente resarcido monetariamente. Así, si el posible daño pudiere ser resarcido con una eventual condena al pago de daños y perjuicios en el laudo final, éste no debe ser considerado irreparable.<sup>72</sup>

Los anteriores umbrales se ven reflejados en los requisitos comúnmente exigidos, a la parte solicitando el otorgamiento de la medida cautelar, por las cortes locales y tribunales arbitrales para el otorgamiento de la misma. Así, de acuerdo con la práctica de tribunales arbitrales y cortes locales, los requisitos con los que debe cumplir la parte que solicita el otorgamiento de una medida cautelar son los siguientes:<sup>73</sup>

- i. La medida cautelar solicitada debe ser urgente y en caso de no dictarse la misma, el daño sufrido deberá ser irreparable.
- ii. El eventual daño que se le pudiese causar a la parte que eventualmente resultará compelida por la medida cautelar debe ser menor que el daño que se causaría a la otra parte en caso de que no se dictara la misma.

---

<sup>71</sup> *Idem*.

<sup>72</sup> GRIERSON, Jacob y HOOFT VAN, Annet, "Part IV: Procedure Before the Arbitral Tribunal, Chapter 17: Interim Measures Applications" en "Arbitrating under the 2012 ICC Rules", Holanda, Kluwer Law International, 2012, p.161.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p.162.

iii. La parte que solicita el otorgamiento de la medida cautelar debe tener bases sólidas para prevalecer en la decisión de fondo que eventualmente será dictada por el tribunal que decida la controversia.

Es importante aclarar que, aunque un requisito para el otorgamiento de una medida cautelar es que la parte solicitándola tenga bases sólidas para prevalecer en la decisión de fondo en el arbitraje, el otorgamiento de la misma no constituye una decisión previa sobre el fondo del asunto y en ningún caso garantiza que las pretensiones de la parte a la cual se le concedió el otorgamiento de la medida deban prevalecer.

Adicionalmente, al momento de dictar una medida cautelar, el tribunal arbitral deberá tomar en cuenta la conducta procesal de las partes, la eventual proximidad del pronunciamiento del laudo<sup>74</sup>, la compatibilidad de la medida con la ley aplicable a la ejecución de la misma, la posible afectación a derechos de terceros y que el cumplimiento de la medida dependa únicamente de las partes, ya que si el cumplimiento depende de terceros, dicha medida deberá ser dictada por una corte local, entre otros.<sup>75</sup>

No obstante, es importante aclarar que los anteriores requisitos son los comúnmente exigidos para el otorgamiento de medidas cautelares, sin embargo, debido a la naturaleza flexible y adaptable del arbitraje, los distintos cuerpos

---

<sup>74</sup> De modo tal que si la emisión del mismo es cercana, no tiene sentido dictar una medida cautelar y es más conveniente apresurar la emisión del laudo arbitral.

<sup>75</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *op.cit.*, nota 47, p. 265.

normativos en esta materia suelen darle amplia discreción al tribunal arbitral para decidir qué requisitos exigir dependiendo de las circunstancias especiales de cada caso.<sup>76</sup>

Si bien lo anterior tiene un aspecto muy positivo, que es, no encasillar el procedimiento arbitral en requisitos que podrían resultar irrelevantes en determinados casos; este enfoque también tiene un lado negativo, al no darle consistencia y previsibilidad al tema de otorgamiento de medidas cautelares.<sup>77</sup>

Finalmente, "en las medidas [cautelares] es necesario distinguir su justificación actual, esto es, frente a las apariencias del momento y su justificación última".<sup>78</sup> En otras palabras, las medidas cautelares no tienen como objetivo el perdurar indefinidamente en el tiempo, sino que son provisionales en su naturaleza y no aspiran jamás a convertirse en definitivas.<sup>79</sup> Por ende, el tiempo de vida de éstas transcurre desde que son dictadas, hasta que la controversia es resuelta de forma definitiva, en el caso del arbitraje, mediante del laudo final.

---

<sup>76</sup> YESILIRMAK, Ali, *op.cit.*, nota 64, pp. 160-161.

<sup>77</sup> HÓBER, Kaj, "*Interim Measures by Arbitrators*", en VAN DEN BERG, Albert Jan, *op.cit.*, nota 63, p.731.

<sup>78</sup> CHIOVENDA, José, "Principios de derecho procesal civil", trad. de la 3ª ed. Italiana de José Casais y Santaló, t. I y II, Madrid, 1977, p. 262.

<sup>79</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, "Las medidas cautelares en el proceso civil", Porrúa, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2004, p. 235.

En resumen, encontramos que los elementos de las medidas cautelares son:<sup>80</sup>

- i. *Urgencia*: que existan razones para creer que de no tomar acciones inmediatas, la materia del arbitraje podría fenecer.
- ii. *Daño irreparable*: que el daño que se genere no pueda ser resarcido mediante una condena en daños y perjuicios.
- iii. *Derecho*: que exista apariencia de buen derecho.
- iv. *Necesidad*: que exista una correlación lógica entre la medida solicitada y el daño que se desea evitar.
- v. *Temporalidad*: que su duración esté limitada al periodo que transcurra entre su emanación y la de la resolución que dirima el fondo de la controversia.

### **2.3 Importancia de las medidas cautelares en el arbitraje**

La razón de ser de las medidas cautelares, en general, "se erige en torno a paliar el tiempo que emplean los tribunales de justicia en resolver el conflicto ante ellos planteado."<sup>81</sup> Sin embargo, este tiempo, necesario en cualquier procedimiento para que las partes prueben sus pretensiones y logren la convicción del juez o

---

<sup>80</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Medidas urgentes y ordenes preliminares en arbitraje: dos nuevas y efectivas herramientas procesales" en URIBARRI CARPINTEIRO, Gonzalo (coord.), "Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional", México, Porrúa, 2010, p.186

<sup>81</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *op.cit.*, nota 79, p. 241.

árbitro al momento de resolver el litigio, puede convertirse en el principal enemigo del sujeto activo de la relación procesal y el principal aliado del sujeto pasivo, el cual únicamente tiene que esperar el desarrollo completo del procedimiento, sabiendo que durante ese tiempo, las circunstancias podrán modificarse para su beneficio.

Por lo anterior, los ordenamientos jurídicos han reconocido las medidas cautelares, cuyo objetivo es asegurar la efectividad de la resolución que eventualmente se dicte.<sup>82</sup>

Así, a pesar de que el procedimiento arbitral suele ser más expedito que los procedimientos jurisdiccionales<sup>83</sup>, es necesario que existan mecanismos para proteger los derechos de las partes durante el tiempo que éste dure y que no permitan que se torne nugatorio el objetivo del arbitraje.

Por ende, aunque el procedimiento arbitral sea por regla general más rápido que los procedimientos jurisdiccionales, es necesario que transcurran ciertos pasos para que se pueda dictar el laudo. Así, antes de poder decidir el fondo de la controversia de forma definitiva, es inevitable que el árbitro escuche a las partes y tenga oportunidad de analizar las pretensiones de éstas. Esto, como es sabido, toma tiempo; por lo que la disputa no se resuelve de forma inmediata y,

---

<sup>82</sup> *Ídem.*

<sup>83</sup> Las razones son muchas: en el arbitraje no hay apelaciones ni recursos, las partes marcan el paso del procedimiento (pueden acelerarlo tanto como ellas quieran), la carga de trabajo de los árbitros es menor a la de los jueces, entre otras.

por ende, por más rápido que sea el procedimiento, existen circunstancias en las que la necesidad de que se dicten medidas cautelares es latente.

En este tenor, las medidas cautelares en el procedimiento arbitral reflejan la preocupación por que durante el transcurso del procedimiento, la materia del litigio pudiera dañarse en detrimento de una de las partes. En ese sentir, el ánimo de las partes que formulan esta petición al tribunal arbitral puede tener dos propósitos: (i) mantener el *status quo* en tanto se resuelve el litigio y (ii) garantizar la ejecución del laudo arbitral.<sup>84</sup>

En consecuencia, la emisión de una medida cautelar en el procedimiento arbitral se justifica en aquellos casos en los cuales, de no adoptarse, el resultado sería que una de las partes se vería privada de razones para continuar con el arbitraje al hacer inexistente su utilidad práctica.<sup>85</sup>

Finalmente, es importante considerar que, debido al papel tan relevante que juegan las medidas cautelares en cualquier procedimiento, el tribunal deberá cuidar, al momento de dictar dichas medidas, el no prejuzgar y no dar ventajas indebidas a ninguna de las partes. De lo contrario, las medidas solicitadas, más allá de proteger el objeto de la controversia, se transformarían en un arma de

---

<sup>84</sup> STALEV, Zhivko, "*Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration*", en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), "*International Arbitration in a Changing World, ICCA Congress Series*", Bahrain, Vol. 6, Kluwer Law International, 1994, p. 104 y "*Preparation of uniform provisions on interim measures of protection, Note by the Secretariat*", UNCITRAL Working Group II (*Arbitration and Conciliation*), 36a sesión, Nueva York (E.U.A.), 4-8 de marzo de 2002, UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.119 (30 de enero de 2002), párrafo 12.

<sup>85</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "El arbitraje y judicatura", en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (coord.), "Arbitraje Comercial Internacional", México, editorial Porrúa, 2007, p. 111.

presión de la parte solicitante para crear incomodidad o, inclusive, perjuicios a la otra parte.<sup>86</sup>

## **2.4 Facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares**

Hace 40 años, el tema de las medidas cautelares en el arbitraje no era un tema controvertido. En esencia, cuando una parte necesitaba que la otra no realizara cierta conducta o en sentido opuesto, que la realizara, se lo solicitaba al tribunal arbitral. Si éste consideraba que la petición era razonable, lo ordenaba. Así, se consideraba que si las partes habían decidido someter sus controversias a arbitraje y por ende, a la competencia del tribunal arbitral, éstas debían cumplir de buena fe con las órdenes del tribunal arbitral. Por lo tanto, las facultades del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares no eran un tema cuestionable, simplemente se consideraba que éstas eran parte de sus facultades para resolver la controversia.<sup>87</sup>

Sin embargo, en los últimos años, conforme ha ido evolucionando el arbitraje y, por ende, las técnicas de defensa de las partes, ha cobrado mayor importancia al tema de las facultades del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares.

---

<sup>86</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *op.cit.*, nota 47, p. 262.

<sup>87</sup> HÓBER, Kaj, “*Interim Measures by Arbitrators*”, en VAN DEN BERG, Albert Jan, *op.cit.*, nota 63, p. 721.

En general, la interrogante sobre si el tribunal arbitral tiene facultades para dictar medidas cautelares ha sido resuelta de forma positiva.<sup>88</sup> Los ordenamientos internacionales y las leyes nacionales que están basadas en la Ley Modelo de UNCITRAL reconocen que el tribunal arbitral tiene facultades para dictar medidas cautelares.<sup>89</sup> Sin embargo, todavía hay países en los que las facultades para dictar medidas cautelares se encuentran reservadas para las cortes locales y, por ende, los tribunales arbitrales no pueden dictar ningún tipo de medidas cautelares en el marco del procedimiento arbitral.<sup>90</sup> Asimismo, hay algunos países que se inclinan hacia el lado opuesto, el tribunal arbitral no sólo tiene facultades para dictar medidas cautelares, sino que inclusive puede ejecutarlas por sí mismo, sin necesidad de que la parte que las solicitó se vea en la necesidad de recurrir a los jueces para su ejecución.<sup>91</sup> Inclusive, hay legislaciones que van todavía más allá y permiten que el tribunal arbitral ordene su ejecución mediante el uso de la fuerza pública.<sup>92</sup>

México ha adoptado la postura del punto medio. Los tribunales arbitrales pueden dictar medidas cautelares en el marco del procedimiento arbitral, pero no pueden ejecutar por sí mismos dichas medidas. En caso de que la parte no quiera

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 731.

<sup>89</sup> CONEJERO ROOS, Cristian, et al., "El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco Legal y Jurisprudencia", ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 81.

<sup>90</sup> Tal es el caso, por ejemplo, de Argentina, Italia y Suiza, véase BORN, Gary, "*International Arbitration: Cases and Materials*", Holanda, Kluwer Law International, 2011, p.814.

<sup>91</sup> Tal es el caso, por ejemplo, de Cuba, Nicaragua, Perú y República Dominicana. Consultar, CONEJERO ROOS, Cristian, *et al.*, *op.cit.*, nota 89, p. 81.

<sup>92</sup> Tal es el caso de Colombia y Ecuador. Consultar, *Idem*.

cumplir *motu proprio* con lo ordenado por el tribunal arbitral, la parte que solicitó dichas medidas tendrá que recurrir a las cortes locales para su ejecución.<sup>93</sup>

#### **2.4.1 El origen de la facultad para dictar medidas cautelares**

El origen de la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares es controvertida. Hay quienes opinan que ésta nace de la facultad del tribunal para regular el procedimiento arbitral y hay quienes opinan que nace de la facultad que tiene para decidir el mismo.<sup>94</sup> Por otro lado, el Profesor Zhivko Stalev opina que la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares no nace de ninguna de las anteriores, sino que se trata de una facultad distinta, la cual debe estar expresamente otorgada al tribunal arbitral por las partes o la ley aplicable.<sup>95</sup>

Sea cual sea el caso, para determinar la procedencia de una medida, el tribunal arbitral debe analizar las facultades concedidas bajo (i) la ley aplicable al procedimiento arbitral, (ii) los tratados internacionales aplicables y (iii) el acuerdo arbitral, el cual, como ya se mencionó, incorpora las reglas de arbitraje de la institución administradora que haya sido escogida por las partes.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> El tema de medidas cautelares bajo la Ley Arbitral Mexicana será estudiado con mayor detenimiento en el capítulo respectivo de este trabajo.

<sup>94</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2., p. 628.

<sup>95</sup> STALEV, Zhivko, "*Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration*", en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), *op.cit.*, nota 84, p. 105.

<sup>96</sup> BORN, Gary B., "*International Commercial Arbitration*", Holanda, editorial Kluwer Law International, 2009, p.1946.

De acuerdo con el experto en arbitraje, Gary B. Born, en la práctica, es común que las leyes nacionales no establezcan expresamente cuáles serán las facultades del tribunal arbitral respecto del otorgamiento de medidas cautelares, asimismo, es común que tampoco las limiten. Además, es usual que las reglas de arbitraje de la institución administradora simplemente establezcan que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar medidas cautelares. Finalmente, es muy poco frecuente que las partes señalen algo al respecto en su acuerdo arbitral.<sup>97</sup> Por ende, lo más común es que las facultades del tribunal arbitral tengan origen en el reglamento arbitral aplicable, sin que este señale claramente cuáles serán las atribuciones del tribunal arbitral.

A pesar de lo anterior, es importante hacer énfasis en los límites que pudiera tener la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, dependiendo de dónde tengan su origen dichas medidas. Si la facultad nace del acuerdo de las partes, es posible que se encuentre más limitada que si derivara de la ley. Lo anterior debido a que ésta nacería de un acuerdo privado, por lo que se deberán respetar los límites establecidos por la ley, mientras que si naciera de la ley, su ámbito de aplicación podría ser mayor.<sup>98</sup>

En las siguientes páginas de este trabajo se hará un estudio detallado sobre las facultades concedidas al tribunal arbitral para el otorgamiento de

---

<sup>97</sup> BORN, Gary B., *op.cit.*, nota 53, p. 820.

<sup>98</sup> STALEV, Zhivko, "*Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration*", en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), *op.cit.*, nota 84, p. 109.

medidas cautelares bajo tres cuerpos normativos, la Ley Modelo de UNCITRAL, el Código de Comercio y el Reglamento CCI.

## **2.5 Consecuencias del incumplimiento con lo ordenado en las medidas cautelares**

En casi todos los casos las partes cumplen voluntariamente con las medidas cautelares ordenadas por el tribunal arbitral.<sup>99</sup> En gran medida, este cumplimiento se debe a que las partes tratan de evitar crearse una mala imagen ante el tribunal arbitral debido a que éste es el que decidirá el fondo de la controversia. Además, el tribunal arbitral, aunque no tiene facultades para hacer de forma coactiva que se cumpla con la medida cautelar, tiene gran autoridad real sobre las partes.

El tribunal arbitral puede tomar en cuenta la conducta de éstas durante el procedimiento y, por ende, el incumplimiento de una de las partes con la medida cautelar, al momento de resolver sobre los costos del arbitraje y asignar el porcentaje que deberá cubrir cada parte.<sup>100</sup> De modo tal que si una parte tiene interés real en el fondo del asunto, es decir, que no tenga como propósito dilatar el

---

<sup>99</sup> HOBÉR, Kaj, "Interim Measures by Arbitrators", en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), *op.cit.*, nota 63, p. 746 y "Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General", *op.cit.*, nota 16, párrafo 75.

<sup>100</sup> ROSELL, José, "Arbitration Costs as Relief and/or Damages", *Journal of International Arbitration*, Vol. 28 No. 2, Kluwer Law International, 2011, p.126.

procedimiento, tendrá cuidado respecto de cómo se conduce frente al tribunal arbitral.<sup>101</sup>

En este tenor, el incumplimiento de una de las partes con lo ordenado por un tribunal arbitral no debe tener como consecuencia inmediata una decisión en el fondo contraria a sus intereses, sin embargo, dicha conducta si debe, y puede, ser tomada en cuenta por el tribunal arbitral a la hora de asignar los costos del arbitraje.<sup>102</sup>

Finalmente, el reducir el incumplimiento de una de las partes con una medida cautelar, a una condena en costos, no basta para contrarrestar las consecuencias derivadas de dicho incumplimiento<sup>103</sup>, por lo que la parte que solicitó la medida cautelar o el tribunal arbitral<sup>104</sup>, pueden solicitar asistencia judicial para que, por medio de la fuerza coactiva del estado, se obligue a la parte inconforme a cumplir con lo ordenado por el tribunal arbitral.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *op.cit.*, nota 47, p. 267.

<sup>102</sup> STALEV, Zhivko, "*Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration*", en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), *op.cit.*, nota 84, p. 110; ver artículo 37.5 del Reglamento CCI.

<sup>103</sup> Los principales elementos de una medida cautelar son la urgencia y la amenaza de un daño irreparable, por lo que si no se cumple con la medida, el daño irreparable ya se habría causado al momento de hacer la condena en costos en el laudo final. Por ello, la condena en costos únicamente sirve como un incentivo negativo a las partes para colaborar con las órdenes del tribunal arbitral y no como una solución por el incumplimiento de una de ellas.

<sup>104</sup> Si bien el tribunal arbitral tiene facultades para acudir a la asistencia judicial, ésta es raramente utilizada en la práctica porque la valoración de falta de cooperación de una parte, como inferencia, es un recurso muy poderoso.

<sup>105</sup> El análisis detallado de la intervención judicial en la ejecución de medidas cautelares en México se realizará en el capítulo respectivo.

## 2.6 Tipos de medidas cautelares

### 2.6.1 Objetivos de las medidas cautelares

Esencialmente, las medidas dictadas por un tribunal arbitral pueden tener como objetivo los siguientes:<sup>106</sup>

#### *A. Medidas destinadas a facilitar la conducción del procedimiento arbitral*

En este supuesto se incluyen aquellas medidas destinadas a que una de las partes proporcione o conserve ciertos elementos de prueba o las destinadas a que las partes conserven el carácter confidencial de ciertos aspectos del arbitraje, como puede ser guardar bajo llave determinada información o mantener en secreto el lugar y fecha de la audiencia.

#### *B. Medidas destinadas a mantener el status quo*

En este supuesto se incluyen las siguientes medidas: que se le ordene a una de las partes que continúe con la ejecución de un contrato en lo que se resuelve el fondo de la controversia; que se le ordene la conservación de ciertos bienes; o que realice ciertas conductas para tratar de mitigar los daños.

#### *C. Medidas tendientes a facilitar la ejecución del laudo*

Dentro de este supuesto se encuentran aquellas medidas en las que se ordena el embargo de determinados bienes o el congelamiento de cuentas para asegurar que en el momento en el que se dicte el laudo final, aquella parte, en

---

<sup>106</sup> "Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General", *op.cit.*, nota 16, párrafo 63.

caso de resultar vencida, tendrá bienes suficientes para cumplir con lo que se ordene en dicho laudo.

