

Recibido: 2 junio 2018

Aceptado: 3 septiembre 2018

Arbitraje, vol. XI, nº 2, 2018, pp. 403–442

***Del juez al árbitro de emergencia.
El impacto de la Ley Modelo en la progresiva
atribución de la tutela cautelar a los árbitros en
la legislación arbitral española y en otras legisla-
ciones estatales****

M^a Victoria SÁNCHEZ POS **

Sumaria: I. Introducción: la necesidad de la tutela cautelar en el arbitraje. II. De la competencia exclusiva de los Jueces a la Ley Modelo de la Uncitral de 1985. III. La revisión de la Ley Modelo del año 2006. 1. El concepto y los presupuestos de las medidas cautelares. 2. Las órdenes preliminares y las medidas cautelares *ex parte*. 3. Las disposiciones generales aplicables a las medidas cautelares y a las órdenes preliminares. 4. El reconocimiento y la ejecución de las medidas cautelares. 5. La potestad del tribunal estatal para la adopción de medidas cautelares en un arbitraje. IV. El impacto de la Ley Modelo en las legislaciones nacionales. 1. La tutela cautelar en el sistema arbitral español: A) España antes y después de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje; B) Algunas cuestiones discutidas de nuestra regulación: a) Las medidas cautelares inaudita parte; b) Las medidas cautelares ante demandas también en relación con arbitrajes extranjeros; c) Mención a la figura del árbitro de emergencia; d) La eficacia en España de las medidas cautelares adoptadas en un arbitraje extranjero. 2. El impacto de la Ley Modelo en otras legislaciones estatales: unas breves notas. V. Conclusiones.

Resumen: Del juez al árbitro de emergencia. El impacto de la Ley Modelo en la progresiva atribución de la tutela cautelar a los árbitros en la legislación arbitral española y en otras legislaciones estatales

* Ponencia presentada en el Congreso Internacional “Estrategias actuales en materia de Mediación y Arbitraje comercial” que tuvo lugar en la Universidad de Alcalá el 24 abril 2018. La presente contribución se enmarca en el proyecto de investigación financiado por la Fundación Universitaria de Navarra dentro del Plan de Investigación Universidad de Navarra (PIUNA 2015–2017) bajo el título “Propuestas sobre las medidas cautelares en el concurso de acreedores y en el arbitraje nacional e internacional”

** Profesora contratada doctora de Derecho procesal Universidad de Navarra

En este trabajo se estudia un recorrido por la evolución histórica y normativa de la atribución de la competencia para la adopción de medidas cautelares por los árbitros, partiendo de la regulación actual de la Ley Modelo Uncitral. Se analiza el verdadero impacto que ésta ha tenido como instrumento armonizador de las legislaciones estatales, con una muy particular atención al sistema arbitral español. En la actualidad, la potestad para adoptar medidas cautelares está generalmente reconocida tanto a los árbitros como a los tribunales estatales de manera conjunta.

Palabras clave: ÁRBITROS – LEY MODELO UNCITRAL – MEDIDAS CAUTELARES – ÁRBITRO DE EMERGENCIA.

Abstract: From the Judge to the Emergency Arbitrator. The Impact of the Model Law in the Progressive Attribution of Provisional Protection to Arbitrators in Spanish Arbitration Legislation and Other National Legislation

This paper analyzes the historical and normative evolution of the attribution of competence for the adoption of provisional measures by the arbitrators, based on the current regulation of the Uncitral Model Law. The real impact of that law as a harmonizing instrument of the state legislations is analyzed, with a very particular attention to the Spanish arbitration system. At present, the power to adopt precautionary measures is generally recognized both to the arbitrators and to the state courts jointly.

Keywords: ARBITRATORS – UNCITRAL MODEL LAW – PROVISIONAL MEASURES – EMERGENCY ARBITRATOR.

I. Introducción: la necesidad de la tutela cautelar en el arbitraje

El arbitraje constituye un mecanismo preferente para la solución de los conflictos surgidos en el tráfico comercial transnacional que ha experimentado –junto con otros sistemas alternativos a la justicia ordinaria– un exponencial crecimiento en las últimas décadas¹. En este contexto de los ADRs para la resolución de las controversias de naturaleza disponible, el arbitraje ha permitido eludir las dificultades que plantea la litigación ante las jurisdicciones estatales, tales como la neutralidad del tribunal o la ejecutabilidad de las resoluciones extranjeras². Prueba de ello es el incremento de los asuntos que año tras año se someten a resolución arbitral³, la proliferación de organismos de-

¹ Lo confirman, entre otros, los estudios estadísticos que con periodicidad elabora la School of International Arbitration (Queen Mary, University of London), y que pueden ser consultados en <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/index.html>.

² Cf. C. Bühring–Uhle L. Kirchhoff, *et al.*, *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law International, 2006, pp. 37-38; E. Gaillard y J.Savage, *Fouchard Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp. 1-4.

³ Sirvan de ejemplo los datos ofrecidos por la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de París (ICC), con 529 peticiones de arbitraje en el año 1999 y 966

dicados a la realización de funciones arbitrales, así como el número de países que han adaptado sus normas arbitrales a los instrumentos legales internacionales⁴.

Siendo más de los que se acaban de exponer los méritos atribuibles al arbitraje (*vid.*, *v.gr.*, la privacidad y la confidencialidad del procedimiento, así como la especialización de los árbitros), no puede obviarse que la institución también afronta importantes obstáculos y limitaciones. Por un lado, la restricción de los poderes del árbitro como consecuencia de la naturaleza consensual del arbitraje implica que, en determinados casos, su efectividad y validez queden de manera inexorable supeditadas a la intervención de los tribunales estatales. Y, junto con ello, la práctica de las últimas décadas ha puesto de manifiesto los elevados costes de administración y honorarios de los árbitros, así como la excesiva dilación y judicialización de los procesos arbitrales cada vez más complejos⁵ y con un mayor número de partes involucradas como consecuencia de la globalización del comercio⁶.

La realidad del arbitraje comercial internacional, en definitiva, puede, en ocasiones, alejarse de lo que se concibe como un exitoso mecanismo de decisión de conflictos que, de manera eficaz, flexible y a bajo coste, permite evadir los rigores de la justicia ordinaria. Y, en este contexto, la necesidad y conveniencia de adoptar medidas cautelares para garantizar el cumplimiento del laudo no solo queda fuera de toda discusión, sino que se considera un derecho esencial de las partes en-

en el año 2016 (“<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/full-2016-icc-dispute-resolution-statistics-published-court-bulletin/>”); o la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), con 147 peticiones en los años 1999–2000 que han aumentado hasta las 285 en el año 2017 “<http://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx>”.

⁴ La modernización y armonización de las leyes nacionales reguladoras del arbitraje ha sido considerada como una de las tendencias más relevantes del arbitraje internacional en los últimos tiempos (*cf.* P. Sanders, *Quo Vadis Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp. 13–14). Ejemplo paradigmático es el de los países latinoamericanos (*cf.* N. Blackaby, D. Lindsey y A. Spinillo, *Internacional Arbitration in Latin America*, Kluwer Law International, 2002 y A. Zapata, S. Barona y C. Esplugues, *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro*, Universidad Externado de Colombia, 2010).

⁵ A. Redfern y J. Hunter *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, pp. 31–37.

⁶ Se trata de los denominados genéricamente como arbitrajes multiparte o multipartitos (en inglés, *multi-party arbitrations*), en los que se enfrentan más de dos partes con intereses contrapuestos (*cf.* International Chamber of Commerce, “Final Report on Multi-party Arbitrations”, 6 *ICC International Court Arbitration Bulletin*, 26–27 (1995).

frentadas⁷. Como en esta dirección señaló J.C. Fernández Rozas⁸, tanto el proceso jurisdiccional como el proceso arbitral deben contar con los mismos instrumentos para la protección del objeto de la controversia. El hecho de que los particulares elijan someter sus controversias a arbitraje no debe suponer ninguna renuncia a la tutela judicial efectiva.

Una vez asumida la necesidad y utilidad de las medidas cautelares en pro de la eficacia del proceso arbitral, el mayor hito en este ámbito ha sido la atribución generalizada de la potestad para adoptar aquellas medidas a los árbitros. Con ello se ha logrado residenciar la tutela cautelar en su foro natural, el proceso arbitral, pues se considera que la intención de quienes se someten a arbitraje es eludir la justicia ordinaria también para la resolución de cualesquiera cuestiones que surjan a lo largo de la tramitación del procedimiento, evitándose dilaciones y retrasos⁹ y salvaguardándose el principio de confidencialidad¹⁰. La doctrina ha entendido, también, que el árbitro se encuentra en una imbatible posición para poder apreciar el cumplimiento de los estándares a los que se supedita la adopción de las medidas y ponderar los riesgos para las partes, habida cuenta de su conocimiento de los aspectos fácticos y jurídicos del conflicto¹¹.

⁷ Según los datos del estudio estadístico realizado por la School of International Arbitration (Queen Mary, University of London) en el año 2012 bajo el título “Current and Preferred Practices in the Arbitral Process”, las peticiones de medidas cautelares a los tribunales arbitrales son, pese a lo expuesto, relativamente infrecuentes; el 77 % de los encuestados afirmaban haber recurrido a la tutela cautelar en, como máximo, un cuarto de sus arbitrajes. Menos frecuentes son las peticiones de medidas cautelares dirigidas a los tribunales estatales en apoyo del arbitraje, con un 89% de encuestados señalando su experiencia con este tipo de tutela cautelar en, también como máximo, un cuarto de sus arbitrajes, “http://www.google.es/url?url=http://events.whitecase.com/law/services/Queen-Mary-University-London-International-Arbitration-Survey-2012.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwiG_4W4lp7QAhUBORQKHRD8BasQFggUMAA&usq=CNEyvpP2noktCn3bjmZw9Cd1cVEFKg”.

⁸ J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y justicia cautelar”, *Arbitraje. Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, p. 26.

⁹ Cf. A. Yeşilirmak, *Provisional Measures in International Arbitration*, Kluwer Law International 2005, pp. 49–50. Como a este respecto señala D. Renée Bucy, “How to Best Protect Party Rights: The Future of Interim Relief in International Commercial Arbitration Under the Amended UNCITRAL Model Law”, *Am. Univ. Int'l L. Rev.*, vol. 25, 2010, 579 ss, esp. p. 594, si las partes no pueden pretender del arbitraje una tutela cautelar comparable a la obtienen en el proceso judicial, viéndose entonces forzadas a acudir a los tribunales para asegurarse esa protección, se verán disuadidas de someter sus disputas a arbitraje.

