

## **MEDIDAS CAUTELARES EN ARBITRAJE INTERNACIONAL Y NACIONAL**

### **I.- ARBITRAJE INTERNACIONAL.**

#### **1.- Necesidad de medidas cautelares en un procedimiento arbitral.**

La primera pregunta que cabe plantearse al analizar el tema que nos ocupa es si realmente existe la necesidad de adoptar medidas cautelares para garantizar la efectividad de un laudo arbitral. En mi opinión, la respuesta ha de ser necesariamente afirmativa.

En efecto, a pesar de la difundida idea de la brevedad de los procedimientos arbitrales, lo cierto es que su duración es mayor de lo que normalmente se cree. La experiencia demuestra que aquella parte que prevé que el laudo no le va a resultar favorable, utiliza todos los mecanismos a su alcance para dificultar y entorpecer el arbitraje e incluso para imposibilitar al máximo la ejecución del laudo. Como acertadamente se ha señalado<sup>1</sup>, el actor de un procedimiento arbitral queda sujeto a los mismos riesgos de infructuosidad que el demandante en un proceso judicial ordinario.

Precisamente por dicha razón, la mayor parte de las instituciones arbitrales internacionales recogen en sus reglamentos la posibilidad de adoptar medidas cautelares<sup>2</sup>. Al amparo de dichos reglamentos, son numerosos los tribunales arbitrales que han acordado la adopción de medidas cautelares (de muy diverso tipo, como veremos). También los Convenios internacionales en materia de arbitraje<sup>3</sup> reconocen la

---

<sup>1</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, en *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Ed. McGraw-Hill, Madrid 1996, p. 186.

<sup>2</sup> Artículo 25 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres; artículo 23 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio y artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje.

<sup>3</sup> Artículo VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961; artículo II.3 del Convenio de Nueva York.

posibilidad de adoptar tales medidas cautelares. Asimismo, diversas legislaciones nacionales recogen expresamente dicha posibilidad (una de las excepciones, como veremos, es la Ley española de Arbitraje de 1988). Las referidas previsiones normativas vienen a confirmar la necesidad (contemplada por las instituciones arbitrales internacionales y por los legisladores nacionales e internacionales), de dictar medidas cautelares para asegurar la ejecución de un laudo arbitral.

Por todo ello, considero que existe una necesidad, al menos teórica, de adoptar medidas cautelares para asegurar la efectividad de un laudo arbitral. En definitiva, las medidas cautelares en un procedimiento arbitral resultan tan necesarias como en un procedimiento judicial.

## **2.- Posibilidad de adoptar medidas cautelares en un procedimiento arbitral.**

Confirmada la necesidad de adoptar medidas cautelares para asegurar la efectividad de un laudo arbitral, procede examinar si resulta realmente posible adoptar dichas medidas cautelares en un arbitraje.

Tres son, en mi opinión, las razones que permiten sostener dicha posibilidad:

- a) En primer lugar, debe señalarse que aquella persona o sociedad que acude a un procedimiento arbitral para obtener la tutela que le concede el ordenamiento, tiene el mismo derecho que el que acude a un procedimiento judicial para obtener esa misma tutela. Por tanto, si el ordenamiento concede por igual dicha tutela a los que acuden a una vía judicial y a los que acuden a una vía arbitral, resultaría ilógico y perturbador que la tutela cautelar se restringiera únicamente a aquellos que pretenden la satisfacción de sus pretensiones ante los organismos judiciales estatales<sup>4</sup>. Como ha señalado la conocida Sentencia del Tribunal Superior de

---

<sup>4</sup> Como ha señalado POCH SERRATS en *Las medidas cautelares en la Ley de Arbitraje*, en *Medidas cautelares por razón de la materia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997, p. 238: “*Si el arbitraje constituye un equivalente jurisdiccional y la medida cautelar una medida de potenciación de la eficacia de la futura sentencia -lo que a su vez forma parte esencial del derecho a la efectiva cobertura jurisdiccional (artículo 24 CE)- resulta evidente, en principio, y como lógica y natural coherencia, el*

Justicia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto *Factortame*<sup>5</sup>, con palabras que resultan plenamente aplicables a los procedimientos arbitrales (y confirman la necesidad y posibilidad de medidas cautelares en tales procedimientos) *“la tutela cautelar [...] trata de conseguir, puntual y siempre eficazmente, la finalidad del reconocimiento del derecho y, de una forma más general, la actuación de la norma jurídica, en todos los casos en los que la duración del proceso puede poner en peligro la realización de ese objetivo y privar, por consiguiente, a la norma jurídica de toda eficacia”*.

- b) En segundo lugar, y tal como se ha indicado con anterioridad, la posibilidad de acordar medidas cautelares en un procedimiento arbitral está expresamente reconocida en diversas legislaciones nacionales<sup>6</sup> (la inglesa y la suiza, entre otras), en numerosos reglamentos de instituciones arbitrales e incluso en Convenios internacionales sobre arbitraje. La práctica internacional también demuestra que son numerosas las resoluciones dictadas por tribunales arbitrales y por órganos jurisdiccionales en las que se acuerda la adopción de medidas cautelares para garantizar la efectividad de laudos arbitrales. Dichas previsiones normativas y resoluciones (arbitrales y judiciales) confirman, sin lugar a dudas, que es posible adoptar medidas cautelares en procedimientos arbitrales.
- c) En tercer lugar, debe señalarse que si no fuera posible adoptar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral, nadie mínimamente previsor acudiría al arbitraje<sup>7</sup>, convirtiéndose éste en un instrumento de heterocomposición absolutamente inútil e impracticable.

---

*permitir e incluso regular y prever dentro del procedimiento arbitral la articulación de medidas de aseguramiento”*.

<sup>5</sup> Sentencia de 19 de junio de 1990, Asunto C-213/89, *The Queen contra Secretary of State for Transport* ex parte: *Factortame, Ltd. y otros*.

<sup>6</sup> Dichos ordenamientos nacionales difieren acerca de si las medidas cautelares pueden solicitarse directamente a los árbitros, o si han de ser necesariamente solicitadas a un juez. Sin embargo, lo que es claro es que todos ellos admiten la posibilidad de acordar medidas cautelares en un procedimiento arbitral.

<sup>7</sup> En este sentido MUÑOZ SABATÉ, en *La recepción del arbitraje por la jurisdicción. Reflexiones para una urgente reforma.*, La Ley, Madrid 1995, p. 733.

## URÍA MENÉNDEZ

Como acertadamente se ha señalado<sup>8</sup> “*De qué sirve otorgar un convenio arbitral, si en caso de futuro conflicto donde urjan ciertas cautelas previas, ocurre que en el gran almacén donde se expenden dichas cautelas hay apostado un centinela que me dice: «Vd. no tiene derecho a la justicia cautelar porque Vd. es un ciudadano de segunda»?*”.

- d) Si el fundamento del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes, no puede existir impedimento alguno a que éstas, en ejercicio de su autonomía, pacten que el árbitro al que se sometan pueda adoptar medidas cautelares (aunque, lógicamente, la ejecución de tales medidas, en caso de ser ello necesario, corresponderá siempre a los tribunales estatales, por tener éstos el monopolio de la coacción).
- e) El propio Tribunal de Justicia de Las Comunidades Europeas, en su conocida Sentencia de 17 de noviembre de 1998<sup>9</sup>, al analizar si al amparo del artículo 24 del Convenio de Bruselas es posible adoptar medidas cautelares para garantizar la efectividad de un laudo arbitral, ha confirmado tal posibilidad.

