

REVISTA JURÍDICA

DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO

Arbitraje Internacional desde
la Perspectiva Iberoamericana

ANTI-SUIT INJUNCTIONS EN MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS

Autores:

Michael A.
Fernández



Alejandro Torres
Fernández



ANTI-SUIT INJUNCTIONS EN MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS

Michael A. Fernández*

Alejandro Torres Fernández**

I. Introducción

Una parte que firma un convenio arbitral, por lo general, contempla que todas las disputas que estén dentro del alcance de la cláusula serán sometidas a arbitraje. Si bien esto suele suceder en la gran mayoría de casos, no siempre sucede. Tal vez, por ejemplo, la contraparte no se percató de la existencia del convenio arbitral o genuinamente disputa el alcance del convenio arbitral y, en virtud de ello, percibe que tiene el derecho de iniciar un litigio. En algunas ocasiones, la contraparte quizá reconozca que su disputa debería ser sometida a arbitraje, pero opta por actuar de mala fe e iniciar un litigio para evitar la jurisdicción arbitral. Cualquiera que sea la razón por la cual una parte ha incumplido con sus obligaciones bajo un convenio arbitral, existe una figura legal en muchas jurisdicciones para hacer cumplir el convenio arbitral, a saber: la *anti-suit injunction*.

Las *anti-suit injunctions* son las órdenes que dicta un tribunal arbitral o judicial para que una parte se abstenga de iniciar una acción o continuar una ya promovida ante un tribunal judicial en otro país.¹ Para minimizar el riesgo de conflicto entre

* Abogado de Nueva York. Miembro de Cozen O'Connor y Profesor Adjunto en Fordham University School of Law. Recibió su B.A. de la Universidad de Yale en el 2007, un M.A. de la Fletcher School of Law and Diplomacy en la Universidad de Tufts en el 2012 y su J.D. de la Columbia Law School en el 2012.

** Abogado mexicano. Asociado en Von Wobeser y Sierra, S.C. Recibió su título de abogado por la Escuela Libre de Derecho en el 2020, con mención honorífica por la tesis presentada.

¹ Si bien existen algunas traducciones, como medidas cautelares anti-proceso, para efectos del presente artículo utilizaremos el término *anti-suit injunctions*.

tribunales de distintas jurisdicciones, dichas ordenes no suelen estar dirigidas a un tribunal judicial o juez. En ese sentido, simplemente prohíben a las partes, que también son partes del acuerdo de arbitraje, de proceder con el litigio foráneo. La finalidad de tales ordenes es diversa: (i) pueden emitirse a efecto de evitar el *forum shopping*; (ii) evitar la litispendencia o conexidad de acciones; (iii) evitar el uso abusivo de procedimientos judiciales por una de las partes; y (iv) lograr el cumplimiento de un acuerdo de elección de foro o acuerdo arbitral.²

El presente artículo tiene por objeto analizar la figura de las *anti-suit injunctions*, dentro del contexto del sistema legal estadounidense, donde son aceptadas, para después analizar su recepción en el derecho mexicano y ofrecer una aproximación a las consideraciones necesarias para su reconocimiento en el caso de arbitrajes comerciales internacionales.

El derecho legislado siempre va un paso atrás de la realidad. La internacionalización de las relaciones comerciales supone un reto a los paradigmas de los sistemas jurídicos, pues confronta sus principios y reglas a las exigencias de la práctica comercial internacional. Así, los conflictos internacionales provocan la convergencia de normas e instituciones extrañas unas a otras, lo que, a su vez, implica la necesidad de armonizarlas para la correcta resolución de las controversias. Es aquí donde se enmarca el tema del presente artículo. Las *anti-suit injunctions* son una creación del *common law* que, en el contexto de una disputa internacional, pueden ser analizadas bajo la óptica del derecho mexicano, sistema al que son extrañas. De ahí surge la intención del presente artículo de ofrecer un

² Las *anti-suit injunctions* pueden tomar la forma de un remedio cautelar o un remedio definitivo en una sentencia judicial. En algunas jurisdicciones (especialmente el Reino Unido), se reconocen a las *anti-suit injunctions* como remedios definitivos, que pueden formar parte de una orden contenida en la sentencia judicial. V., Sébastien Besson, 'Anti-Suit Injunctions ICC Emergency Arbitrators, International Arbitration Under Review: Essays in Honour of John Beechey', 2015, p. 75. En los Estados Unidos, las *anti-suit injunctions* son entendidas como medidas cautelares. Así pues, el presente artículo únicamente tratará sobre la posibilidad de obtener *anti-suit injunctions* como medidas cautelares.

análisis sobre la recepción de las *anti-suit injunctions* en Estados Unidos y México y ofrecer algunas ideas sobre cómo se debe analizar dicha figura en México.