¹⁰ J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y justicia cautelar”, *loc. cit.*, p. 49.

¹¹ Cf. J. Lew, L. Mistelis y S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003.

En la actualidad, la potestad para adoptar medidas cautelares está generalmente reconocida tanto a los árbitros como a los tribunales estatales de manera conjunta. Y, salvadas viejas reticencias a las injerencias de los tribunales en los asuntos atribuidos al conocimiento de los árbitros, existen razones fundadas para preservar este sistema de competencia concurrente. En primer lugar, como exponemos más adelante, las normas estatales y reglamentarias han reconocido, con carácter general, que la solicitud de una medida cautelar al tribunal estatal no supone renuncia al convenio arbitral pactado o al arbitraje pendiente. En segundo lugar, el hecho de que aquella solicitud se dirija a los tribunales será consecuencia en muchos casos, como ha sido señalado, no de una mera preferencia o táctica de las partes, sino de la necesidad de asegurar la efectividad de la medida cuando exista el riesgo de un incumplimiento que obligue a proceder a su ejecución o cuando la medida afecte a terceros que no sean parte del convenio y no estén, en consecuencia, sometidos a la jurisdicción de los árbitros¹². La potestad de los tribunales permite, además, la adopción de medidas cautelares con anterioridad al inicio del arbitraje y, por ende, de manera previa a la constitución del tribunal arbitral cuando existan razones de urgencia, si bien ésta es una situación que las instituciones arbitrales más relevantes se han afanado en solventar a través de la figura del árbitro de emergencia sobre la que volveremos más adelante.

No existe, sin embargo, en este ámbito de la tutela cautelar de los derechos en el arbitraje, una regulación armonizada entre los Estados y los reglamentos de las instituciones más relevantes en cuanto al concepto, tipología, características y presupuestos para la adopción de medidas cautelares, los límites al poder de los jueces y de los árbitros o el papel que los tribunales judiciales están llamados a desempeñar en este contexto. Partiendo de estas premisas, en este trabajo queremos realizar un recorrido por la evolución histórica y normativa de la atribución de la competencia para la adopción de medidas cautelares a los árbitros que, partiendo de la regulación actual de la Ley Modelo Uncitral, analice el verdadero impacto que ésta ha tenido como instrumento armonizador de las legislaciones estatales, con una muy particular atención al sistema arbitral español.

¹² S. Martins y S. Navarro, “Las medidas cautelares en el arbitraje. Concurrencia de poderes entre Tribunales estatales y arbitrales”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 7, n° 1, 2104, pp. 103 y 104.

II. De la competencia exclusiva de los Jueces a la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1985

La razón histórica que mejor explica el largo camino que ha recorrido el arbitraje hasta convertirse en un reconocido proceso de solución de controversias surgidas del comercio internacional es la desconfianza generalizada hacia la labor de los árbitros que existió hasta aproximadamente los inicios del siglo XX. Fue a partir del exponencial crecimiento del tráfico comercial mundial de aquellos primeros años y ante la necesidad de establecer vías efectivas para la solución de los conflictos cuando comenzó a superarse aquella perspectiva, reconociéndose la validez y eficacia del convenio arbitral y del laudo arbitral en el Protocolo de Ginebra de 1923 sobre cláusulas arbitrales, la Convención de Ginebra de 1927, para la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y, ulteriormente, en la Convención de Nueva York de 1958. Empieza a calar entonces el concepto de asistencia judicial en el arbitraje, aunque no fue hasta bien avanzada la segunda mitad de siglo cuando los instrumentos legales internacionales regularon expresamente, dentro de las competencias atribuidas a los árbitros, la facultad para la adopción de las medidas cautelares¹³.

Siguiendo el estudio histórico realizado por A. Yeşilirmak¹⁴, ya en los primeros años del siglo pasado algunas reglas reconocieron la autoridad de los árbitros para adoptar las medidas cautelares que pudieran resultar necesarias en el marco de un arbitraje. Por ejemplo, las normas de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de los años 1923, 1931 y 1939¹⁵. Pese a ello, tuvieron que pasar aún varias décadas para que, gracias al impulso definitivo de la Uncitral, las leyes arbitrales nacionales y el resto de instituciones arbitrales reconociesen expresamente y de manera generalizada la potestad de los tribunales arbitrales para adoptar medidas cautelares.

Fue el 11 diciembre 1985 cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional preparada por la Comisión para el Derecho Mercantil Internacional¹⁶; habiendo reconocido la Asamblea General el valor del arbitraje como método para resolver las disputas surgidas de las relacio-

¹³ Cf. D. Renée Bucy, "How to Best Protect...", *loc. cit.*, p. 580 ss.

¹⁴ A. Yeşilirmak, *Provisional Measures...*, *op. cit.*, pp. 19–45.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 26–29.

¹⁶ Resolución de la Asamblea General 40/72, "<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/40/72&Lang=S>".

nes comerciales internacionales, este texto fue concebido con los objetivos de ofrecer una respuesta a las insuficiencias y disparidades de las leyes nacionales, de establecer un régimen jurídico especialmente adaptado al arbitraje comercial internacional y de servir a los Estados como instrumento para actualizar, modernizar y perfeccionar sus leyes de arbitraje. La norma dedicó dos preceptos, los arts. 9 y 17, a la regulación de las medidas cautelares, instaurando el sistema de jurisdicción concurrente o compartida que contemplarían después la mayoría de las legislaciones nacionales y reglamentos arbitrales¹⁷. Siguiendo la línea adoptada por la Convención de Ginebra de 1927, la Ley Modelo optó, en primer lugar, por mantener la validez del acuerdo arbitral en aquellos casos en que las partes dirigiesen la solicitud de medidas cautelares a los tribunales estatales, sin que ello supusiera, salvo pacto en contrario, la sumisión tácita a la justicia ordinaria. De este modo se clarificaba la problemática cuestión relativa a la compatibilidad del convenio arbitral con la petición de asistencia a los tribunales ordinarios. En segundo lugar, la Ley Modelo, concibiendo la competencia para la adopción de medidas cautelares como una potestad implícita del acuerdo arbitral, la atribuyó expresamente a los árbitros, concediéndoles amplias facultades para acordar cualquier medida que se considerase necesaria respecto del objeto del litigio.

A pesar del generalizado reconocimiento de la relevancia y del impacto que esta Ley Modelo ha tenido como instrumento de armonización del arbitraje comercial internacional, las críticas a esta regulación de la tutela cautelar no tardaron en llegar. Así, se señaló de manera prácticamente unánime la falta de concreción del tipo de medidas que los árbitros y los jueces tienen la facultad de adoptar así como de los límites a la actuación de los tribunales estatales en este contexto¹⁸ y se cuestionó, también, la falta de previsión de un régimen espe-

¹⁷ Art. 9. *Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal*: No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas.

Art. 17. *Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares*: Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.

¹⁸ Por todos, D.F. Donovan, "The Allocation of Authority Between Courts and Arbitral Tribunals to Order Interim Measures: a Survey of Jurisdictions: The Work of Uncitral and a Model proposal", *International Council for Commercial Arbitration: New Horizons for International Commercial Arbitration and Beyond* (A. Van den Berg), La Haya, Kluwer 2005, p. 207.

cífico para la ejecución de las medidas cautelares acordadas por el árbitro¹⁹.

La puesta de manifiesto de estas cuestiones discutidas hizo que la doctrina se plantease si, en el contexto de las medidas cautelares, la Ley Modelo no constituía sino un paso atrás en relación con el Regl. Uncitral del año 1976, considerado su fuente primera. Si bien ambas regulaciones coincidían en extremos tales como la exigencia de la solicitud de parte de las medidas, el requisito de su necesidad respecto del objeto de la controversia, la facultad del tribunal para exigir una garantía por los posibles daños, así como la compatibilidad del convenio arbitral con la petición de medidas a los tribunales estatales, el Regl. Uncitral de 1976 parecía, ciertamente, realizar una regulación más concisa y menos restrictiva que la Ley Modelo de 1985, al concretar en su art. 26 un catálogo de medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas por los árbitros no limitadas a aquellas que afectasen únicamente a las partes²⁰. La relevancia de estas divergencias normativas es, sin embargo, más bien escasa; el listado de medidas cautelares recogido en el primer apartado se ha considerado meramente ejemplificativo, por lo que el tribunal arbitral podría ordenar cualquier otra medida siempre que se cumpliera el requisito de necesidad²¹ y, con independencia de que expresamente se recoja o no, resulta incontestable que la competencia de los tribunales arbitrales únicamente puede extenderse a quienes se han sometido a arbitraje, por lo que en ningún caso sería posible dirigir medidas cautelares frente a terceros no parte²². Sí debe ser objeto de mención el hecho de que las Reglas de la Uncitral de 1976 concretaran, a diferencia de la ulterior Ley Modelo, la forma que debía adoptar la decisión acerca de las medidas, el laudo provisional, surgiendo entonces la cuestión acerca de

¹⁹ H.M. Holtzmann y J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary*, Kluwer, The Netherlands 1989, p. 531.

²⁰ El art. 26 Regl. Uncitral de 1976 establece: "(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 en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos. (2) Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo 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".

²¹ S. Adhipati, "Interim Measures in International Commercial Arbitration: Past, Present and Future", *LLM Thesis and Essays*, University of Georgia Law, 2003, p. 49.

²² Cf. D.D. Caron, L.M. Caplan y M. Pellonpää, *The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary*, Oxford University Press 2010, pp. 539-540.

su discutible ejecutabilidad a la luz del Convenio de Nueva York de 1958, sobre la que volveremos más adelante.

III. La revisión de la Ley Modelo del año 2006

Ante el recurso cada vez más frecuente a arbitraje y habiendo demostrado la experiencia la utilidad de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de los laudos, la UNCITRAL fue pronto consciente de la necesidad de revisar, mejorar y ajustar su regulación a las exigencias de la práctica. Con esta finalidad, la Comisión encargó a su Grupo de Trabajo II el estudio de más de una decena de materias consideradas prioritarias, dentro de las cuales se incluyeron aquellas cuestiones relativas a la tutela cautelar que no habían recibido un tratamiento adecuado en la Ley Modelo de 1985. En particular, los mayores esfuerzos se dirigieron, por un lado, a la concreción de los límites a la potestad de los árbitros para ordenar las medidas cautelares y a la actuación de los tribunales estatales en la ejecución de éstas y, por otro lado, al establecimiento de un régimen que, bajo excepcionales circunstancias, permitiera a las partes obtener una medida cautelar con anterioridad incluso a la constitución del tribunal arbitral.