Los razonamientos anteriores abonan la posibilidad -al menos desde el punto de vista formal o teórico- de adoptar medidas cautelares en un procedimiento arbitral, posibilidad que ha sido respaldada, por otro lado, por parte de la doctrina española que ha estudiado esta materia, como tendremos ocasión de examinar a continuación.

No obstante, no puede ocultarse que se ha intentado negar la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un procedimiento arbitral sobre la base de la idea de que si un árbitro no puede ejecutar dichas medidas cautelares (algo que resulta obvio, pues el árbitro nunca tiene potestad ejecutiva, correspondiendo ésta exclusivamente al Estado), tampoco puede adoptarlas. Sin embargo, esta argumentación debe ser rechazada y ello por dos órdenes de razones. La primera de ellas es que nada impide que el árbitro adopte medidas cautelares, aunque su ejecución corresponda a un órgano judicial estatal. Existen ejemplos en nuestro ordenamiento procesal que confirman que

---

<sup>8</sup> MUÑOZ SABATÉ, *Embargo preventivo y proceso arbitral*, Revista Jurídica de Catalunya, Barcelona 1993, p. 199.

<sup>9</sup> Asunto C-391/95; *Van Uden Maritime BV v. Kommenditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*.

no existe obstáculo alguno para que un órgano (judicial) ejecute una medida cautelar aunque el conocimiento del fondo del asunto corresponda a otro. Así, el artículo 63.12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite que, en caso de urgencia, un Juzgado ejecute (y acuerde previamente) un embargo preventivo, debiendo remitir posteriormente los autos al Juzgado competente para resolver el asunto principal; asimismo, el artículo 24 del Convenio de Bruselas<sup>10</sup> sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras (B.O.E. de 28 de enero de 1991) permite que el Juzgado de un Estado miembro del Convenio ejecute una medida cautelar adoptada por el Juzgado de otro Estado. La segunda razón que debe hacerse constar es que tampoco el árbitro tiene facultades para ejecutar el laudo que dicte y, sin embargo, nadie pone por ello en tela de juicio su capacidad para dictar tal laudo, ni la fuerza de cosa juzgada de la que (al igual que las sentencias judiciales) está dotada el laudo.

### **3.- ¿Quién debe adoptar la medida cautelar? El árbitro o el juez.**

Una vez comprobado que es necesario y posible adoptar medidas cautelares para asegurar la ejecución de un laudo arbitral, procede analizar quién tiene competencia para acordar dicha medida; es decir, si ésta ha de ser adoptada por el propio árbitro o Tribunal Arbitral que conoce del fondo del asunto o por un juez estatal.

A este respecto conviene señalar con carácter previo que las diferentes legislaciones nacionales que han regulado esta situación siguen dos grandes sistemas:

- a) Por un lado, diversas legislaciones niegan facultades al árbitro para acordar medidas cautelares. Entre dichas legislaciones cabe citar la austríaca<sup>11</sup>, la italiana<sup>12</sup> y la brasileña<sup>13</sup>. Tales ordenamientos sólo admiten la posibilidad de que

---

<sup>10</sup> El artículo 24 del Convenio de Bruselas dice: “*Podrán solicitarse medidas cautelares o provisionales previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Convenio, un Tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo*”.

<sup>11</sup> Código de Procedimiento Civil, artículo 589.

<sup>12</sup> Artículos 669-quinquies y 818 del Código de Procedimiento Civil. Un estudio en profundidad de lo establecido en el ordenamiento italiano se recoge en CUCARELLA GALIANA, *Arbitraje interno y tutela*

las medidas cautelares sean directamente solicitadas al órgano judicial correspondiente, quien tendrá competencia tanto para adoptar la medida como para ejecutarla.

- b) Otros sistemas nacionales admiten la posibilidad de que la medida cautelar sea directamente acordada por el Tribunal Arbitral. Entre ellas merecen destacarse la legislación inglesa<sup>14</sup>, la suiza<sup>15</sup> y la alemana<sup>16</sup>.

Asimismo, los reglamentos de las más importantes instituciones arbitrales internacionales de arbitraje, reconocen de forma clara las competencias del árbitro para acordar medidas cautelares, a solicitud de una de las partes. En efecto:

- a) El Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (“LCIA”), en vigor desde el 1 de enero de 1998, establece en su artículo 25 lo siguiente:

*“Artículo 25: Medidas Cautelares y Conservatorias.*

*25.1 A menos que las partes pacten lo contrario por escrito el tribunal arbitral tendrá la facultad, a solicitud de cualquiera de las partes, de:*

*(a) ordenar a cualquier demandado o reconvenido que preste garantía por todo o parte de la cantidad en disputa a través de la constitución de un depósito o garantía bancaria o de cualquier otra manera, en los términos que el tribunal arbitral considere adecuado a tal fin. Dichos términos podrán incluir la constitución de una contracautela que el demandante o reconviniendo deberá prestar en*

---

*cautelar en el ordenamiento jurídico italiano*, Revista Justicia, número II, Barcelona 1997, pp. 593-606, y obras citadas en éste.

<sup>13</sup> Ley número 9307, de 23 de septiembre de 1996, artículo 22, § 4º. Para un estudio en profundidad de dicha Ley, vid. BARBOSA MOREIRA, *La nueva Ley de arbitraje brasileña*, Revista de Derecho Procesal, número 2, 1997, pp. 433-450.

<sup>14</sup> Ley de arbitraje de 1996, artículos 38 y 39. Un buen estudio de la nueva Ley de Arbitraje inglesa se recoge en ARTHUR L. MARRIOTT, *England’s New Arbitration Law*, The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 8/nº 1, pp. 28-36.

<sup>15</sup> Ley Federal de Derecho Internacional Privado, artículos 183 y 184.

<sup>16</sup> Z.P.O. artículo 1041.

## URÍA MENÉNDEZ

*la forma que el tribunal considere adecuada y cuyo objeto será el de garantizar cualquier coste o pérdida en la que pueda incurrir el demandado al proporcionar la garantía requerida. El tribunal arbitral podrá cuantificar los costes y pérdidas cubiertos por la contracautela en uno o varios pronunciamientos.*

*(b) ordenar la conservación, almacenamiento, venta o enajenación de cosas o propiedades que se encuentren en poder de cualquiera de las partes y que guarden relación con el litigio objeto de arbitraje, y*

*(c) ordenar de forma provisional, con sujeción a lo que se acuerde de forma definitiva en el laudo, cualquier otra medida que el tribunal pueda acordar en un laudo, incluyendo la adopción de una orden provisional de pago o la disposición de una propiedad de cualquiera de las partes.*

*25.2 El tribunal arbitral podrá, a instancia de parte, ordenar al demandante o reconviniente que preste garantía a través de la constitución de un depósito o garantía bancaria o de cualquier otro medio que el tribunal arbitral considere adecuado a tal fin, para cubrir los gastos legales u otros gastos en los que el demandado o reconvenido pueda incurrir. El tribunal arbitral podrá cuantificar los gastos a satisfacer con esa garantía en uno o varios pronunciamientos. En caso de que el demandante o reconviniente no prestara la garantía requerida, el tribunal arbitral podrá paralizar la demanda o reconvencción o rechazarla en su laudo.*