### **2.6.2 Tipos de medidas cautelares comúnmente dictadas en arbitraje**

Son pocas las limitaciones que existen respecto de los tipos de medidas cautelares que pueden ser dictadas por un tribunal arbitral. Siempre que se respeten los principios esenciales que rigen al procedimiento arbitral, el tribunal puede dictar todo tipo de medidas cautelares.<sup>107</sup>

En este sentido, salvo por las posibles limitaciones impuestas por la ley o el acuerdo de las partes, en la mayoría de los casos la única limitación del tribunal arbitral es su propia creatividad e imaginación.<sup>108</sup>

Al respecto, la Ley Modelo de UNCITRAL únicamente señala cuáles son los motivos por los que se puede dictar una medida cautelar, pero no limita las facultades del tribunal arbitral a un listado de posibles medidas.

A pesar de que las medidas cautelares que puede dictar un tribunal arbitral no se encuentran ceñidas a un listado específico, en la práctica internacional se

---

<sup>107</sup> HOBÉR, Kaj, "Interim Measures by Arbitrators", en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), *op.cit.*, nota 63, pp. 730-731.

<sup>108</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2, p. 635.

encuentran ciertas medidas que son dictadas con relativa frecuencia. A continuación se enlistan algunas de las más comunes.<sup>109</sup>

#### *A. Otorgamiento de garantías financieras*

Estas medidas cautelares tienen como propósito facilitar la eventual ejecución del laudo arbitral. Tal es el caso del secuestro y demás medidas que buscan 'congelar' los bienes con los cuales se daría cumplimiento con lo ordenado en el laudo arbitral. En virtud de que la ejecución de estas garantías es de jurisdicción exclusiva de los tribunales estatales, será necesario solicitar la ejecución de las mismas ante los tribunales estatales. Sin embargo, el tribunal arbitral está facultado para ordenar dichas medidas y, las partes, deberán cumplir con las órdenes del tribunal arbitral como parte de su compromiso de cooperar con la conducción eficaz del procedimiento.

#### *B. Venta de bienes*

Hay casos en los que se han emitido órdenes que restringen la venta de bienes. Para que ello suceda, los tribunales han requerido que se pruebe que la contraparte tiene intención de vender dichos bienes, que éstos son irremplazables y que el daño que resultaría de la venta de los mismos sería irreparable.<sup>110</sup>

#### *C. Preservar u obtener pruebas*

---

<sup>109</sup> *Ibidem*, pp. 637-651.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 646.

Es necesario distinguir entre la necesidad de obtener pruebas y la de preservarlas. Cuando se requiere preservar una prueba, estamos hablando de una situación en la cual, de no hacer algo, se perderán los medios para soportar el dicho de una de las partes y, como consecuencia, la defensa de dicha parte se verá sustancialmente afectada.

Cuando se habla de obtención de pruebas, es necesaria la intervención de los jueces para suplir la mayor carencia del arbitraje: la falta de imperio. Es importante considerar que aunque el árbitro carece de imperio para ordenar la exhibición de determinada prueba, el árbitro puede incentivar el cumplimiento de la parte en cuyo poder obra la misma mediante el uso de las inferencias negativas. Sin embargo, cuando se trata de un tercero al procedimiento arbitral, si será necesario recurrir a los jueces para solicitar asistencia judicial.

#### *D. Proteger la jurisdicción de un Tribunal Arbitral*

Una medida que en ocasiones ha sido empleada por tribunales internacionales consiste en la suspensión de procedimientos en otros foros mientras se decide la controversia ante el tribunal arbitral. La razón de ser de este tipo de decisiones es:

- i. el interés del tribunal arbitral por proteger su jurisdicción;
- ii. la preocupación del tribunal arbitral por asegurar la efectividad del laudo arbitral;
- iii. honrar el acuerdo de las partes de ventilar la disputa mediante arbitraje; y

iv. evitar que existan decisiones contradictorias respecto de una misma controversia o una relacionada.

Las facultades del tribunal arbitral para dictar esta medida, conocida en el derecho anglosajón como *anti-suit injunctions*, han sido ampliamente controvertidas. Lo anterior en virtud de que el tribunal arbitral carece de imperio para ordenar a un tribunal estatal que deje de conocer de cierta controversia.

A pesar de lo anterior, cuando se han dictado medidas cautelares de este tipo, los tribunales arbitrales han exigido que los procedimientos paralelos versen sobre una reclamación idéntica o substancialmente similar a la reclamación que se ventila en arbitraje; o que los procedimientos paralelos involucren los mismos hechos y derecho; o que exista el riesgo de sentencias contradictorias.

*E. Órdenes de pago de anticipo para gastos o para cubrir los costos del arbitraje*

Una de las características más importantes del arbitraje es su costo. Debido a que la resolución la dicta un particular, los honorarios de dicho particular deben ser asumidos por las partes. Además, todos los gastos administrativos que se pudieran generar con motivo del procedimiento arbitral deben ser cubiertos por éstas (incluyendo los honorarios de la institución administradora). Asimismo, debido al elemento internacional del arbitraje, se deben considerar gastos como viáticos de abogados y expertos en el lugar de la audiencia, renta de equipo durante la audiencia, renta de instalaciones, honorarios de expertos y abogados, traducción simultánea y transcripción estenográfica durante la audiencia, entre otros.

#### a. Anticipo para cubrir gastos

Cuando las partes presentan su solicitud para el inicio de un arbitraje ante la institución administradora, ésta les requiere el pago del anticipo para gastos. De acuerdo con las pretensiones de cada parte, la institución administradora fija el monto que debe cubrir cada una como anticipo de los gastos que se puedan generar durante el procedimiento. Hay casos en los que una de las partes, generalmente el demandado, se rehúsa a pagar su parte correspondiente del anticipo. En aquellos casos, es posible solicitar al tribunal que dicte una medida cautelar ordenando el pago del anticipo para cubrir los gastos del arbitraje.

Esta medida cautelar es relativamente nueva y su uso se ha incrementado de manera significativa. De hecho, en la primera edición (1998) del libro de Derains y Schwartz sobre el Reglamento CCI, se indicó que no conocían de ningún caso en el que se hubiera dictado una medida cautelar ordenando el pago del anticipo para gastos del arbitraje.<sup>111</sup> Sin embargo, la segunda edición (2005) del libro indica que se tiene conocimiento de varios casos en los que el tribunal arbitral ha dictado este tipo de medidas cautelares.<sup>112</sup>

#### b. Garantía para pago de costos del arbitraje

---

<sup>111</sup> DERAINS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *"Guide to the ICC Rules of Arbitration"*, The Hague, editorial Kluwer Law International, 1998, p. 320.

<sup>112</sup> DERAINS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *"Guide to the ICC Rules of Arbitration"*, The Hague, 2° edición, editorial Kluwer Law International, 2005, p. 347.

En cuanto al pago de los costos, la regla general en arbitraje comercial internacional es que la parte que pierde el arbitraje paga los costos del mismo.<sup>113</sup> En ese sentido, es común que una de las partes, ante el temor fundado de que su contraparte no pague los costos del arbitraje en caso de ser condenada, solicite al tribunal arbitral que dicte una medida cautelar consistente en ordenar a la otra parte la constitución de una garantía para responder por los costos del arbitraje.

Al momento de ordenar dicha medida, el tribunal arbitral deberá hacer una estimación de los posibles costos que se pudieran generar durante el procedimiento arbitral, tomando en cuenta todas las etapas del mismo y las circunstancias especiales del caso.

De acuerdo con el ex presidente del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong, Neil Kaplan, esta medida cautelar es la más común en arbitraje, que si bien tuvo su origen en el *common law*, ahora es ampliamente utilizada por abogados de todas las corrientes jurídicas.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> Como ejemplo, consultar el artículo 28.4 del Reglamento LCIA. Sin embargo, esta regla está en proceso de cambio. Recientemente, se ha ido adoptando la postura de que el tribunal arbitral deberá tomar en cuenta la conducta procesal de las partes a la hora de decidir el porcentaje que deberá cubrir cada parte de los costos del arbitraje (ver artículo 37.5 del Reglamento de Arbitraje de la CCI).

<sup>114</sup> KAPLAN, Neil, "*Interim Measures-A Practical Experiences*", en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), *op.cit.*, nota 63, p. 771.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **Estudio de las medidas cautelares en la Ley Modelo de UNCITRAL, el Código de Comercio y el Reglamento CCI**

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **Estudio de las medidas cautelares en la Ley Modelo de UNCITRAL, el Código de Comercio y el Reglamento CCI**

En el presente capítulo se hará un estudio, de lo general a lo particular, sobre el tratamiento regulatorio que se le da a las medidas cautelares a nivel internacional, nacional y en los reglamentos institucionales, especialmente, el Reglamento CCI. Asimismo, se hará especial énfasis en las modificaciones que han sufrido estos ordenamientos en la última década.

#### **3.1 Las medidas cautelares en la Ley Modelo de UNCITRAL**

Para poder iniciar el estudio de la regulación de las medidas cautelares, es necesario empezar por el tratamiento que se le da a nivel internacional a las mismas. En este tenor, se analizarán las disposiciones de la Ley Modelo de UNCITRAL y, en aquellos casos en los que el análisis lo amerite, se mencionarán de manera auxiliar otros instrumentos internacionales.

UNCITRAL es el órgano de la Organización de las Naciones Unidas encargado de reducir los obstáculos económicos causados por las disparidades entre las legislaciones nacionales aplicables al comercio internacional. UNCITRAL ha redactado y promovido numerosas convenciones multilaterales y modelos de leyes en diversas áreas del comercio internacional como: arbitraje, conciliación, compraventa de mercaderías, transporte de mercaderías, contratación pública,

contratos de construcción, pagos internacionales, comercio electrónico, insolvencia transfronteriza, entre otros.<sup>115</sup>

Como parte de este esfuerzo por unificar las legislaciones nacionales en materia de comercio, UNCITRAL creó la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional. Dicha ley está formulada para ayudar a los estados a modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que éstas incorporen las necesidades del arbitraje comercial internacional. En este sentir, la Ley Modelo refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.<sup>116</sup>

La Ley Modelo regula todas las etapas del procedimiento arbitral, empezando por el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento, ejecución y nulidad del laudo arbitral.

En cuanto a las medidas cautelares, el considerable incremento de casos que se resuelven mediante arbitraje ha tenido como consecuencia un incremento en el uso de las medidas cautelares. Por ende, el uso de las mismas se ha ido volviendo cada vez más sofisticado. Dicha sofisticación atiende a dos premisas. La primera, se confirma la idea de que, como ya se mencionó en el capítulo anterior,

---

<sup>115</sup> BAÑUELOS RIZO, Vicente, *op.cit.*, nota 13, p. 27.

<sup>116</sup> Consultar [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html)

el árbitro tiene amplias facultades para dictar medidas cautelares. La segunda, se reconoce la necesidad de crear un sistema que no sólo confirme las facultades del tribunal arbitral, sino que además provea a los usuarios del arbitraje de una gama de medidas cautelares disponibles que les permitan a las partes lograr un balance entre las necesidades de la parte que solicita la medida cautelar y las necesidades de la parte que se verá afectada por su otorgamiento.<sup>117</sup>

Es por esto que, en 2006, para satisfacer las necesidades de los usuarios del arbitraje, se efectuaron importantes cambios a la Ley Modelo.<sup>118</sup> Entre los cambios realizados se encuentra el artículo 17, el cual es la base para el otorgamiento de medidas cautelares en el procedimiento arbitral.

### **3.1.1 Antecedentes del artículo 17 de la Ley Modelo de UNCITRAL con las enmiendas de 2006**

El texto original de la Ley Modelo incluía un régimen muy general de medidas cautelares aceptable para las legislaciones estatales y acorde con las necesidades, de aquella época,<sup>119</sup> de los usuarios del arbitraje. A grandes rasgos,

---

<sup>117</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "*Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)*", en VAN DEN BERG (ed.), Jan, Antología "50 Years of the New York Convention", Holanda, editorial Kluwer Law International, 2009, p.540.

<sup>118</sup> A la fecha, noviembre de 2012, las únicas leyes arbitrales basadas en el texto de la Ley Modelo de UNCITRAL con las enmiendas aprobadas en 2006 son de los siguientes países o estados: Australia, Brunei Darussalam, Hong Kong, Costa Rica, Eslovenia, Florida (EUA), Georgia, Irlanda, Mauricio, Nueva Zelanda, Perú y Ruanda (consultar: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)).

<sup>119</sup> El texto original de la Ley Modelo es de 1985 (consultar <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>).

ésta señalaba en su artículo 17 que el tribunal arbitral estaba facultado para otorgar medidas cautelares a menos de que las partes acordaran lo contrario y siempre que fuera respecto del 'objeto del litigio'. Asimismo, el tribunal arbitral podía solicitar el otorgamiento de garantías en conexión con las medidas solicitadas.<sup>120</sup>

#### *A. Deficiencias del artículo 17*

El significado del requisito de que las medidas cautelares estuvieran relacionadas con el 'objeto del litigio' generó confusión en la práctica porque en muchos casos éste se interpretaba en el sentido de que las medidas cautelares debían estar, literalmente, relacionadas con el objeto del litigio. Dicho requisito fue tomado del artículo 26(1) del Reglamento UNCITRAL de 1976, el cual establecía lo siguiente:

A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos.<sup>121</sup>

En este sentido, haciendo una interpretación conjunta del artículo 17 de la Ley Modelo y el artículo 26 del Reglamento UNCITRAL, se concluía que las

---

<sup>120</sup> Artículo 17 de la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas."

<sup>121</sup> Artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL de 1976 (<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>).

medidas cautelares debían estar limitadas a la conservación de bienes objeto del litigio, por lo que el otorgamiento de cualquier otra medida que no estuviera relacionada con dichos bienes se consideraba que excedía las facultades del tribunal arbitral.<sup>122</sup> Sin embargo, esta interpretación del artículo 17 es errónea; de acuerdo con los redactores de la ley modelo, su intención era que las medidas otorgadas estuvieran relacionadas con la disputa entre las partes y no, limitar el otorgamiento de las medidas cautelares únicamente a la conservación del objeto del litigio.<sup>123</sup>

Además, otra carencia de la Ley Modelo es que no orientaba a las partes, ni al tribunal arbitral, respecto de los requisitos que se debían cumplir para otorgar una medida cautelar ni sobre el análisis que debía realizar el tribunal arbitral para decidir sobre su otorgamiento.<sup>124</sup> Lo anterior suponía que, debido a la infinidad de casos que se podían presentar y a la flexibilidad del arbitraje, no era necesario regular los requisitos con los que se debía cumplir para solicitar una medida cautelar, ni limitar el análisis que debía hacer el tribunal arbitral. Sin embargo, a lo largo del tiempo se fue analizando la conveniencia de incluir un sistema que fuera acorde con la regla de oro en arbitraje; más allá de limitar a las partes y al tribunal

---

<sup>122</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "*Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)*", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, pp. 541-542.

<sup>123</sup> "*Preparation of uniform provisions on interim measures of protection, Note by the Secretariat*", *op.cit.*, nota 84, p. 12.

<sup>124</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "*Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)*", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, p. 543.

arbitral imponiendo una serie de requisitos, hay que orientarlas para que puedan actuar dependiendo de las circunstancias de cada caso.<sup>125</sup>

Por otro lado, el texto original de dicha ley tampoco regulaba el supuesto de que las condiciones cambiaran durante el procedimiento arbitral y fuera necesario modificar la medida cautelar otorgada. Lo anterior en virtud de que se creyó, en aquel momento, que no era necesario regularlo ya que si el tribunal arbitral tenía facultades para dictar medidas cautelares, implícitamente también las tenía para modificarlas.<sup>126</sup> Asimismo, una característica principal de las medidas cautelares en general (en los procedimientos jurisdiccionales o arbitrales) es la de la 'variabilidad'. De acuerdo con ésta, nada impide que las medidas cautelares puedan ser modificadas antes de que se dicte la resolución que dirima la controversia, si en el transcurso del procedimiento cambian las circunstancias que tuvo presente el tribunal al momento de conceder dichas medidas.<sup>127</sup> Por lo anterior, incluir en la Ley Modelo una disposición que específicamente regulara ese supuesto parecía innecesario. Sin embargo, en la práctica se demostró la necesidad de que la Ley Modelo lo estableciera expresamente.

Adicionalmente, la Ley Modelo no regulaba el tratamiento que le tenía que dar una corte local a la solicitud de una de las partes para que dictara una medida

---

<sup>125</sup> ABASCAL ZAMORA, José Maria, "Barcelona Afterthoughts", *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, vol.20, no. 1, p.113.

<sup>126</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "*Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)*", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, p. 542.

<sup>127</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *op.cit.*, nota 79, pp. 235-236.

cautelar ni el tratamiento que se le debía dar a la ejecución judicial de las mismas. Esto generaba gran incertidumbre debido a que no se conocían los alcances que podía tener una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral ni el tratamiento que le debían dar las cortes locales.<sup>128</sup>

Como consecuencia de las lagunas regulatorias antes mencionadas, las legislaciones nacionales se dieron a la tarea de regularlo. Esto fue, a todas luces, contrario al propósito de la Ley Modelo de armonizar las regulaciones nacionales en arbitraje. Lo anterior tuvo como consecuencia que, ante el desconocimiento de los tribunales arbitrales de las limitaciones y requisitos de cada ley nacional, éstos tendieron a errar por el lado de la precaución y negar las medidas solicitadas; teniendo un impacto negativo en el arbitraje.<sup>129</sup>

Es por lo anterior que, en 1999, se empezó a discutir la idea de modificar la Ley Modelo para hacer frente a las exigencias del mundo comercial y de la época.<sup>130</sup> Así, con la entrada del nuevo milenio, tuvo lugar la primera sesión del grupo de trabajo encargado de discutir el tema de medidas cautelares. Después

---

<sup>128</sup> BORN, Gary, *op.cit.*, nota 53, p. 840

<sup>129</sup> MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, "Reforming the Model Law Provisions on Interim Measures of Protection", *Asian International Arbitration Journal*, Kluwer Law International, 2006, No. 1, p.2.

<sup>130</sup> "Possible future work in the area of international commercial arbitration, Note by the Secretariat", *op.cit.*, nota 53, p. 2.

de seis años de discusiones, el texto final fue aprobado por UNCITRAL en julio de 2006.<sup>131</sup>

La consigna del grupo de trabajo encargado de discutir las modificaciones al artículo 17 de la Ley Modelo era:

1. Regular la amplia gama de medidas cautelares disponibles en arbitraje;
2. Establecer lineamientos para orientar al tribunal arbitral en el análisis de una solicitud de otorgamiento de medidas cautelares y la modificación y terminación de las mismas;
3. Regular el tema de medidas cautelares dictadas por una corte local en asistencia a un procedimiento arbitral; y
4. Crear un sistema adecuado que permitiera la ejecución de las medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

Teniendo claros los objetivos, el Grupo de Trabajo se dio a la tarea de revisar otros ordenamientos internacionales que lo pudieran ayudar a conocer mejor la regulación de las medidas cautelares y los vacíos en la misma. Así, el grupo de trabajo estudió los *ILA Principles of Provisional and Protective Measures in International Litigation*, el borrador de los *Fundamental Principles and Rules of Transnational Civil Procedure* del American Law Institute y el borrador de la *Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in civil and Commercial Matters*

---

<sup>131</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, p. 544.

de la Haya para poder normar un criterio respecto de la regulación general en medidas cautelares.<sup>132</sup>

Las conclusiones del Grupo de Trabajo obtenidas del estudio realizado, dieron como resultado un nuevo capítulo dentro de la Ley Modelo denominado "Capítulo IV A", el cual regula de manera exhaustiva las medidas cautelares que, con motivo del arbitraje, puede dictar un juez o tribunal arbitral.

### **3.1.2 Medidas Cautelares bajo el Capítulo IV A**

El Capítulo IV A de la Ley Modelo se encuentra conformado por once artículos que regulan el otorgamiento de medidas cautelares y su ejecución.