II. *Anti-suit injunctions* en los Estados Unidos

A. *Solicitudes a los tribunales judiciales*

El *Restatement (Third) U.S. Law of International Commercial Arbitration*, una fuente importante de doctrina estadounidense explica que:

“Cuando una parte acepta el arbitraje como foro exclusivo para resolver disputas, no solo acepta resolver cualquier disputa en el arbitraje; también se compromete a no resolver esas disputas en los tribunales. Como tal, la autoridad para prohibir a una parte presentar reclamaciones ante los tribunales cuando ha acordado arbitrar se deriva de la autoridad para obligar a las partes a arbitrar: puede formularse simplemente como una forma alternativa de cumplimiento específico del propio acuerdo de arbitraje... complementaria de una orden afirmativa que dirige a las partes al arbitraje”.³

De lo anterior, se desprende que el derecho americano acepta y reconoce la existencia de las *anti-suit injunctions*, sin embargo, esto no implica que sean comunes, por el contrario, dichas medidas son consideradas extraordinarias y se conceden en pocos casos pues son remedios discrecionales.⁴ Para que un tribunal judicial de Estados Unidos emita una *anti-suit injunction* en apoyo de un arbitraje internacional se requiere que (i) las partes al arbitraje y el litigio improcedente sean las mismos; y (ii) la resolución del arbitraje resuelva la segunda disputa.⁵ Si dichos requisitos son satisfechos, los tribunales judiciales prosiguen a considerar otros factores adicionales que pautan la emisión discrecional del remedio.⁶ En disputas vinculadas a Nueva York, los tribunales federales suelen considerar los siguiente cinco factores adicionales: “*incluido si el litigio paralelo: (1) frustraría una política*

³ Restatement (Third) U.S. Law of Int'l Comm. Arb. § 2.29 PFD (2019), Reporter's Note

⁴ S. I. Strong, 'Anti-Suit Injunctions in Judicial and Arbitral Procedures in the United States, 66 American Journal of Comparative Law', Estados Unidos de América, 2018, p. 179, <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/711>

⁵ *Ibidem*, p. 159.

⁶ Restatement (Third) U.S. Law of Int'l Comm. Arb. § 2.29 PFD (2019), Reporter's Note

[pública de los Estados Unidos]; (2) sería vejatorio; (3) amenazaría [la competencia del tribunal]; (4) sería contraria a otras consideraciones equitativas; [y] (5) daría lugar a demoras, inconvenientes, gastos, inconsistencia o generaría una carrera hacia el juicio”.⁷ También requieren que el solicitante de una *anti-suit injunction* cumpla con el estándar ordinario para obtener una medida cautelar, es decir, demostrar que 1) tienen una probabilidad de éxito en cuanto al fondo; 2) daño irreparable en ausencia de la orden judicial y 3) que la orden judicial es de interés público.⁸

Es evidente que las *anti-suit injunction* pueden incidir en la actuación de tribunales en otras jurisdicciones. Naturalmente, los tribunales de Estados Unidos toman en cuenta tales efectos antes de tomar una decisión sobre una petición solicitando una *anti-suit injunction*. Los tribunales americanos suelen dividirse en dos posturas—la “conservadora” y la “liberal”— que difieren según el nivel de importancia que otorgan al reconocimiento de los actos realizados en otras jurisdicciones *-comity*.⁹

El enfoque conservador —que es el que siguen los tribunales federales del Distrito de Columbia y Nueva York— considera como requisitos necesarios para conceder una *anti-suit injunction* que: (i) el procedimiento seguido en otra jurisdicción impida la jurisdicción en los Estados Unidos o amenace una política vital de los Estados Unidos; y (ii) los intereses domésticos sean de mayor peso que el respeto a los actos de otras jurisdicciones.¹⁰ La postura conservadora considera que las *anti-suit injunctions* son pertinentes para evitar la duplicidad de procedimientos o procedimientos abusivos y evitar la emisión de sentencias contradictorias.¹¹

Según el *Restatement (Third) U.S. Law of International Commercial Arbitration*:

⁷ V. Ej. *WTA Tour, Inc. v. Super Slam Ltd.*, 339 F.Supp.3d 390, 403 (S.D.N.Y. 2018)

⁸ V. Ej. *WTA Tour, Inc. v. Super Slam Ltd.*, 339 F.Supp.3d 390, 406 (S.D.N.Y. 2018)

⁹ S. I. Strong, ‘Anti-Suit Injunctions in Judicial and Arbitral Procedures in the United States, 66 *American Journal of Comparative Law*’, Estados Unidos de América, 2018, p. 160, <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/711>

¹⁰ *Ibidem*, p. 160.