*25.3 El poder concedido al tribunal arbitral en el artículo 25.1 se establece sin detrimento del derecho de cualquiera de las partes de solicitar ante cualquier tribunal estatal u otra autoridad judicial la adopción de medidas cautelares con anterioridad a la formación del tribunal arbitral y, en casos excepcionales, incluso con posterioridad a la misma. Cualquier solicitud de adopción de medidas cautelares*

## URÍA MENÉNDEZ

*realizada con posterioridad a la formación del tribunal arbitral deberá ser comunicada por el solicitante al tribunal y al resto de las partes a la mayor brevedad posible. Sin embargo, el acuerdo de sometimiento del arbitraje a las presentes reglas implica la renuncia de las partes a solicitar a un tribunal estatal o a cualquier otra autoridad judicial una garantía para asegurar los gastos legales o los otros gastos a los que se refiere el artículo 25.2.”*

- b)** A su vez, el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (“CCI”), también en vigor desde el 1 de enero de 1998, establece en su artículo 23 lo siguiente:

*“1. Salvo pacto de las partes en contrario, el tribunal arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas. El tribunal arbitral podrá subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que las solicite. Las medidas mencionadas deberán ser adoptadas mediante auto motivado o laudo, según el tribunal lo estime conveniente.*

*2. Las partes podrán, antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral y en circunstancias apropiadas, aún después, solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un tribunal arbitral no contraviene el convenio arbitral ni constituye una renuncia a éste, y no afecta los poderes del tribunal arbitral al respecto. Dicha solicitud, así como cualquier medida cautelar adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría. Esta última informará de ello al tribunal.”*

## URÍA MENÉNDEZ

- c) Por su parte, el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje (“AAA”), modificado el 1 de enero de 1997, dice a este respecto lo siguiente:

*“Medidas Cautelares de Protección.*

*1. El tribunal, previa solicitud de cualquier parte, podrá adoptar cualquier medida cautelar que estime necesaria, incluyendo medidas sumarias y medidas de protección y conservación de la propiedad.*

*2. Estas medidas cautelares podrán adoptar la forma de laudo provisional, pudiendo el tribunal requerir garantía de los costes derivados de tales medidas.*

*3. Las medidas cautelares solicitadas por una parte ante la autoridad judicial no se considerarán incompatibles con el acuerdo de arbitraje ni una renuncia al derecho al arbitraje.*

*4. El tribunal podrá distribuir los costes asociados a las solicitudes de medidas cautelares en un laudo provisional o en el laudo definitivo.”*

- d) A su vez, el artículo 46 del Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (“WIPO”) señala:

*“Medidas Cautelares de Protección: Garantías por reclamaciones y gastos.*

*(a) Siempre que el convenio arbitral prevea la aplicación de las reglas de medidas cautelares de emergencia de la WIPO conjuntamente con las reglas ordinarias de arbitraje de la WIPO, las normas contenidas en el Anexo de tales reglas también formarán parte del convenio arbitral.*

*(b) El tribunal, a solicitud de parte, podrá dictar órdenes provisionales y adoptar las medidas cautelares que considere necesarias, inclusive medidas sumarias y medidas para la*

## URÍA MENÉNDEZ

*conservación de los bienes relacionados con el asunto objeto de disputa, así como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos. El tribunal podrá condicionar la concesión de tales medidas a la prestación de una garantía adecuada por la parte solicitante.*

*(c) El tribunal, a solicitud de parte, podrá, si considera que se dan circunstancias excepcionales que lo requieran, ordenar a la contraparte prestar garantía en la forma que determine el tribunal respecto a la demanda o la reconvenición, así como con respecto a los costes a los que se refiere el artículo 72.*

*(d) Las medidas y órdenes contempladas en este artículo podrán adoptar la forma de laudo provisional.*

*(e) la solicitud de adopción de medidas cautelares, o de una garantía respecto a la demanda o reconvenición, o para la ejecución de cualesquiera medidas u órdenes acordadas por el tribunal arbitral, dirigidas a la autoridad judicial por cualquiera de las partes, no se considerará incompatible con el convenio de arbitraje ni se entenderá como una renuncia a ese convenio.”*

- e) Merece asimismo mencionarse el artículo 26 del Reglamento UNCITRAL, que dice:

*“Medidas provisionales de protección.*

*1. 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 del litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos.*

*2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El Tribunal Arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el coste de esas medidas.*

*3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo.”*

A la vista de todo lo anterior, puede concluirse que los reglamentos de las más importantes instituciones arbitrales internacionales admiten la competencia de los árbitros para adoptar medidas cautelares (no sucede así en el derecho positivo español, como tendremos ocasión de examinar con posterioridad). Dicha circunstancia confirma que los árbitros pueden adoptar medidas cautelares y, en consecuencia, que éstas no son una competencia exclusiva y excluyente de los tribunales estatales sino, por el contrario, una competencia concurrente de los árbitros y los órganos jurisdiccionales.

Existen, además, razones adicionales que apoyan la competencia de los árbitros para adoptar medidas cautelares:

- a) El árbitro conoce el fondo del proceso por lo que, sin lugar a ninguna duda, es la persona más indicada para determinar la conveniencia (o no) de dictar una medida cautelar que garantice la ejecución del laudo definitivo que se dicte. Además, los árbitros tendrán normalmente un conocimiento del asunto mucho más profundo que un juez, dado que muy probablemente la medida cautelar será adoptada cuando las partes del arbitraje hayan presentado ya sus alegaciones iniciales. Ello, además, no es sino una concreción del principio en virtud del cual quien conoce del proceso principal (el árbitro, en este caso) ha de conocer también de todas sus incidencias (principio reconocido en el artículo 55 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil).

En este sentido conviene señalar que, como acertadamente se ha sostenido<sup>17</sup>, en toda medida cautelar hay una fase declarativa (es decir, la correspondiente a su

---

<sup>17</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen ...*, ob. cit., p. 186.

solicitud y adopción) y una ejecutiva. Nadie pone en duda que, al corresponder el monopolio de la coacción a la jurisdicción estatal, la fase ejecutiva de toda medida cautelar debe ser llevada a cabo por un órgano judicial; sin embargo, no existe impedimento apriorístico alguno a que la fase declarativa de una medida cautelar sea llevada a cabo por un árbitro.

- b) La experiencia en el campo del arbitraje internacional demuestra que los árbitros adoptan en numerosas ocasiones medidas cautelares asumiendo, por tanto, plenas competencias al respecto, tal como tendremos ocasión de examinar con posterioridad.

A la vista de todo lo anterior es claro que en el campo del arbitraje internacional no existen obstáculos para considerar que el árbitro tiene competencia para acordar medidas cautelares. No obstante, en cada caso concreto, el árbitro o el tribunal arbitral deberá determinar si está facultado para adoptar medidas cautelares, acudiendo a lo que se ha venido en llamar el “estatuto arbitral”<sup>18</sup> (o conjunto de facultades que el árbitro puede ejercitar).