#### *A. Facultad del tribunal arbitral*

Lo primero que hay que estudiar respecto de la facultad del tribunal arbitral para dictar una medida cautelar es la jurisdicción que tiene éste para resolver el fondo de la controversia. Así, un requisito para que el tribunal arbitral pueda dictar una medida cautelar es que, después de un análisis *prima facie* del acuerdo arbitral de donde nace su competencia, éste considere que se encuentra facultado para resolver la disputa. En este tenor, si una de las partes objetó la jurisdicción

---

<sup>132</sup> "Preparation of uniform provisions on interim measures of protection, Note by the Secretariat", *op.cit.*, nota 84, pp. 14-22.

del tribunal arbitral y éste no se ha pronunciado al respecto, se considera que no tiene facultades, aún, para dictar una medida cautelar.<sup>133</sup>

Una vez que el tribunal arbitral ha decidido, *prima facie*, que es competente, es importante pasar al análisis del primer párrafo del artículo 17 de la Ley Modelo, el cual establece que, "salvo acuerdo de una de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares".

De lo anterior se desprende que es posible que las partes pacten que el tribunal arbitral no podrá dictar medidas cautelares. Los motivos por los que el grupo de trabajo escogió un sistema *opt-out* son varios. Por un lado, se consideró que esta opción era más viable que optar por un sistema *opt-in*, en el cual las partes tendrían que acordar, de antemano, que el tribunal puede dictar medidas cautelares. Esta opción era poco viable debido a que, una vez surgida la controversia, no era probable que las partes llegaran a un acuerdo, por lo que era más conveniente facultar de inicio al tribunal arbitral y, en caso de que las partes no estuvieran de acuerdo, permitirles negar, conjuntamente, esas facultades.<sup>134</sup>

Además, el grupo de trabajo consideró que en la gran mayoría de los casos las cláusulas arbitrales no son redactadas por expertos en arbitraje, por lo que esperar que en dichas cláusulas se estableciera un régimen de medidas

---

<sup>133</sup> BREKOULAKIS, Stravos L. and SHORE, Laurence, "UNCITRAL Model Law, Chapter IV.A, Article 17 [Power of arbitral tribunal to order interim measures]" en MISTELIS, Loukas A. (ed.), "Concise International Arbitration", Holanda, editorial Kluwer Law International, 2010, p. 616 .

<sup>134</sup> MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, *op.cit.*, nota 129, p.5.

cautelares era afortunado en la teoría pero poco realista en la práctica.<sup>135</sup> Finalmente, en virtud de que el sistema de medidas cautelares es una herramienta muy útil para el arbitraje comercial, era más conveniente que este sistema fuera aplicable por regla general y, sólo si las partes estuvieran de acuerdo en no utilizarlo, que pudiera ser excluido.<sup>136</sup>

Asimismo, del artículo 17 también se desprende que es necesario que una parte lo solicite. En otras palabras, el tribunal arbitral no puede ordenar medidas cautelares de oficio, siempre debe ser a petición de parte.

#### *B. Concepto de medida cautelar*

De acuerdo con el artículo 17.2 de la Ley Modelo, por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo parcial, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo final, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

- (i) mantenga o restablezca el *status quo* en espera de que se dirima la controversia; o
- (ii) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo

---

<sup>135</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "*Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)*", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, p. 548.

<sup>136</sup> *Ídem.*

ciertos actos que probablemente ocasionarían un daño o menoscabo al procedimiento arbitral; o

(iii) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar un laudo subsiguiente; o

(iv) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

*a. Destinatarios de la medida*

Conforme a la anterior definición, los únicos destinatarios de la medida cautelar son las partes. Si bien este principio es aplicable a todo el procedimiento arbitral, en el tema de medidas cautelares la Ley Modelo lo señala expresamente. Esto encuentra su razón de ser en el hecho de que, muchas veces, las partes necesitan que se ordenen medidas cautelares que involucran a terceros y, como ya se estudió, el tribunal arbitral carece de imperio; no puede dictar medidas cautelares que afecten a personas que no sean parte del acuerdo arbitral. Así, con el fin de dejar claro el alcance de las medidas cautelares, los redactores de la Ley Modelo decidieron incluir dicha frase en la definición de medidas cautelares.<sup>137</sup>

*b. ¿Laudo u Orden Procesal?*

---

<sup>137</sup> ARAQUE BENZO, Luis Alfredo, *op.cit.*, nota 3, p.236.

Las medidas cautelares no necesariamente deben ser otorgadas en forma de laudo y la nueva redacción de la Ley Modelo viene a confirmarlo.<sup>138</sup> Las razones del Grupo de Trabajo para confirmar lo que se había venido haciendo en la práctica fueron, justamente, que el tribunal arbitral debía tener la libertad de decidir la forma de la medida cautelar que iba a otorgar. Lo anterior en virtud de que para que tenga sentido el otorgamiento de una medida cautelar, es necesario que se haga de forma expedita y, en muchos casos, esto se puede ver afectado si la medida cautelar se dicta en forma de laudo. Por lo que fue preferible dejar la puerta abierta para que los tribunales arbitrales decidieran dependiendo del caso en concreto.<sup>139</sup>

En este contexto, aunque pareciera ser que dicha inclusión en la Ley Modelo no dice nada nuevo, la importancia de ésta radica en que se aclaró el tema de la forma de las medidas cautelares. Así, en los países en los que se adopte el nuevo texto de la Ley Modelo, no se podrá negar la asistencia judicial en la ejecución de una medida cautelar por el hecho de que ésta no consta en un laudo.

### c. Supuestos para otorgar una medida cautelar

---

<sup>138</sup> "Possible future work in the area of international commercial arbitration, Note by the Secretariat", *op.cit.*, nota 53, párrafo 116.

<sup>139</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, p. 549.

Como parte de la definición de "medida cautelar", el artículo 17.2 incluye una lista de supuestos para el otorgamiento de medidas cautelares que, aunque es exhaustiva, es lo suficientemente general para encuadrar en cuatro categorías todos los posibles escenarios en los cuales se justifica el otorgamiento de una medida cautelar.<sup>140</sup>

Para poder reducir todas las posibles medidas cautelares a esas cuatro categorías, la Secretaría<sup>141</sup> envió un cuestionario a árbitros y abogados de parte preguntándoles sobre las medidas cautelares que habían otorgado y visto en la práctica.<sup>142</sup> Con base en las respuestas recibidas y en las discusiones realizadas por el Grupo de Trabajo, se hizo una depuración de la información recibida para lograr supuestos generales que capturaran la esencia de las medidas cautelares.<sup>143</sup> Con ello, se logró hacer una definición que fuera lo suficientemente amplia para poder encuadrar casi cualquier medida cautelar, pero que sirviera de guía para el tribunal arbitral respecto de los supuestos en los que se pueden solicitar dichas medidas.

Así, los supuestos bajo los cuales se puede otorgar una medida cautelar son los siguientes:

---

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 551.

<sup>141</sup> Por Secretaría se hace referencia a la División de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría, la cual presta servicios de secretaría a UNCITRAL. Ver "Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional" en [http://www.uncitral.org/pdf/uncitral/spanish/texts/general/06-58167\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/uncitral/spanish/texts/general/06-58167_Ebook.pdf).

<sup>142</sup> "Preparation of uniform provisions on interim measures of protection, Note by the Secretariat", *op.cit.*, nota 84, párrafo 7.

<sup>143</sup> MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, *op.cit.*, nota 129, p. 6.

- a) para que se mantenga o restablezca el *status quo*;
- b) para que se adopte una medida con el fin de evitar un daño actual o inminente o el menoscabo al procedimiento arbitral;
- c) para que se proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente;
- d) para que se preserven elementos de prueba.

Respecto de las medidas cautelares dictadas para "impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral", es importante mencionar que esto se agregó con el propósito de facultar expresamente al tribunal arbitral para dictar órdenes que tuvieran como propósito detener procedimientos paralelos y evitar que las partes utilizaran tácticas dilatorias que afectaran el desarrollo expedito del procedimiento.<sup>144</sup>

Sin embargo, como se mencionó en el capítulo anterior, la facultad del tribunal arbitral para detener procedimientos paralelos es cuestionable, ya que éste no es competente para dictar órdenes que obliguen a terceros extraños al procedimiento arbitral.

En todo caso, esta facultad para impedir algún daño actual o inminente o menoscabo al procedimiento arbitral puede ser interpretada en el sentido de que el tribunal arbitral puede ordenarles a las partes que no inicien o continúen con procedimientos paralelos, pero no puede ordenarle a terceros el detener dichos procedimientos.

---

<sup>144</sup> *Idem.*

### *C. Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares*

En el nuevo texto de la Ley Modelo se incluyó el artículo 17 A relativo a las condiciones que se deben cumplir para el otorgamiento de medidas cautelares. Dicho artículo va de la mano con los requisitos que en la práctica habían venido exigiendo los tribunales arbitrales. En esencia, los requisitos son:

- (i) que de no otorgarse la medida solicitada, se causaría un daño irreparable y no resarcible adecuadamente mediante una indemnización; y
- (ii) que exista una posibilidad razonable de que la demanda de la parte que solicita el otorgamiento de la medida cautelar prospere. El propósito al incluir estos dos requisitos fue encontrar un balance: que el daño que se pretende evitar sea real e irreparable y que la parte que lo solicite no haya presentado una demanda infundada.

Respecto del segundo requisito, la principal preocupación del Grupo de Trabajo era que, al otorgar una medida cautelar en contra de una parte, dicha parte considerara que existía una predisposición por las pretensiones de su contraparte. El propósito del Grupo de Trabajo fue encontrar un balance entre que, no cualquiera pudiese solicitar una medida cautelar para evitar el abuso y, no hubiera una predisposición temprana por las pretensiones de la otra parte.<sup>145</sup> Lo anterior se solucionó incluyendo que "la determinación del tribunal arbitral respecto

---

<sup>145</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "*Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)*", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, p. 552.

de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal."<sup>146</sup>

Un aspecto criticado por los practicantes fue que las condiciones son las mismas sin importar el tipo de medida cautelar que se esté solicitando y ello puede ser poco efectivo en la práctica (excepto en las solicitudes tendientes a preservar evidencia, en cuyo caso sólo se exigirán estos requisitos si el tribunal arbitral lo considera pertinente).<sup>147</sup> Sin embargo, el argumento contrario es que las condiciones establecidas no constituyen una lista limitativa, el tribunal arbitral puede tomar en consideración todas aquellas circunstancias que considere adecuadas para valorar el otorgamiento de la medida, por lo que exigir las mismas condiciones se vuelve irrelevante cuando el tribunal arbitral puede ampliarlas en la medida en la que lo considere pertinente.

### 3.1.3 Órdenes Preliminares

De forma general, se podría decir que las órdenes preliminares o *ex-parte* son una especie del género 'medidas cautelares' y son aquellas que pueden ser emitidas sin notificar a la otra parte.<sup>148</sup> Sin embargo, existen importantes

---

<sup>146</sup> Artículo 17 A (2) de la Ley Modelo de UNCITRAL.

<sup>147</sup> MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, *op.cit.*, nota 129, p. 9.

<sup>148</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Medidas urgentes y ordenes preliminares en arbitraje: dos nuevas y efectivas herramientas procesales" en URIBARRI CARPINTEIRO, Gonzalo (coord.), *op.cit.*, nota 80, p.188

diferencias que distinguen a las órdenes preliminares de las medidas cautelares, dichas diferencias serán estudiadas con detenimiento a continuación.

#### A. *Antecedentes de las órdenes preliminares*

Las medidas cautelares ordinarias requieren de un procedimiento que respete un debido proceso. Esto necesariamente implica que antes de que se otorgue la medida solicitada, debe haber un intercambio de comunicaciones entre las partes y el tribunal arbitral y probablemente una audiencia. El tiempo inherente a dichos requisitos incitan que la parte, en contra de la cual se solicitó la medida, tome medidas *de facto* para mermar la eficacia de la medida cautelar solicitada.<sup>149</sup>

En un esfuerzo por solucionar este problema, se idearon las 'órdenes preliminares', cuyo objetivo es que se puedan dictar sin el conocimiento de la parte a quien va dirigida para que se abstenga de frustrar la misma.<sup>150</sup>

Sin embargo, la inclusión de dicho régimen a la Ley Modelo de UNCITRAL no fue algo sencillo, de hecho, fue materia de muchas discusiones del Grupo de Trabajo. En esencia, la duda radicaba en:<sup>151</sup>

- i. si dicho régimen era compatible con el arbitraje;

---

<sup>149</sup> *Ibidem*, p.189

<sup>150</sup> "Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General", *op.cit.*, nota 16, párrafo 67.

<sup>151</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, p. 545.

ii. si era conveniente incluirlo en una ley cuyo objetivo es que sea adoptada por todas las legislaciones nacionales; y

iii. si era susceptible de ser ejecutado por las cortes locales de los distintos países.

Al final, el Grupo de Trabajo fue de la idea de que era necesaria la existencia de un régimen de órdenes *ex-parte* en virtud de que la práctica arbitral así lo demandaba. Asimismo, ante la disyuntiva de incluirlo en el texto de la Ley Modelo o únicamente dejar su inclusión al arbitrio de los Reglamentos de Arbitraje, se concluyó que era más conveniente la primera opción ya que así se le estaría dando mayor fuerza a dicho sistema, al ser parte de la legislación nacional y no depender únicamente del acuerdo de las partes.<sup>152</sup>

#### *B. Petición de una orden preliminar y condiciones para su otorgamiento*

El artículo 17.B de la Ley Modelo establece lo siguiente:

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra parte, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada.

2) El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada.

3) Las condiciones definidas en el artículo 17 A serán aplicables a toda orden preliminar, cuando el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1) del artículo 17 A sea el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden.

---

<sup>152</sup> *Ibidem*, pp. 545-546.

Lo primero que hay que distinguir del artículo 17B es que, al igual que el régimen general aplicable a las medidas cautelares, la aplicación de las órdenes preliminares también puede ser excluida por acuerdo de las partes.

Asimismo, la solicitud que se hace de medidas cautelares es una solicitud distinta a la solicitud de órdenes preliminares. El objetivo de las órdenes preliminares es congelar las cosas en el estado en que se encuentran en lo que el tribunal arbitral decide sobre la procedencia de las medidas cautelares. En este sentido, ambas solicitudes corren suertes distintas y el otorgamiento de una no presupone el otorgamiento de la otra.

Así, cuando una parte desea que se dicte una medida cautelar pero teme que si la parte objeto de la medida tiene conocimiento de dicha solicitud, ésta intente frustrar la misma, lo que se hace es solicitar, al mismo tiempo, una orden preliminar y una medida cautelar. Cuando se presentan dichas solicitudes<sup>153</sup>, el procedimiento a seguir es el siguiente:

El tribunal arbitral toma en cuenta las condiciones del caso y decide, previo a resolver la solicitud relativa a la medida cautelar, si es necesario dictar una orden preliminar. En caso de que decida sí hacerlo, la orden preliminar no constituirá una medida cautelar en sí, sino una orden a la parte en contra de la

---

<sup>153</sup> Al decir que son dos solicitudes distintas se hace referencia a que el hecho de que se niegue una no significa que necesariamente se deba negar la otra. Asimismo, no por tratarse de dos solicitudes distintas significa que deben ser presentadas en escritos separados.

cual se desea que se dicte la medida cautelar para que, durante el periodo entre el dictado de la orden preliminar y el dictado (o no) de la medida cautelar, ésta mantenga el *status quo* y así, en caso de que el tribunal arbitral posteriormente decida dictar la medida cautelar, ésta prospere.

Una vez que el tribunal arbitral dicta la orden preliminar, se le envían a la parte objeto de la medida todos los documentos enviados por su contraparte al solicitar la medida cautelar y orden preliminar, y la resolución del tribunal arbitral dictada concediendo o negando la orden preliminar. Con esto, se da oportunidad a la parte objeto de la medida de presentar sus observaciones respecto del otorgamiento de la medida cautelar antes de que el tribunal arbitral se pronuncie sobre la misma. Así, una vez que la parte objeto de la medida se ha pronunciado respecto del otorgamiento de la misma, el tribunal arbitral debe decidir habiendo escuchado la posición de ambas partes.<sup>154</sup>

Es importante hacer notar que, en caso de que el tribunal arbitral haya ordenado el otorgamiento de la orden preliminar, el procedimiento antes descrito respecto del otorgamiento de las medidas cautelares se llevaría a cabo bajo la orden de que la parte objeto de la medida cautelar no puede realizar ningún acto tendiente a frustrar la misma en lo que el tribunal arbitral se pronuncia respecto de la procedencia de las medidas cautelares.

---

<sup>154</sup> MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, *op.cit.*, nota 129, p. 13 y GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, p. 547.

Lo que se logra con el otorgamiento de la orden preliminar es que se mantenga el *status quo* (es decir, que la parte objeto de la medida se vea obligada a no frustrarla misma) en lo que el tribunal arbitral se pronuncia respecto de la procedencia de la medida y que, al mismo tiempo, no se viole la garantía de audiencia de la parte objeto de la medida. Para fines de claridad vale apuntar que el único efecto de una orden preliminar es que la parte objeto de una medida cautelar previamente solicitada, se obligue a mantener las cosas en el estado en el que se encuentran para que, en caso de concederse la medida cautelar, el cumplimiento de ésta no esté imposibilitado. Por el contrario, cuando no se emite orden preliminar previo al dictado de una medida cautelar, la parte objeto de ésta no se encuentra obligada a mantener el *status quo* durante el procedimiento necesario para el dictado de una medida cautelar; no es sino hasta la emisión de dicha medida cautelar que surgirá una obligación para la parte objeto de la misma.

En cuanto a los criterios de valoración que debe seguir el tribunal arbitral en el otorgamiento de una orden *ex-parte*, el principal criterio es que el otorgamiento de la orden debe ser *necesario* para evitar que la parte, en contra de la cual va dirigida, frustre la efectividad de la medida cautelar que eventualmente dictaría el tribunal arbitral. Asimismo, el tribunal arbitral debe hacer una valoración del daño que se le podría causar a la parte afectada por el otorgamiento de dicha orden. En esta etapa, el tribunal arbitral no debe analizar el daño que se podría causar por el otorgamiento de la medida en sí, sino que únicamente el posible daño ocasionado por el otorgamiento de la orden preliminar.

### C. Régimen específico de las órdenes preliminares

Como ya se mencionó, en cuanto el tribunal arbitral emita una decisión respecto del otorgamiento de la orden preliminar, éste debe remitir a la parte objeto de la orden la solicitud de medida cautelar presentada, la petición de una orden preliminar, la propia orden preliminar, en caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral en relación con ello. Esto con la finalidad de darle un trato igualitario a las partes y no colocar a la parte, objeto de la medida, en una posición desventajosa respecto de su contraparte.

Además, es importante tomar en cuenta que toda orden preliminar expira en veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. Por lo que, si en veinte días el tribunal arbitral no ha dictado la medida cautelar, la parte objeto de dicha orden no seguirá obligada a mantener el *status quo* ordenado por el tribunal arbitral en la orden preliminar. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá extender este plazo mediante el otorgamiento de una medida cautelar por medio de la cual ratifique o modifique la orden preliminar, siempre que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar ya haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos.<sup>155</sup>

---

<sup>155</sup> Ver artículo 17C (4) de la Ley Modelo de UNCITRAL.

Finalmente, las órdenes preliminares son vinculantes para las partes, pero no podrán ser objeto de ejecución judicial.<sup>156</sup> Por lo que si una parte se niega a cumplir con lo ordenando en ésta, la otra parte no puede recurrir a las cortes locales para solicitar su ejecución. Por ende, en caso de incumplimiento, el tribunal arbitral podrá hacer inferencias negativas, condenar al pago de daños y perjuicios, o tomarlo en consideración a la hora de asignar los costos del arbitraje, pero no podrá obligar a la parte objeto de la orden a cumplir con la misma. Además, de acuerdo con el texto del artículo 17 C, dicha orden preliminar no constituirá un laudo.

#### *D. Argumentos en contra de las órdenes preliminares*

De acuerdo con algunos expertos en la materia, si bien era necesario actualizar la Ley Modelo para que ésta fuera acorde con las necesidades del momento, no era necesario incluir temas controvertidos que pudieran poner en riesgo el éxito de la misma.<sup>157</sup>

En este tenor, una de las razones por las cuales la Ley Modelo ha tenido tanto éxito es porque incorpora principios ampliamente aceptados por todas las legislaciones nacionales. De hecho, debido a que no incorpora temas innovadores o cuestionables, es que los legisladores de todo el mundo han podido incorporarla a su derecho nacional. Por ende, no es conveniente que la Ley Modelo incluya

---

<sup>156</sup> Ver artículo 17C (5) de la Ley Modelo de UNCITRAL.