¹¹ *Ibidem*, p. 161.

“Las descripciones de los enfoques conservador y liberal se basan casi exclusivamente en casos que involucran *anti-suit injunctions* basadas en conveniencia y políticas, no *anti-suit injunctions* basadas en obligaciones [contractuales]. De hecho, en el caso de las *anti-suit injunctions* en apoyo de acuerdos de arbitraje internacional (particularmente una vez que el tribunal ha emitido una orden obligando al arbitraje), los diferentes estándares tienden a converger”.¹²

Este resultado es la consecuencia natural cuando:

“[E]l tribunal [estadounidense] ha sostenido que la disputa está sujeta a un acuerdo de arbitraje internacional ejecutable, ha decidido que el otro tribunal no es un foro adecuado para resolver el fondo de la disputa. Como tal, cuando un tribunal ya ha dictado sentencia (sobre las mismas cuestiones, involucrando a las mismas partes), las consideraciones de comity han perdido fuerza”.¹³

Cónsono con todo lo anterior, las cortes estadounidenses son propensas a dictar una *anti-suit injunction* cuando existe un acuerdo exclusivo de elección de foro (o cuando existe un acuerdo arbitral).¹⁴ En esa línea, el *Restatement (Third) U.S. Law of International Commercial Arbitration* observa que:

“[S]i el arbitraje tiene su sede en los Estados Unidos, los tribunales a menudo ejercerán su discreción para emitir una *anti-suit injunction* basándose únicamente en ese factor debido a la fuerte política federal a favor de hacer cumplir los acuerdos de arbitraje internacional. Sin embargo, si el arbitraje no tiene su sede en los Estados Unidos, será mucho menos probable que un tribunal emita una *anti-suit injunction* y considerará otros factores: si es probable que el otro tribunal se pronuncie sobre la aplicabilidad del acuerdo de arbitraje de manera oportuna; de ser así, consideraciones de cortesía pueden desaconsejar la emisión de una orden judicial; si el otro tribunal tiene un interés sustancialmente mayor en pronunciarse sobre la aplicabilidad del acuerdo de arbitraje; de ser así, consideraciones de cortesía pueden desaconsejar la emisión de una orden judicial; y si las circunstancias plantean una duda sustancial y justificable sobre la integridad del otro tribunal con respecto al litigio en cuestión: la existencia de tales

¹² Restatement (Third) U.S. Law of Int'l Comm. Arb. § 2.29 PFD (2019), Reporter's Note (c)(i)

¹³ *Idem.*

¹⁴ Restatement (Third) U.S. Law of Int'l Comm. Arb. § 2.29 PFD (2019), Reporter's Note (c)(i) (“Los tribunales ejercen regularmente su discreción para emitir *anti-suit injunctions* en apoyo de acuerdos de arbitraje internacional cuando previamente o simultáneamente han obligado a arbitrar el caso.”)

circunstancias presentaría un caso sólido a favor de otorgar una *anti-suit injunction*".¹⁵

Así, las *anti-suit injunctions* se erigen como una medida efectiva para proteger la jurisdicción del tribunal arbitral y para ordenar el cumplimiento de un acuerdo arbitral. En consecuencia, en el contexto de arbitraje comercial internacional, podemos considerar a las *anti-suit injunctions* como una forma de cumplimiento forzoso del acuerdo arbitral.

B. Solicitudes a los tribunales arbitrales

Si bien las reglas promulgadas por las principales organizaciones de arbitraje en Estados Unidos autorizan a los árbitros a emitir medidas cautelares,¹⁶ es menester señalar que:

“Una cuestión que aún no ha sido abordada por los tribunales estadounidenses es si, y en qué medida, una *anti-suit injunction* emitida por un tribunal arbitral es ejecutable conforme a la Convención de Nueva York. El problema es que la Convención de Nueva York sólo se aplica a casos “definitivos” laudos arbitrales y “laudos definitivos parciales”, es decir, aquellos laudos que son definitivos en cuanto a algún aspecto de la disputa arbitral, y no está claro si una *anti-suit injunction* emitida por un tribunal arbitral puede enmarcarse en esos términos. Si bien ningún tribunal estadounidense en una disputa internacional ha decidido todavía esta cuestión, los tribunales estadounidenses han aplicado varios tipos de mandatos arbitrales en el ámbito interno”.¹⁷

No obstante la falta de precedente judicial sobre la posibilidad de ejecutar un *anti-suit injunctions* emitidos por árbitros, comentaristas han

¹⁵ Restatement (Third) U.S. Law of Int'l Comm. Arb. § 2.29 PFD (2019), Cmt. C.