El “estatuto arbitral” viene en primer lugar definido por las partes: si éstas han acordado facultar al árbitro para que pueda adoptar medidas cautelares, bien directamente, bien por remisión a un reglamento arbitral o a una Ley modelo, no cabrá duda de que el árbitro está facultado para adoptar tales medidas. Si las partes nada han establecido al respecto, el árbitro deberá verificar si el ordenamiento procesal del Estado en el que se desarrolla el arbitraje le concede facultades para adoptar tales medidas. Sólo en el caso de que dicho ordenamiento no conceda al árbitro competencia para ello, no cabrá la adopción de dichas medidas.

Finalmente, y para acabar este apartado, debe señalarse que el hecho de que un árbitro tenga facultades para acordar medidas cautelares, no impide en absoluto que las partes puedan directamente acudir a los tribunales estatales en solicitud de tales medidas cautelares, si lo consideran más conveniente para sus intereses. Además, tal solicitud directa a los tribunales estatales en ningún caso podrá entenderse como una renuncia al

---

<sup>18</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen ...*, ob. cit., p. 192.

arbitraje, tal como reconoce el artículo VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961 (B.O.E. de 4 de octubre de 1975) y la mayoría de los reglamentos de las instituciones arbitrales internacionales antes citadas.

#### **4.- Procedimiento para adoptar medidas cautelares en arbitraje.**

##### **4.1.- Órgano competente.**

Como se ha señalado, la medida cautelar puede ser solicitada indistintamente al árbitro o al juez (sin que la solicitud al juez pueda considerarse una renuncia al arbitraje).

La solicitud de la medida cautelar al árbitro conlleva una serie de desventajas que deben ser tenidas en cuenta y que son las siguientes:

- a) En primer lugar, y como se ha señalado reiteradamente, el árbitro no puede ejecutar la medida cautelar adoptada por el mismo. De este modo, si la medida no es cumplida voluntariamente por aquella parte a la que afecta, será necesario acudir a la jurisdicción estatal para que sea ésta la que coactivamente imponga su cumplimiento. Esto implica necesariamente la existencia de un doble procedimiento (declarativo, por un lado, que se sigue ante el órgano arbitral, y ejecutivo, por otro, que se sigue ante el juez estatal), lo que sin duda supone un retraso en la efectiva ejecución de la medida.

No obstante, y según nuestra experiencia, el árbitro sí posee algunos mecanismos de coacción para hacer cumplir la medida cautelar: así puede imponer multas coercitivas a la parte incumplidora (generalmente una cantidad alzada por cada día de incumplimiento); además, es evidente que a la parte incumplidora le resultará mucho más difícil lograr la convicción del árbitro con respecto a la bondad de su pretensión.

## URÍA MENÉNDEZ

- b)** En segundo lugar, la medida cautelar sólo puede aplicarse a las partes, pero difícilmente a terceros que no sean parte del procedimiento arbitral (así, por ejemplo, el Banco en el que la parte afectada por la medida mantiene cuentas abiertas). Respecto a dichos terceros, el árbitro carece incluso de los limitados mecanismos de coacción a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior. No obstante, y como es evidente, el árbitro siempre puede solicitar el auxilio jurisdiccional para que sean los tribunales estatales los que ejecuten coactivamente la medida cautelar frente a los terceros.
- c)** En tercer lugar, debe señalarse que en los procedimientos de arbitraje internacional es habitual que el árbitro acuerde la cautela con audiencia de la parte contraria, lo cual elimina el efecto sorpresa, esencial en toda medida cautelar. En este sentido, hay que señalar que uno de los principios esenciales del arbitraje es el principio de contradicción. A fin de hacer respetar al máximo este principio, los árbitros que adoptan medidas cautelares lo hacen prácticamente siempre con audiencia de la parte contraria. No obstante, debe señalarse que, en puridad, el principio de contradicción no resulta infringido por el hecho de que la medida cautelar se adopte sin audiencia de la parte contraria, siempre, claro es, que tal audiencia sea concedida una vez adoptada la medida, a fin de que la parte afectada por ésta pueda oponerse a la misma y, en su caso, pueda conseguir su revocación. Diversos sistemas procesales (el español, entre ellos) admiten la posibilidad de acordar medidas cautelares *inaudita parte*, sin que ello haya sido considerado como una infracción del principio de audiencia bilateral.
- d)** En cuarto lugar, debe tenerse en cuenta que la medida cautelar no se puede solicitar al tribunal arbitral hasta que éste está debidamente constituido, a diferencia de lo que ocurre con los órganos jurisdiccionales estatales, que son permanentes, y a los que cabe acudir de inmediato. Tal circunstancia constituye un grave inconveniente en casos de urgencia (que, como es obvio, suelen ser la mayoría cuando se solicita una medida cautelar).

No obstante lo anterior, la solicitud de la medida cautelar al árbitro también ofrece ventajas que deben ser consideradas:

## URÍA MENÉNDEZ

- a) Como se ha señalado con anterioridad, el árbitro conoce el asunto en profundidad (normalmente, cuando se le solicita la medida cautelar, las partes ya habrán presentado sus primeros escritos de alegaciones), por lo que, sin duda alguna, es la persona más indicada para determinar la conveniencia o no de adoptar tal medida.
- b) En segundo lugar, el árbitro goza, en principio, de más flexibilidad que el órgano jurisdiccional, pues no necesariamente ha de adoptar una medida cautelar prevista en el ordenamiento procesal del Estado ante el cual se tramita el arbitraje, lo que permite que la medida finalmente acordada sea, con muchas probabilidades, la más acertada para la consecución de las finalidades perseguidas.

Correlativamente, la solicitud de una medida cautelar a un órgano jurisdiccional estatal implica una serie de ventajas y desventajas. Así, entre las ventajas se puede citar que el órgano jurisdiccional puede ejecutar directamente la medida en caso de que la parte afectada por ella se niegue a cumplirla, que el órgano jurisdiccional existe con carácter permanente, por lo que no es necesario esperar a que éste se constituya para solicitar la medida y, asimismo, que la medida puede ser adoptada sin audiencia de la parte contraria (si así lo permite la legislación aplicable), lo que facilita el efecto sorpresa. Entre las desventajas debe señalarse que el órgano judicial sólo puede conceder las medidas establecidas por su ordenamiento procesal, lo que le resta mucha flexibilidad (si bien, algún ordenamiento, como el español, admite la posibilidad de adoptar medidas cautelares innominadas -artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, lo que dota -al menos en teoría- de cierta flexibilidad a los Juzgados y Tribunales) y, asimismo, que tendrá un conocimiento muy somero del asunto, ya que normalmente no conocerá del fondo del mismo.

Además de las ventajas y desventajas antes expuestas, es necesario tener en cuenta lo siguiente antes de solicitar una medida cautelar a un juez o a un árbitro:

- a) Si se solicita la medida cautelar a un juez, habrá de determinarse lógicamente cuál es el juez competente. La determinación del juez competente ha de llevarse a cabo de conformidad con las normas procesales del Estado donde se pretende solicitar la medida cautelar.