<sup>157</sup> MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, *op.cit.*, nota 129, p.1

temas tan cuestionables como el otorgamiento de órdenes preliminares. Asimismo, generalmente, los países que buscan incorporar la Ley Modelo son países que no tienen un avance jurídico significativo, por lo que incluir temas tan vanguardistas como el otorgamiento de órdenes preliminares pudiese ser demasiado novedoso para su sistema jurídico y por ende resultar contraproducente.<sup>158</sup>

Adicionalmente, hay autores que consideran que las órdenes *ex-parte* son contrarias al espíritu del arbitraje ya que se trata de órdenes dictadas sin el conocimiento de la otra parte y sin darle oportunidad de defenderse, por lo que se considera que son contrarias a la intención de las partes a la hora de pactar que su controversia fuese resuelta mediante arbitraje. En este sentido, aquellos autores consideran que en el supuesto de que las partes quieran que haya órdenes preliminares, éstas son libres para pactarlo expresamente en el acuerdo arbitral. Conforme a esta visión, el uso de dichas medidas debiera estar, siempre, subordinado al acuerdo previo de las partes.<sup>159</sup>

En el mismo sentido, uno de los principios rectores del arbitraje es el trato igualitario a las partes, reconocido en el artículo 18 de la Ley Modelo. Por lo que hay quienes alegan que las órdenes *ex parte* son contrarias a dicho principio porque no se le da a las partes la misma oportunidad de defensa, por lo menos

---

<sup>158</sup> VAN HOUTTE, Hans, "*Ten Reasons Against a Proposal for Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration*", *Arbitration International*, Reino Unido, vol. 20, no. 1, 2004, p.88.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p.89.

durante el tiempo que le tome al tribunal arbitral emitir una decisión respecto del otorgamiento de las órdenes preliminares.<sup>160</sup> Por ende, se alega que las órdenes preliminares son violatorias de la garantía de audiencia y derecho de defensa en virtud de que se trata de comunicaciones entre una de las partes y el tribunal arbitral y la otra parte se encuentra imposibilitada para defenderse.

Además, otro argumento en contra del otorgamiento de órdenes preliminares es que éstas no pueden ser objeto de ejecución judicial. Por lo tanto, si el tribunal arbitral dicta una orden preliminar y la parte a quien va dirigida decide no cumplir con ella, el tribunal arbitral únicamente podrá tomar en consideración dicha conducta a la hora de hacer la condena en costos y condenar al pago de daños y perjuicios, sin embargo, no podrá obligar a la parte a cumplir. Esto, tomando en cuenta que se trata de una medida para evitar un daño irreparable, podría tener consecuencias graves. Por este motivo, hay quien considera que las órdenes preliminares no son un medio eficaz para lograr que la parte a quien van dirigidas no realice conductas tendientes a frustrar los efectos de la medida cautelar que eventualmente pudiese dictar el tribunal arbitral.

Finalmente, algunos consideran que el hecho de que una parte tenga derecho a comunicarse *ex-parte* con el tribunal arbitral puede tener un impacto negativo en su imparcialidad al resolver el caso. Debido a que en la solicitud de otorgamiento de una orden preliminar la parte puede incluir argumentos de fondo,

---

<sup>160</sup> FLORES RUEDA, Cecilia, "El trato igual y la plena oportunidad de hacer valer los derechos: Regla fundamental en el arbitraje" en URIBARRI CARPINTEIRO, Gonzalo (coord.), *op.cit.*, nota 80, p.179

dicha parte podría influenciar al tribunal arbitral en una etapa muy temprana del procedimiento. Asimismo, cuando un árbitro dicta una orden preliminar, es probable que, ante el temor de parecer un tribunal arbitral inseguro, confirme dicha orden al conceder la medida cautelar solicitada. En este supuesto, una vez que se dicta la orden preliminar, aunque se le de oportunidad de defenderse a la parte afectada por dicha medida, la balanza ya se encuentra inclinada hacia otorgar la medida cautelar. Por lo que la oportunidad de defensa de la parte objeto de la medida no es la misma que la de la parte que solicitó su otorgamiento.<sup>161</sup>

A pesar de todos los argumentos en contra que existen en torno a las órdenes preliminares, es importante tomar en cuenta que es un sistema relativamente novedoso que, como consecuencia de su desconocimiento pudiese llegar a generar rechazo. En este sentido, no hay que perder de vista que dicho sistema fue incluido a la Ley Modelo como parte de los esfuerzos por mantener la Ley Modelo como un instrumento actualizado que permita a los legisladores de los distintos países incorporar una legislación completa en materia de arbitraje. Así, el Grupo de Trabajo, compuesto por los más prestigiados expertos en materia de arbitraje, consideró, con base en su experiencia práctica, que era necesario crear un sistema que conservara la utilidad del procedimiento arbitral, pero que al mismo

---

<sup>161</sup> VAN HOUTTE, Hans, *op.cit.*, nota 158, p.93.

tiempo respetara el derecho de las partes de ser escuchadas durante el procedimiento.<sup>162</sup>

Asimismo, existen opiniones que aseguran que el régimen de órdenes preliminares es acorde con los principios rectores del procedimiento arbitral, especialmente, el de trato igualitario a las partes y garantía de audiencia. Contrario al argumento de que con el otorgamiento de una orden preliminar no se le está dando la misma oportunidad de defensa a la parte objeto de orden, el hecho es que dicha parte va a tener acceso a todas aquellas comunicaciones que se hubieren generado con motivo de la solicitud para dictar una orden preliminar. Además, una vez que dicha parte reciba todas las comunicaciones generadas, podrá presentar sus comentarios respecto del otorgamiento de la medida cautelar y tendrá la misma oportunidad material de defenderse que su contraparte.<sup>163</sup>

### **3.1.4 Disposiciones generales aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares**

Debido al carácter provisional de las medidas cautelares, su duración está limitada a la duración del arbitraje, por lo que el tribunal arbitral puede modificarlas, suspenderlas o revocarlas durante la sustanciación del procedimiento

---

<sup>162</sup> BREKOULAKIS, Stravos L. y SHORE, Laurence, "UNCITRAL Model Law, Chapter IV.A, Section 5, Article 17J" en MISTELIS, Loukas A (ed.), *op.cit.*, nota 133, p.623.

<sup>163</sup> LEW, Julian M, *et al.*, *op.cit.*, nota 34, p.615.

arbitral. Esto lo puede hacer a solicitud de alguna de las partes o, en casos excepcionales, por iniciativa propia.<sup>164</sup>

Asimismo, el tribunal arbitral puede solicitar a la parte solicitante o peticionaria, el otorgamiento de una garantía adecuada para hacer frente a los daños y perjuicios que se le pudieren causar a la parte afectada por dicha orden o medida. A pesar de que el texto original de la Ley Modelo ya establecía que "el tribunal arbitral [podía] exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas",<sup>165</sup> el Grupo de Trabajo decidió hacer ciertas modificaciones a dicha disposición.

En primer lugar, se establece que en el caso de medidas cautelares el tribunal arbitral podrá exigir el otorgamiento de una medida cautelar adecuada respecto de la medida. En segundo lugar, cuando se trate de órdenes preliminares, el tribunal arbitral exigirá al peticionario que preste una garantía respecto de la orden, salvo que el tribunal arbitral lo considere inapropiado.<sup>166</sup> La distinción entre los dos supuestos es clara, en el primero, el tribunal arbitral podrá exigir una garantía, mientras que en el segundo, deberá hacerlo, salvo que lo considere inapropiado, en cuyo caso deberá estar posibilitado para razonar su decisión.

---

<sup>164</sup> Consultar artículo 17D y "*Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General*", *op.cit.*, nota 16, párrafo 66.

<sup>165</sup> Consultar artículo 17 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985.

<sup>166</sup> Consultar artículo 17E de la Ley Modelo de UNCITRAL.

La existencia de esta norma autoequilibrante<sup>167</sup> es fundamental en la Ley Modelo, ya que habla de la intención de garantizar un equilibrio entre la parte que solicita la medida y la parte objeto de la misma. Asimismo, se trata de encontrar un punto medio entre dos tensiones: la tendencia del solicitante a sobre pedir y la tendencia del solicitado de evitar el cumplimiento.<sup>168</sup> El resultado de lo anterior es que las partes se limitarán a solicitar medidas cautelares únicamente cuando es justificado, y no como respuesta a un deseo de hostigar, pues generaría una contingencia a su cliente y, la contraparte, al menos tendrá la tranquilidad de que será resarcido de los daños y perjuicios que se le pudiesen causar.<sup>169</sup>

Respecto de la información que se le tiene que proporcionar al tribunal arbitral en la solicitud de órdenes preliminares o medidas cautelares, la Ley Modelo establece dos supuestos distintos, dependiendo de si se trata de una orden preliminar o de una medida cautelar.

Cuando se trata de medidas cautelares, la Ley Modelo es muy clara al establecer que el tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que le informe, sin demora, sobre todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara u otorgara.<sup>170</sup> Lo que se

---

<sup>167</sup> De acuerdo con el Dr. González de Cossío, "una norma autoequilibrante es aquella que en su diseño contempla mecanismos (fácticos o jurídicos) que evitan el abuso del derecho que contemplan, aun sin la necesidad de llegar a la ejecución judicial coactiva del mismo", véase, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "El estado de derecho: un enfoque económico", México, editorial Porrúa, 2007.

<sup>168</sup> PODETTI, Ramiro, "Tratado de las Ejecuciones", Argentina, Ediar editores, 1952, p.314.

<sup>169</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2, p. 665.

<sup>170</sup> Consultar artículo 17F (1) de la Ley Modelo de UNCITRAL.

busca con este artículo es que una parte no se vea innecesariamente afectada por el otorgamiento de una medida cautelar. Así, cuando se trata de medidas cautelares, las partes no están obligadas a informar al tribunal arbitral sobre el cambio de circunstancias a menos de que el tribunal lo solicite. No se establece dicha obligación debido a que es evidente que si las circunstancias han cambiado y la medida cautelar ya no es necesaria, la parte afectada por la misma se lo informará al tribunal.

Sin embargo, el supuesto es otro cuando se trata del otorgamiento de órdenes preliminares. Con el ánimo de proteger a la parte afectada por la misma, la Ley Modelo le impone a la parte solicitante la obligación de informar al tribunal arbitral toda circunstancia que pueda ser relevante para la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar sobre si debe otorgar o mantener la orden. Asimismo, dicha parte está obligada a hacerlo en tanto que la parte objeto de la medida no haya tenido oportunidad de hacer valer sus derechos.<sup>171</sup> El sentido de esta norma es claro. En virtud de que la parte que se puede ver afectada por el otorgamiento de la orden preliminar no se encuentra en condiciones de defenderse, la parte que solicita dicha medida está obligada a informar todo al tribunal arbitral. Con esto se trata de aminorar el posible abuso de la parte que solicita el otorgamiento de la orden preliminar.

---

<sup>171</sup> Consultar artículo 17F (2) de la Ley Modelo de UNCITRAL.

En el mismo sentido de lograr un equilibrio entre la necesidad de que se otorgue una medida y el posible abuso en que puede incurrir el que la solicita, la Ley Modelo establece que el solicitante de una medida cautelar, o el peticionario de una orden preliminar, será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida o la orden.<sup>172</sup> En este contexto, a pesar de que únicamente se establece que se podrá condenar al pago de los daños y perjuicios en los casos en los que el tribunal arbitral determine posteriormente que no era necesario el otorgamiento de la medida cautelar, pareciera lógico que se encuentra comprendido en dicho supuesto el caso de que los términos en los que se otorgó la medida cautelar hayan sido más agresivos de lo necesario.

Finalmente, las disposiciones anteriores pueden servir de incentivo a las partes, a la hora de solicitar una medida cautelar o pedir el otorgamiento de una orden preliminar, para poner en una balanza la necesidad de la medida u orden y las consecuencias que dicha solicitud o petición pudieran tener y, con esto, evitar el abuso.

### **3.1.5 Reconocimiento y Ejecución de medidas cautelares**

#### *A. Antecedentes del artículo 17H de la Ley Modelo*

---

<sup>172</sup> Consultar artículo 17G de la Ley Modelo de UNCITRAL.

A lo largo del presente trabajo se ha hecho énfasis en que el tribunal arbitral carece de imperio para hacer cumplir sus propias resoluciones. No obstante, esta falta de poderes coercitivos se ve parcialmente compensada con la facultad del tribunal arbitral de hacer inferencias negativas o dictar una condena en costas. Por lo anterior, generalmente las resoluciones dictadas por un tribunal arbitral son cumplidas por las partes de forma voluntaria.<sup>173</sup>

Sin embargo, en el pasado, el problema de ejecución de las medidas cautelares era uno de los argumentos de mayor peso en contra del otorgamiento de las mismas.<sup>174</sup> Dicho problema radica en que en aquellos casos en los que la parte objeto de la medida se resistía a cumplir de forma voluntaria con las órdenes del tribunal arbitral, era difícil lograr la ejecución judicial de estas órdenes. Esto, debido a que aquellas leyes que contaban con un mecanismo de ejecución de laudos arbitrales, no eran aplicadas para la ejecución de medidas cautelares, en virtud de que se interpretaba que este mecanismo únicamente era aplicable para la ejecución de los laudos finales.<sup>175</sup>

Además de la incertidumbre ocasionada por la falta de sistemas en las leyes nacionales creados específicamente para la ejecución de medidas

---

<sup>173</sup> LEW, Julian M, et.al., *op.cit.*, nota 34, p.610 y "*Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General*", *op.cit.*, nota 16, párrafo 75.

<sup>174</sup> "*Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General*", *op.cit.*, nota 16, párrafo 73.

<sup>175</sup> LEW, Julian M, *et al.*, *op.cit.*, nota 34, p.610.

cautelares, se aunaba la incertidumbre ocasionada por la falta de un régimen universal de ejecución transfronteriza de medidas cautelares.<sup>176</sup>

Así, aunque algunos países contaran con un sistema de ejecución, esto era poco útil en casos en los que las medidas cautelares se debían ejecutar en un país distinto a aquel en el que se dictaba la medida. Lo anterior es de vital importancia debido a que en el arbitraje internacional generalmente el país sede del arbitraje no es el mismo país en donde las partes tienen bienes.<sup>177</sup> Por ende, aunque las partes escogieran como sede del arbitraje a un país en donde su regulación arbitral fuera de punta, esto resultaba infructuoso cuando se trataba de ejecutar esas medidas en el lugar en el que las partes tuvieran bienes.

Aunado a lo anterior, los reconocidos profesores de la universidad de *Queen Mary* (Londres, Reino Unido), Loukas Mistelis y Julian Lew, reconocen que el problema con la ejecución de las medidas cautelares dictadas en un país distinto a aquel en que deben ser ejecutadas, es que las leyes nacionales no establecen cuál será el tratamiento que se le dará a éstas cuando sean dictadas por un tribunal arbitral fuera de su jurisdicción.

---

<sup>176</sup> VEEDER, V.V., "The Need for Cross-border Enforcement of Interim Measures Ordered by a State Court in Support of the International Arbitral Process" en VAN DEN BERG, Jan (ed.), "New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond", ICCA Congress Series, Beijing, vol. 12, 2004, p.270.

<sup>177</sup> Como se mencionó en el primer capítulo de este trabajo, generalmente el país escogido por las partes como sede del arbitraje es un país "neutro", por lo que el domicilio de ninguna de ellas se encuentra dentro de la jurisdicción de dicho país y por ende, tampoco sus bienes. Para más información consultar "Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General", *op.cit.*, nota 16, párrafo 74.

Por todo lo anterior, el Grupo de Trabajo puso sobre la mesa la discusión respecto de si era necesario crear un instrumento internacional que ayudara a armonizar las legislaciones nacionales en materia de medidas cautelares.<sup>178</sup>

En un principio, éste consideró que tal vez no era conveniente crear dicho sistema porque se corría el riesgo de "judicializar" el proceso. Esto es, debido a que se estaría reconociendo judicialmente una resolución de un tribunal arbitral, sería necesario incorporar al proceso de ejecución ciertas disposiciones que evitaran la violación de garantías, como se hizo con el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.<sup>179</sup> Por ende, debido a que las partes de todos modos estarían sujetas a un proceso judicial para el reconocimiento de las medidas, tal vez era más conveniente no incluir un sistema de ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral y que las partes acudieran directamente a los jueces nacionales para solicitar medidas cautelares en lugar de acudir al tribunal arbitral para el otorgamiento de las mismas y después solicitar la ejecución ante las cortes locales. Sin embargo, la postura final del Grupo de Trabajo fue que a pesar de que el proceso de ejecución de garantías implicara acudir a un procedimiento judicial, seguía siendo más eficiente el que las partes solicitaran las medidas cautelares al tribunal arbitral, en lugar de a las cortes locales, debido a que el tribunal arbitral estaría familiarizado con el caso y, generalmente, tiene

---

<sup>178</sup> LEW, Julian M, *et al.*, *op.cit.*, nota 34, p.612.

<sup>179</sup> "*Possible future work in the area of international commercial arbitration, Note by the Secretariat*", *op.cit.*, nota 53, párrafo 118.

mayores conocimientos técnicos sobre el fondo de la disputa.<sup>180</sup> Además, las disposiciones que se incorporaran para la ejecución de las medidas cautelares no necesariamente debían ser tan rigurosas como las de la ejecución de los laudos arbitrales en virtud del carácter temporal de las medidas cautelares.<sup>181</sup>

En consecuencia, en 2006 se incorporó a la Ley Modelo un sistema aplicable en aquellos casos en los que una de las partes se resiste a cumplir con lo ordenado en una medida cautelar. La intención con este cambio es justamente incorporar un sistema de ejecución de medidas cautelares que pueda ser adoptado por las leyes nacionales y sea aplicable a medidas cautelares dictadas tanto dentro de la jurisdicción de las cortes locales como fuera.

#### *B. El reconocimiento y ejecución de medidas cautelares*

Acorde con lo anterior, el recién incorporado artículo 17H reconoce la posibilidad de ejecutar medidas cautelares, dictadas en cualquier país, mediante una solicitud a la corte local competente. Dicho artículo establece que toda medida cautelar, ordenada por un tribunal arbitral, se reconocerá como vinculante y podrá ser ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el juez competente, sin importar el estado en donde haya sido ordenada.

Debido a que el juez nacional, competente para ejecutar una medida cautelar, no tiene acceso a las resoluciones dictadas por el tribunal arbitral y

---

<sup>180</sup> *Ibidem*, párrafo 120.

<sup>181</sup> *Ibidem*, párrafo 118.

únicamente cuenta con la información proporcionada por las partes, dicho artículo establece la obligación, a la parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar, de informar sin demora al juez competente de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

Finalmente, el juez ante el cual se solicite el reconocimiento de la medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando en el otorgamiento de la medida cautelar el tribunal arbitral no se haya pronunciado sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros. Una vez más, el tema de la garantía cobra especial importancia en las modificaciones a la Ley Modelo. Esto nos habla de la intención de los redactores de crear un sistema equilibrado que permita hacer del arbitraje un mecanismo más efectivo.

### *C. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución*

Los motivos reconocidos en la Ley Modelo para negar el reconocimiento o la ejecución de las medidas cautelares hacen eco del mecanismo de ejecución mundial de laudos arbitrales. Además, se adicionan nuevas causales que son aplicables únicamente a las medidas cautelares debido a la naturaleza de las

mismas. Así, el juez nacional analiza el reconocimiento y la ejecución de la medida de la cual se solicita su ejecución, bajo dos estándares distintos:<sup>182</sup>

- i. cuestiones relacionadas con la medida misma; y
- ii. cuestiones relacionadas con el procedimiento arbitral.

En cuanto a los temas relacionados con el procedimiento arbitral, podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar cuando exista alguno de los supuestos para negar la ejecución de un laudo arbitral. Dichos supuestos son:<sup>183</sup>

- i. que una de las partes en el acuerdo arbitral hubiera estado afectada por alguna incapacidad o si el acuerdo no es válido de acuerdo con las leyes aplicables; o
- ii. que la parte contra la cual se invoca la medida no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o que no haya podido hacer valer sus derechos; o
- iii. que la medida cautelar se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje; o

---

<sup>182</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Medidas urgentes y ordenes preliminares en arbitraje: dos nuevas y efectivas herramientas procesales", en URIBARRI CARPINTEIRO, Gonzalo (coord.), *op.cit.*, nota 80, p.193.