¹⁶ V., American Arbitration Association, Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures, efectivas 1 de septiembre del 2022, Regla R-38; International Dispute Resolution Procedures, efectivas, 1 de marzo 2021, Regla R-27.

¹⁷ S. I. Strong, ‘Anti-Suit Injunctions in Judicial and Arbitral Procedures in the United States, 66 American Journal of Comparative Law’, Estados Unidos de América, 2018, pp. 177-178, <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/711>

argumentado que los tribunales nacionales estadounidenses probablemente ejecutarían medidas cautelares emitidas en arbitrajes internacionales.¹⁸

III. *Medidas cautelares y anti-suit injunctions en México*

En el presente capítulo haremos una breve reseña de las disposiciones que rigen las medidas cautelares en materia mercantil en México para después analizar los criterios que han emitido los tribunales nacionales en relación con figuras cercanas a las *anti-suit injunctions*.

A. *Legislación relevante*

Las medidas cautelares en materia mercantil se rigen, en principio, por el Código de Comercio, el cual establece como únicas medidas cautelares (providencias precautorias) que pueden dictarse en un juicio la radicación de persona y la retención de bienes (embargo o depósito).¹⁹ Sin embargo, conforme a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha reconocido que en la materia mercantil resultan también aplicables las medidas cautelares previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles.²⁰

Si bien el Código Federal de Procedimientos Civiles, contrario al Código de Comercio, no contiene un listado limitativo de medidas cautelares que pueden dictarse, establece como condición que las medidas cautelares deben mantener la situación de hecho existente.²¹ En contrapartida, dicho código excluye expresamente las medidas constitutivas, señalando que cuando se pretenda la

¹⁸ V. Ej. Guillaume Lemenez & Paul Quigley, 'The ICDR's Emergency Arbitrator Procedure in Action Part II: Enforcing Emergency Arbitrator Decisions', 63-JAN Disp. Resol. J. 66, 71 ("Con base en nuestro examen de casos estadounidenses sobre la aplicabilidad de laudos y órdenes provisionales, concluimos que los tribunales estadounidenses harían cumplir las medidas de emergencia del Artículo 37, ya sea que el árbitro de emergencia las caracterice como una orden o laudo provisional. Dudamos que estos tribunales quieran dudar de la reparación ordenada por los árbitros de emergencia.").

¹⁹ Código de Comercio, 1889, México, Art. 1168.

²⁰ Tesis 1a./J. 27/2013 (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2003884>

²¹ Código Federal de Procedimientos Civiles, 1943, México, Art. 384.

modificación de una situación de hecho existente se deberá solicitar en vía de acción principal.²²

Las medidas cautelares antes descritas son aplicables tratándose de procedimientos seguidos ante jueces estatales en México en relación con un procedimiento judicial.

Ahora bien, tratándose de arbitraje comercial, el Código de Comercio permite a las partes solicitar medidas cautelares de un tribunal mexicano o de un tribunal arbitral, ya sea previo al arbitraje o una vez iniciado.²³ Sin embargo, el Código de Comercio no lista cuáles son las medidas cautelares que puede ordenar un juez mexicano en relación con una controversia sujeta a arbitraje, sino que señala que “[e]l juez gozará de plena discreción en la adopción de las medidas cautelares” dictadas en relación con una disputa sujeta a un acuerdo arbitral.²⁴ Esto haría suponer que los jueces mexicanos están facultados para dictar cualquier medida cautelar, incluidas las *anti-suit injunctions*. Asimismo, haría suponer que los tribunales nacionales reconocerían una *anti-suit injunction*. Por otra parte, el Código de Comercio tampoco lista cuales son las medidas cautelares que puede dictar el tribunal arbitral, sino que se limita a señalar que podrá “ordenar la adopción de las providencias precautorias necesarias respecto del objeto del litigio.”²⁵

En la siguiente sección se analizan los pocos criterios emitidos por tribunales nacionales que pudieran dar cuenta de la postura del sistema legal mexicano respecto a las *anti-suit injunctions*.