## URÍA MENÉNDEZ

Aunque aparentemente parece sencillo determinar cuál es el Juzgado o Tribunal competente a estos efectos (como se ha señalado, aquél que resulte competente de acuerdo con las normas procesales del Estado en el que se solicita la medida), la cuestión no es tan sencilla. En este sentido resulta muy ilustrativa la Sentencia dictada el 22 de enero de 1992 por el Magistrado Staughton en el asunto *The Channel Tunnel Group, Ltd. and France Manche, S.A. vs. Balfour Beatty Construction, Ltd. and other*<sup>19</sup>. En dicho caso, las partes de nacionalidad inglesa y francesa, respectivamente, habían celebrado un contrato para la construcción del túnel del Canal de La Mancha, estableciendo en dicho contrato una cláusula de sumisión a arbitraje, arbitraje que debía celebrarse en Bruselas. Una vez iniciada la ejecución del contrato, los contratistas advirtieron al promotor que iban a paralizar las obras hasta que determinadas condiciones se cumplieran. El promotor, antes de solicitar la iniciación de un arbitraje, se dirigió a la Corte Comercial de Londres solicitando una medida cautelar consistente en que se ordenara a los contratistas que se abstuvieran de suspender las obras. La Corte Comercial de Londres acordó que, en el caso de que los contratistas presentaran un escrito comprometiéndose a no paralizar las obras, la medida cautelar no se acordaría (obviamente, por no ser necesaria). Dicha decisión fue apelada por el solicitante de la medida cautelar ante el Tribunal de Apelación de Londres, el cual, por medio de la Sentencia de 22 de enero de 1992 señaló que, aunque la medida cautelar solicitada debía ser ejecutada parcialmente en Inglaterra, los Tribunales ingleses no tenían jurisdicción para conceder la misma, dado que el lugar pactado para la celebración del arbitraje era Bruselas, por lo que rechazó la solicitud.

- b)** En segundo lugar, debe tenerse en cuenta cuál va a ser la posición del árbitro con respecto a una medida cautelar solicitada a un órgano judicial antes de que el Tribunal Arbitral se haya constituido. Así, no es infrecuente que el árbitro tienda a “suavizar” las medidas cautelares adoptadas por un órgano judicial (por

---

<sup>19</sup> Citada por ERIC A. SCHWARTZ, en *The practices and experience of the ICC Court*, publicado en *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, Paris 1993, p. 49.

ejemplo, sustituyendo el embargo judicial por el otorgamiento de garantías bancarias por la parte afectada por tal embargo).

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, en la práctica del arbitraje comercial internacional, los árbitros son muy reacios a modificar las decisiones sobre medidas cautelares adoptadas por un juez. Por ello, si se ha solicitado a un órgano judicial una medida cautelar y éste la ha rechazado, es muy probable que, si dicha medida cautelar es solicitada de nuevo al árbitro, éste la rechace, por considerarse vinculado por la previa decisión judicial al respecto; a su vez, si la medida cautelar se ha solicitado al juez y éste ha acordado su adopción, es improbable que el árbitro decida modificar tal decisión, por la misma razón señalada.

#### **4.2.- Procedimiento para la adopción de medida cautelar.**

En cuando al procedimiento para la adopción de la medida cautelar, si ésta es solicitada al árbitro, tal procedimiento será el acordado por las partes (bien el establecido directamente por ellas, bien el determinado por remisión a un reglamento de una institución arbitral).

Si las partes no hubieran establecido procedimiento alguno (bien directamente, bien por remisión), el procedimiento será el fijado por el árbitro, que normalmente tendrá potestad para determinar el procedimiento aplicable.

En el caso de que la medida cautelar se solicite a un órgano jurisdiccional estatal, lógicamente el procedimiento para su adopción será el establecido por el ordenamiento procesal del Estado en el que se demanda la medida cautelar.

#### **5.- Forma de la resolución que acuerda la medida cautelar.**

De conformidad con la práctica del arbitraje internacional, la medida cautelar normalmente adoptará la forma de una directiva o recomendación a las partes, que deberá ser cumplida por éstas.

En otras ocasiones, la medida cautelar es adoptada bajo la forma de un laudo interlocutorio o provisional que, al igual que el laudo definitivo que se dicte sobre el fondo del asunto, es inmediatamente ejecutable.

Lógicamente, en el caso de que la medida sea adoptada por un órgano judicial, la forma de su adopción será la determinada por la normativa procesal del Estado en el que se encuentra dicho órgano judicial.

### **6.- Presupuestos de las medidas cautelares a adoptar en un procedimiento arbitral.**

Los presupuestos de las medidas cautelares a adoptar en un proceso arbitral son exactamente los mismos que los de las medidas cautelares de un procedimiento judicial, es decir, apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, peligro en la demora o *periculum in mora* y prestación de una fianza o contracautela.

Por lo que se refiere a la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, es decir, a la acreditación de la posibilidad o probabilidad de que el solicitante de la medida cautelar tenga razón respecto al fondo del asunto, debe señalarse que tal apariencia puede mostrarse por cualquier medio que permita llevar al árbitro la convicción sobre la razón del solicitante. Normalmente, la aportación de documentos es la forma más utilizada (y la establecida con carácter general por las diversas legislaciones nacionales).

En lo que respecta al *periculum in mora* (o existencia de un peligro de daño jurídico derivado de la inevitable duración del proceso), la experiencia demuestra que los tribunales arbitrales interpretan de muy diferente manera en qué consiste tal *periculum in mora*. Así, algunos lo han identificado con la existencia de un peligro de daño inmediato, otros, con cualquier peligro que no pueda ser indemnizado económicamente (es decir, prácticamente ninguno porque en el campo del arbitraje internacional la mayoría de los daños son económicamente indemnizables) e incluso algunos otros han interpretado que cualquier actuación de una parte que altere el *status quo* o la situación del proceso, agravando la disputa, constituye un supuesto de

*periculum in mora* (así, por ejemplo, la posibilidad de que una parte ejecute garantías bancarias ha sido considerado un supuesto de *periculum in mora*).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que determinadas circunstancias que, de acuerdo con el derecho español y con otros ordenamientos son considerados como supuestos de *periculum in mora*, no lo son en arbitraje internacional. Así, el hecho de que una de las partes sea extranjera es una circunstancia bastante habitual en los procedimientos de arbitraje internacional, por lo que no es usual que sea estimado como un caso de *periculum in mora*; también es habitual que esa parte extranjera no tenga bienes en el Estado en el que se tramita el procedimiento arbitral e incluso (principalmente en contratos de construcción) que el promotor tenga numerosos juicios en contra iniciados por los diversos subcontratistas (juicios que, en la medida en que no amenacen la solvencia de la parte demandada, no pueden ser considerados tampoco como un supuesto de *periculum in mora*)<sup>20</sup>.

## 7.- Tipos de medidas cautelares a adoptar en procedimientos arbitrales.

Las medidas cautelares a adoptar por los árbitros son, esencialmente, de dos tipos:

- a) Medidas anticipatorias, es decir, aquellas que tratan de mantener el *status quo* o la situación de hecho existente al inicio del procedimiento y evitar el agravamiento de la situación durante la tramitación de tal procedimiento. En definitiva, son medidas que, como se ha señalado acertadamente, tratan de “organizar un cierto *modus vivendi* que garantice la paz jurídica”<sup>21</sup>. Entre ellas cabe citar la orden del árbitro a una de las partes para que no ejecute determinadas garantías bancarias que obran en su poder por habérselas entregado la contraparte, el nombramiento de un administrador judicial de la sociedad a la que se refiere el procedimiento arbitral, la orden de continuar el cumplimiento de un contrato mientras se tramita el arbitraje, el pago anticipado de derechos de crédito, etc.

---

<sup>20</sup> Vid. en este sentido el Laudo interlocutorio dictado en el caso n° 5835 (1988), publicado en The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 8/n° 1, pp. 67-69.