<sup>183</sup> Ver incisos i), ii), iii) y iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo de UNCITRAL.

- iv. que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o a la *lex arbitri*; o
- v. que según la ley del estado en donde se busca la ejecución, el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje; o
- vi. que sea contraria al orden público de ese estado.

Asimismo, dentro de las causales aplicables exclusivamente a las medidas cautelares se encuentran, (i) que no se haya cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada o (ii) que la medida cautelar haya sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral.

En el supuesto de que el juez competente considere que la medida cautelar es incompatible con las facultades que le confiere la ley nacional, éste podrá reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar. Lo anterior siempre que no se modifique el contenido de la misma.<sup>184</sup>

Un aspecto muy importante del artículo 17I es que el juez local, ante el cual se solicite el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar, no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la misma. El objetivo de esta disposición es evitar que las cortes locales puedan

---

<sup>184</sup> Consultar artículo 17I(1)(b)(i) de la Ley Modelo de UNCITRAL.

hacer revisiones de fondo respecto de la solicitud de medidas cautelares y de la decisión del tribunal arbitral. Esto propicia que el procedimiento de reconocimiento y ejecución sea expedito y refuerza la autoridad del tribunal arbitral.<sup>185</sup>

En conclusión, debido a que la ejecución de las medidas cautelares invoca los mismos estándares que la ejecución de un laudo arbitral, rigen los mismos principios:<sup>186</sup>

- i. Presunción de validez de la medida cautelar;
- ii. Alto nivel de deferencia a la decisión del tribunal arbitral;
- iii. Bajo nivel de revisión por parte de los tribunales estatales;
- iv. Carga de la prueba a cargo de quien resiste el reconocimiento y ejecución de la medida precautoria;
- v. Discreción del juez local de reconocer y ejecutar la medida cautelar aún en presencia de una causal para no hacerlo.

---

<sup>185</sup> MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, *op.cit.*, nota 129, p.20.

<sup>186</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Medidas urgentes y ordenes preliminares en arbitraje: dos nuevas y efectivas herramientas procesales", en URIBARRI CARPINTEIRO, Gonzalo (coord.), *op.cit.*, nota 80, p.194.

### 3.1.6 Medidas cautelares dictadas por las cortes locales en asistencia al procedimiento arbitral

De acuerdo con el artículo 9<sup>187</sup> de la Ley Modelo<sup>188</sup>, existe jurisdicción concurrente entre el tribunal arbitral y el juez local para emitir medidas cautelares en relación con un procedimiento arbitral.

Lo anterior significa que:

- i. el tribunal arbitral tiene jurisdicción para emitir medidas cautelares;
- ii. las partes pueden solicitar de los jueces nacionales la emisión de medidas cautelares no obstante la existencia de un acuerdo arbitral; y
- iii. la solicitud de medidas cautelares presentada ante un juez no constituye una renuncia al derecho a arbitrar.<sup>189</sup>

De lo anterior es importante distinguir dos momentos procesales importantes en los cuales se pueden solicitar medidas cautelares ante el juez local:

Primero, antes de que se constituya el tribunal arbitral. Debido a que el tribunal arbitral aún no ha sido constituido, es necesario que las partes estén

---

<sup>187</sup> Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares por el tribunal: "No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas".

<sup>188</sup> Este artículo es parte de la versión original de la Ley Modelo (1985) y no fue modificado durante las enmiendas de 2006.

<sup>189</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "El arbitraje y judicatura", en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (coord.), *op.cit.*, nota 85, p. 107-108.

posibilitadas para recurrir al juez local.<sup>190</sup> De lo contrario, se estaría privando a las partes de la posibilidad de evitar que se les cause un daño irreparable.

Segundo, durante el procedimiento arbitral. Este momento tiene lugar desde que se constituye el tribunal arbitral hasta antes de que se dicte el laudo que dirima la controversia. Dicha facultad, que a primera impresión pudiese resultar contradictoria, tiene su origen en un estudio que los redactores de la Convención de Nueva York realizaron sobre las decisiones judiciales, dictadas al amparo de dicha convención, en relación con la posibilidad de que tribunales estatales emitieran medidas cautelares no obstante la existencia de un acuerdo arbitral.<sup>191</sup> El estudio demostró que existía falta de uniformidad al respecto, ya que mientras algunas cortes locales se rehusaban a dictar dichas medidas debido a que creían que entorpecían el procedimiento arbitral, otros tribunales las emitían con base en la noción de que lejos de obstruir el procedimiento arbitral, ayudaban a garantizar que el eventual laudo fuera ejecutable.<sup>192</sup>

---

<sup>190</sup> *"Preparation of uniform provisions on interim measures of protection, Note by the Secretariat"*, *op.cit.*, nota 84, párrafo 8.

<sup>191</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "El arbitraje y judicatura", en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (coord.), *op.cit.*, nota 85, p. 109.

<sup>192</sup> *"Report of the Secretary-General: study on the application and interpretation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Nueva York, 1958)"*, UN Doc. A/CN.9/168, 20 de abril de 1979, párrafo 29.

Con base en lo anterior, los redactores de la Ley Modelo decidieron dejar claro que la emisión de medidas cautelares por cortes locales era compatible con el arbitraje.<sup>193</sup>

Así, antes de las enmiendas de 2006, la Ley Modelo permitía expresamente que las cortes locales dictaran medidas cautelares antes o durante el procedimiento arbitral como asistencia judicial. Sin embargo, no era claro qué sucedía en caso de que el juez ante el cual se solicitara el otorgamiento de la medida cautelar, no fuera del lugar del arbitraje. Es por esto que se decidió esclarecer el tema de competencia de cortes locales para dictar medidas cautelares en asistencia a un procedimiento arbitral extranjero.<sup>194</sup>

Debido a que el tema de otorgamiento de medidas cautelares por cortes locales involucra, en gran medida, a las leyes procesales de cada país, era necesario asegurar la efectividad de las enmiendas que se realizaran a la Ley Modelo.<sup>195</sup> Por lo anterior, se decidió que las enmiendas se debían realizar sobre una base empírica que se obtendría contactando a los gobiernos de los distintos países y a las instituciones arbitrales. Así, la Secretaría envió un cuestionario a los gobiernos de los países miembros de UNCITRAL para saber cuáles eran las facultades de las cortes locales en los distintos países y qué tratamiento se le

---

<sup>193</sup> HOLTZMANN, Howard M. y NEUHAUS, Joseph E., *"A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Legislative History and Commentary"*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p.332.

<sup>194</sup> *"Preparation of uniform provisions on interim measures of protection, Note by the Secretariat"*, op.cit., nota 84, párrafo 8.

<sup>195</sup> *Ibidem*, párrafo 11.

daba a las solicitudes de medidas cautelares presentadas ante sus cortes locales.<sup>196</sup>

De acuerdo con los resultados obtenidos, se decidió incluir el texto del artículo 17J<sup>197</sup> a la Ley Modelo. Dentro de los aspectos más importantes de dicho artículo encontramos que la solicitud de medidas cautelares puede ser presentada ante el juez del lugar del arbitraje o ante cualquier otro juez que tenga jurisdicción en el lugar en el que se pretenden ejecutar dichas medidas.<sup>198</sup> Asimismo, se establece que el juez local aplicará sus propios procedimientos pero deberá tener en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.

Aunque, a primera vista pareciera que el artículo 9 y el actual artículo 17J son repetitivos, la clara diferencia entre uno y otro es que el primero aclara que el solicitar una medida cautelar ante un juez local no es inconsistente con el arbitraje, mientras que el segundo, faculta expresamente a los jueces nacionales para dictar medidas cautelares en asistencia a dicho mecanismo de solución de controversias.<sup>199</sup>

---

<sup>196</sup> *Ibidem*, párrafo 12.

<sup>197</sup> Artículo 17J. Medidas cautelares dictadas por el tribunal.- *"El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional."*

<sup>198</sup> BREKOULAKIS, Stravos L. y SHORE, Laurence, "UNCITRAL Model Law, Chapter IV.A, Section 5, Article 17J" en MISTELIS, Loukas A (ed.), "Concise International Arbitration", *op.cit.*, nota 133, p.623.

<sup>199</sup> MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, *op.cit.*, nota 129, p.22.

En cuanto al deber de los jueces nacionales de tomar en cuenta los rasgos distintivos del arbitraje internacional, la Ley Modelo no establece cuáles son estos rasgos distintivos, por lo que quedará sujeto a la interpretación de los jueces. Es probable que la intención de esta disposición sea evitar la interferencia de los jueces en el procedimiento arbitral y únicamente limitarse a asistir en el mismo. Sin embargo, esta es sólo una posible interpretación, ya que de la redacción de dicho precepto no se desprende claramente la intención del Grupo de Trabajo.<sup>200</sup>

Finalmente, distintos jueces en el mundo han resuelto que aunque existe competencia concurrente entre los jueces nacionales y tribunales arbitrales para ordenar medidas cautelares, esta competencia no debe ser utilizada de forma paralela.<sup>201</sup> Lo anterior en virtud de que los procedimientos paralelos deben ser evitados a toda costa para evitar entorpecer el procedimiento arbitral. Además, dichos jueces han interpretado que la competencia de las cortes locales para dictar medidas cautelares es únicamente para facilitar el procedimiento y no para sustituir a los tribunales arbitrales, por lo que las solicitudes de medidas cautelares deben ser presentadas ante los jueces nacionales sólo en casos excepcionales.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> *Idem.*

<sup>201</sup> *Leviathan Shipping Co. v. Sky Sailing Overseas Co.*, Court of First Instance, Hong Kong, 18 August 1998, 4 HKC 347; *Sri Kirshan v. Anad*, Delhi High Court, India, 18 August 2009, OMP No. 597/2008; y *Sensation Yachts Ltd. v. Darby Maritime Ltd.*, Auckland High Court, New Zealand, 16 May 2005, referidos en *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>

<sup>202</sup> *Idem.*

### **3.1.7 Comentarios finales sobre las enmiendas de 2006 a la Ley Modelo de UNCITRAL**

El objetivo de las enmiendas fue modernizar la Ley Modelo para que estuviera a la altura de las necesidades del momento. Así, a pesar del poco tiempo que tienen las enmiendas, éstas han sido adoptadas por un número importante de países que necesitaban que su ley arbitral fuera acorde con las necesidades del mundo comercial de la época. De acuerdo con los datos de UNCITRAL, la Ley Modelo, con las enmiendas de 2006, ha sido adoptada en 12 estados.<sup>203</sup> Lo cual refleja la gran aprobación internacional que han tenido las mismas.

### **3.2 Las medidas cautelares en la Ley Arbitral Mexicana**

Una vez que se ha hecho el estudio sobre la regulación de las medidas cautelares en el ámbito internacional, es importante enfocar el análisis en lo dispuesto por la Ley Arbitral Mexicana. Como se mencionó con anterioridad, el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio es la Ley Arbitral Mexicana. Dicha Ley es una copia, prácticamente idéntica, de la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985.<sup>204</sup> En la presente sección se analizarán las diferencias con la Ley Modelo en el tema que nos ocupa y se hará un enfoque en los aspectos

---

<sup>203</sup> Consultar [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)

<sup>204</sup> Salvo por dos artículos incorporados en 2011, México no ha incorporado las enmiendas de 2006.

particulares del sistema judicial mexicano en relación con el otorgamiento y ejecución de medidas cautelares como asistencia al procedimiento arbitral.

### **3.2.1 Distinción entre medidas cautelares y providencias precautorias dictadas en el marco del procedimiento arbitral**

La Ley Arbitral Mexicana, al hacer referencia a las medidas cautelares, les da un nombre distinto dependiendo de cuál sea el órgano que las dicte. Así, de acuerdo con dicho ordenamiento, las 'medidas cautelares' son las que se solicitan al juez competente antes o durante el procedimiento arbitral<sup>205</sup>, mientras que las 'providencias precautorias'<sup>206</sup> se solicitan directamente al tribunal arbitral.

Asimismo de acuerdo con Emilio González de Castilla, la distinción entre éstas radica en que las primeras parecen no tener limitación alguna en cuanto a su contenido, mientras que las segundas parecen estar limitadas al objeto del litigio, lo cual dejaría fuera a las providencias necesarias para preservar elementos de prueba o asegurar la eventual ejecución del laudo.

Sin embargo, el Dr. González de Castilla reconoce que, aunque el Código de Comercio pareciera distinguirlas en cuanto a sus límites, dicha interpretación de las facultades del tribunal arbitral para dictar providencias precautorias es errónea, ya que la intención de los redactores de la Ley Modelo nunca fue reducir

---

<sup>205</sup> Consultar el artículo 1425 del Código de Comercio.

<sup>206</sup> Consultar el artículo 1433 del Código de Comercio.

la facultades del tribunal para dictar las medidas necesarias respecto del -objeto- en litigio, por lo que la interpretación reduccionista del ámbito de aplicación de las providencias precautorias no debe prevalecer.<sup>207</sup>

En este sentido, debido a que su aplicación práctica es la misma, ninguna tiene limitación alguna en cuanto a su contenido, en la presente sección se le dará el tratamiento de 'medidas cautelares' a ambas, las dictadas por las cortes locales y las dictadas por el tribunal arbitral.

### **3.2.2 Facultad del Tribunal Arbitral para dictar medidas cautelares**

Como se mencionó anteriormente, la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares puede surgir de la voluntad de las partes o de la ley aplicable. En este sentido, cuando la ley aplicable sea la Ley Arbitral Mexicana, el tribunal arbitral estará facultado para dictar medidas cautelares a pesar de que las partes no lo hayan expresado así en el acuerdo arbitral.<sup>208</sup> Dicha facultad se encuentra en el artículo 1433, el cual fue copiado del artículo 17 de la Ley Modelo de 1985 y establece lo siguiente:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar la adopción de las providencias precautorias necesarias respecto del objeto de litigio. El tribunal arbitral

---

<sup>207</sup> Sobre el concepto de medidas cautelares, GONZÁLEZ DE CASTILLA, Emilio, "Medidas Cautelares", en FLORES RUEDA, Cecilia, *op.cit.*, nota 53, p. 196.

<sup>208</sup> Es importante tomar en cuenta que el Reglamento de Arbitraje escogido por las partes se considera parte del acuerdo arbitral. En este sentido, la mayoría de los Reglamentos de Arbitraje reconocen la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares.

podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía suficiente en relación con esas medidas.

Debido a que México no ha incorporado todos los cambios de 2006 al artículo 17 de la Ley Modelo, las carencias de la Ley Arbitral Mexicana son las mismas que se discutieron en la sección de este trabajo relativa a las deficiencias del artículo 17 de la Ley Modelo de 1985.

### **3.2.3 Facultad del juez para dictar medidas cautelares en asistencia al procedimiento arbitral**

En el mismo sentido que la Ley Modelo, el artículo 1425, tomado del artículo 9 de la Ley Modelo de UNCITRAL, 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.

Conforme a lo anterior, la existencia de un acuerdo arbitral, y la atribución de jurisdicción para resolver la controversia que ello conlleva, no impide que las partes acudan, de forma excepcional, a solicitar la medida cautelar de los jueces mexicanos. Es decir, la posibilidad de solicitar una medida cautelar de un juez local o federal puede entenderse como una excepción a la regla general en arbitraje: todas las controversias y, por ende los aspectos relacionados con las mismas, que surjan de una relación jurídica sujeta a un acuerdo arbitral, serían resueltas mediante arbitraje, quedando las cortes locales y federales (que, de no

haber un acuerdo arbitral serían competentes) sin competencia para ventilar una controversia derivada de la relación jurídica citada.<sup>209</sup>

Las razones de lo anterior son obvias: las partes no deben verse privadas de la posibilidad de solicitar medidas cautelares urgentes por el simple hecho de haber escogido el arbitraje como medio para la resolución de sus conflictos y, en aquellos casos en los que se trata de medidas urgentes previas a la constitución del tribunal arbitral, debido a que éste es inexistente, no hay manera de solicitarlas ante éste.

El artículo 1425 también establece, expresamente, que un juez mexicano puede emitir medidas cautelares durante el procedimiento arbitral. En este sentido, la excepción antes mencionada no es aplicable únicamente en aquellos casos en los que las partes se ven en la necesidad de solicitar medidas cautelares ante un juez mexicano debido a la inexistencia de un tribunal arbitral, sino que también en aquellos casos en los que ya exista un tribunal arbitral y se esté tramitando el procedimiento arbitral.

Sin embargo, del artículo 1425 no se desprenden los requisitos que deberá exigir el juez mexicano para decidir si son procedentes las medidas cautelares. Asimismo, dicho artículo no establece qué medidas cautelares pueden emitirse.

---

<sup>209</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2, p. 682.

No obstante, lo que sí es claro es que dicha facultad de los jueces mexicanos no está limitada a medida alguna.<sup>210</sup> Esto es apoyado por el artículo 1478, el cual confirma que el juez tendrá "plena discreción" para adoptar las medidas precautorias en apoyo al arbitraje.

La relevancia del artículo 1478 radica en que, antes de que éste se incluyera a la Ley Arbitral Mexicana,<sup>211</sup> existía el debate respecto del alcance de las medidas cautelares que podía otorgar un juez mexicano en apoyo a un procedimiento arbitral, ya que en procesos mercantiles sólo se cuenta con dos: arraigo y embargo precautorio.<sup>212</sup> Gracias a la inclusión del artículo 1478 se reconoce que los procesos sofisticados (como el arbitraje) pueden requerir medidas cautelares sofisticadas. Por lo que se ha esclarecido la interpretación que algunos sugerían<sup>213</sup> del artículo 1425: que se entendiera que la limitante indicada se ceñía a juicios mercantiles bajo los primeros tres títulos del Libro Quinto del Código de Comercio, pero no era aplicable al Título Cuarto, debido a que se trata de un procedimiento distinto. Así, cuando se trate de arbitraje, el juez nacional

---

<sup>210</sup> Sobre el concepto de medidas cautelares, GONZÁLEZ DE CASTILLA, Emilio, "Medidas Cautelares", en FLORES RUEDA, Cecilia, *op.cit.*, nota 53, p. 196.

<sup>211</sup> Reforma al Código de Comercio publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2011.

<sup>212</sup> Consultar el artículo 1171 del Código de Comercio.

<sup>213</sup> Sobre el concepto de medidas cautelares, GONZÁLEZ DE CASTILLA, Emilio, "Medidas Cautelares", en FLORES RUEDA, Cecilia, *op.cit.*, nota 53, p. 196.

podrá emitir cualesquiera medidas cautelares que sean adecuadas dadas las circunstancias de cada caso.<sup>214</sup>

### **3.2.4 Ejecución judicial de las medidas cautelares**

El 27 de enero de 2011 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación diversas reformas al Código de Comercio. Dentro de estas reformas, se hicieron enmiendas enfocadas a la ejecución de medidas cautelares. Antes, la Ley Arbitral Mexicana seguía la misma línea que la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985, no establecía ningún régimen de ejecución de medidas cautelares. Lo anterior se prestaba a mucha confusión respecto de la vía en que podía solicitarse o ejecutarse la medida cautelar en cuestión.

Debido a las lagunas que existían al respecto y gracias a las enmiendas de 2006 a la Ley Modelo, en México se consideró el incorporar un sistema de ejecución de medidas cautelares que fuera de vanguardia y acorde con los estándares internacionales.

En este tenor, la reforma toma el vanguardista paso de permitir la ejecución judicial de las medidas cautelares emitidas por tribunales arbitrales. Esta idea es tomada de los artículos 17H y 17I de la Ley Modelo de UNCITRAL.<sup>215</sup> La inclusión,

---

<sup>214</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "La modificación a derecho arbitral mexicano-un comentario", Revista Derecho Privado, Cuarta Época, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, No.1, Enero-Junio, pp. 295-296

<sup>215</sup> Ver la sección 1.5 del presente capítulo.

en la Ley Arbitral Mexicana, de un sistema de ejecución de medidas cautelares, no sólo sitúa al derecho arbitral mexicano como una jurisdicción de vanguardia, sino que además corrige la única desventaja de obtener medidas cautelares de tribunales arbitrales: su incoercibilidad judicial.<sup>216</sup>

La reforma no aborda la cuestión de forma respecto de cómo debe ser emitida la medida cautelar. Sin embargo, dado que se ejecutará como una resolución judicial, hay quienes han adoptado la postura de que las medidas cautelares deben ser emitidas mediante un laudo. Para el Dr. González de Cossío, emitir una medida cautelar mediante un laudo es más correcto en lo técnico, sin embargo, menos útil en la práctica. No obstante, debido a que la reforma no establece requisitos de forma, es justo creer que se pueden emitir medidas cautelares mediante órdenes procesales, sin restar su ejecutabilidad.