Tras años de trabajo, la Asamblea General aprobó, en diciembre de 2006, la revisión de la Ley Modelo de la Uncitral²³, dedicando el Capítulo IV a la regulación pormenorizada de las medidas cautelares. Este nuevo texto reconoce la imprescindible labor que tanto los árbitros como los tribunales ordinarios están llamados a desempeñar en el ámbito de la tutela cautelar en el arbitraje²⁴ y opta por el mantenimiento del régimen de jurisdicción concurrente, facultando expresamente al tribunal arbitral para adoptar las medidas, salvo pacto en contrario de las partes. En las líneas que siguen se describen las notas más relevantes de esta regulación.

1. El concepto y los presupuestos de las medidas cautelares

La Ley Modelo de 2006 suplió en los arts. 17 y 17. A dos de las deficiencias más acusadas de la anterior regulación. Por un lado, se definen las medidas cautelares como toda actuación temporal de protección ordenada con anterioridad al laudo decisorio de la controversia que tenga alguno de los siguientes objetos: el mantenimiento del *sta-*

²³ Resolución de la Asamblea General 61/33 (4 diciembre 2006).

²⁴ D. Renée Bucy, "How to Best Protect...", *loc. cit.*, pp. 597-598.

tus quo del proceso, la prevención de cualquier daño actual o inminente o del menoscabo del procedimiento arbitral, así como la preservación de bienes que permita la posterior ejecución del laudo o de los elementos de prueba que resulten relevantes y pertinentes para la resolución del conflicto²⁵. Además, se concretan el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* como presupuestos elementales para la adopción de las medidas²⁶, lo que no constituye sino el reflejo de las condiciones previstas en la generalidad de las leyes procesales nacionales para el ámbito judicial²⁷.

2. Las órdenes preliminares y las medidas cautelares ex parte

Uno de los aspectos más discutidos del nuevo texto de la Ley Modelo fue la incorporación de las denominadas órdenes preliminares y de las medidas cautelares *ex parte*, que se adoptan sin prestar audiencia a la parte que se afectada por ellas. Conforme al art. 17.B y salvo acuerdo en contrario, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada. El fundamento de ambas figuras radica, pues, en la necesidad de garantizar la eficacia de las medi-

²⁵ Art. 17. *Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares*: “1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares. 2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia; b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

²⁶ Art. 17 A. *Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares*: 1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del art. 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que: a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal. 2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del art. 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

²⁷ Cf. S. Adhipati, “Interim Measures ...”, *loc. cit.*, pp. 51–53.

das acordadas por el tribunal arbitral cuando ésta pueda verse mermada por tener que acudir a los tribunales estatales para instar su ejecución como consecuencia de la falta de potestad de los árbitros o por la propia conducta de la parte afectada, que, al tener conocimiento de la medida, puede actuar sobre los bienes objeto de ésta, despojándola de cualquier utilidad²⁸. Así, el mismo precepto señala en su apartado segundo que el tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada. La orden preliminar se convierte, de este modo, siguiendo a Barona Vilar²⁹, en una decisión imperativa arbitral que pretende favorecer, garantizar y asegurar que el desarrollo del proceso, incluida la medida cautelar que se adopte post-orden, pueda ser efectiva. Es, en definitiva –continúa la autora–, una situación preprocesal, garantía de la cautela que consiste en una orden del propio tribunal para evitar que el demandado frustre la adopción de la medida.

La posibilidad de adoptar una orden preliminar o una medida cautelar sin audiencia a la parte frente a la que se acuerda fue, como acabamos de señalar, objeto de una notable controversia. Quienes se posicionaron en contra de dotar a los árbitros de esta facultad lo hicieron alegando, entre las principales razones, la merma del principio del debido proceso y, con él, de las garantías de igualdad, audiencia y contradicción de las partes como consecuencia del contacto del tribunal arbitral solo con una de ellas, lo que podría fundamentar la ulterior anulación del laudo. Junto con ello, se subrayó la imposibilidad de recurrir la resolución que acuerda la medida, en contraposición con las medidas acordadas en sede judicial, así como el riesgo de que el tribunal arbitral, en el que concurre la competencia para adoptar la medida cautelar y la resolución definitiva del conflicto, prejuzgue el fondo del asunto en un estadio tan inicial del arbitraje³⁰. No faltaron, sin embargo, voces que respondieran a estas críticas utilizando como argumento preeminente y definitivo, más allá de otras razones legales, la propia naturaleza del arbitraje como sistema alternativo de solución de conflictos al que las partes se han sometido de manera

²⁸ Cf. R. Lapiedra Alcamí, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 149 y S. Barona Vilar, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Thomson Civitas 2006, p. 93.

²⁹ Cf. S. Barona Vilar, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, pp. 93-97.

³⁰ Cf. Y. Derains, "Arbitral Ex Parte Interim Relief. The View Against. A confirmation that the best may be enemy of the good", *Dispute Resolution Journal*, August/October 2003, pp. 61-63.

voluntaria y consensuada con el fin de garantizar la confidencialidad del proceso y la imparcialidad del tribunal, así como para evitar los obstáculos prácticos que plantea la litigación ante tribunales extranjeros. A juicio de este sector de la doctrina, al atribuir a los árbitros la facultad de adoptar estas órdenes preliminares o medidas cautelares *inautida parte* lo que se consigue es reforzar la opción de las partes de excluir la decisión judicial del conflicto³¹.

Atendiendo a la razonabilidad de estos criterios divergentes expuestos por la doctrina, la Ley Modelo supeditó la adopción de las órdenes preliminares y de las medidas cautelares *ex parte* al cumplimiento de estrictos requisitos y presupuestos³². En primer lugar, solo pueden concederse a instancia de parte y con una vigencia limitada de veinte días cuando el solicitante, que responde por las costas y daños causados, acredite que la notificación a la parte requerida pone en peligro la efectividad de la medida solicitada. Además, en orden a salvaguardar los principios de audiencia y de contradicción de las partes, así como la igualdad y la imparcialidad, el art. 17.C impone al tribunal la obligación de poner en conocimiento de todas las partes la

³¹ Cf. J.E. Castello, "Arbitral Ex Parte Interim. The View in favor", *Disp. Res. J.*, August/October 2003, pp. 60, 65–69.

³² *Sección 2. Ordenes preliminares. Art. 17 B. Petición de una orden preliminar y condiciones para su otorgamiento:* 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra parte, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada. 2) El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada. 3) Las condiciones definidas en el art. 17 A serán aplicables a toda orden preliminar, cuando el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1) del art. 17 A sea el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden.

Art. 17 C. Régimen específico de las órdenes preliminares: 1) Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la solicitud presentada de una medida cautelar, la petición de una orden preliminar, la propia orden preliminar, en caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral en relación con ello. 2) Al mismo tiempo, el tribunal arbitral dará, a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible. 3) El tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar. 4) Toda orden preliminar expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. No obstante, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. 5) Una orden preliminar será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo.

solicitud o la decisión que adopta la medida cautelar o la orden preliminar de manera inmediata, dándoles oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible, y de dar cuenta a la parte que soporta la medida de todas las comunicaciones, incluido el contenido de las de carácter verbal, habidas con la parte solicitante.

En relación, por último, con las órdenes preliminares, fue también objeto de discusión cuál debía ser su eficacia, habida cuenta de su peculiar naturaleza. Finalmente, la Ley Modelo optó en su art. 17.C, ap. 5º, por atribuirles fuerza vinculante, pero sin dotarles de eficacia ejecutiva. Las órdenes preliminares, en definitiva, no constituyen un laudo ni son título ejecutivo, por lo que no pueden ser ejecutadas ante la autoridad judicial. Ello, unido que el texto de la Uncitral no previó ningún tipo de sanción para quien incumpliera una orden preliminar, hizo que el debate pasara a centrarse en la verdadera utilidad práctica de esta figura³³.

3. Las disposiciones generales aplicables a las medidas cautelares y a las órdenes preliminares

Otra cuestión que no aparecía regulada en el texto originario de la Ley Modelo es la referida a la vigencia de las medidas cautelares. Conforme a las disposiciones contenidas en la sección 3 de la versión revisada³⁴, el tribunal puede, tanto de oficio como a instancia de parte,

³³ Cf. G.B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2012, p. 210 y A. Redfern, J. Hunter, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, op. cit., p. 216.

³⁴ Art. 17 D. *Modificación, suspensión, revocación*. El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes.

Art. 17 E. *Exigencia de una garantía por el tribunal arbitral*. 1) El tribunal arbitral podrá exigir del solicitante de una medida cautelar que preste una garantía adecuada respecto de la medida. 2) El tribunal arbitral exigirá al peticionario de una orden preliminar que preste una garantía respecto de la orden, salvo que dicho tribunal lo considere inapropiado o innecesario.

Art. 17 F. *Comunicación de información*. 1) El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara u otorgara. 2) El peticionario de una orden preliminar deberá revelar al tribunal arbitral toda circunstancia que pueda ser relevante para la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar sobre si debe otorgar o mantener la orden, y seguirá estando obligada a hacerlo en tanto que la parte contra la que la orden haya sido pedida no haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. A partir de dicho momento, será aplicable el párrafo 1) del presente artículo.

Art. 17 G. *Costas y daños y perjuicios*. El solicitante de una medida cautelar o el peticionario de una orden preliminar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios

modificar, suspender o revocar cualquier medida cautelar u orden preliminar en función de las circunstancias cambiantes. A tales efectos, podrá aquél pedir a las partes que informen de cualquier cambio o circunstancia relevante en relación con las medidas acordadas. Además, el solicitante de la medida será responsable de los daños causados a la otra parte en aquellos supuestos en los que el tribunal pueda determinar que la medida u orden no debía de haberse acordado, facultando la norma al tribunal a exigir al peticionario una garantía adecuada en respecto de la medida solicitada.