<sup>21</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen ...*, ob. cit., p. 74.

- b) Medidas asegurativas de la ejecución, cuyo objeto es garantizar que el laudo arbitral que se dicte al finalizar el procedimiento pueda ser ejecutado. Dentro de este segundo grupo de medidas, la más solicitada en el arbitraje internacional es el embargo<sup>22</sup>.

Merece la pena detenerse un poco más analizando determinados casos en los que se han acordado medidas cautelares<sup>23</sup>, por la peculiaridad de los mismos:

- a) El primer caso que llama nuestra atención es el seguido por la compañía Sperry International Trade, Inc. contra el Gobierno de Israel (Sperry International Trade, Inc. vs. Government of Israel). El caso tenía por objeto la resolución de determinadas controversias que habían surgido entre las partes como consecuencia de un contrato que éstas habían celebrado para la construcción de un sistema de comunicaciones para las fuerzas aéreas israelitas. En dicho caso, el Tribunal Arbitral acordó, a instancia de Sperry International Trade, Inc., que las cantidades que debían ser pagadas en virtud de un crédito documentario cuyo beneficiario era el Gobierno de Israel habían de ser depositadas en una cuenta de garantía (scrow account) abierta conjuntamente por el demandante y el demandado, en una entidad bancaria en los Estados Unidos de Norteamérica, no pudiendo ser transferidas ni utilizadas dichas cantidades hasta que se dictara por el Tribunal Arbitral el laudo definitivo sobre el fondo del asunto. Asimismo, se obligó a las partes a no permitir que se constituyera gravamen alguno sobre la referida cuenta bancaria.
- b) Otra medida cautelar significativa es la acordada por un Tribunal Arbitral en el arbitraje derivado de la reclamación iniciada por la parte compradora de una planta industrial situada en un suelo que, posteriormente a dicha compra, se supo que estaba contaminado. El Tribunal acordó, como medida cautelar durante la tramitación del arbitraje, la ejecución de un plan de saneamiento integral del suelo de la planta, para lo cual ordenó a cada una de las partes que designara un

---

<sup>22</sup> En este sentido, HOELLERING, en *The practices and experience of the American Arbitration Association*, publicado en *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, ob. cit., p. 32.

<sup>23</sup> Citadas por HOELLERING, *The practices ...*, pp. 32-35.

representante con experiencia en dichos tipos de planes de saneamiento y que tales representantes designasen, a su vez, un consultor con autoridad para ejecutar el referido plan de saneamiento. Las cantidades necesarias para financiar el plan debían ser depositadas por el demandado en una cuenta de garantía (scrow account). Finalmente, el laudo acordando la medida cautelar estableció que las partes debían proporcionar al consultor que había de ejecutar el plan y a los representantes de las partes todos los documentos que fueran necesarios para la ejecución de dicho plan, acordando, asimismo, que la información proporcionada durante la ejecución del plan de saneamiento podría ser utilizada como prueba dentro del procedimiento arbitral.

- c) Otra medida cautelar de interés fue la acordada por un Tribunal Arbitral en el caso *Ahuja v. Burgee*, en el que se discutía sobre el valor del 25% de la participación de un socio en una sociedad (“partnership”). La referida sociedad había sido disuelta y, tras su disolución, el socio que había sido titular del 75% del capital de la misma, constituyó (junto con dos nuevos socios) una nueva sociedad bajo la misma denominación que la original. El árbitro ordenó en primer lugar, y como medida cautelar, que los demandados pagasen 1.000.000 dólares al socio demandante (el titular del 25% de la sociedad original) y, posteriormente, y como consecuencia de la prolongación del procedimiento debido a una actuación procesal de los demandados, ordenó a éstos que pagaran al actor una cantidad adicional de 750.000 dólares.
- d) Otra medida cautelar singular fue la acordada por un Tribunal Arbitral ordenando a las partes que mantuvieran la confidencialidad con respecto al asunto sometido a arbitraje. En este sentido debe recordarse que mientras los árbitros tienen el deber de mantener dicha confidencialidad, tal deber no se impone a las partes. Precisamente por dicha razón se acordó la referida medida cautelar (que había sido solicitada por el demandante al considerar que el conocimiento del arbitraje por parte de los sectores interesados podía afectar a la reputación de las partes involucradas).

En definitiva, lo anterior pone de manifiesto que las medidas cautelares que se pueden adoptar en arbitrajes internacionales son de muy variada índole, y que el árbitro goza de gran flexibilidad a la hora de acordar la medida más apropiada para cada caso concreto.

## **II.- ARBITRAJE NACIONAL.**

### **1.- Posibilidad de adoptar medidas cautelares de acuerdo con lo dispuesto en la Ley española de Arbitraje de 1988.**

Como es sabido, la Ley de Arbitraje española de 5 de diciembre de 1988 no hace mención alguna respecto a la posibilidad de adoptar medidas cautelares antes del inicio o durante la pendencia de un procedimiento arbitral. La única referencia que se realiza en dicha Ley a las medidas cautelares es la que figura en el artículo 50 de la misma, en el que se admite la posibilidad de solicitar medidas cautelares una vez dictado el laudo y durante la tramitación del recurso de anulación contra el mismo. Dichas medidas cautelares no pueden ser consideradas, por tanto, como auténticas medidas cautelares porque, tras la emisión del laudo, lo procedente no es adoptar cautelas, sino ejecutar provisionalmente el mismo.

En definitiva, se puede afirmar que existe un auténtico silencio legal con respecto a la posibilidad de acordar medidas cautelares previas a la emisión del laudo arbitral.

Dicho silencio legal ha dado lugar a una importante controversia doctrinal y jurisprudencial, existiendo posturas claramente favorables a la posibilidad de acordar dichas medidas cautelares y otras que se muestran netamente en contra de dicha posibilidad. Entre aquéllos que niegan que al amparo de la Ley de Arbitraje de 1988 se pueden acordar medidas cautelares, se encuentran Ortells Ramos y Calderón Cuadrado<sup>24</sup>. Dichos autores basan su posición, fundamentalmente, en las “*graves*

---

<sup>24</sup> ORTELLS RAMOS y CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada 1996, pp. 179-187.

*dificultades* [existentes] *a la hora de dotarlas* [las opiniones favorables a la admisibilidad de las medidas] *de un fundamento normativo sólido*”, estando constituidas tales dificultades, por un lado, por la problemática regulación de la actuación del juez en estos casos, que habría de establecerse por analogía y, por otro lado, por el hecho de que la Ley española no prevea expresamente que la solicitud de medidas cautelares por las partes sometidas a arbitraje no deba entenderse como una renuncia tácita al arbitraje. Asimismo, tales autores basan su posición negativa en el hecho de que las enmiendas formuladas durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Arbitraje, a fin de incluir en dicha Ley la posibilidad de adoptar medidas cautelares pendiente un proceso arbitral, fueron rechazadas.

En el mismo sentido se pronuncia Lorca Navarrete<sup>25</sup>, quien señala que “*no es la opción de la Ley de Arbitraje el que el árbitro pueda proceder a adoptar medidas cautelares*” e igualmente que “*la posibilidad de que un órgano jurisdiccional estatal pueda adoptar, a instancia de parte, medidas cautelares para asegurar la efectividad de laudos arbitrales, es igualmente contraria a la opción que plantea la Ley de Arbitraje*”.