²² *Ibidem*, Art. 385.

²³ Código de Comercio, 1889, México, Arts. 1425 y 1433.

²⁴ *Ibidem*, Art. 1478.

²⁵ *Ibidem*, Art. 1433.

B. Solicitudes a los tribunales judiciales

La doctrina y los pocos criterios de tribunales mexicanos relativos a las *anti-suit injunctions* son unánimes en señalar que dichas medidas cautelares son improcedentes bajo derecho mexicano.²⁶

Francisco González de Cossío considera que estas medidas no pueden concederse en México ya que no existen dentro del derecho mexicano y el derecho arbitral mexicano no las permite.²⁷

Existen pocos criterios de tribunales mexicanos referentes a las *anti-suit injunctions*. El más relevante para la materia arbitral es el emitido por el Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en el recurso de revisión 4/2021.²⁸

En ese caso, una empresa productiva del estado adjudicó un contrato de transporte de gas natural por gasoducto a una empresa transportista. Conforme al contrato, la empresa productiva del estado debía realizar el pago de un cargo fijo por capacidad, a pesar de que la infraestructura de transporte no estaba terminada y no recibía el servicio. La empresa productiva del estado promovió ante un tribunal nacional una solicitud de medidas cautelares previas a un arbitraje bajo las reglas de la *London Court of International Arbitration* (LCIA por sus siglas en inglés), conforme al procedimiento previsto en el Código de Comercio. En su solicitud, la empresa productiva del estado pidió medidas cautelares consistentes en que la

²⁶ Marco Tulio Venegas Cruz, *Arbitration Procedures and Practice in Mexico: Overview*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-381-2898?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#co_anchor_a892612](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-381-2898?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_anchor_a892612)

²⁷ Francisco González de Cossío, 'Las medidas precautorias como garantía de efectividad del arbitraje', p. 16
<http://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Medidas%20Precautorias%20como%20Garantia%20U%20Chile.pdf>

²⁸ Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, sentencia de 8 de julio de 2021 dictada en el amparo indirecto en revisión 4/2021, https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=3844/38440000276032920003003.pdf_1&sec=Luis_Carlos_Mu%C3%B1oz_Guti%C3%A9rrez&svp=1

transportista: (i) se abstenga de realizar cualquier acción para el cobro del cargo fijo por capacidad; (ii) se abstenga de realizar cualquier acción para revocar las cartas de crédito que otorgó a la empresa productiva del estado bajo el contrato; (iii) continúe con el cumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato; y (iv) se abstenga de realizar cualquier acto tendiente a terminar, anular o rescindir el contrato.

Al admitir la solicitud, el Juez del conocimiento concedió las medidas cautelares y solicitó una garantía a actualizarse mensualmente por un monto equivalente al cargo fijo por capacidad. Seguido el trámite del procedimiento conforme al Código de Comercio, el Juez del conocimiento confirmó las medidas cautelares solicitadas en los siguientes términos: (i) que la transportista se abstenga de realizar cualquier acción para el cobro del cargo fijo por capacidad, aclarando que puede hacer valer sus reclamos ante el tribunal arbitral; (ii) se abstenga de realizar cualquier acción para revocar las cartas de crédito que otorgó a la empresa productiva del estado bajo el contrato; (iii) continúe con el cumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato que no se relacionen con las medidas y que la empresa productiva del estado cumpla con las que correspondan bajo el contrato en reciprocidad a las que cumpla la transportista; y (iv) se abstenga de realizar cualquier acto tendiente a terminar, anular o rescindir el contrato de forma unilateral, sin que implique que no pueda acudir a un tribunal estatal o arbitral.

En contra de la resolución antes mencionada, ambas partes promovieron juicio de amparo indirecto. En la sentencia de amparo se concedió el amparo a la transportista para determinados efectos. En contra de la sentencia de amparo ambas partes promovieron recurso de revisión. Al resolver el recurso de revisión promovido por la transportista, el Tribunal Colegiado determinó revocar la sentencia de amparo conforme al principio de mayor beneficio. El Tribunal analizó el Reglamento de Arbitraje de la LCIA, del que derivó que únicamente se permiten medidas que *“tienden a la protección y aseguramiento de bienes litigiosos, algunas veces a*

la conservación de la materia del litigio y en otras, es posible proveer una tutela anticipada (compensación)".²⁹ De las disposiciones del Código de Comercio y del Código Federal de Procedimientos Civiles, derivó que no regulan medidas que puedan tener por objeto la modificación de la situación de hecho. En su sentencia, el Tribunal Colegiado consideró que todas las medidas cautelares solicitadas son improcedentes:

- Respecto de la medida consistente en abstenerse de realizar cualquier acto de cobro del cargo fijo por capacidad, el Tribunal consideró que dicha medida es innovativa, es decir, constitutiva de derechos.
- Respecto de las medidas consistentes en abstenerse de realizar cualquier acto tendiente a la terminación, nulidad o rescisión del contrato y de abstenerse de realizar acciones tendientes a revocar las cartas de crédito, el Tribunal consideró que son constitutivas de la obligación de la transportista de no ejercer las acciones relativas, lo que viola el artículo 17 constitucional.

El Tribunal razonó que cualquier medida cautelar que impida que una persona ejerza una acción o acuda a los tribunales a ejercerla no es de carácter conservativo, sino constitutiva e impedirá el ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

De dicha sentencia derivó el criterio aislado (no vinculante) consistente en que *"es improcedente decretar medidas cautelares que tengan por objeto inhibir o impedir que una persona ejerza ante los tribunales las acciones correspondientes, pues ello implica vulnerar el derecho de acceso a la jurisdicción"*.³⁰

En el caso antes reseñado el Tribunal Colegiado analizó las medidas cautelares solicitadas por la empresa productiva del estado y consideró que tienen por objeto inhibir el ejercicio de una acción. Sin embargo, el Tribunal no realizó ninguna

²⁹ *Íbidem*. pp. 38 – 39.

³⁰ Tesis I.15o.C.3 C (11a.), Tribunales Colegiados de Circuito, México, 2022, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024663>

consideración respecto a las medidas cautelares en los términos que fueron concedidas por el Juez natural en las que precisó que las medidas no impedían al destinatario el ejercicio de acciones ante tribunales estatales o arbitrales. Más allá de este yerro del Tribunal Colegiado, lo relevante es el criterio tajante asumido: las *anti-suit injunctions* son improcedentes, por ser contrarias al derecho de acceso a la justicia.

En otro caso, el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito se pronunció sobre la suspensión de una medida cautelar consistente en la suspensión de un procedimiento judicial.³¹ En ese caso, las partes celebraron un contrato de promesa de cesión de derechos fideicomisarios. Bajo dicho contrato preparatorio, el promitente cesionario suscribió un pagaré en favor del promitente cedente. Los bienes objeto del fideicomiso se incendiaron. Ante ello, el promitente cesionario demandó en la vía mercantil al promitente cedente la nulidad absoluta del contrato de promesa y, en consecuencia, la declaración de ineficacia e inexigibilidad del pagaré suscrito en favor del promitente cesionario.

Dentro del juicio mercantil, tramitado ante un Juez local de la Ciudad de México, el promitente cesionario obtuvo como medida cautelar la suspensión de cobro del pagaré. En contra de dicha resolución, el demandado promovió apelación. La Sala de segunda instancia confirmó la medida cautelar. En contra de la sentencia de segunda instancia, el demandado promovió juicio de amparo indirecto, en el que solicitó la suspensión de la medida cautelar. En el incidente de suspensión el Juez de amparo negó la suspensión provisional y posteriormente la definitiva de la medida cautelar, sin expresar razones de fondo.

El demandado promovió recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado, del que derivó la sentencia en análisis. En su sentencia, el Tribunal determinó conceder la

³¹ Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, sentencia de 3 de mayo de 2018 dictada en el amparo en revisión 97/2018, https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=89/00890000225970120004003.doc_1&sec=Reyna_Mar%C3%ADa_Rojas_L%C3%B3pez&svp=1

suspensión contra la medida cautelar con efectos restitutorios, al considerar que restringe el derecho de acceso a la justicia al impedirle acudir ante un tribunal a reclamar los derechos derivados del pagaré, el cual es de orden público e interés social. Además, el Tribunal consideró que la medida cautelar implicaría prejuzgar sobre la naturaleza del pagaré, cuestión que competiría al juez que conozca del juicio para su cobro. Finalmente, el Tribunal señaló que la medida cautelar es constitutiva de derechos en favor del promitente cesionario. De dicho asunto derivó una tesis aislada (no vinculante) que contiene las consideraciones antes reseñadas.³²

En suma, la postura de la doctrina y algunos tribunales mexicanos en torno a las *anti-suit injunctions* parece ser que están prohibidas, sin embargo, no existen a la fecha criterios en donde se analice una *anti-suit injunction* con la finalidad de asegurar el cumplimiento de un acuerdo arbitral. Es decir, no se ha abordado el estudio de estas medidas dentro del contexto de un arbitraje como mecanismo para asegurar el cumplimiento del acuerdo arbitral, por lo que no necesariamente los criterios reseñados aplican a todos los casos de *anti-suit injunctions*.