4. El reconocimiento y la ejecución de las medidas cautelares

Otra de las críticas destacadas al texto de 1985 fue la falta de un régimen propio para la ejecución por los tribunales ordinarios de las medidas cautelares acordadas por el tribunal arbitral, optando en su lugar la Ley Modelo por la remisión a la regulación de las leyes nacionales con el fin de evitar conflictos con las normas de procedimiento estatales y con la competencia de los tribunales judiciales³⁵. La versión del año 2006 no podía, dada su incidencia en la práctica, dejar de afrontar esta regulación, si bien se optó, de entre todas las alternativas debatidas en el seno del Grupo de Trabajo, por la remisión al sistema de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales previsto en los arts. 35 y 36 del mismo texto³⁶. Así, tras reconocer el art. 17.H

que dicha medida u orden ocasione a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida o la orden. El tribunal arbitral podrá condenarle en cualquier momento de las actuaciones al pago de las costas y de los daños y perjuicios.

³⁵ H.M. Holtzmann y J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary*, Kluwer, The Netherlands, 1989, p. 531.

³⁶ *Sección 4. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares. Art. 17 H. Reconocimiento y ejecución.* 1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el art. 17 I. 2) La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida. 3) El tribunal ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros

Art. 17 I. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución. 1) Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente: a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que: i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del

la eficacia vinculante y la ejecutabilidad –siempre a instancia de parte– de las medidas adoptadas por el tribunal arbitral, establece como causas específicas de denegación del reconocimiento y ejecución de la medida cautelar, además de las previstas en los apartados *i* a *iv* del art. 36.1º y en los apartados *i* y *ii* del art. 36.1º.b) para los laudos arbitrales³⁷, que no se haya cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía, que la medida cautelar haya sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en su caso, por un tri-

apartado *a*) del párrafo 1) del art. 36; o ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o *b*) si el tribunal resuelve que: i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado *b*) del párrafo 1) del art. 36 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar. 2) Toda determinación a la que llegue el tribunal respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

³⁷ *Art. 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución.* 1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado: a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el art. 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o ii) que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o b) cuando el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado. 2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el inciso v) del apartado a) del párrafo 1) del presente artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

bunal del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho se otorgó la medida o, que el tribunal considere –también de oficio– que la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren. Esta remisión –si bien parcial– de las causas de denegación al sistema previsto para el laudo arbitral decisorio del conflicto no ha estado, sin embargo, exenta de discusión, manifestándose el temor a que la decisión que tiene que venir de un tribunal estatal desvinculado del proceso arbitral provoque retrasos indeseables que frustren el fin de la medida cautelar pendiente de ejecución³⁸.

5. La potestad del tribunal estatal para la adopción de medidas cautelares en un arbitraje

Por último, esta versión de la Ley Modelo reconoce expresamente la potestad de los tribunales estatales para intervenir en el arbitraje adoptando medidas cautelares, con independencia de que las actuaciones se sustancien o no en el país donde radique su jurisdicción. Según el art. 17.J, el tribunal realizará esta labor de asistencia judicial de conformidad con sus propios procedimientos, debiendo tener en cuenta los rasgos propios del arbitraje internacional³⁹.

IV. El impacto de la Ley Modelo en las legislaciones nacionales

Las leyes arbitrales nacionales tienen un enorme impacto en la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un arbitraje y en la efectividad de éstas. Como de manera gráfica señala G. Born⁴⁰, rara vez un árbitro acordará una medida cautelar a no ser que la ley aplicable al arbitraje, que generalmente será la del lugar de éste, le atribuya tal facultad y, de la misma manera, un tribunal estatal no ejecutará una medida cautelar adoptada por el tribunal arbitral salvo que la ley aplicable al procedimiento de arbitraje prevea la adopción de estas medi-

³⁸ Cf., en este sentido, S. Adhipati, “Interim Measures...”, *loc. cit.*, p. 62.

³⁹ Art. 17 J. *Medidas cautelares dictadas por el tribunal*. El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.

⁴⁰ G.E. Born, *International Arbitration...*, *op. cit.*, p. 203.

das. Ello revela, en una primera instancia, la relevancia de que las legislaciones arbitrales y procesales de los distintos estados concreten los márgenes de los poderes del árbitro para la adopción de medidas cautelares y de los tribunales ordinarios en la asistencia a los árbitros y en la ejecución de las medidas que hayan sido acordadas en el seno de un arbitraje, así como a conveniencia de que estas cuestiones sean reguladas e incorporadas a las distintas legislaciones estatales de manera uniforme y armonizada. Siguiendo en esta dirección a René Bucy⁴¹, solo en la medida en que existan unos estándares similares en los estados que aporten claridad, estabilidad y predictibilidad en los procesos arbitrales y eliminen la confusión derivada de las diversas regulaciones nacionales, podrá inspirarse la necesaria confianza de las partes para el mantenimiento del arbitraje comercial internacional como mecanismo preferente de solución de conflictos.

Con esta vocación, la Uncitral aprobó en 1985 la LMU, cuyo texto fue revisado y mejorado en el año 2006 según los términos analizados. Sin embargo y pese a los esfuerzos de la Comisión, un gran número de Estados, aun aquellos cuyas legislaciones fueron promulgadas con base en el texto originario de la Ley Modelo, no han adoptado aún las revisiones hechas en el año 2006. Partiendo de estas premisas, en las páginas que siguen pretendemos determinar cuál ha sido el verdadero impacto que la Ley Modelo ha tenido como instrumento armonizador de la regulación arbitral de los Estados –con especial atención a la legislación española– en el contexto de la tutela cautelar, más de una década después de la revisión y mejora de la aprobación del texto originario.

1. La tutela cautelar en el sistema arbitral español

A) España antes y después de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje

El reconocimiento legal de la posibilidad de acordar medidas cautelares en los procesos arbitrales desarrollados en nuestro país se produjo con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (en adelante, LEC). Ni la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953 ni la posterior Ley de Arbitraje del año 1988 reconocían la posibilidad de adoptar medidas cautelares accesorias de un arbitraje para garantizar la efectividad del laudo de condena que pudiera llegar a

⁴¹ D. René Bucy, “How to Best Protect...”, *loc. cit.*

dictarse⁴². La falta de regulación del auxilio cautelar en el arbitraje llamaba poderosamente la atención habida cuenta de la consensuada necesidad de impulsar la institución arbitral en nuestro país⁴³; toda vez que alejaba a España de otras legislaciones nacionales que comenzaban a incorporar los postulados de la LMU de 1985 y de los Convenios y Tratados internacionales que nuestro país había ratificado previamente⁴⁴. Esta situación desembocó en un profundo debate doctrinal y jurisprudencial descrito ampliamente en algunos trabajos académicos acerca de la facultad de los órganos judiciales e, incluso, de los árbitros, de acordar medidas cautelares instrumentales de un arbitraje pendiente pese a la falta de previsión legal expresa⁴⁵.

El impulso de la tutela cautelar en el arbitraje español se produjo, pues, con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. En lo esencial, dejando de lado otros aspectos discutidos sobre los que volveremos después, la norma procesal atribuyó la competencia para la adopción de las medidas a los órganos judiciales, residenciando en ellos, por tanto, las funciones declarativa y ejecutiva de aquéllas. Si

⁴² La LA/1988 sí previó, en cambio, la facultad de los órganos judiciales de acordar, a instancia de parte, medidas cautelares con posterioridad a la emisión del laudo arbitral cuando frente a él se hubiera ejercitado la acción de anulación. Se trataba, por tanto, de medidas cautelares concebidas como instrumento para evitar que el condenado recurriese el laudo en anulación con la sola finalidad de postergar su cumplimiento o ejecución, entendiéndose la doctrina que a tal fin hubiese sido más conveniente mantener la posibilidad de ejecutar provisionalmente el laudo arbitral regulada en la anterior Ley de Arbitrajes de Derecho Privado 1953. Así, por todos, E. Font Serra, “La nueva configuración del Arbitraje en el Derecho español”, *Justicia*, 1989, pp. 380–381.

⁴³ Al respecto, señalaba J. Moreno Catena, “Análisis crítico del Proyecto de Ley de Arbitraje”, *Estudios de Derecho de Arbitraje*, San Sebastián 1998, p. 201: “el legislador sigue mirando con reticencia al arbitraje: quiere extenderlo porque sabe que la Administración de Justicia se beneficiará al someterse a la resolución de los árbitros muchos conflictos, pero no se ha atrevido a impulsarlo con el vigor necesario”. En esta misma línea, cf. L. Muñoz Sabaté, “La recepción del arbitraje por la jurisdicción. Reflexiones para una urgente reforma”, *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1995–nº 5, p. 733, para quien la laguna sobre las medidas cautelares constituía un “verdadero agente expelente del arbitraje”.

⁴⁴ Así, la Convención de Ginebra de 1927 para la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras estableció la compatibilidad del acuerdo arbitral con la solicitud de medidas cautelares a los órganos judiciales, opción que después asumirían la LMU de 1985 y, con ella, la mayoría de las legislaciones nacionales y reglamentos arbitrales.

⁴⁵ *Vid.* L.A. Cucarella Galiana, “Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la Jurisprudencia reciente”, *Tribunales de Justicia*, nº 3–1997; S. Barona Vilar, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, pp. 130–138; R. Lapiedra Alcamí, *Medidas Cautelares...*, *op. cit.*, pp. 258–266 y N. Mallandrich Miret, *Medidas cautelares y arbitraje*, Editorial Atelier, 2010, pp. 36 a 48. Incluso a la luz de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953 algún sector de la doctrina había planteado ya esta posibilidad. Así, *vid.* L. Prieto Castro y Ferrándiz, “Una nueva regulación del Arbitraje”, *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, Edersa, 1964, p. 448.

bien se consideró, en términos generales, que esta opción del legislador era lógica y razonable habida cuenta de que la ejecución de las medidas cautelares radica necesariamente en los órganos de la justicia ordinaria⁴⁶, parte de la doctrina reclamó la atribución de esta competencia también a los árbitros, por entender que son quienes se encuentra en una mejor posición para valorar el cumplimiento de los estándares a los que se supedita la adopción de toda medida cautelar y ponderar los riesgos que su adopción puede tener para las partes, dado su conocimiento del fondo de la controversia⁴⁷.

