



Ciudad de México, a 7 de mayo de 2024

Medidas cautelares provisionales previas a arbitraje

¿Es válido su otorgamiento al momento de admitir la demanda que da inicio al procedimiento especial sobre transacciones comerciales y arbitraje?

I. Naturaleza y finalidad de una medida cautelar.

Las medidas cautelares (también llamadas providencias o medidas precautorias) son instrumentos o mecanismos que puede decretar un juez con la finalidad de asegurar no solo el correcto desarrollo de un proceso judicial o arbitral, sino también la eventual ejecución de la sentencia o laudo que resuelva el fondo de la controversia, evitando así posibles daños irreparables o de difícil reparación que pudieran ocasionarse con motivo de la dilación del procedimiento.

La acción cautelar encuentra su justificación en la medida en que se garantice algún derecho con probabilidad de insatisfacción a través de solicitar a la autoridad judicial: (i) la exhibición de determinadas cosas, documentos, libros o papeles que se encuentren en poder de quien será demandado (medida preparatoria), (ii) la salvaguarda de una situación de hecho (medida conservativa o de aseguramiento), y (iii) la retención de bienes o radicación de personas (medida de garantía).

De esa forma, las medidas cautelares pueden considerarse no solo como una herramienta que hace efectivos los derechos que consagran el debido proceso, sino también como un medio que asegura la eficacia de los recursos y la ejecución plena y salvaguarda de los derechos de los particulares.

II. Requisitos para el otorgamiento de una medida cautelar.

El otorgamiento de una medida cautelar no es automática, es decir, no basta la solicitud de dicha medida para que la autoridad judicial la decrete, sino que además se requiere de la concurrencia y actualización de determinados requisitos o presupuestos, tal y como los siguientes¹:

- 1. Apariencia del buen derecho.** Conocida como *fumus boni iuris*, está determinada por un cúmulo de probabilidades y verosimilitud; no se trata de tener certeza en la existencia del derecho que se reclama y pretende salvaguardar, sino que basta que quien solicite la medida acredite y genere convicción en el juzgador para presumir que le asiste razón por cuanto a la existencia del derecho que se pretende asegurar con la medida.
- 2. Peligro en la demora.** Consiste en la posible frustración de los derechos del solicitante de la medida ocasionados con motivo de la tardanza o retardo en el dictado de la resolución de fondo. Dicho de otra forma, en caso de que no se llegue a decretar la

¹ Jurisprudencia I.110.C. J/11 C (11a.). "MEDIDAS CAUTELARES O PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS. CONSTITUYEN INSTRUMENTOS ESENCIALES QUE SALVAGUARDAN EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA, A FIN DE QUE ÉSTA SEA PLENA Y EFECTIVA". Undécima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 29. Tomo II, septiembre de 2023, página 2254, con número de registro 2027257.

medida cautelar solicitada se causaría un daño irreparable o de difícil reparación que vuelva nugatorios los derechos del promovente.

3. **Urgencia de la medida.** Este requisito refiere a que el derecho deducido por el solicitante no pueda protegerse inmediatamente de otra forma, puesto que, de ser así, no se justificaría tomar una medida de excepción como lo sería una providencia precautoria.
4. **Garantizar los posibles daños y perjuicios.** El otorgamiento de una medida cautelar se encuentra sujeto a un requisito de efectividad; esto es, el solicitante de la medida debe garantizar los daños y perjuicios que el otorgamiento de la medida cautelar pudiera, en su caso, ocasionar a la persona contra quien se pide.

III. Medidas cautelares vinculadas al arbitraje.

Si bien es cierto que conforme a la legislación mercantil es posible solicitar a una autoridad judicial el decreto y otorgamiento de una medida cautelar provisional, no solo durante el transcurso de un procedimiento arbitral sino también con antelación a las actuaciones arbitrales,² también lo es que la ley mexicana de arbitraje³ poco dice respecto a este tipo de medidas cautelares.

De los artículos 1425, 1470 fracción III, 1472 a 1476 y 1478 del Código de Comercio, se desprende lo siguiente:

1. **Solicitud de medidas cautelares.** Aun cuando exista una cláusula arbitral, las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales.
2. **Facultad discrecional del juzgador.** El juzgador cuenta con amplias facultades discrecionales a la hora de otorgar medidas cautelares provisionales vinculadas a arbitraje —en el entendido de que dicha facultad encuentra sus límites en las reglas básicas de la lógica, la experiencia y la proporcionalidad—; y
3. **Procedimiento especial.** La solicitud y otorgamiento de este tipo de medidas se tramitará a través de un procedimiento especial denominado Juicio Especial sobre Transacciones Comerciales y Arbitraje, el cual supone las siguientes etapas: (i) admisión de demanda, (ii) emplazamiento de la demandada, (iii) contestación de demanda, (iv) periodo probatorio (admisión, preparación y desahogo de pruebas), (v) periodo de alegatos; y (vi) sentencia.

IV. Cuestión a dilucidar.

Si partimos de lo que nos dice la fracción III del artículo 1470; esto es, que la adopción y otorgamiento de medidas cautelares provisionales en apoyo al arbitraje se seguirá conforme al procedimiento previsto en los artículos 1472 a 1476 del Código de Comercio, ¿es válido el otorgamiento de este tipo de medidas **de forma anticipada**; esto es, desde el momento en que se admite la demanda que da inicio al Juicio Especial sobre Transacciones Comerciales y

² Código de Comercio. Artículo 1425: "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."