C. Solicitudes a los tribunales arbitrales

En México existe una competencia dual –de tribunales nacionales y del tribunal arbitral– para el dictado de medidas cautelares en apoyo a un arbitraje internacional con sede mexicana. Cabe destacar que el derecho mexicano no tiene un catálogo de medidas cautelares que puedan dictarse dentro del arbitraje. Sin embargo, las reglas del CAM –al igual que las de otros importantes centros comentados en la sección II.b de este artículo– contempla que los árbitros tendrán amplias facultades para emitir medidas precautorias.³³ En esta última sección de

³² Tesis I.12o.C.53 C (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, México, 2018, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017628>

³³ V. Ej. el Art. 30 Bis del Reglamento de Arbitraje del CAM que dispone "(...) 6. El árbitro de urgencia tendrá la facultad para ordenar cualquier providencia precautoria provisional que considere necesaria, incluyendo prohibiciones y medidas para la protección o conservación de cualquier derecho, ya sea

nuestro artículo comentaremos la posibilidad de que una *anti-suit injunction* emitida por un tribunal arbitral con sede en México sea ejecutable ante los tribunales nacionales mexicanos.

Conforme al Código de Comercio, las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales deben reconocerse y ejecutarse en México.³⁴ Dicho reconocimiento y ejecución pueden negarse en los mismos casos en que es posible negar el reconocimiento y ejecución de un laudo. Entre estos casos, se encuentra el que dicha medida sea contraria al orden público mexicano.³⁵

Entonces, el parámetro para determinar si una *anti-suit injunction* puede o debe reconocerse en México es el propio orden público mexicano. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que únicamente se viola el orden público cuando “*se atenta directamente contra los principios o instituciones jurídicas fundamentales.*”³⁶ Asimismo, los tribunales mexicanos han reconocido que, al acordar la solución de controversias mediante arbitraje dicha controversia se “*sustra[e] del ámbito jurisdiccional estatal*” por lo que “*las partes no pueden desconocer la cláusula que contenga el acuerdo de arbitraje*”.³⁷ Bajo estos parámetros, cualquier medida tendiente al efectivo cumplimiento de un acuerdo arbitral pareciera no ser contraria al orden público mexicano, sino que, por el contrario, es una medida tendiente al cumplimiento del acuerdo arbitral.

Ahora bien, bajo las leyes arbitrales mexicanas, el Juez estatal a quien se someta una controversia sujeta a arbitraje debe — *de forma imperativa* —³⁸ remitir a las partes

mediante un Laudo o una orden procesal. Dicha resolución deberá ser motivada y dictarse tan pronto sea posible. Constituido el Tribunal Arbitral y recibido el expediente por éste, cesará la actuación del árbitro de urgencia (...)”

³⁴ Código de Comercio, 1889, México, Art. 1479.

³⁵ *Ibidem*, Art. 1480.

³⁶ Tesis 1a. XXXVIII/2017 (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2017, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2014011>

³⁷ Tesis I.3o.C.400 C (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, México, 2019, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2021192>

³⁸ En el mismo sentido, Francisco González de Cossío, ‘Ejecución del Acuerdo Arbitral: Aún un Prisma Opaco’, p. 2, <http://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Remision%20al%20Arbitraje.pdf>

al arbitraje.³⁹ Esto no es gratuito, refleja la importancia que otorga el derecho mexicano al acuerdo arbitral y su efectividad. La remisión al arbitraje tiene por efecto que el juez que conoce del asunto lo remita al tribunal arbitral, suspenda las actuaciones y, una vez que se dicte el laudo arbitral, dar por terminado el juicio.⁴⁰ La remisión al arbitraje suele ser el remedio utilizado por los litigantes ante la violación de un acuerdo arbitral. Típicamente, también se hace valer a través de excepciones procesales, pues, claramente, en un juicio iniciado en violación de un acuerdo arbitral no se surten los presupuestos del proceso de competencia y vía. Cualquiera que sea la forma en que se haga valer – remisión al arbitraje, excepción de incompetencia o excepción de improcedencia de la vía – lo que es cierto es que el sistema jurídico mexicano prevé formas para tutelar la efectividad del acuerdo arbitral. Sin embargo, todas dichas formas se plantean de forma reactiva ante el tribunal estatal que conoce de un asunto sujeto a arbitraje. Es decir, se otorga solamente al tribunal nacional la facultad de hacer efectiva la cláusula arbitral.