Tres años después, una de las mayores novedades de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA) fue, precisamente, la atribución de la facultad de acordar las medidas cautelares a los árbitros. Con esta norma, siguiendo vigentes los postulados de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la competencia de los jueces, España instauró, y así se señala expresamente en la Exposición de Motivos, el sistema de competencia alternativa y concurrente de los árbitros y de los órganos judiciales en materia cautelar, siguiendo, por fin, el criterio establecido en la Convención de Ginebra de 1927 y en la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1985 relativo a la validez del acuerdo arbitral en aquellos casos en que las partes dirijan la solicitud de medidas cautelares a los órganos judiciales, sin que ello suponga renuncia al arbitraje ni sumisión tácita de la decisión del conflicto a la justicia ordinaria. Según reza el art. 23 LA, salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Nuestra ley arbitral no define, pues, la medida cautelar ni distingue su tipología. Este precepto se completa con lo previsto en el art. 11 LA, según el cual el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas. Con este régimen, se asegura, por un lado, la efectividad de la medida cuando exista el riesgo de incumplimiento que obligue a proceder a su ejecución o cuando la medida afecte a terceros que no sean parte

⁴⁶ Al respecto señalaba G. Ormazabal Sánchez, “Comentario al art. 722”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. F. Cordón Moreno y otros), Aranzadi, 2001, p. 664, que este sistema permite evitar la reduplicación del enjuiciamiento sobre la concurrencia de los presupuestos de adopción y sobre la idoneidad o procedencia de la medida acordada por los árbitros y otras dificultades derivadas de su necesaria ejecución por los tribunales.

⁴⁷ Cf., en esta dirección, A. López de Argumedo Piñeiro, “Medidas cautelares en el arbitraje internacional y nacional”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2000–3, p. 15.

del convenio y que, por ello, no estén sometidos a la jurisdicción de los árbitros, y, por otro lado, se posibilita la adopción de medidas cautelares con anterioridad al inicio del arbitraje y, por ende, de manera previa a la constitución del tribunal arbitral cuando existan razones de urgencia.

Puede afirmarse, en conclusión, que nuestro régimen de competencia compartida por los tribunales judiciales y los árbitros es indispensable para lograr una tutela cautelar efectiva en el arbitraje como consecuencia de la restricción de los poderes del árbitro, quien carece de la potestad necesaria para ejecutar las medidas sobre las que sí tiene jurisdicción –la que le conceden las partes en virtud del convenio arbitral– para adoptar⁴⁸. Como en esta dirección expone R. Lapiedra Alcamí⁴⁹, se pone de manifiesto la necesaria complementariedad de las instancias arbitral y judicial, y es precisamente esta cooperación judicial en el arbitraje la que dota de plena eficacia a este mecanismo de resolución de conflictos.

La entrada en vigor de la LA/2003, inspirada en la Ley Modelo de 1985, supuso, por tanto, en lo relativo a la tutela cautelar, la armonización de nuestra legislación con otras legislaciones arbitrales estatales y con la práctica del arbitraje comercial internacional. No obstante, en este ámbito existen todavía extremos discutidos a los que la reforma de nuestra Ley de Arbitraje por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, tampoco dio cumplida respuesta; nuestro legislador no introdujo ninguna de las disposiciones del texto de la Ley Modelo de 2006. A continuación, exponemos algunas de las que, a nuestro juicio, constituyen cuestiones de interés.

B) Algunas cuestiones discutidas de nuestra regulación

a) Las medidas cautelares *inaudita parte*

Pese a la controversia suscitada durante los trabajos preparatorios, la Comisión incorporó en el texto de la Ley Modelo de 2006 las medidas cautelares *ex parte* o *inaudita parte*, a las que nos referíamos en un apartado anterior. Pero la recepción en el sistema arbitral español de este tipo de medidas resulta todavía más problemática. Y no solo por la posible merma de las garantías de igualdad, audiencia y contradicción que rigen el procedimiento como consecuencia del contacto

⁴⁸ Sobre este régimen de competencia compartida, *vid.* S. Martins y S. Navarro, “Las medidas cautelares...”, *loc. cit.*, pp. 103 y 104.

⁴⁹ R. Lapiedra Alcamí, *Medidas Cautelares...*, *op. cit.*, p. 283.

del tribunal arbitral con una sola de las partes, lo que permitiría fundar una ulterior anulación del laudo arbitral, sino porque nuestra Ley de Arbitraje no ha regulado esta facultad. Desde luego, su previsión en el año 2003 hubiera resultado sorpresiva, puesto que en aquel tiempo el texto vigente de la Ley Modelo en la que se inspira nuestra norma era el originario de 1985, que se limitaba a instaurar el sistema de jurisdicción concurrente y a establecer el régimen de compatibilidad entre el acuerdo arbitral y la petición de asistencia a los tribunales ordinarios al que ya nos hemos referido. Pero tampoco se previeron estas medidas con ocasión de la reforma de la norma arbitral por la Ley 11/2011, de 20 de mayo. En definitiva, el art. 23 LA, en sede de procedimiento arbitral, no prevé el cauce a seguir para la petición y decisión sobre las medidas cautelares y la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente permite la adopción de medidas cautelares *ex parte* por los órganos jurisdiccionales.

Pese al silencio legal, gran parte de nuestra doctrina se ha mostrado a favor de que los árbitros puedan adoptar medidas cautelares *inaudita parte* en situaciones excepcionales. Son dos las razones fundamentales en las que se basa este planteamiento. En primer lugar, se ha defendido que nuestro Derecho procesal ya admite este tipo de medidas *inaudita parte* en el seno del proceso judicial⁵⁰; la Ley de Enjuiciamiento Civil excepciona en el art. 733.2º el trámite de la audiencia previa al demandando cuando el solicitante de la medida cautelar así lo solicite al órgano judicial y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia puede comprometer el buen fin de la medida. En segundo lugar, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional⁵¹, se ha defendido que la adopción de este tipo de medidas es compatible con las garantías esenciales de audiencia, contradicción e igualdad del arbitraje previstas en el art. 24 LA, siempre que a la parte

⁵⁰ En esta dirección, cf. D. Arias Lozano, "Comentario al art. 23", *Comentarios a la ley de Arbitraje de 2003* (coord. D. Arias Lozano), Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 246; F. Mantilla Serrano, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid, Iustel, 2005, p. 146 y M. Gómez Jene, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007, p.133.

⁵¹ Sobre la contradicción diferida en el ámbito de la tutela cautelar jurisdiccional, el Tribunal Constitucional había manifestado: "la dilación entre la adopción de la medida y la audiencia y oposición respeta los principios constitucionales de defensa y contradicción, dada la existencia de un equilibrio razonable entre las partes" (ATC 186/1983, de 27 de abril), así como que "la pretendida indefensión sufrida por las recurrentes al no haber sido oídas en el proceso en el que se adoptó la medida cautelar no tiene trascendencia constitucional, ya que, al margen de otras consideraciones, desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la defensa, el hecho de haber sido oídas con posterioridad impide considerar que se haya producido una verdadera indefensión material" (STC 218/1994, de 18 de julio (RTC 1994,218)).

afectada se le preste audiencia una vez la medida haya sido concedida por el árbitro⁵².

Compartiendo estos razonamientos, entendemos que, en defecto de previsión legal expresa y a salvo de un posible pacto en contrario de las partes, el árbitro ostenta la facultad de adoptar medidas cautelares *inaudita parte* dentro de la competencia genérica cautelar que le atribuye el art. 23 LA; nuestro sistema procesal contempla este tipo de medidas en el marco del proceso judicial y su validez ha sido reafirmada por nuestro Tribunal Constitucional, de ahí que su recepción por el arbitraje no deba generar, consideramos, demasiada polémica. Desde luego, sería deseable que constase el consentimiento de las partes a este tipo de medidas *ex parte* en las reglas elegidas –y bastaría, a nuestro entender, con el sometimiento a una institución arbitral cuyas normas atribuyan al árbitro esta facultad–, pues se eliminaría de plano cualquier posibilidad de impugnación ulterior del laudo. En este sentido, aun considerando válida la adopción de estas medidas por el árbitro *ad hoc* cuando las partes no han acordado nada a este respecto en el convenio arbitral y ello con base, además, en las facultades que el art. 25 LA concede al árbitro para dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, sigue vigente el riesgo de que la parte afectada por la medida adoptada unilateralmente utilice el fundamento de la indefensión para impugnar el laudo de condena con base en el art. 41.1º.b) LA. Y, a partir de ahí, la validez y eficacia del laudo y, con él, del arbitraje, quedaría en manos de los tribunales ordinarios.

En otro orden de cosas, pese a que nuestra Ley de Arbitraje tampoco lo regula expresamente, la adopción de medidas cautelares por los árbitros debe quedar sujeta al cumplimiento de estrictos presupuestos y requisitos que garanticen la observancia de las garantías esenciales del art. 24 LA, habida cuenta de los efectos que estas medidas tienen en el patrimonio de la parte demandada. Nuestra doctrina ha entendido de manera unánime que, en orden a acordar una medida cautelar, el árbitro ha de examinar la concurrencia de los clásicos presupuestos de *fumus boni iuris* y *periculum in mora* establecidos, para el proceso judicial, en el art. 728 LEC⁵³. La parte solicitante de la medida

⁵² R. Lapiedra Alcamí, *Medidas Cautelares...*, *op. cit.*, pp. 152 y 153; L. Cucarella Galiana, *El procedimiento arbitral...*, *op. cit.*, pp. 332 y 333; F. Munné Catarina, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Ediciones Experiencia, 2004, p. 132.

⁵³ Por todos, F. Cordón Moreno, *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Thomson-Civitas, 2005, pp. 308 y 309; M.A. Fernández Ballesteros, “Comentario al art. 23”, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre* (J. González Soria, coord.), Thomson

cautelar deberá probar al árbitro, en definitiva, el riesgo objetivo surgido antes o durante la pendencia del procedimiento arbitral de la ineffectividad del laudo final eventualmente estimatorio de sus pretensiones, así como la viabilidad o realidad indiciaria del derecho pretendido. Se trata, por otro lado, de los dos presupuestos contemplados por el texto revisado de la LMU del año 2006, cuyo art. 17.A exige que el solicitante de la medida pruebe al tribunal que, de no otorgarse ésta es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada, y que existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere, sin que la determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad pueda prejuzgar en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal⁵⁴. Son, no obstante, previsiones que no vinculan a la Ley de Arbitraje española puesto que nuestro legislador, como venimos reiterando, no ha asumido los postulados de este texto revisado de naturaleza meramente orientativa para las legislaciones estatales.

En relación con la exigencia de una caución al solicitante de la medida con la que responder al demandado de los eventuales daños que ésta pudiera producir, la Ley de Arbitraje le atribuye, a diferencia del proceso judicial, un carácter potestativo⁵⁵; los términos empleados por el art. 23.1º LA dejan claro que el solicitante no tiene obligación de prestar caución, sino que será el árbitro quien, en su caso y de acuerdo con las circunstancias concurrentes, resolverá sobre la idoneidad de la caución, así como sobre su cuantía⁵⁶. Y solo a partir de entonces la caución se constituirá en presupuesto inexorable para la ejecución de la medida cautelar acordada por el árbitro o tribunal arbitral⁵⁷. Se sigue en este caso la línea de la LMU de 2006, que también deja a la discrecionalidad de los árbitros exigir la prestación de una garantía adecuada.