#### *A. Juicio Especial sobre transacciones comerciales y arbitraje*

Como parte de este nuevo régimen para permitir la ejecución judicial de las medidas cautelares, se crea un juicio especial sumario. Dicho juicio es aplicable para los siguientes casos:

1. Recurrir la resolución de recusación de un árbitro;<sup>217</sup>
2. Recurrir la resolución sobre competencia del tribunal arbitral;<sup>218</sup>

---

<sup>216</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, op.cit., nota 214, p. 296

<sup>217</sup> Artículo 1470, fracción I, del Código de Comercio.

<sup>218</sup> Artículo 1470, fracción II, del Código de Comercio.

3. Adoptar medidas cautelares judiciales en apoyo al arbitraje;<sup>219</sup>
4. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares emitidas por un tribunal arbitral;<sup>220</sup>
5. Nulidad de transacciones comerciales;<sup>221</sup>
6. Nulidad de laudos arbitrales;<sup>222</sup>
7. Ejecución de laudos arbitrales.<sup>223</sup>

Este juicio sumario recibe el nombre de "juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje" y se trata de un régimen claro que permite que la asistencia judicial sea expedita.

En este contexto, cuando en México se pretenda solicitar el otorgamiento de medidas cautelares en apoyo al arbitraje o el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares emitidas por un tribunal arbitral, el procedimiento que se deberá seguir es el siguiente.

Se deberá presentar la demanda ante el juez competente.<sup>224</sup> Una vez admitida la demanda, el juez ordenará emplazar a la parte demandada para que,

---

<sup>219</sup> Artículo 1470, fracción III, del Código de Comercio.

<sup>220</sup> Artículo 1470, fracción IV, del Código de Comercio.

<sup>221</sup> Artículo 1470, fracción V, del Código de Comercio.

<sup>222</sup> Artículo 1470, fracción V, del Código de Comercio.

<sup>223</sup> Artículo 1471 del Código de Comercio.

<sup>224</sup> De acuerdo con el artículo 104, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en las controversias del orden mercantil en las que sólo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común o los tribunales de la

(Cont'd on following page)

en un término de quince días, manifieste lo que a su derecho convenga.<sup>225</sup> Transcurrido el término para contestar la demanda, y en caso de que éstas no hayan ofrecido pruebas o el juez no las considere necesarias, se citará a las partes para que dentro de los tres días siguientes se lleve a cabo la audiencia de alegatos, concurran o no las partes.<sup>226</sup> Si éstas promovieron pruebas y el juez las considera necesarias, se abrirá un periodo probatorio de diez días previos a la audiencia.<sup>227</sup> Una vez celebrada la audiencia, el juez citará a las partes para oír sentencia.

Es importante mencionar que las resoluciones dictadas durante este juicio especial y la sentencia que lo resuelva no serán recurribles.<sup>228</sup> La intención de esto es clara. Uno de los principales beneficios del arbitraje es que las resoluciones dictadas durante el mismo y sobre todo, el laudo final, no admiten apelación. Por ende, sería contrario al arbitraje el que las resoluciones dictadas en apoyo al mismo fueran recurribles. Así, en este ánimo de hacer eficiente el apoyo judicial es que se creó un juicio sumario que permitiera dar apoyo al arbitraje conservando las características de eficiencia y expedites que lo distinguen.

---

(Cont'd from preceding page)

federación. Por ende, el juez competente para conocer del juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje puede ser federal o del fuero común.

<sup>225</sup> Artículo 1473 del Código de Comercio.

<sup>226</sup> Artículo 1474 del Código de Comercio.

<sup>227</sup> Artículo 1475 del Código de Comercio.

<sup>228</sup> Artículo 1476 del Código de Comercio.

### 3.2.5 Responsabilidad del Tribunal Arbitral derivada del otorgamiento de medidas cautelares

A pesar de que las reformas de 2011 a la Ley Arbitral Mexicana son en su mayoría benéficas para el arbitraje, en la recta final de la aprobación legislativa de la reforma en comento, se incluyó la siguiente frase al final de artículo 1480: "De toda medida cautelar queda responsable el que la pide, así como el tribunal arbitral que la dicta, por consiguiente son de su cargo los daños y perjuicios que se causen".

Esta disposición es consecuencia de la creatividad de los legisladores mexicanos, ya que no se encuentra contenida en la Ley Modelo y a todas luces cuestionable.

Al respecto, el Dr. González de Cossío es de la opinión que añadir una regla de responsabilidad como se hizo, es el equivalente jurídico de remachar precipitadamente una maquinaria suiza cuidadosamente calibrada.<sup>229</sup>

Para poder llegar a una conclusión respecto de su utilidad práctica, es necesario hacer un estudio jurídico de dicha regla. Así, se puede empezar por establecer que se trata de un tema de responsabilidad civil subjetiva. Al respecto, el Código Civil Federal señala que el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres, cause daño a otro, está obligado a repararlo.<sup>230</sup> Asimismo, dicho

---

<sup>229</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 214, p. 297.

<sup>230</sup> Artículo 1910 del Código Civil Federal.

código establece que la responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en los que la ley disponga expresamente otra cosa.<sup>231</sup> En el mismo sentido, la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones y la renuncia de hacerla efectiva es nula.<sup>232</sup> Por ende, en aquellos casos en los que existe responsabilidad civil, las partes están en todo su derecho de limitarla o renunciar a ella, salvo que dicha responsabilidad sea procedente del dolo.

En este tenor, varios reglamentos de arbitraje establecen que las partes renuncian a cualquier reclamación contra los árbitros por responsabilidad derivada de sus actuaciones y decisiones durante el procedimiento arbitral. A continuación se señalan algunos ejemplos:

A). Reglamento UNCITRAL, Artículo 16:

Salvo en caso de falta intencional, en la máxima medida que permita la ley aplicable, las partes renuncian a cualquier reclamación contra los árbitros, la autoridad nominadora y cualquier otra persona designada por el tribunal arbitral por actos u omisiones relacionadas con el arbitraje.

B). Reglamento CCI, Artículo 40:

Los árbitros, cualquier persona nombrada por el tribunal arbitral, el árbitro de emergencia, la Corte y sus miembros, la CCI y sus empleados, y los Comités Nacionales y Grupos CCI y sus empleados y representantes no serán responsables, frente a persona alguna, de hechos actos u omisiones relacionados con el arbitraje, excepto en la medida en que dicha limitación de responsabilidad sea prohibida por la ley aplicable.

---

<sup>231</sup> Artículo 2117 del Código Civil Federal.

<sup>232</sup> Artículo 2107 del Código Civil Federal.

C). Reglamento ICDR, Artículo 35:

Los miembros del tribunal y el administrador no serán responsables ante ninguna parte por cualesquiera actos u omisiones relacionados con el arbitraje conducido conforme a este Reglamento, salvo que puedan ser responsables por las consecuencias de su actuación incorrecta, consciente y deliberada.

D). Reglamento CAM, Artículo 43:

Los árbitros, el CAM, su Consejo General, Secretario General y los miembros de la Secretaría no serán responsables frente a persona alguna por acto u omisión alguno relacionado con un procedimiento arbitral conducido bajo sus auspicios.

E). Reglamento LCIA, Artículo 31:

Ningún miembro de la LCIA, de la Corte de la LCIA (incluidos su Presidente, Vicepresidente y miembros individuales), su Secretario o Secretario en funciones, árbitro o perito del Tribunal Arbitral serán responsables ante ninguna parte de acto u omisión alguna surgida de un arbitraje instruido al amparo de este Reglamento, salvo que la parte afectada demuestre que dicho acto u omisión constituyen un acto ilegal, consciente y deliberadamente cometido por el Organismo o persona que dicha parte estime responsable.[...]

En este contexto, de acuerdo con el Código Civil Federal, sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros.<sup>233</sup> Así mismo, dicha

---

<sup>233</sup> Artículo 6 del Código Civil Federal.

renuncia debe hacerse en términos claros y precisos de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.<sup>234</sup>

Derivado de lo anterior, es válido concluir que las partes, al acordar la aplicación de un reglamento de arbitraje, están asumiendo los derechos y renunciaciones derivados del mismo. Por ende, si dicho reglamento establece de forma clara que las partes renuncian a cualquier reclamación en contra del tribunal arbitral, esta renuncia es válida siempre que sea clara y precisa y no afecte derechos de terceros.

En conclusión, la disposición incluida al final del artículo 1480 no cambia el régimen de responsabilidad de los árbitros en aquellos casos en los que las partes escojan un reglamento institucional que incluya una renuncia de las partes respecto de la responsabilidad de los árbitros. Así, la correcta interpretación del párrafo en comento, no puede sino concluir que sólo si el tribunal arbitral incurre en actos ilícitos derivados del dolo al dictar una medida provisional, éste podría ser responsable por dichos daños.

### **3.3 Las medidas cautelares en el Reglamento de la CCI**

Debido a que ya se ha hecho el estudio de la regulación de las medidas cautelares a nivel internacional y a nivel nacional, es necesario hacer el estudio del acuerdo de las partes, o sea, los reglamentos institucionales.

---

<sup>234</sup> Artículo 7 del Código Civil Federal.

En la presente sección se enfocará el estudio a las medidas cautelares bajo el Reglamento CCI el cual entró en vigor el 1 de enero de 2012.

El carácter universal de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, expresado tanto desde el punto de vista geográfico por los países que abarca, como de las materias litigiosas que se le someten y el prestigio adquirido<sup>235</sup>, explica el por qué del éxito de su Reglamento, el cual se ha convertido en obligado referente como mecanismo de resolución de controversias en comercio internacional.<sup>236</sup>

Además, una encuesta realizada, a instituciones arbitrales y árbitros, en materia de medidas cautelares solicitadas a los tribunales arbitrales, reflejó que la institución arbitral que recibe el mayor número de solicitudes de medidas cautelares es la CCI.<sup>237</sup>

### **3.3.1 Aspectos generales de las medidas cautelares bajo el Reglamento CCI**

El artículo 28 del Reglamento CCI establece que salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas y desde el momento en el que se le entregue el expediente, ordenar cualesquiera medidas

---

<sup>235</sup> CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHAN, José Fernando, "Tratado de arbitraje privado interno e internacional", Madrid, Editorial Civitas, 2° ed., 1991, p.560.

<sup>236</sup> LÓPEZ DE ARGUMEDO P., Álvaro y GONZÁLEZ ARANGO, "El nuevo reglamento de arbitraje de la CCI: Hacia un arbitraje más eficiente y menos costoso", en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel y ARIAS, David (ed.), Revista del Club Español del Arbitraje, España, Wolters Kluwer España, 2012, vol.2012, no. 13, p.21.

<sup>237</sup> HÓBER, Kaj, "*Interim Measures by Arbitrators*", en VAN DEN BERG, Albert Jan, *op.cit.*, nota 63, p.742.

cautelares que considere pertinentes. Asimismo, dicho artículo establece que el tribunal arbitral podrá subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por parte de quien las solicite. Finalmente, las medidas deberán ser otorgadas mediante una orden motivada o un laudo, a juicio del tribunal arbitral.

Adicionalmente, en el artículo 29 de dicho reglamento, se reconoce el derecho de las partes a recurrir a los jueces nacionales para solicitar el otorgamiento de medidas cautelares, sin que esto constituya una renuncia de su derecho a someter la disputa a arbitraje.

Este derecho, ampliamente reconocido en los distintos cuerpos normativos, se incorporó en el Reglamento CCI para aquellos casos en los que, por ejemplo, la ley de arbitraje aplicable no permite que el tribunal arbitral dicte medidas cautelares; o cuando la medida cautelar solicitada implica el cumplimiento de un tercero; o cuando las leyes locales no reconocen que las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral puedan ser ejecutadas por las cortes locales; o cuando es necesario que la orden se dicte sin el conocimiento de la otra parte.<sup>238</sup>

Así, en atención a que el Reglamento es utilizado en arbitrajes gobernados por distintas leyes nacionales, era necesario que éste considerara las distintas condiciones impuestas por la gran diversidad de leyes nacionales y no limitara los derechos de las partes para acudir a los jueces nacionales.

---

<sup>238</sup> GRIERSON, Jacob y HOOFT VAN, Annet, *"Part IV: Procedure Before the Arbitral Tribunal, Chapter 17: Interim Measures Applications"* en *"Arbitrating under the 2012 ICC Rules"*, Holanda, Kluwer Law International, 2012, pp.158-159.

### **3.3.2 Conveniencia de otorgar una medida cautelar en una Orden Procesal**

Como ya se ha mencionado a lo largo de este trabajo, de acuerdo con la Ley Arbitral Mexicana, la Ley Modelo de UNCITRAL y la mayoría de los reglamentos de las instituciones arbitrales, las medidas cautelares pueden ser otorgadas en forma de laudo arbitral u orden procesal.

Aunque a primera vista pareciera ser irrelevante la forma como es otorgada una medida cautelar, siempre que sea por escrito, lo cierto es que existen ciertas distinciones prácticas en cuanto a su otorgamiento como orden procesal o laudo parcial.

De acuerdo con el artículo 33 de dicho reglamento, antes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte, la cual podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia.

El requisito antes mencionado es fundamental cuando se trata de medidas que deben ser dictadas con urgencia. Debido a que el laudo, ya sea parcial o final, debe ser revisado por la Corte de la CCI, aquel que ordena medidas cautelares no puede ser dictado con la inmediatez que las circunstancias ameritan. Asimismo, en el caso de las órdenes procesales, el Reglamento CCI no establece ningún requisito de revisión. Por lo que, al dictar una medida cautelar, es importante tomar en cuenta el nivel de emergencia para dictar la misma.

Por otro lado, es importante estudiar la conveniencia de que dichas medidas sean otorgadas en un laudo parcial, en el caso de que se busque su reconocimiento y ejecución ante los jueces nacionales. Debido a que las órdenes procesales únicamente son resoluciones procedimentales y por ende no ejecutables, es posible que un juez local se niegue a reconocer y ejecutar medidas cautelares otorgadas en una orden procesal y no en un laudo parcial. Además, el otorgar una medida cautelar en un laudo parcial ofrece el beneficio de que existe la posibilidad de que sea ejecutado conforme a las disposiciones de la Convención de Nueva York.<sup>239</sup> La cual, como ya se estudió, elimina el requisito de homologación de los laudos arbitrales. Esto, a todas luces, reduce el tiempo que puede tomar la ejecución de un laudo arbitral.

En consecuencia, la conveniencia de ordenar una medida cautelar en forma de laudo parcial u orden procesal radica en la necesidad de las partes. Si la parte que necesita el otorgamiento de medidas cautelares, requiere que se dicte la medida con urgencia, es aconsejable que dicha medida sea otorgada en una orden procesal. Sin embargo, si la urgencia es suficiente como para no poder esperar a que se dicte el laudo final, pero no la suficiente para que sea necesario que dicte la orden procesal inmediatamente, y, si además, es posible que la parte solicitante se vea en la necesidad de solicitar asistencia judicial para el

---

<sup>239</sup> Ver nota al pie no. 53 de este trabajo en relación con las distintas posturas respecto de la ejecución de laudos parciales bajo la Convención de Nueva York.

reconocimiento de la medida cautelar, es aconsejable que ésta sea dictada en forma de laudo parcial, para evitar posibles futuros obstáculos en su ejecución.

En lo que hace a la práctica, de acuerdo con una encuesta realizada en 2006 por el experto en arbitraje Kaj Hóber, en la mayoría de los casos las medidas cautelares son dictadas en órdenes procesales.<sup>240</sup>

### **3.3.3 Medidas cautelares y el Árbitro de Emergencia en el Reglamento CCI**

Como es sabido, la constitución del tribunal arbitral muchas veces puede tomar más tiempo del deseado. En muchos casos, las partes tardan en nombrar al árbitro que les corresponde y, por su parte, los árbitros nombrados o la institución arbitral, según sea el caso, también se demoran en nombrar al presidente del tribunal arbitral. En aquellos casos en los que, las partes decidieron acudir a arbitraje en caso de una disputa, ya existe dicha disputa, existe una necesidad real de que se dicten medidas cautelares y todavía no hay un tribunal capaz de dictar dichas medidas, la parte solicitante se encuentra ante una disyuntiva: acudir a las cortes locales o utilizar alguno de los mecanismos de medidas de emergencia.

Los mecanismos para el otorgamiento de medidas de emergencia tienen su fundamento en los distintos reglamentos institucionales, por ende, en el acuerdo

---

<sup>240</sup> Los resultados de dicha encuesta arrojaron que en el 66% de los casos las medidas cautelares son dictadas en forma de órdenes procesales, mientras que solo en el 24% de los casos fueron dictadas en forma de laudo parcial. Consultar, HÓBER, Kaj, "Interim Measures by Arbitrators", en VAN DEN BERG, Albert Jan, "International Arbitration 2006: Back to Basics?", ICCA Congress Series", Vol. 13, Montreal, Kluwer Law International, 2007, p745.

de las partes. Por este motivo, si las partes no escogieron un reglamento que prevea un mecanismo para el otorgamiento de medidas cautelares de emergencia y tampoco crearon uno en su acuerdo arbitral, tendrán que acudir a las cortes locales para solicitar el otorgamiento de medidas de emergencia.

Ahora, para poder entrar al estudio de estos mecanismos, en especial el del Árbitro de Emergencia del Reglamento CCI, es necesario definir qué es una medida de emergencia.

Así, encontramos que una medida de emergencia o medida urgente, es aquella que "busca dar respuesta inmediata a una circunstancia que, de tener que esperar el transcurso normal de una medida precautoria, haría del procedimiento un ejercicio fútil".<sup>241</sup>

#### *A. Antecedentes*

Si bien cada reglamento institucional establece sus propias reglas para el otorgamiento de medidas de emergencia, una figura muy usada es la del árbitro de emergencia. Ésta fue creada para hacer frente a la necesidad de otorgar medidas urgentes mediante el nombramiento expedito de un árbitro cuyo único propósito es resolver la solicitud de medidas de emergencia.

La primera institución arbitral que incorporó a su reglamento de arbitraje la figura del árbitro de emergencia fue ICDR. Lo anterior se hizo agregando al

---

<sup>241</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Medidas urgentes y ordenes preliminares en arbitraje: dos nuevas y efectivas herramientas procesales", en URIBARRI CARPINTEIRO, Gonzalo (coord.), *op.cit.*, nota 80, p.189.

Reglamento de Arbitraje el artículo 37. Dicha figura fue incorporada en 2006 para aquellos arbitrajes que iniciaran después del 1 de mayo de 2006 y siempre que las partes no hubieran excluido su aplicación.

Antes de la inclusión del artículo 37 al Reglamento ICDR, la *American Arbitration Association* emitió unas reglas opcionales para medidas cautelares de emergencia. Sin embargo, dichas reglas requerían que las partes hubieran pactado su aplicación en el acuerdo arbitral. Por esta razón, su uso en la práctica fue muy limitado.

Además de la figura del árbitro de emergencia contenida en el Reglamento ICDR, hay otras figuras que se crearon con el mismo propósito.

Primero, la figura de *referee* prevista en el Reglamento de la CCI de 1998. De acuerdo con el Reglamento de Procedimiento Precautorio Pre arbitral de la CCI, el propósito de éste es permitir a las partes, que así lo hayan convenido, recurrir rápidamente a una persona (llamada Tercero) facultada para ordenar medidas tendientes a resolver un problema urgente, incluyendo mantener o conservar pruebas. Dichas reglas pueden ser aplicadas durante la ejecución de un contrato o, como su nombre lo dice, de forma previa al comienzo del procedimiento arbitral. En este tenor, las medidas precautorias ordenadas por el Tercero podrán proveer una solución provisional de la disputa y podrían sentar las bases para su solución definitiva.