En favor de la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un procedimiento arbitral se muestra fundamentalmente el Profesor Muñoz Sabaté, quien, después de manifestar que la falta de regulación expresa de tal posibilidad en la Ley de Arbitraje de 1988 constituye una inmensa laguna, señala que tal laguna es un “*verdadero agente expelente del arbitraje*”<sup>26</sup>.

Asimismo, Garcimartín Alférez<sup>27</sup> estima que en el caso de que las partes de un arbitraje hayan acordado facultar al árbitro para adoptar medidas cautelares, no existe la menor duda de que éste puede adoptar tales cautelares, integrándose así la laguna legal existente en esta materia.

---

<sup>25</sup> LORCA NAVARRETE, *Derecho de Arbitraje español*, Ed. Dyckinson, Madrid 1994, pp. 369-376.

<sup>26</sup> *La recepción del arbitraje ...*, ob. cit., pp. 2-3.

<sup>27</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Las medidas ...*, ob. cit., pp. 200-209.

## URÍA MENÉNDEZ

Las diversas resoluciones judiciales dictadas por Juzgados y Tribunales españoles también han reflejado la importante controversia sobre esta cuestión, tal como se expone a continuación:

- a) Entre las resoluciones contrarias a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un arbitraje al amparo de la Ley de Arbitraje española, se encuentra el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) de 12 de junio de 1992<sup>28</sup>. Dicho Auto establece en su Fundamento de Derecho tercero que la Ley española de Arbitraje nada ha dicho en cuanto a la solicitud de medidas cautelares para asegurar la ejecución del Laudo arbitral, y dicha laguna legal no es posible llenarla acudiendo a la vía de la interpretación analógica, ya que *“dicha vía es tan necesaria como peligrosa, debiendo siempre ser utilizada de modo cauteloso y restrictivo”*, añadiendo que *“como regla general, resultaría imposible la posibilidad de que el juez adoptase una medida cautelar o preventiva de un tema que escapa a su conocimiento”*.

No obstante, debe señalarse que en dicho Auto la propia Audiencia Provincial reconoce una excepción al principio general que ella misma constata, excepción que vendría dada por el artículo VI, apartado 4º, del Convenio de Arbitraje Comercial Internacional, firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961 (B.O.E. de 4 de octubre de 1975) que, a su entender, permite que un juez español adopte medidas cautelares en un procedimiento arbitral si éste se sigue en otro país.

- b) Otra resolución judicial contraria a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un arbitraje es el Auto de 2 de septiembre de 1990, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª)<sup>29</sup>. En dicho Auto la Audiencia, al referirse a la demanda de ratificación prevista en el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señala que *“ha de tratarse de una verdadera demanda, o sea, de un acto procesal iniciador de un proceso jurisdiccional civil ... con lo cual queda excluida la procedencia de adoptar medidas de este tipo sustituyendo la demanda por una propuesta o formalización de compromisos de arbitraje, entre*

---

<sup>28</sup> Publicado en Actualidad Civil - Audiencias, nº 1, 1-15 de enero de 1993, número 79, T-93.

<sup>29</sup> Publicado en la Revista General de Derecho, año 1991, p. 1824-1829.

*otros casos*". En definitiva, dicho Auto viene a recoger la doctrina contenida en el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz antes mencionado, y considera que solamente cabe acordar medidas cautelares para garantizar la ejecución de una sentencia, pero no la de un laudo arbitral.

- c) Finalmente, merece citarse en este apartado el Auto de 25 de mayo de 1994 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). Dicho Auto sostiene que la Ley de Arbitraje limita la posibilidad de establecer medidas cautelares a la fase de pendencia del recurso de anulación contra el laudo arbitral sin que, en consecuencia, quepa la adopción de dichas medidas ni pendiente el procedimiento arbitral ni en un momento anterior a éste.

Como se ha señalado, existen también diversas resoluciones judiciales de Tribunales españoles que se muestran favorables a la adopción de medidas cautelares en un arbitraje. Entre ellas merecen citarse las siguientes:

- a) Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 19 de febrero de 1993 (Sección 5ª). Dicho Auto, que versaba sobre el embargo preventivo de determinados bienes de una sociedad, admitió la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un procedimiento arbitral, con base en que (i) no existe obstáculo legal alguno para adoptar tales medidas en un arbitraje, ya que si se precisa la intervención judicial tanto para la ejecución del laudo como para la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento del mismo, nada debe impedir que tales medidas puedan ser acordadas antes de que se emita el laudo; (ii) tampoco constituye un obstáculo para la adopción de medidas cautelares en un arbitraje que el órgano que acuerda la medida cautelar sea distinto del que conozca del proceso principal, puesto que, por ejemplo, el artículo 63.12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que en casos de urgencia el embargo podrá ser acordado por el juez de Primera Instancia del lugar donde estén los bienes; (iii) distintos convenios internacionales ratificados por España admiten la posibilidad de que los Juzgados y Tribunales españoles acuerden medidas cautelares en procedimientos de arbitraje internacional (artículo 7 del Convenio de Bruselas sobre embargo preventivo de
-

buques; artículo VI, apartado 4º, del Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional, firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961; y artículo 16 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI / UNCITRAL); y (iv) el artículo 22.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que en el orden civil los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes “*cuando se trate de adoptar medidas provisionales sobre aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España*”.

- b) A su vez, el Auto de 25 de enero de 1994 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) se muestra también favorable a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un arbitraje, manteniendo, en síntesis, que (i) no existe prohibición legal expresa a tal posibilidad ni la misma se deduce de los principios inspiradores y finalidades de la Ley de Arbitraje de 1988; y (ii) esa jurisdicción privada (la jurisdicción arbitral) debe gozar de iguales posibilidades tuteladoras que la jurisdicción estatal por cuanto los ciudadanos pueden optar libremente por someterse a una u otra jurisdicción.
- c) Igualmente favorables a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un arbitraje, aunque sin establecer una doctrina especialmente relevante al respecto, son las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª) de 10 de diciembre de 1991, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) de 21 de julio de 1992, la Sentencia de 19 de abril de 1994 de la Audiencia Provincial de Sevilla<sup>30</sup>, el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 1991<sup>31</sup> y el Auto de 23 de mayo de 1985 del Tribunal Supremo<sup>32</sup>.

En mi opinión, el silencio legal sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un procedimiento arbitral seguido al amparo de la Ley española de Arbitraje, no puede ser considerado como un rechazo a la posibilidad de acordar tales medidas. Por el contrario, tal silencio constituye una laguna legal que es preciso integrar. Dicha integración puede llevarse a cabo a través de los siguientes argumentos y razonamientos

---

<sup>30</sup> Aranzadi Civil 610.

<sup>31</sup> Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona, nº 5, p. 99.