Reuters–Aranzadi, 2011, pp. 357 y 358 y N. Mallandrich Miret, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, pp. 112 a 114.

⁵⁴ Un comentario sobre esta previsión puede consultarse en S. Adhipati, “Interim Measures...”, *loc. cit.*, pp. 51–53.

⁵⁵ F. Cerdón Moreno, F., *El arbitraje...*, *op. cit.*, p. 309.

⁵⁶ *Cf.*, por todos, C. Arangüena Fanego, “Comentario al art. 23”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003* (coord. D. Arias Lozano), Pamplona, Thomson–Aranzadi, 2005, p. 425; R. Lapiedra Alcamí, *Medidas Cautelares...*, *op. cit.*, pp. 283.

⁵⁷ Así lo entienden M.A. Fernández Ballesteros, “Comentario al art. 23”, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 359 y S. Barona Vilar, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, p. 250.

Siendo los que se acaban de exponer los requerimientos a los que queda sometida la adopción por el árbitro de toda medida cautelar, cualquiera que sea su clase, la solicitud de una medida sobre la sola base de las alegaciones efectuadas por la parte solicitante debe estar justificada por la concurrencia de extraordinarias circunstancias que pongan en serio peligro la efectividad de la medida y, con ella, el cumplimiento del eventual laudo de condena como consecuencia de la dilación que comporta la audiencia a la contraparte. En definitiva, el árbitro podrá adoptar una medida cautelar de este tipo cuando, siguiendo a C. Arangüena Fanego⁵⁸, la medida sea urgente y la parte requirente haga ver la necesidad de obrar así con el objetivo de que la finalidad de la medida no se vea frustrada antes de haber sido otorgada. En relación con el requisito de urgencia, nuestra doctrina considera que la especial urgencia se materializa en dos posibles escenarios alternativos: bien en la imposibilidad de postergar la ejecución de la medida ante el riesgo de comprometer de manera definitiva e irrevocable su eficacia y, con ella, la del laudo arbitral, o bien en la necesidad de evitar que el demandado, siendo conocedor de la medida, realice actuaciones fraudulentas tendentes a lograr su total ineficacia⁵⁹. Hablamos, en definitiva, de un *quantum* del peligro superior del que ya de por sí sería suficiente para la adopción de una cautela, esto es, el que viene a configurar el presupuesto del *periculum in mora*⁶⁰; un riesgo diferente y cualificado en la demora procesal⁶¹. En este punto, los autores siguen los criterios doctrinales y jurisprudenciales de interpretación del art. 733 LEC, que, para el proceso judicial, supedita la excepción de la regla general de la audiencia previa al demandado a que el solicitante de la medida cautelar acredite la concurrencia de razones de urgencia o que dicha audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida, asociándose este último requisito, según lo ya expuesto, con eventuales comportamientos del demandado que pongan en peligro la utilidad o eficacia de la medida. Todo ello en línea con la Ley Modelo de 2006, cuyo art. 17 B. exige que la *notifica-*

⁵⁸ C. Arangüena Fanego, "Comentario al art. 23", en *Comentarios...*, *loc. cit.*, p. 437.

⁵⁹ En este sentido, *cf.* N. Mallandrich Miret, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, p. 209.

⁶⁰ En la misma dirección, *Cf.* AAP Girona, de 26 julio 2011 (JUR 2011,316078), AAP Baleares, de 9 julio 2001 (JUR 2001,268680) y AAP Barcelona, de 9 febrero 2009 (AC 2009,714).

⁶¹ Así lo expone, entre otros, A. Gutiérrez Barrenengoa, "Comentario al art. 733", *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (F. Toribios Fuente, dir.), Thomson Reuters, 2014, quien considera que, en el contexto del sistema, esta circunstancia presupone una urgencia cualificada –no la ordinaria o propia de toda medida cautelar–, de tal modo que, si no se tutela el derecho de inmediato, se produciría su insatisfacción definitiva e irreversible, aunque la sentencia definitiva fuera estimatoria de la pretensión.

ción previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entrañe el riesgo de que se frustre la medida solicitada.

Un último aspecto que tiene, a nuestro juicio, una radical importancia por estar en juego las garantías esenciales de las partes en el arbitraje, es que, una vez el árbitro ha adoptado una medida cautelar *inaudita parte*, debe establecerse un trámite para la eventual impugnación u oposición por quien se ve obligado por una medida acordada sin haber tenido oportunidad de ser oído. Aunque la regulación contenida en el art. 739 LEC no es de aplicación supletoria al arbitraje, parece evidente la necesidad de trasladar a este ámbito un cauce de oposición similar que permita al obligado por la medida cautelar unilateral no solo tener conocimiento de la medida, sino poder oponerse a ella⁶². Esto es, más allá del eventual control judicial del laudo parcial que adopta la medida cautelar a través de la acción de anulación con base en la inobservancia de las garantías esenciales del proceso⁶³, entendemos que resulta inexcusable dotar al demandado de un mecanismo de revisión de la medida cautelar ante el propio árbitro y, por tanto, aún en sede arbitral, una vez acordada aquélla, con el fin de discutir su procedencia, el cumplimiento de los requisitos a los que se supedita su adopción, el alcance y el tipo de medida cautelar adoptada, así como el resto de circunstancias que la rodeen. Control, pues, que asimilamos al trámite de oposición regulado en los arts. 739 y siguientes de la LEC, cuyo objeto sea discutir la pertinencia de la medida con anterioridad a una hipotética ulterior acción de anulación frente al laudo cautelar⁶⁴. Aun no siendo aplicable a los arbitrajes regulados por nuestra Ley, sirva como apunte el señalar que la revisión arbitral de la medida cautelar adoptada de forma unilateral se encuentra prevista en el texto de la Ley Modelo de 2006. Atendiendo a la razonabilidad de los criterios divergentes expuestos por la doctrina en relación con este tipo de medidas cautelares y, sobre todo, el riesgo de éstas para el derecho de defensa de la parte afectada, el texto supeditó su adopción al cumplimiento de estrictos requisitos y presupuestos. Así, en lo que ahora interesa y en aras a la salvaguarda de los

⁶² Por todos, cf. S. Barona Vilar, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, pp. 284-287; C. Arangüena Fanego, "Comentario al art. 23", en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 436 y F. Munné Catarina, *El arbitraje...*, *op. cit.*, p. 132.

⁶³ Sobre la forma que adopta la decisión sobre las medidas cautelares, cf. F. Munné Catarina, *El arbitraje...*, *op. cit.*, p. 132.

⁶⁴ A favor, F. Munné Catarina, *El arbitraje...*, *op. cit.*, p. 132; D. Arias Lozano, "Comentario al art. 23", *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 254; C. Arangüena Fanego, "Comentario al art. 23", en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 437.

principios de audiencia y de contradicción de las partes, así como la igualdad y la imparcialidad, el art. 17.C impone al tribunal la obligación de poner en conocimiento de todas las partes la solicitud o la decisión que adopta la medida cautelar de manera inmediata, debiendo darles oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible y de dar cuenta a la parte que soporta la medida de todas las comunicaciones, incluido el contenido de las de carácter verbal, habidas con la parte solicitante.

b) Las medidas cautelares *ante demandan* también en relación con arbitrajes extranjeros

Un aspecto discutido en el marco de la competencia a los jueces para la adopción de medidas cautelares es la concerniente a las medidas anteriores al arbitraje, sobre todo en relación con los procesos arbitrales extranjeros.

La redacción originaria del art. 722.1º LEC establecía lo siguiente:

“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 art. 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. 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”.

En definitiva, el precepto permitía dirigirse a los órganos judiciales para solicitar la adopción de una medida cautelar no solo a las partes de un arbitraje pendiente en nuestro país –lo cual, remitiéndonos al art. 22 LA/1988, vigente en aquel momento, pasaba por que los árbitros hubieran notificado la aceptación de su encargo–, sino a quienes acreditaran haber puesto en marcha las actuaciones tendentes a la designación del árbitro o a la constitución del tribunal arbitral o, en el caso de arbitraje institucional, a quienes hubieran presentado la debida solicitud o encargo a la institución arbitral. Con la previsión de estos dos últimos escenarios la LEC/2000 abrió la puerta a las denominadas medidas cautelares *ante causam*, si bien la regulación dio lugar a ciertas objeciones.

En primer lugar, la doctrina debatió si, partiendo de la literalidad del precepto, únicamente podían adoptarse medidas cautelares anteriores a un arbitraje en los dos supuestos contemplados en la norma –tras la

petición de formalización judicial o en caso de arbitraje institucional⁶⁵, lo que, se dijo, colocaba en peor situación a quien acude a resolver su controversia a un arbitraje que a quien acude a un procedimiento judicial ordinario⁶⁶, o bien, interpretado este precepto conjuntamente con el art. 730 LEC y habida cuenta de que los mismos riesgos de los procesos judiciales pueden producirse en un arbitraje, era posible admitir las medidas cautelares en cualquier momento anterior a éste⁶⁷.

En segundo lugar, se criticó la falta de exigencia de un plazo para presentar la demanda arbitral una vez acordada por el órgano judicial una medida cautelar *ante litem*. Si bien el art. 730.2º LEC fija un plazo de 20 días para presentar la demanda cuando se hubieran concedido medidas cautelares previas a la demanda judicial, el apartado tercero del precepto excluye la aplicación de este plazo en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional, exigiendo únicamente para el mantenimiento de la medida que se verifiquen las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral. La doctrina puso entonces de manifiesto diversas dudas acerca del mantenimiento de las medidas y de las posibilidades de enervación, así como la necesidad de establecer un control judicial para que se dé cumplimiento para la parte que instó y consiguió las medidas de la realización de las actuaciones necesarias para el inicio del arbitraje⁶⁸.

En tercer lugar, fue objeto de crítica el que la ley procesal no estableciera más requisito para la adopción de las medidas previas al arbitraje que la mera solicitud de formalización judicial o de arbitraje institucional, pero, en cambio, sí exigiera alegar y probar razones de urgencia y necesidad a quien pretendiese la adopción de estas medidas en relación con un procedimiento judicial a iniciar⁶⁹.