Si bien la figura del árbitro de emergencia reconocida inicialmente en el Reglamento ICDR y la figura del Tercero reconocida por el Reglamento de

Procedimiento Precautorio Pre-arbitral de la CCI aparentan ser, en esencia, la misma figura, es importante aclarar la principal diferencia entre ambas.

El Tercero puede ser nombrado de forma previa al arbitraje o durante la ejecución de un contrato. Esto es, no debe de haberse iniciado el procedimiento arbitral para que pueda existir dicha figura. En cambio, el árbitro de emergencia de ICDR puede existir únicamente en aquellos casos en los que ya se ha iniciado el procedimiento arbitral, pero aún no se ha designado al tribunal arbitral. Por lo que el árbitro de emergencia se designa únicamente para dictar las medidas cautelares en tanto queda conformado el tribunal arbitral.

Otro ejemplo de mecanismos creados para dictar medidas cautelares cuando aún no se constituye el tribunal arbitral es el contenido en el Reglamento LCIA. Así, de acuerdo con el artículo 9 de dicho reglamento, en aquellos casos de urgencia en los que las circunstancias lo ameriten, se podrá constituir el tribunal arbitral de forma sumaria. Dicha constitución sumaria implica que la LCIA podrá reducir los plazos establecidos en el Reglamento de Arbitraje para la constitución del tribunal arbitral.

Es importante hacer énfasis en que, a diferencia de muchos otros mecanismos para dictar medidas cautelares de emergencia, en el caso previsto en el artículo 9 del Reglamento de LCIA, el tribunal que decida sobre el otorgamiento de las medidas cautelares de emergencia será el mismo que decida el fondo de la controversia. En este supuesto, no se trata de nombrar a una persona para que decida sobre las medidas y posteriormente nombrar a un tribunal arbitral que decidirá el fondo de la controversia, sino que el tribunal arbitral se constituye de

forma sumaria para poder responder ante la emergencia de dictar las medidas cautelares, pero permanecerá en su cargo para, eventualmente, dictar un laudo que resuelva el fondo.

#### B. *El árbitro de emergencia CCI*

Antes del Reglamento CCI de 2012, prácticamente todas las medidas de emergencia, necesarias en casos en los que la cláusula arbitral establecía que el arbitraje debía estar regido por el Reglamento CCI, debían ser solicitadas a los jueces nacionales. Esto, en virtud de que el Reglamento CCI no incluía ninguna disposición respecto del árbitro de emergencia y el mecanismo del Tercero reconocido por este reglamento, demandaba que las partes lo hubieran acordado expresamente en la cláusula arbitral, lo cuál era poco común en la práctica.<sup>242</sup>

Por lo anterior, y con la intención de aumentar la eficacia de los procedimientos regidos bajo dicho reglamento y mejorar la experiencia de los usuarios del arbitraje CCI, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI creó en octubre de 2008 una *Task Force*, integrada por más de 175 miembros de 41 países. Las principales encomiendas de este *Task Force* fueron: (i) determinar si era necesaria una reforma al Reglamento CCI de 1998 y (ii) hacer todas las recomendaciones necesarias para la reforma del reglamento.<sup>243</sup>

---

<sup>242</sup> GRIERSON, Jacob y VAN HOOFT, Annet, "op.cit.", nota, 238, p.64 y BORN, Gary, *op.cit.*, nota 53, p. 847

<sup>243</sup> LÓPEZ DE ARGUMEDO P., Álvaro y GONZÁLEZ ARANGO, "El nuevo reglamento de arbitraje de la CCI: Hacia un arbitraje más eficiente y menos costoso", en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel y ARIAS, David (ed.), *op.cit.*, nota 236, p.23.

Este esfuerzo dio como resultado el Reglamento CCI de 2012, el cual, entre otras nuevas disposiciones, incluyó el artículo 29, relativo a la figura del árbitro de emergencia, la cual constituye un mecanismo para que cualquiera de las partes pueda solicitar a un árbitro, designado solo para ese propósito, la adopción de medidas cautelares antes de que se le remita el expediente al tribunal arbitral.

En este tenor, dicho artículo establece que la parte que requiera medidas cautelares urgentes, que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral ("Medidas de Emergencia"), podrá solicitar tales medidas según las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V del reglamento en cuestión. Asimismo, para que la solicitud de Medidas de Emergencia sea aceptada por la Corte, deberá ser recibida antes de que se turne el expediente al tribunal arbitral.

En cuanto a la forma de la decisión del árbitro de emergencia, el reglamento establece que deberá adoptar la forma de una Orden. Sin embargo, para garantizar el cumplimiento con dicha Orden, se establece que las partes se comprometen a cumplir con cualquier Orden dictada por el árbitro de emergencia. Asimismo, el árbitro de emergencia deberá dictar la Orden a los 15 días de haber recibido el expediente.

Es importante hacer notar que la Orden del árbitro de emergencia no es vinculante para el tribunal arbitral y éste puede modificarla, dejarla sin efecto o anularla en cualquier momento. Además, el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre las solicitudes o demandas de cualquier parte relativas al procedimiento del árbitro de emergencia, incluyendo la distribución de los costos de dicho procedimiento y cualesquiera demandas que surjan o tengan relación con

el cumplimiento o incumplimiento con la orden dictada por el árbitro de emergencia.

Adicionalmente, debido a que la figura del árbitro de emergencia tiene cabida antes de que se constituya el tribunal arbitral, su ámbito de aplicación se encuentra reducido exclusivamente a las partes signatarias del acuerdo arbitral. Lo anterior tiene vital importancia considerando que recientemente se han creado distintas teorías para vincular a terceros a un procedimiento arbitral. Si bien algunas de estas teorías han sido aplicadas exitosamente en algunos arbitrajes, no es posible dictar una orden que afecte a terceros si no existe una resolución del tribunal arbitral que establezca el vínculo del tercero con el procedimiento arbitral. Por lo anterior, el árbitro de emergencia únicamente puede dirigir sus decisiones a las partes signatarias del acuerdo arbitral o sus sucesores.

En cuanto al ámbito de aplicación, se trata de un sistema *opt-out*. Las partes pueden acordar excluir su aplicación, sin embargo, si no lo hacen y el acuerdo de arbitraje se concluyó después del 1 de enero de 2012, la figura del árbitro de emergencia podrá ser utilizada.

Además, las disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no impiden que cualquier parte solicite medidas cautelares urgentes a una autoridad judicial competente en cualquier momento antes de la solicitud de arbitraje.

### *C. Petición de Medidas de Emergencia*

Dentro de los requisitos con los que debe cumplir la petición de Medidas de Emergencia están:

- a) Se debe presentar el acuerdo de arbitraje
- b) Incluir nombre completo, descripción y dirección de las partes;
- c) Señalar nombre completo e información de contacto de toda persona que represente al peticionario;
- d) Incluir una descripción de las circunstancias que han dado origen a la petición de Medidas de Emergencia y a la controversia subyacente que ha de decidirse en arbitraje;
- e) Indicar cuáles son las Medidas de Emergencia solicitadas;
- f) Expresar las razones por las cuales el peticionario considera que el otorgamiento de las medidas provisionales solicitadas no puede esperar hasta la constitución del tribunal arbitral.

Si la Secretaría de la Corte de la CCI no recibe la solicitud de arbitraje del peticionario dentro de los diez días siguientes a la recepción por la Secretaría de la petición de Medidas de Emergencia, el Presidente de la Corte de la CCI deberá dar por terminado el procedimiento de árbitro de emergencia, salvo que el árbitro de emergencia determine que un periodo más extenso es necesario dadas las circunstancias especiales del caso.

#### *D. El árbitro de emergencia*

En cuanto al nombramiento del árbitro de emergencia, el Presidente de la Corte deberá nombrarlo dentro de los dos días siguientes a la recepción de la Petición. Una vez nombrado, el árbitro de emergencia deberá suscribir una

declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. Recibida dicha declaración, la Corte deberá informar a las partes sobre el nombramiento.

Debido a que el árbitro de emergencia hace pronunciamientos sobre una disputa determinada, para evitar cualquier posible causal de recusación, éste no podrá actuar como árbitro en ningún arbitraje relacionado con la disputa que haya dado origen al procedimiento de árbitro de emergencia.

#### *E. El procedimiento*

Debido a que el principal objetivo del procedimiento de emergencia es que sea expedito, el Apéndice V del Reglamento únicamente señala que el árbitro de emergencia deberá establecer un calendario procesal para el procedimiento generalmente dentro de los dos días siguientes a haber recibido el expediente. Posteriormente, el árbitro de emergencia podrá conducir el procedimiento de la manera que considere más adecuada tomando en cuenta la naturaleza y urgencia de la petición.

#### *F. Comentarios finales sobre el árbitro de emergencia*

La existencia de disposiciones referentes a los supuestos de emergencia en los que aun no existe un tribunal arbitral que pueda otorgar medidas cautelares, pero que las circunstancias ameritan que esto se haga a la brevedad posible, implica un gran avance en la regulación arbitral. En este sentido, aquellos reglamentos que no prevén un mecanismo pre-arbitral para el otorgamiento de medidas cautelares, obligan a las partes a tener que recurrir a los jueces nacionales, lo cual, en muchos casos, es contraproducente y poco recomendable, ya que implica la intervención *de facto* de los jueces nacionales en el

procedimiento arbitral, lo cual resulta contrario al objetivo principal del arbitraje: mantener la disputa fuera de la jurisdicción de las cortes locales.<sup>244</sup>

Finalmente, es importante aclarar que a pesar de que se trata de medidas cautelares dictadas de forma previa al comienzo del procedimiento arbitral, se le tiene que dar, a ambas partes, la misma oportunidad de defensa y un trato igualitario, para evitar cualquier posible reclamación posterior que pudiera poner en riesgo la validez y ejecutabilidad del laudo final.

---

<sup>244</sup> REISMAN, Michael W. et al., *International Commercial Arbitration. Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, Nueva York, The Foundation Press, 1997, p. 265.

## CONCLUSIONES

El presente trabajo sobre medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional se realizó mediante el estudio de:

- A) La Ley Modelo de UNCITRAL;
- B) La Ley Mexicana de Arbitraje (contenida en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio);
- C) El Reglamento CCI.

En este sentido, mediante el uso de los métodos analítico, descriptivo y comparativo, se analizaron los tres cuerpos normativos antes señalados con el objetivo de determinar si las medidas cautelares son necesarias en el arbitraje comercial, si la regulación de las mismas es uniforme y, finalmente, los cambios más importantes que han sufrido estos 3 cuerpos normativos en la última década y sus consecuencias prácticas.

Para finalizar este trabajo de investigación, es necesario establecer las siguientes conclusiones, tomando en cuenta que las mismas derivan del estudio de los ordenamientos antes señalados y sus recientes reformas. En este contexto, es posible que existan diferencias considerables con otros cuerpos normativos, tales como leyes nacionales o reglamentos institucionales que no confirmen las conclusiones que se señalan a continuación. Sin embargo, debido a que la Ley Modelo de UNCITRAL es el cuerpo normativo más utilizado como base para crear las distintas leyes nacionales y debido a que el mayor número de medidas cautelares se solicitan bajo el Reglamento CCI, se considera que las conclusiones

que se hacen a continuación constituyen una muestra representativa de la regulación arbitral en materia de medidas cautelares.

**PRIMERA. Las medidas cautelares no son contrarias al espíritu del arbitraje.**

Si bien el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias, no por ello es un mecanismo pacífico. Esto es, el arbitraje, como medio heterocompositivo de solución de controversias, es un mecanismo por virtud del cual, dos partes en conflicto, recurren a un tercero para que dicte una resolución vinculatoria para las partes.

En este sentido, el arbitraje, como cualquier medio contencioso para la solución de disputas, necesita valerse de mecanismos que:

- (i) ayuden a garantizar la efectividad del mismo y
- (ii) eviten que se haga nugatoria su utilidad práctica.

Por lo anterior, las medidas cautelares, como medio para garantizar la ejecución del laudo final, van acorde con el fin último del arbitraje: la resolución de controversias de forma definitiva.

En resumen, del estudio realizado en los tres cuerpos normativos antes señalados, se concluye que las medidas cautelares son necesarias para lograr la utilidad práctica del arbitraje y por ende, su uso no es contrario al espíritu del arbitraje.

**SEGUNDA. Las medidas cautelares son cada vez más utilizadas en arbitraje.**

De acuerdo con la investigación realizada, las recientes modificaciones a la Ley Modelo (2006), Código de Comercio (2011) y Reglamento CCI (2012), son un

ejemplo de la preocupación internacional y nacional por mejorar el régimen de medidas cautelares en arbitraje. En este tenor, con dicho interés se demuestra que el uso de las medidas cautelares ha ido aumentando, por lo que es necesario mejorar su regulación para hacer frente a las necesidades comerciales del momento.

Adicionalmente, las reformas en materia de medidas cautelares reflejan la preocupación por crear un sistema que le pueda proporcionar a las partes la seguridad de poder solicitar el otorgamiento de medidas cautelares y, a la parte objeto de la medida, la seguridad jurídica de que su oportunidad de defensa no se va a ver afectada por el otorgamiento de las mismas. Lo anterior es un claro indicador que en la medida en que han ido aumentando las necesidades de las partes de proteger sus derechos, ha ido mejorando la regulación de las medidas cautelares para garantizar a las partes el acceso a las mismas.

**TERCERA. Las medidas cautelares en arbitraje pueden tener como objetivo mantener el *status quo*, impedir algún daño irreparable, garantizar la ejecución del laudo, o preservar elementos de prueba.**

De acuerdo con el estudio realizado, el objetivo de las enmiendas de 2006 fue incluir todos los escenarios en los que se suelen dictar medidas cautelares en el marco de un procedimiento arbitral. En este sentido, los redactores de dichas enmiendas, después de realizar un estudio general sobre las medidas cautelares dictadas alrededor del mundo, concluyeron que las medidas cautelares dictadas alrededor del mundo pueden tener como propósito cualquiera de los siguientes:

- a) mantener el *status quo*;

- b) evitar un daño irreparable;
- c) garantizar la ejecución de todo laudo subsiguiente;
- d) preservar elementos de prueba.

**CUARTA. La regulación de las medidas cautelares, lejos de obstruir el procedimiento arbitral, contribuye a dar efectividad al procedimiento arbitral.**

Como se demostró a lo largo de la investigación realizada, en los últimos años ha aumentado el interés de los abogados, instituciones arbitrales y legisladores, por crear un sistema que permita ejecutar medidas cautelares o solicitar el otorgamiento de las mismas a las cortes locales, sin que ello signifique 'judicializar' el procedimiento arbitral. Es por esto que con las enmiendas realizadas a la Ley Modelo de UNICTRAL en 2006 y las reformas de 2011 al Código de Comercio, se logró un objetivo muy importante, el que la regulación en materia de medidas cautelares, lejos de obstruir el procedimiento arbitral, contribuyera a asegurar que el procedimiento arbitral fuera efectivo.

En este sentido, la regulación vigente en materia de medidas cautelares, contribuye a preservar la utilidad práctica del arbitraje, pero al mismo tiempo, no contamina la flexibilidad del mismo mediante la inclusión de prácticas y normas judiciales.

**QUINTA. La regulación en materia de medidas cautelares es, desde un enfoque general, uniforme.**

Del estudio realizado de la Ley Modelo, el Código de Comercio y el Reglamento CCI, se concluye que si bien existen diferencias entre dichos cuerpos normativos, las mismas atienden al ámbito de aplicación de cada uno. Así, se

concluye que la regulación de medidas cautelares es uniforme en el sentido de que los tres cuerpos normativos parten de las mismas bases. Esencialmente, dichas bases son:

- A). Se reconocen las facultades del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares;
- B). Dichas facultades no están limitadas a un tipo específico de medida;
- C). Hay competencia concurrente entre los tribunales arbitrales y las cortes locales para dictar medidas cautelares;
- D). Las medidas cautelares pueden ser dictadas en forma de Orden Procesal o Laudo Parcial.

**SEXTA. Las diferencias entre los tres cuerpos normativos son producto de su distinto ámbito de aplicación.**

Del estudio realizado se concluye que si bien los tres cuerpos normativos son consistentes entre sí (adoptan la misma postura en materia de medidas cautelares) las diferencias entre éstos son producto de su ámbito de aplicación.

Respecto del sistema de ejecución de medidas cautelares, el único ordenamiento que puede contener dichas disposiciones es el Código de Comercio. Esto en atención a que es el ordenamiento aplicable para ejecutar las medidas cautelares frente a los jueces nacionales. Debido a que la Ley Modelo y el Reglamento CCI no son ordenamientos aplicables por los jueces nacionales, no tendría sentido incluir en los mismos un sistema de ejecución de medidas cautelares. Asimismo, aunque la Ley Modelo constituya una línea de base para modernizar las regulaciones en medidas cautelares, la misma no puede incluir

disposiciones relativas al procedimiento de ejecución debido a que es un tema que depende de las legislaciones procedimentales de cada país.

En cuanto a las disposiciones aplicables a los mecanismos de medidas de emergencia, éstos deben estar contenidos en los reglamentos institucionales, como es el caso del Reglamento CCI.

**SÉPTIMA. Las medidas cautelares que se pueden dictar dentro del marco de un procedimiento arbitral no están limitadas a un tipo en específico.**

De acuerdo con los cuerpos normativos estudiados, las facultades del tribunal arbitral, y cortes locales, para dictar medidas cautelares, no se encuentran constreñidas al otorgamiento de determinadas medidas. En este contexto, en los últimos diez años se han hecho grandes esfuerzos para eliminar la idea de que el tribunal arbitral está limitado al otorgamiento de medidas cautelares respecto del objeto del litigio. Asimismo, se han hecho modificaciones para eliminar la creencia de que los jueces nacionales están limitados al otorgamiento de las medidas cautelares reconocidas en el Código de Comercio: arraigo y embargo precautorio.

En este tenor, es evidente que el procedimiento arbitral es un procedimiento sofisticado y, por ende, requiere que se puedan dictar medidas cautelares sofisticadas que no se encuentren limitadas a un listado de supuestos y casos específicos.

**OCTAVA. En cuanto a los requisitos para el otorgamiento de medidas cautelares, los distintos ordenamientos solamente establecen los requisitos generales.**

De acuerdo con lo estudiado en este trabajo, uno de los principales beneficios del arbitraje es la flexibilidad. Por ende, es importante que en las

modificaciones que se hagan a los distintos ordenamientos se conserve dicha característica. Así, en el estudio realizado, se observó que como parte de estos esfuerzos por conservar la flexibilidad y adaptabilidad del arbitraje, en aquellos casos en los que se regulan los requisitos para la solicitud u otorgamiento de medidas cautelares, solamente se establecen los requisitos generales que son necesarios atendiendo a la naturaleza de las medidas cautelares. Esto es, que se trate de evitar un daño irreparable y que el daño causado por el otorgamiento de la medida sea menor al daño que se podría causar si no se otorgara.

Sin embargo, respecto de los temas particulares, los tres ordenamientos dejan a discreción del tribunal arbitral el decidir sobre los requisitos específicos que se deberán exigir a cada parte dependiendo de las circunstancias de cada caso.

**NOVENA. Las cortes locales y los tribunales arbitrales tienen competencia concurrente para dictar medidas cautelares.**

Aunque pareciera que debido a la renuncia a someterse a la competencia de los jueces del estado para la resolución de sus conflictos, las partes se encuentran precluidas para solicitar asistencia a los mismos, lo cierto es que los tres ordenamientos estudiados reconocen que las cortes locales y tribunales arbitrales tienen competencia concurrente para otorgar medidas cautelares.

Lo anterior refleja que, a pesar de que la intervención judicial en el procedimiento arbitral puede resultar perjudicial para las partes y el procedimiento, lo cierto es que en muchos casos es necesaria. En este sentido, cobra especial importancia el tema de que el tribunal arbitral es competente a

partir de que éste queda constituido, sin embargo, las partes que necesiten el otorgamiento de una medida cautelar necesita tener la opción de recurrir a otro lado para solicitar el otorgamiento de medidas cautelares. De otro modo, se le estaría privando su garantía de defensa.