En esa medida, la diferencia entre los mecanismos antes enunciados y una *anti-suit injunction* como mecanismos para tutelar la efectividad de la cláusula arbitral es la actitud del solicitante: para los primeros, es reactiva, en vía de excepción; para las segundas, es activa, en vía de acción cautelar.

Hasta ahora podemos derivar las siguientes conclusiones. Las leyes mexicanas prevén ciertos mecanismos – naturales a un sistema de derecho civil – para la efectividad del acuerdo arbitral. El orden público mexicano únicamente se puede ver violado cuando se atenta contra los principios e instituciones jurídicas fundamentales. Habiendo sentado las anteriores bases, toca analizar si una *anti-suit injunction* con la finalidad de hacer efectiva una cláusula arbitral es contraria al orden público mexicano. Si bien no hay jurisprudencia al respecto, es probable que

³⁹ Código de Comercio, 1889, México, Art. 1424

⁴⁰ *Ibidem*, Art. 1464.

un tribunal mexicano no rechace la ejecución de un laudo concediendo una *anti-suit injunction* por las siguientes razones:

- No existe una disposición que expresamente prohíba el otorgamiento de *anti-suit injunctions*. En este punto, los criterios de los tribunales colegiados reseñados en la sección III. b de este artículo determinan que las medidas analizadas son contrarias a la prohibición de medidas constitutivas porque constituyen la obligación del destinatario de no demandar. Dicho criterio probablemente no es aplicable a las *anti-suit injunctions* para obligar el cumplimiento de una cláusula arbitral, toda vez que las *anti-suit injunctions* son claramente medidas conservativas de una situación de hecho actual conservar la efectividad de la cláusula arbitral.
- Los criterios emitidos al respecto por los tribunales nacionales no prohíben el otorgamiento de *anti-suit injunctions* para garantizar la ejecución de un acuerdo arbitral, sino que, simplemente pretenden evitar el ejercicio de acciones derivadas de una misma relación jurídica.
- En el criterio asumido por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil⁴¹ se analizaron las normas procesales aplicables al procedimiento de las que desprendió que la medida cautelar no está regulada por dichas normas, incluyendo el reglamento arbitral aplicable. De esto se sigue que, de estar prevista expresamente en las reglas arbitrales, el Tribunal posiblemente hubiera sostenido la validez de la medida. Luego, si el sólo hecho de que estuviera prevista en el reglamento arbitral hubiera variado el sentido de dicho criterio, entonces no se trata de una cuestión de orden público, pues no podría admitirse que las partes pudieran pactar en contrario a una figura de orden público.

⁴¹ Tesis I.15o.C.3 C (11a.), Tribunales Colegiados de Circuito, México, 2022, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024663>

- La finalidad de las *anti-suit injunctions* y de sus efectos -no iniciar un juicio o detener uno ya iniciado- son compatibles y similares a las de los mecanismos previstos en derecho nacional.

En consecuencia, el efecto y finalidad de las *anti-suit injunctions* no son contrarias al orden público mexicano, pues existen figuras que pretenden lo mismo.

Por todo lo anterior, consideramos que las *anti-suit injunctions* no necesariamente son contrarias al orden público mexicano y no deben necesariamente ni negarse ni negarse su reconocimiento y ejecución.

IV. Conclusiones

Las *anti-suit injunctions* son una creación de los sistemas de *common law* y son extrañas a los sistemas de derecho civil, aceptadas como un remedio excepcional. Hasta el momento, la doctrina mexicana ha rechazado la posibilidad de obtener *anti-suit injunctions* bajo derecho mexicano en apoyo a tribunales arbitrales internacionales, sin hacer un análisis sobre sus finalidades y efectos. Sin embargo, eso no implica que no haya formas de conseguir las en arbitrajes con sede en México. En ese sentido las *anti-suit injunctions* no parecen necesariamente ser contrarias al orden público mexicano, por lo que, atendiendo a cada caso, pudieran ser otorgadas o reconocidas bajo ley mexicana.