A mayor abundamiento, por último, resultó muy cuestionado el distinto tratamiento que la norma procesal hace de las medidas cautelares en relación con los procesos arbitrales seguidos en el extranjero. A diferencia de la regulación contenida en el art. 722.1º que venimos exponiendo, el apartado segundo exige, por un lado, haber adquirido la condición de parte para solicitar auxilio cautelar res-

⁶⁵ A favor de esta postura, *cf.*, por todos, L. Cucarella Galiana, "Arbitraje y tutela cautelar en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil", *Tribunales de Justicia*, nº 12-2000, p. 1278.

⁶⁶ V. Magro Servet, "¿Pueden adoptarse medidas cautelares en el procedimiento arbitral?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 510-2001, p. 4.

⁶⁷ En esta línea, *cf.* L. Muñoz Sabaté, "Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española", *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 2, 2001, pp. 16-26.

⁶⁸ V. Magro Servet, "¿Pueden adoptarse medidas cautelares...", *loc. cit.*, pp. 4 y 5.

⁶⁹ G. Ormazabal Sánchez, "Comentario al art. 722", *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 665.

pecto de un arbitraje extranjero, lo que excluye, por tanto, a diferencia de los procesos judiciales y de los procesos arbitrales desarrollados en territorio español, la posibilidad de instar medidas instrumentales respecto de un arbitraje a iniciar fuera del territorio español. Y, además, la norma restringe competencia de nuestros tribunales para adoptar medidas cautelares cuando la competencia exclusiva para conocer del fondo del asunto sea de los tribunales españoles. Esta limitación no se consideró ajustada a la práctica del arbitraje internacional, pues, como señaló J.C. Fernández Rozas⁷⁰, se trata de una muestra de las consecuencias que produce el criterio territorialista en el arbitraje: un asunto sustanciado en territorio español puede obtener auxilio cautelar; mas un caso idéntico, pero establecida la sede del arbitraje en el extranjero, no alcanzará el aseguramiento solicitado.

La promulgación de la LA/2003 puso fin a la primera de las controversias señaladas, estableciendo el art. 11 LA, en relación con la posibilidad de instar medidas anticipativas de un proceso arbitral más allá de los supuestos de formalización judicial o de arbitraje institucional, que el convenio arbitral no impide a las partes solicitar y obtener de los tribunales medidas cautelares *con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación*⁷¹. Y, ulteriormente, en esta misma dirección, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje aclaró la redacción del primer apartado del art. 722 LEC, estableciendo ahora que podrá pedir al Tribunal medidas caute-

⁷⁰ J.C. Fernández Rozas, "Arbitraje...", *loc. cit.*, pp. 53-54.

⁷¹ En este sentido, el AAP Madrid 8 junio 2009 (JUR 2009,472837) expuso: "Es con la promulgación de la nueva Ley de Arbitraje cuando se ha dado solución definitiva a la cuestión controvertida en su art. 11.3º (...) La generalidad con que se pronuncia el legislador en relación con la solicitud de medidas previas al inicio del arbitraje obliga a integrar y adaptar analógicamente el régimen general de las medidas cautelares previsto para los procedimientos judiciales (ex art. 730 LEC) a los procedimientos arbitrales. En este sentido, no sólo es necesario que se acrediten razones de urgencia y necesidad para que estas medidas se adopten, sino que, además, es necesario realizar las actuaciones tendentes a formalizar el arbitraje para que éstas se mantengan. También cabe destacar que, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.2º de la vigente Ley de Arbitraje, el régimen de medidas cautelares en sede arbitral será aplicable tanto a los arbitrajes que se celebren dentro del territorio nacional como a aquéllos cuyo lugar de celebración esté situado en el extranjero, siempre y cuando la medida cautelar instada pretenda hacerse efectiva en territorio español. En el mismo sentido, SSAP Málaga 22 diciembre 2004 (JUR 2005,147043) y 19 septiembre 2005 (JUR 2006,30415), así como las resoluciones citadas por J. Mínguez Almeida, "Análisis de Jurisprudencia: Resoluciones Judiciales recientes sobre medidas cautelares inaudita parte y *ante demandam* en auxilio de procedimientos arbitrales en el extranjero (Comentario de los Autos del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Mollet del Vallés, de 25 abril 2008, y del Juzgado de Primera Instancia, nº 82 de Madrid, de 4 noviembre 2008", *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 4, 2009, pp. 147-154.

lares *quien acredite ser parte de convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales*, zanjando, de manera definitiva, esta concreta controversia⁷².

No ha sido objeto de modificación, en cambio, el apartado segundo del art. 722 LEC, que exige, en los términos expuestos, la condición de parte a quien pretenda de un tribunal español la adopción de una medida cautelar en relación con un arbitraje pendiente en el extranjero. La cuestión es, por tanto, si ha de seguirse una interpretación literal del art. 722 LEC o si cabe permitir la solicitud de medidas cautelares ante el juez español también a quien todavía no sea parte en el procedimiento arbitral seguido en el extranjero por no haberse iniciado todavía. Y la respuesta dependerá de que la norma del art. 722.2º se considere una norma especial para el arbitraje en el extranjero que, como tal, excluya la aplicación general del art. 11.3º LA 2003, solo aplicable, conforme al art. 1 LA 2003, a los arbitrajes desarrollados en España. Al respecto, la doctrina se ha mostrado de manera generalizada a favor de permitir la tutela cautelar ante *causam* también en relación con los procesos arbitrales extranjeros⁷³. Ésta es, además, una interpretación acorde a los postulados de la Ley Modelo de 2006, cuyo art. 17.J prevé que los órganos judiciales gocen de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales y que tal competencia se ejerza por los tribunales de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional. Aunque, por no haber sido introducida esta regulación en nuestro sistema arbitral y procesal en 2011, esta previsión no tiene ninguna aplicación directa en nuestro país.

c) Mención a la figura del árbitro de emergencia

A lo largo de las anteriores páginas hemos puesto de manifiesto cómo la interpretación conjunta de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de Arbitraje permite a las partes solicitar de los órganos judiciales, cuando concurren razones de urgencia que lo justifiquen, la

⁷² En este sentido, P. Perales Viscasillas, “La reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IV, nº 2, 2001, p. 701.

⁷³ Cf. G. Ormazabal Sánchez, “Comentario al art. 722”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (F. Cordón Moreno y otros, coords.), *op. cit.*, pp. 748 y 749; J.C. Ortiz Pradillo, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Madrid, Iustel, 2006, p. 79; N. Mallandrich Miret, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, pp.174 y 175.

adopción de medidas cautelares con anterioridad al inicio de las actuaciones arbitrales. Se trata, y así se ha señalado, de una de las ventajas del sistema de competencia compartida instaurado por nuestra vigente Ley de Arbitraje. Ahora bien, el art. 11.3º LA atribuye la competencia para dictar estas medidas previas al proceso a los tribunales, planteándose entonces la cuestión sobre si esta facultad puede trasladarse al árbitro o al tribunal arbitral.

Siguiendo a S. Barona Vilar⁷⁴, el problema no tiene un origen dogmático. A juicio de la autora, la permisibilidad de las medidas cautelares antes de la iniciación de las actuaciones arbitrales debería referirse con carácter general a quienes puedan adoptar una medida en el proceso arbitral. Esto es, a salvo de una interpretación restrictiva y literal de la dicción del art. 11.3º LA 2003, no existe óbice alguno que prive de dicha potestad cautelar *ante causam* a los árbitros. Las dificultades, en cambio, como apunta la autora y parte de la doctrina, son más bien de orden práctico y derivan de la inexistencia de un árbitro o colegio arbitral al que la parte pueda dirigirse para instar la adopción de las medidas antes del proceso. Como en esta dirección señala Lapedra Alcamí⁷⁵, si bien los tribunales estatales son permanentes, el árbitro ha de ser nombrado o el colegio arbitral tiene que ser constituido *a posteriori*, en función del litigio determinado y, en la generalidad de los casos, cuando el conflicto ya ha surgido. No existe, en definitiva, el órgano arbitral al que instar la adopción de la medida cautelar con carácter urgente.

Sin embargo, hablamos de una cuestión a la que desde hace ya algunos años han venido dando cumplida respuesta las instituciones arbitrales internacionales más importantes a través de la creación del árbitro de emergencia. Así, la Corte de Arbitraje de la CCI fue una de las primeras instituciones en acoger en su Reglamento de 2012 esta figura consistente en el nombramiento a instancia de parte y por la propia Corte de un árbitro a los solos efectos de conceder a las partes medidas cautelares urgentes, cesando su actividad una vez iniciado el procedimiento arbitral y no pudiendo formar parte del tribunal encargado de enjuiciar el fondo de la controversia⁷⁶. También la Corte de Arbitraje

⁷⁴ S. Barona Vilar, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, p. 255 a 258.

⁷⁵ R. Lapedra Alcamí, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 161 y 162.

⁷⁶ *Vid.* Verbist / Schäfer / Imhoos, *ICC Arbitration in Practice*, Wolters Kluwer, 2004, pp. 158 ss. Antes lo habían hecho el Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR) en 2006 y, en 2010, el Centro de Arbitraje de Singapur (SIAC) y la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Internacional de Londres reguló de forma expresa y de manera similar a la ICC esta figura en sus nuevas reglas del año 2014⁷⁷.

Y también las instituciones arbitrales españolas se van sumando progresivamente a la tendencia de regular la figura del árbitro de emergencia. Lo hizo en el año 2011 la Corte de Arbitraje Española, seguida por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje y el Tribunal Arbitral de Barcelona, ambas en el año 2014, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid en el año 2015 y, más recientemente, en enero de 2017, la Asociación Europea de Arbitraje. Algunas notas relevantes y comunes de estas regulaciones son el breve plazo fijado para el nombramiento del árbitro de emergencia, que suele oscilar entre los dos y los tres días y la designación realizada por la propia institución arbitral, sin que las partes puedan proponer al árbitro, sin perjuicio de su posible recusación. El árbitro de emergencia, además, no formará parte del tribunal constituido posteriormente para decidir la controversia que, como tal, podrá revocar la medida cautelar adoptada por aquél⁷⁸.

d) La eficacia en España de las medidas cautelares adoptadas en un arbitraje extranjero

El art. 23 LA, además de atribuir a los árbitros la capacidad de adoptar medidas cautelares en los términos y con las implicaciones que se acaban de analizar, señala en su apartado segundo que, a aquellas resoluciones arbitrales sobre las medidas cautelares les serán de aplicación, cualquiera que sea la forma que revistan, las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos. Ahora bien, dado que el ámbito de aplicación de la norma se circunscribe, según el art. 1 LA, al arbitraje –nacional o internacional– que se desarrolle en territorio español, cabe inferir que únicamente son de aplicación las normas generales sobre anulación y ejecución de laudos a aquellas decisiones cautelares dictadas en nuestro país, planteándose entonces cuál es la eficacia que pueden desplegar en nuestro territorio las medidas cautelares dictadas por un árbitro para asegurar la eficacia de un arbitraje extranjero. Esto es, si los tribunales españoles pueden ejecutar la decisión arbitral que acuerde una medida cautelar en el seno de un arbitraje extranjero. Esta cuestión, como avanzábamos, ha sido ampliamente debatida en el seno de la doctrina y su solución pasa, esencialmente, por concretar si la decisión cau-

⁷⁷ Vid. M. Scherer, L. Richman y R. Gerbay, *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules*, Wolters Kluwer, 2015, pp. 144 ss.