Asimismo, la competencia concurrente para dictar medidas cautelares es necesaria durante el procedimiento arbitral porque existen casos en los que es necesaria la asistencia judicial para lograr proteger los derechos de las partes. Esto, debido a que la competencia del tribunal arbitral se encuentra limitada por el acuerdo de las partes y por ende, sus resoluciones solo son obligatorias para éstas.

Adicionalmente, el hecho de que exista competencia concurrente entre el tribunal arbitral y las cortes locales, aclara que la solicitud de una de las partes a un juez local para el otorgamiento de medidas cautelares, especialmente antes de que se constituya el tribunal arbitral, no debe ser interpretado como una renuncia a arbitrar y, en sentido opuesto, el hecho de que exista un acuerdo de arbitraje no debe ser interpretado por los jueces nacionales como una renuncia a cualquier tipo de asistencia judicial.

**DÉCIMA. Las razones por las cuales, en algunos casos, es necesario recurrir a las cortes locales para el otorgamiento de medidas cautelares cada vez son menos.**

La asistencia judicial en el procedimiento arbitral es vital para garantizar la mayor efectividad del mismo. Sin embargo, dicha asistencia judicial conlleva muchos aspectos negativos que las partes tratan de eludir al escoger el arbitraje como mecanismo para la resolución de una eventual controversia. Así, la

tendencia en arbitraje es disminuir la necesidad de tener que solicitar asistencia judicial en apoyo al arbitraje.

Esta tendencia se refleja en la implementación en los cuerpos normativos de mecanismos para el otorgamiento de medidas de emergencia, en la implementación de las órdenes preliminares para conservar el elemento sorpresa y en la aclaración de que las medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitral son susceptibles de ejecución judicial.

**DÉCIMA PRIMERA. La ejecución de las medidas cautelares sigue reservada a los jueces.**

De acuerdo con el estudio realizado, ambas, la Ley Modelo de UNCITRAL y la Ley Arbitral Mexicana, reconocen que los tribunales arbitrales están facultados para ordenar medidas cautelares, sin embargo, restringen la ejecución de las mismas a la competencia de las cortes locales. La razón de lo anterior es clara. El tribunal arbitral carece de imperio para hacer cumplir sus propias resoluciones y, por ende, es incapaz de ejecutarlas.

Sin embargo, aunque el estudio realizado no se centró en las distintas regulaciones nacionales, es importante tomar en consideración que existen varios países en los que los tribunales arbitrales tienen facultades para ejecutar las medidas cautelares dictadas.

Así, de la misma manera en que la tendencia en arbitraje es reducir la intervención judicial, pareciera que la tendencia también es darle facultades al tribunal arbitral para ejecutar sus propias medidas cautelares.

A pesar de lo anterior, la Ley Modelo de UNCITRAL, la cual es la base de partida en la regulación arbitral, aun no reconoce dicha postura, por lo que todos los países que la han adoptado tampoco lo hacen. En este sentido, se concluye que, por ahora, la facultad de ejecutar las medidas cautelares continúa restringida a los jueces nacionales.

**DÉCIMA SEGUNDA. Las órdenes preliminares son necesarias para que el otorgamiento de medidas cautelares en el procedimiento arbitral tenga mayor utilidad práctica.**

Del estudio realizado respecto de las opiniones a favor y en contra de las órdenes preliminares, se concluye que las mismas son un paso hacia adelante en la regulación arbitral.

Asimismo, de los argumentos en contra analizados, se concluye que ninguno de ellos produce una afectación mayor de la que sufriría la parte que solicita la medida cautelar en caso de que sufra el daño irreparable que pretende evitar. Aunado a lo anterior, las garantías de defensa y audiencia de la parte objeto de la medida no se ven soslayadas en virtud de que una vez que se emite la orden preliminar, dicha parte puede hacer valer sus derechos. Finalmente, la duración de las órdenes preliminares es limitada, por lo que la parte afectada no tendrá que mantener el *status quo* por más tiempo del necesario.

Adicionalmente, es menester tomar en consideración que un gran número de legislaciones procedimentales reconocen que, en ciertos casos, es necesario el elemento sorpresa para evitar que se frustren las medidas cautelares. Así, si existen dichos mecanismos en apoyo a los procedimientos jurisdiccionales, es vital que también los haya en apoyo al arbitraje.

En este sentido, se concluye que las órdenes preliminares son un sistema novedoso, que, como tal, presenta ciertas interrogantes que deberán de irse esclareciendo con la práctica. Sin embargo, es un sistema que justifica su existencia en las necesidades del mundo comercial actual.

**DÉCIMA TERCERA. Los tribunales arbitrales carecen de jurisdicción para dictar medidas cautelares que obliguen a terceros.**

Debido a que la competencia de los tribunales arbitrales nace del acuerdo arbitral, sus resoluciones únicamente son vinculantes para las partes signatarias de dicho acuerdo.

Así, los tres cuerpos normativos estudiados limitan, expresamente, las facultades del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares que obliguen únicamente a las partes signatarias del acuerdo arbitral. En este sentido, los tres ordenamientos, al tratar el tema de medidas cautelares, hacen constante referencia a 'las partes', limitando su ámbito de aplicación a las mismas.

**DÉCIMA CUARTA. Las medidas cautelares pueden ser dictadas en forma de laudo u orden procesal.**

La Ley Modelo de UNCITRAL y el Reglamento CCI confirman que la forma de las medidas cautelares es irrelevante siempre que ésta conste por escrito.

Además, debido a que la Ley Mexicana de Arbitraje fue tomada de la Ley Modelo de UNCITRAL, su espíritu es el mismo. Sin embargo, en atención a que las enmiendas de 2006 de la Ley Modelo todavía no son incorporadas a la Ley Mexicana de Arbitraje, ésta todavía no señala, expresamente, que queda a discreción del tribunal arbitral el decidir si las medidas cautelares son dictadas en

forma de orden procesal o de laudo parcial, según las circunstancias especiales de cada caso. No obstante, en el mismo sentido que el texto de 1985 de la Ley Modelo de UNCITRAL, la Ley Arbitral Mexicana tampoco lo limita, por lo que se ha interpretado en el sentido de que se permiten ambas formas.

**DÉCIMA QUINTA. El régimen de responsabilidad para árbitros en el otorgamiento de medidas cautelares, incorporado a la Ley Arbitral Mexicana, es contrario al arbitraje.**

Como se estudió en el presente trabajo modificar la Ley Modelo implica atentar contra la uniformidad de la regulación internacional en materia de arbitraje. La Ley Modelo fue elaborada por los más grandes expertos en materia de arbitraje de todas las naciones, por lo que es una regulación que no debiera ser modificada por simple capricho legislativo.

Así, al imponer al tribunal arbitral una responsabilidad que no le corresponde, se está afectando a los usuarios del arbitraje en virtud de que los tribunales arbitrales no querrán incurrir en potenciales causales de responsabilidad al dictar medidas cautelares. Por lo que la tendencia será que los tribunales arbitrales se abstengan de dictar las mismas, evitando una posible demanda temeraria de la parte objeto de la medida.

Además, debido a que dicha reforma sitúa al tribunal arbitral como parte respecto del tema de daños causados como resultado del otorgamiento de una medida cautelar, necesariamente tiene como consecuencia que el tribunal arbitral no podrá decidir sobre su propia responsabilidad y lo tendrá que hacer el juez competente, resultando en una intervención judicial en el procedimiento arbitral.

Esto es contrario a la tendencia de las leyes y tratados internacionales de reducir la intervención judicial en el procedimiento arbitral a su mínima expresión.

## PROPUESTA

De lo analizado en el presente trabajo, es claro que en el comercio internacional es muy conveniente una legislación moderna sobre arbitraje comercial, conocida universalmente, y de amplia aceptación a nivel internacional. Con base en lo anterior, se propone incorporar al Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio el Capítulo IVA de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

Como se estudió a lo largo de este trabajo, en 1993 México se unió a los países pro arbitraje al incorporar, al Código de Comercio, el texto de la Ley Modelo de UNCITRAL. Así, México se convirtió en un país con una regulación de vanguardia en materia arbitral. Sin embargo, estas disposiciones ya no van acorde con las necesidades del mundo comercial de la época; por lo mismo, en los últimos años ha habido importantes reformas a la Ley Modelo para hacer frente a dichas necesidades. En este sentir, es necesario que México incorpore nuevas disposiciones al Código de Comercio en relación con las medidas cautelares en el procedimiento arbitral. Esencialmente, dichas disposiciones deben ser tomadas del Capítulo IVA de la Ley Modelo de UNCITRAL.

El Capítulo IVA es parte de las enmiendas realizadas en 2006 a la Ley Modelo de UNCITRAL. Dichas enmiendas son el resultado de una negociación universal realizada en el marco de las Naciones Unidas. Así, con motivo de dichas enmiendas, la Asamblea General de la ONU recomendó a todos los países que ya hubieran adoptado la Ley Modelo, adoptar las enmiendas realizadas en 2006.

En este tenor, es de vital importancia considerar que nuestro país participó activamente en la elaboración de las enmiendas de 2006, de modo que las necesidades y peculiaridades de nuestras leyes y tradiciones fueron tomadas en cuenta en el momento de su elaboración.

Además, las reformas al Código de Comercio realizadas en 2011, tuvieron como objeto el introducir parcialmente las enmiendas de 2006 en lo relativo al reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares. Por lo tanto, la presente propuesta representa un paso hacia adelante en la misma dirección, al incorporar las demás disposiciones de dicho cuerpo normativo.

Aunado a lo anterior, se propone incorporar las disposiciones de las enmiendas de 2006 sin ninguna modificación. Lo anterior en virtud de que dichas enmiendas fueron discutidas y revisadas de forma minuciosa por los más prestigiados expertos en materia de arbitraje a nivel internacional y nacional, por ende, modificar dichas disposiciones atentaría contra la intención de la Ley Modelo de constituir un régimen universal en materia de arbitraje. Adicionalmente, ninguna de las disposiciones contenidas en el Capítulo IVA de la Ley Modelo de UNCITRAL es contraria a las leyes mexicanas. Inclusive, dichas disposiciones, son totalmente compatibles con el sistema jurídico mexicano y la regulación arbitral. Por lo que no existe ninguna justificación válida para modificar dichas disposiciones.

Finalmente, se propone eliminar el último párrafo del artículo 1480 del Código de Comercio en virtud de que, como se estudió en el presente trabajo, dicho régimen de responsabilidad es contrario a la Ley Modelo de UNCITRAL.

Además, el texto incluido en el último párrafo del artículo 1480 fue incluido por el legislador sin tomar en cuenta que el principal objetivo de la Ley Modelo es homologar los ordenamientos jurídicos arbitrales de los distintos países; objetivo que se ve frustrado al incluir un régimen de responsabilidad para el tribunal arbitral que es, por una parte innecesario, y por otra contrario a la intención de las enmiendas de 2006 de la Ley Modelo de UNCITRAL en materia de medidas cautelares.

## **FUENTES DE CONSULTA**

### **I. Legislación**

Código de Comercio, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889.

Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

### **II. Tratados Internacionales, Reglamentos y Leyes Modelo**

Cámara de Comercio Internacional, "Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional", vigente a partir de 1 de enero de 2012.

Cámara de Comercio Internacional, "Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional para un Procedimiento Precautorio Pre Arbitral", vigente a partir de 1 de enero de 1990.

Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, "Reglamento de Arbitraje para Arbitrajes de Baja Cuantía de CANACO", vigente desde el 9 de julio de 2008.

Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, "Reglamento de Arbitraje de CANACO", vigente desde el 6 de agosto de 2007.

Centro de Arbitraje de México, "Reglas de Arbitraje del CAM", vigente desde el 1 de julio de 2009.

Comisión de la Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, "Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional", 1985.

Comisión de la Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, "Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional", 1985, con las enmiendas de 2006.

Comisión de la Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, "Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI", 1976.

Comisión de la Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, "Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras", Nueva York, 1958.

*International Center for Dispute Resolution*, "Reglamento de Arbitraje Internacional", vigente desde el 1 de enero de 2009.

*London Court of International Arbitration*, "Reglamento de la LCIA", vigente desde el 1 de enero de 1998.

### **III. Bibliografía**

ARAQUE BENZO, Luis Alfredo, "Manual de Arbitraje Comercial", Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, 2011.

AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), "Manual de Arbitraje Comercial", México, Editorial Porrúa, 2004.

BAÑUELOS RIZO, Vicente, "Arbitraje Comercial Internacional: comentarios a la Ley Modelo de de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional", editorial Limusa, México, 2010.

CASTRILLÓN Y LUNA, Victor M., "Derecho Procesal Mercantil", México, editorial Porrúa, 2010.

CONEJERO ROOS, Cristian, et al., "El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco Legal y Jurisprudencia", ed. La Ley, Madrid, 2009.

CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHAN, José Fernando, "Tratado de arbitraje privado interno e internacional", Madrid, Editorial Civitas, 2º ed., 1991.

CHIOVENDA, José, "Principios de derecho procesal civil", Madrid, trad. de la 3ª ed. Italiana de José Casais y Santaló, t. I y II, 1977.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (coord.), "Arbitraje Comercial Internacional", México, editorial Porrúa, 2007.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Arbitraje", 3ª ed., México, editorial Porrúa, 2011.

-----"El estado de derecho: un enfoque económico", México, editorial Porrúa, 2007.

GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "El Arbitraje Comercial", México, editorial Themis, 2000.

----- "Falta de Liquidez en las empresas y sus consecuencias jurídicas. Aspectos de la ejecución jurisdiccional" en "Falta de Liquidez de las empresas y sus

consecuencias jurídicas", Colección Foro de la Barra Mexicana, Barra Mexicana de Abogados, México, Themis, 1996.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, "Las medidas cautelares en el proceso civil", Porrúa, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2004.

REDFERN, Alan et al., "*Redfern and Hunter on International Arbitration*", Reino Unido, Editorial Oxford University Press, 2009.

REISMAN, Michael W. et al., "*International Commercial Arbitration. Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*", Nueva York (EUA), The Foundation Press, 1997.

PODETTI, Ramiro, "Tratado de las Ejecuciones", Argentina, Ediar editores, 1952.

URIBARRI CARPINTEIRO, Gonzalo (coord.), "Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional", México, Porrúa, 2010.

VAN DEN BERG, Jan, Antología "50 Years of the New York Convention", Holanda, editorial Kluwer Law International, 2009, p.540.

#### **IV. Bibliografía Digital**

*Consultada en [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com)*

BORN, Gary, "*International Arbitration: Cases and Materials*", Holanda, Kluwer Law International, 2011

----- "*International Commercial Arbitration*", Holanda, editorial Kluwer Law International, 2009.

DERAINS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., "*Guide to the ICC Rules of Arbitration*", La Haya, editorial Kluwer Law International, 1998.

----- "*Guide to the ICC Rules of Arbitration*", La Haya, 2º edición, editorial Kluwer Law International, 2005.

GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John, "*Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*", Holanda, Editorial Kluwer Law International, 1999.

GREENBERG, Simon y LAUTENSCHLAGER, "*Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 9: Adverse Inferences in International Arbitral Practice*" en KRÖLL, Stefan Michael, et al. (editores), "*International Arbitration in International*

- Commercial Law; Synergy, Convergence and Evolution*", Holanda, Editorial Kluwer Law International, 2011.
- GRIERSON, Jacob y HOOFT VAN, Annet , "*Part IV: Procedure Before the Arbitral Tribunal, Chapter 17: Interim Measures Applications*" en "*Arbitrating under the 2012 ICC Rules*", Holanda, Kluwer Law International, 2012.
- HOLTZMANN, Howard M. y NEUHAUS, Joseph E., "*A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Legislative History and Commentary*", Boston (EUA), Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.
- LEW, Julian, "*The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause*" en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), "*Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*", ICCA Congress Series, París (Francia), 1998 , vol. 9, p. 143.
- LEW, Julian D.M. et al., "*Comparative International Arbitration*", Holanda, Editorial Kluwer Law International, 2003.
- LUTTRELL, Sam, "*Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a "Real Danger" Test*", Holanda, Kluwer Law International, 2009.
- MISTELIS, Loukas A. (ed.), "*Concise International Arbitration*", Holanda, editorial Kluwer Law International, 2010.
- ROSELL, José, "*Arbitration Costs as Relief and/or Damages*", Journal of International Arbitration, Vol. 28 No. 2, Kluwer Law International, 2011.
- SANDERS, Pieter (ed.), "*UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, ICCA Congress Series*", Lausanne (Suiza), Kluwer Law International, 1984.
- VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), "*International Arbitration in a Changing World, ICCA Congress Series*", Bahrain, Vol. 6, Kluwer Law International, 1994.
- Antología "*50 Years of the New York Convention*", Holanda, editorial Kluwer Law International, 2009.
- "*International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series*", Vol. 13, Montreal (Canadá), Kluwer Law International, 2007.

----- "*New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*", ICCA Congress Series, Beijing, vol. 12, 2004

YESILIRMAK, Ali, "*Provisional Measures in International Commercial Arbitration*", Holanda, Kluwer Law International, 2005.

## **V. Hemerografía**

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel y ARIAS, David (ed.), *Revista del Club Español del Arbitraje*, España, Wolters Kluwer España, 2012, vol.2012, no. 13.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "La modificación al derecho arbitral mexicano-un comentario", *Revista Derecho Privado*, Cuarta Época, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, No.1, Enero-Junio.

----- "La nueva forma del acuerdo arbitral: aun otra victoria del consensualismo", FORO, Tomo XIX, Número 1, México, 2006.

## **VI. Hemerografía Digital**

ABASCAL ZAMORA, José Maria, "*Barcelona Afterthoughts*", *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, vol.20, no. 1.

MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, "*Reforming the Model Law Provisions on Interim Measures of Protection*", *Asian International Arbitration Journal*, Kluwer Law International, No. ,2006.

VAN HOUTTE, Hans, "*Ten Reasons Against a Proposal for Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration*", *Arbitration International*, Reino Unido, vol. 20, no. 1, 2004.

## **VII. Documentos de Internet**

"*Possible future work in the area of international commercial arbitration, Note by the Secretariat*", UNCITRAL Working Group II (Arbitration) 32a sesión, Viena (Austria), 17 de mayo - 4 de junio de 1999, UN Doc. A./CN.9/460 (6 de abril de 1999).

"*Preparation of uniform provisions on interim measures of protection, Note by the Secretariat*", UNCITRAL Working Group II (Arbitration and Conciliation), 36a

sesión, Nueva York (E.U.A.), 4-8 de marzo de 2002, UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.119 (30 de enero de 2002).

*"Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General", UNCITRAL Working Group II, 32a sesión, Viena (Austria), 20 -31 de marzo de 2000, UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.108 (14 de enero de 2000).*

*"Report of the Secretary-General: study on the application and interpretation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Nueva York, 1958)", UN Doc. A/CN.9/168, 20 de abril de 1979.*

*UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*

### **VIII. Bases de datos y diccionarios**

FLORES RUEDA, Cecilia, "Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial", Themis, México, 2010.

### **IX. Otras fuentes: Internet**

[www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

[www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)

## **AGRADECIMIENTOS**

A mis padres, por su apoyo incondicional en todas las etapas académicas que tuve que pasar para llegar a este momento; porque siempre han sabido exigirme más; por su ejemplo de fortaleza; porque a ustedes les debo lo que soy.

A Héctor, por escribir todos los apuntes que me ayudaron a llegar aquí; por siempre escucharme y prestarme tu hombro cuando las palabras no alcanzan; por tu amor incondicional; por creer en mí; por ser mi motor.

A la Dra. Gabriela Aldana, mi asesora de tesis, por tu disposición para dirigir este trabajo; por tu tiempo y tus consejos.

A mi hermano Ricardo, por enseñarme con el ejemplo que las metas sólo se alcanzan mediante el esfuerzo diario.

A mis hermanos Rodrigo y Vivian, por su apoyo y cariño.

A Luis Enrique, mi mentor y amigo, por revisar esta tesis; por las incontables horas que has pasado enseñándome y formándome como profesionista; por la paciencia que me tienes; pero sobre todo, por ser mi ejemplo a seguir.

A Mandy, Daniela, Isabel, Carolina y Thalía por siempre estar ahí; por su apoyo incondicional; por escucharme y no dejarme perder el camino.

A Reynaldo, por enseñarme a dar mis primeros pasos en el mundo del arbitraje y en la vida universitaria.

A todos ustedes que confiaron en mí y en que este día llegaría.