<sup>32</sup> Boletín del Ministerio de Justicia, nºs 1396 y 1397, Madrid 1985, pp. 85-86.

que, en mi opinión, permiten concluir que sí cabe adoptar medidas cautelares en un arbitraje seguido bajo la Ley española de Arbitraje:

- a)** En primer lugar, debe señalarse que el derecho a la tutela (que corresponde tanto a los que acuden solicitando tal tutela a un órgano jurisdiccional como a los que actúan ante un árbitro o ante un tribunal arbitral) incluye, entre otros derechos, el derecho a la tutela cautelar (Sentencia del Tribunal Constitucional, entre otras, 238/1992). Por tanto, si dicho derecho a la tutela cautelar es predicable tanto respecto de un procedimiento judicial como respecto de un procedimiento arbitral, es evidente que debe rechazarse la interpretación según la cual el silencio de la Ley de Arbitraje con respecto a la posibilidad de adoptar medidas cautelares ha de significar el rechazo a tal posibilidad.
- b)** Diversos convenios internacionales ratificados por España (entre otros, el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional y el Convenio sobre embargo preventivo de buques) que forman parte del derecho interno español (artículo 96 de la Constitución Española), admiten expresamente la posibilidad de que se acuerden medidas cautelares en un arbitraje. Interpretar que tales Convenios sólo permiten adoptar medidas cautelares en un procedimiento arbitral cuando éste tiene carácter internacional, pero no cuando el arbitraje es nacional, supone un reduccionismo absurdo. No hay razón alguna para dar un trato preferencial al arbitraje internacional con respecto al arbitraje nacional.
- c)** Como se ha señalado con anterioridad, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 17 de noviembre de 1998 (asunto C-391/95; Van Uden Maritime BV v. Kommenditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros) ha confirmado, al interpretar el artículo 24 del Convenio de Bruselas (que forma parte también del derecho interno español, por haber sido ratificado dicho Convenio por España), que es posible adoptar medidas cautelares para garantizar la efectividad de un laudo arbitral.
- d)** Las legislaciones de diversos países de nuestro entorno (Suiza, Alemania, Italia e Inglaterra, entre otros) reconocen la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un procedimiento arbitral. Si España quiere insertarse en la cada vez más

creciente corriente del arbitraje internacional, no puede aceptarse que si un arbitraje se tramita en España, no quepa la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad del laudo que en su día se dicte.

- e) Aquellos que basan su rechazo a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un procedimiento arbitral, atendiendo a la regulación actual de la Ley de Arbitraje, basan su postura en que las enmiendas que se presentaron a la Ley de Arbitraje en su tramitación parlamentaria, en las que se solicitaba la inclusión de una previsión expresa respecto a la posibilidad de adoptar tales medidas, fueron rechazadas. Pues bien, sin despreciar la importancia de la tramitación parlamentaria de una ley, debe señalarse que la misma no puede equipararse a su interpretación auténtica, por lo que las vicisitudes sufridas por el Proyecto de Ley de Arbitraje no pueden servir de fundamento a tal interpretación.

Por todo lo anterior, considero que existen razones fundadas para entender que la actual Ley de Arbitraje española permite adoptar medidas cautelares en un procedimiento arbitral tramitado en España al amparo de dicha Ley.

No obstante lo anterior, y para disipar cualquier duda existente al respecto, lo más recomendable es incluir en la correspondiente cláusula de arbitraje una previsión expresa que faculte al árbitro para adoptar aquellas medidas cautelares que estime oportunas, siempre a solicitud de parte, para garantizar la efectividad del laudo que se dicte. Dado que el arbitraje se basa en la autonomía de la voluntad de las partes, no puede caber la menor duda respecto a la admisibilidad de dicha previsión.

### **2.- Propuestas de modificaciones legislativas para superar la laguna de la Ley de Arbitraje con respecto a las medidas cautelares.**

La laguna de la Ley de Arbitraje antes señalada ha tratado de ser superada a través de dos intentos de modificación legislativa. El primero de ellos es la propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, formulada por la Corte Española de Arbitraje el 2 de diciembre de 1996, promovida ante la evidencia de que la Ley de Arbitraje debía ser objeto de reforma urgente, a fin de potenciar el arbitraje y

tratar de confirmar que éste no constituye una “*técnica de sustracción de la potestad jurisdiccional, sino una alternativa a ella*”.

En dicho texto se contenía una propuesta de un artículo a incluir en la Ley de Arbitraje, en el que se regulaban expresamente las medidas cautelares. Tal propuesta tenía el siguiente tenor literal:

*“Artículo 44.*

*1. Las partes en un arbitraje pueden solicitar medidas cautelares ante los jueces y Tribunales, para el aseguramiento de los bienes objeto de litigio. En la decisión acerca de la medida los jueces aplicarán las normas vigentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*2. La solicitud de medidas cautelares ante el juez por una parte en un procedimiento arbitral no se considerará renuncia a la eficacia del convenio de arbitraje.*

*3. Podrán las partes, de común acuerdo, someterse a las medidas cautelares que dicten los árbitros en el curso del procedimiento arbitral.”*

El segundo intento de modificación legislativa (que parece ya definitivo) se contiene en la recientemente publicada Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 722 dice lo siguiente:

*“Artículo 722. Medidas cautelares en procedimiento arbitral y litigios extranjeros.*

*Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento.*

## URÍA MENÉNDEZ

*Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un Tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los Tribunales españoles.”*

Sin ánimo de entrar en un análisis exhaustivo de dicho artículo de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se deben ya denunciar algunas deficiencias del mismo. Así, en primer lugar, no se recoge la posibilidad de solicitar medidas cautelares con carácter previo a la iniciación del procedimiento arbitral (éstas pueden ser solicitadas si se es ya parte de un proceso arbitral, si se ha solicitado la formalización judicial del arbitraje o si se ha solicitado o encargado a la institución que administra el arbitraje la tramitación del mismo). Sin duda alguna, esta previsión legislativa coloca en peor situación a quien acude a resolver su controversia a un arbitraje que a quien acude a un procedimiento judicial ordinario.

En segundo lugar, se impide que los árbitros puedan adoptar medidas cautelares, otorgando competencia exclusiva a estos efectos a los órganos judiciales. Es decir, parece que se imposibilita que las partes pacten facultar al árbitro para adoptar dichas medidas cautelares.

No se prevé tampoco el supuesto de que la medida cautelar sea adoptada por un árbitro extranjero y se solicite su ejecución en España (bien a través de un procedimiento de “*exequatur*”, bien a través del auxilio judicial internacional), situación que no resulta infrecuente en la práctica del arbitraje internacional. Y nada se dice porque la Ley de Enjuiciamiento Civil ha excluido expresamente de su ámbito el reconocimiento y la ejecución (“*exequatur*”) de las resoluciones judiciales o arbitrales extranjeras, que deberá ser objeto de regulación a través de la Ley sobre Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (vid. Disposición Final Vigésima de la Ley). La Ley solamente prevé que quien tramita un procedimiento arbitral en el extranjero puede solicitar medidas cautelares en España a un Tribunal español, pero no regula (ni prevé) la posibilidad de que tales medidas sean solicitadas al árbitro que tramita el procedimiento arbitral en el extranjero (o a un Tribunal extranjero) y luego ejecutadas

## URÍA MENÉNDEZ

en España. De esta manera, aquella parte que participa en un procedimiento arbitral en el extranjero, si quiere solicitar una medida cautelar a ejecutar en España, se verá obligada a solicitarla directamente a un Tribunal español, porque no tiene ninguna seguridad de que si la solicita al árbitro, ésta pueda hacerse efectiva con posterioridad en nuestro país.

Todo lo anterior conduce necesariamente a concluir que el artículo 722 del proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene una regulación satisfactoria de las medidas cautelares a adoptar en un procedimiento arbitral, aunque supone un indudable paso adelante en esta materia.

Alvaro López de Argumedo Piñeiro  
Abogado. Uría & Menéndez