³ Título IV, Libro V —artículos 1415 a 1463— del Código de Comercio.

Arbitraje, o por el contrario, tendría que seguirse todo el procedimiento especial hasta su conclusión a fin de poder decretar y otorgar la medida cautelar solicitada?

Al respecto, existen dos posturas a saber:

1. La medida cautelar provisional se decreta y otorga con motivo de la sentencia que se dicte en el Juicio Especial sobre Transacciones Comerciales y Arbitraje.

Se trata de una postura que apela a una interpretación gramatical de la ley, en donde el juicio especial previsto en los artículos 1472 a 1476 del Código de Comercio es un camino por el que necesariamente debe transitar el juez que conozca de la demanda de adopción de medidas cautelares en apoyo al arbitraje, sin apartarse de él y atendiendo cada particularidad con la que se enfrente, pero decretando y otorgando dicha medida cautelar con el dictado de la sentencia definitiva en el Juicio Especial sobre Transacciones Comerciales y Arbitraje.

2. La medida cautelar provisional puede decretarse y otorgarse desde el inicio del Juicio Especial sobre Transacciones Comerciales y Arbitraje.

Esta postura apela a una interpretación sistemática (pues toma en cuenta no solo las normas que regulan la adopción de medidas cautelares provisionales en apoyo al arbitraje, sino también las reglas generales que regulan las providencias precautorias previstas en el capítulo XI del Título Primero del Libro Quinto del Código de Comercio) y teleológica (pues toma en cuenta la naturaleza y finalidad de una medida cautelar provisional).

Conforme a esta postura, es viable solicitar al operador jurisdiccional la concesión y otorgamiento de una medida cautelar provisional en apoyo al arbitraje desde el momento en que se admita a trámite la demanda que da inicio al Juicio Especial sobre Transacciones Comerciales y Arbitraje.

V. Criterio y consideraciones jurídicas.

En nuestra opinión, el juez que conoce de una solicitud de medida cautelar provisional en apoyo al arbitraje, en caso de estimarlo conveniente y en ejercicio de su facultad discrecional que le otorga el artículo 1478 del Código de Comercio, se encuentra facultado para decretar este tipo de medidas desde el momento en que admite a trámite la demanda que da inicio al Juicio Especial sobre Transacciones Comerciales y Arbitraje.

Lo anterior es así, toda vez que si bien, en ninguno de los artículos relativos al Juicio Especial sobre Transacciones Comerciales y Arbitraje se prevé el otorgamiento de medidas cautelares de manera simultánea a la admisión del procedimiento especial, no puede negarse que las medidas a que hace referencia el artículo 1425 del Código de Comercio comparten los mismos rasgos y características de toda providencia precautoria, pues a final del día el legislador no hizo distinción al respecto.

En ese sentido, aun cuando de la lectura del artículo 1425 del Código de Comercio no se adviertan los términos en que deben decretarse las medidas cautelares provisionales, no debe interpretarse que tengan un fin diverso a cualquier otra medida cautelar y que, por ende, deban regirse por supuestos distintos al género.

Luego, al tratarse de medidas provisionales, las medidas cautelares pueden solicitarse y concederse de manera previa al arbitraje, y desde el momento en que se admita a trámite la demanda que da inicio al procedimiento relativo al Juicio Especial sobre Transacciones Comerciales y Arbitraje, por lo que en ese supuesto no rige el derecho de audiencia previa, toda

vez que se entiende que son providencias provisionales (en este caso, anteriores al procedimiento arbitral), que buscan anticipar y evitar que el laudo que se llegue a dictar sea inútil o ilusorio y, por el contrario, tal decisión tenga eficacia práctica.

Si bien el procedimiento relativo al Juicio Especial sobre Transacciones Comerciales y Arbitraje previsto en los artículos 1472 a 1476 permite que en la sentencia definitiva se determine la concesión de medidas cautelares, con mayor razón es aceptable asumir que, en ciertos supuestos, pueden ser decretadas al inicio del procedimiento, sobre todo si lo que se busca es evitar un daño irreparable o anticipar, en alguna medida, el resultado del arbitraje; de ahí la importancia de la facultad discrecional conferida al juzgador en el artículo 1478 del Código de Comercio.

En efecto, en uso de la facultad discrecional, el juzgador puede decretar las medidas cautelares que estime pertinentes para preservar la materia de éste o evitar que se causen daños y perjuicios irreparables, aun de manera anticipada al dictado de la sentencia definitiva, lo cual es acorde al derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 constitucional; de ahí que se permita la concesión de las medidas ex parte, esto es, sin conceder de manera previa el derecho de audiencia.

Finalmente, el hecho de que, a juicio del juzgador sea necesario decretar una medida cautelar provisional de forma anticipada; esto es, desde el auto admisorio de la demanda, no significa necesariamente que dicha medida permanecerá intocada, pues puede ser el caso que, habida cuenta las pruebas ofrecidas por las partes durante la secuela procesal, la medida cautelar sea modificada o, incluso, revocada al momento de dictar la sentencia que resuelva en definitiva el Juicio Especial sobre Transacciones Comerciales y Arbitraje.

Área de Litigación y Arbitraje de ECIJA México

socios.mexico@ecija.com

(+52 55) 56 62 68 40

www.ecija.com