⁷⁸ Sobre las características esenciales de este arbitraje de emergencia, vid. E. Fernández Masía, “La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, 2017, pp. 89 ss.

telar proveniente de un arbitraje extranjero es susceptible de ser reconocida y ejecutada aplicando el Convenio de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. En contra de esta posibilidad se han alegado criterios formales; esencialmente, que las decisiones cautelares no necesariamente revisten la forma de laudo y que, aun así, carecen del carácter definitivo u obligatorio que el Convenio de Nueva York exige a los efectos de su aplicación⁷⁹. A favor, sin embargo, se ha defendido una interpretación finalista de la tutela cautelar. Según concluye J.C. Ortiz Pradillo⁸⁰, dado que la regulación española de arbitraje permite que los árbitros puedan adoptar medidas cautelares y también prevé la intervención de los órganos jurisdiccionales para ejecutar aquellos laudos arbitrales, no hay razón para discriminar los laudos extranjeros respecto de los internos. De seguirse esta posición favorable y habida cuenta de que el art. 46 LA dispone que el ejecutivo de laudos extranjeros se regirá por el Convenio de Nueva York, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias judiciales extranjeras, habrá de acudirse, a los efectos del reconocimiento y ejecución de una decisión cautelar extranjera, a los arts. 52 a 55 de la Ley 29/2015, de 30 de julio (LCJIMC), que derogó los arts. 955 ss LEC/1881.

2. El impacto de la Ley Modelo en otras legislaciones estatales: unas breves notas⁸¹

En el momento actual, según la información recogida por la Secretaría de la Uncitral publicada en la página web de la Comisión⁸², 80 Estados de un total de 111 jurisdicciones han promulgado legislación basada en la LMU. De éstos, 31 legislaciones (dentro de las cuales se incluyen 8

⁷⁹ Cf. A.L. Calvo Caravaca, "Medidas cautelares y arbitraje privado internacional", *Diario la Ley*, n.º 6128, 2004, p. 6, quien señala, en este contexto, que los árbitros pueden adoptar las medidas cautelares de dos formas; bien como laudo provisional o laudo parcial, o bien como meras recomendaciones.

⁸⁰ J.C. Ortiz Pradillo, *Las medidas cautelares...*, *op. cit.*, pp. 87 y 88.

⁸¹ Para la redacción de este epígrafe se han seguido como fuente, además de los textos de las legislaciones estatales reseñadas, L. Newman y C. Ong, *Interim Measures in international Arbitration*, JurisNet, Huntington, Nueva York 2014; T. Kenedy-Grant, "Interim Measures Under the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration: the impact of the 2006 Amendments", *Asian Int'l Arb. J.* vol. 10, n.º 1, 2014, pp. 17-46; y S. Adhipati, "Interim Measures...", *loc. cit.*

⁸² "http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html".

jurisdicciones australianas⁸³) han adoptado las normas revisadas en el año 2006: La sucesión cronológica es la siguiente: Nueva Zelanda (2007); Mauricio, Perú, Ruanda y Eslovenia (2008); Brunei Darussalam y Georgia (2009); Australia, Nueva Gales del Sur –Australia–, Hong Kong –China–, Irlanda y el Estado de Florida –EEUU– (2010); Costa Rica y los territorios australianos Australia Meridional, Tasmania, Territorio septentrional y Victoria (2011); Lituania y Australia occidental (2012); Queensland –Australia–, Bután, Bélgica y las Islas Vírgenes Británicas (2013); Bahrein (2015); República de Corea (2016); Territorio de la Capital Australiana, Fiji, Jamaica, Mongolia y Sudáfrica (2017).

Veamos de manera sucinta de qué forma estas legislaciones han adoptado las reglas de la Ley Modelo de 2006.

En primer lugar, todas las jurisdicciones señaladas atribuyen a los tribunales estatales el poder de adoptar medidas cautelares en relación con un arbitraje, si bien la redacción de las normas puede diferir del texto de la Ley Modelo (art. 9 de la Ley Modelo de 1985 y art. 17 J de 2006). Y lo mismo cabe señalar respecto de la atribución de las facultades cautelares al tribunal arbitral, previstas en los arts. 17 y 17 A⁸⁴. Algunas de las jurisdicciones han trasladado directamente estas previsiones a sus normas o, en su caso, han incluido muy ligeras variaciones⁸⁵; otras, en cambio, amplían el concepto de medida cautelar y lo extienden a aspectos tales como la caución para garantizar las

⁸³ Con anterioridad a 2010, la legislación arbitral australiana variaba entre los diferentes estados y territorios dentro del país. El Proyecto de Ley de Arbitraje Comercial fue acordado por el Comité Permanente de Fiscales Generales en 2010 como un medio para crear una ley de arbitraje nacional uniforme en toda Australia. Todos los Estados y Territorios Australianos han adoptado y promulgado desde entonces versiones de la Ley Modelo que crean un marco uniforme para el arbitraje nacional en Australia (consultado en la página del Centro Australiano para el Arbitraje Comercial Internacional –Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA)– “<https://acica.org.au/commercial-arbitration-acts/>”).

⁸⁴ La Ley de Arbitraje de Perú (Decreto Legislativo 1071, modificado en el año 2015 por el Decreto Legislativo n° 1231), distingue en su art. 47 dos escenarios diferentes, según las medidas cautelares se soliciten antes o después de la constitución del tribunal arbitral. En el primero de los casos, las partes pueden solicitar al órgano judicial competente la adopción de la medida cautelar; una vez constituido el tribunal arbitral solo éste es competente para decidir sobre aquélla. Esta previsión solo es de aplicación a los arbitrajes de carácter doméstico; en cambio, en el contexto del arbitraje internacional, las partes pueden indistintamente dirigirse a los órganos estatales o a los árbitros. *Vid.* F. Mantilla Serrano, “Breves comentarios sobre la nueva Ley de Arbitraje Peruano”, “http://limaarbitration.net/LAR4/Fernando_Mantilla-Serrano.pdf”.

⁸⁵ Brunei (International Arbitration Order 2009), Hong Kong (Cap. 609 Arbitration Ordinance), Florida (Chapter 684 International Commercial Arbitration) o Bahrein (Arbitration Law n° 9/2015).

costas del procedimiento arbitral –las denominadas *Security for Costs*– o el *Discovery*, entre otros⁸⁶⁸⁷.

En segundo lugar, es respecto de la discutida regulación de las órdenes preliminares y de las medidas cautelares *ex parte*, donde radica la mayor divergencia en la regulación de los distintos Estados. Si bien son cada vez más las legislaciones que han trasladado esta figura a las normas nacionales, junto con las previsiones acerca de su eficacia vinculante y ejecución establecidas en el art. 17 C (5)⁸⁸, otros estados han omitido, tanto de forma implícita⁸⁹ como explícita⁹⁰, esta regulación, lo que da efectiva cuenta de los problemas que este tipo de medidas plantea y que hemos referido en varios epígrafes de este trabajo.

Por otro lado, las legislaciones incluyen las disposiciones generales aplicables a las medidas cautelares contenidas en la sección 3^a del texto de 2006 y referidas a la modificación, suspensión y revocación

⁸⁶ Nueva Zelanda (Arbitration Act 1996, n° 99), Mauricio (International Arbitration Act 2008, revisada por la International Arbitration –Miscellaneous Provisions– Act n° 8, 2013), Irlanda (Arbitration Act 2010, n° 1) y Territorio de la Capital Australiana (Commercial Arbitration Act 2017, n°7).

⁸⁷ Por ejemplo, la Ley de Arbitraje de Corea (Arbitration Act n° 14176/2016) elimina la expresión “con respecto al objeto de la disputa» con el fin de ampliar el alcance de las medidas provisionales” (cf. W.–J. Jon, “Interim Measures in Arbitration and Enforcement of Arbitral Awards in Korea and China”, *J. of Arb. Studies*, vol. 26, n° 4, 2016, pp. 83–110).

⁸⁸ Nueva Zelanda (Arbitration Act 1996, n° 99), Perú (Decreto Legislativo 1071, modificado en el año 2015 por el Decreto Legislativo n° 1231), Brunei (International Arbitration Order 2009), Hong Kong (Cap. 609 Arbitration Ordinance s. 17), Irlanda (Arbitration Act 2010, n° 1) y Florida (Chapter 684 International Commercial Arbitration), Costa Rica (Ley N° 8937, de 27 abril 2011, sobre Arbitraje Comercial Internacional), Bélgica (Belgian Judicial Code Provisions 2013, amended in 2016), Fiji (International Arbitration Act n° 44/2017), Jamaica (The Arbitral Act, 2017 n° 13), Mongolia (Arbitration Law, 26 January 2017). Un caso peculiar es el de Portugal, cuya Ley n° 63/2011 de Arbitraje Voluntario sigue los postulados de la Ley Modelo, de 2006, si bien adaptados a las necesidades específicas del país. No aparece reflejado Portugal, sin embargo, en la relación de países con legislación basada en la Ley Modelo, pero sus normas sobre medidas cautelares son un claro reflejo de las de 2006, incluyendo la previsión de las órdenes preliminares. También Colombia; el capítulo dedicado al Arbitraje Internacional dentro de su código de Proceso Civil incorpora las actualizaciones de la Ley Modelo de 2006, si bien con importantes adaptaciones a la tradición jurídica colombiana e introduciendo preceptos no basados en la Ley Modelo de forma similar al caso de Francia y Bélgica.

⁸⁹ República de Corea (Arbitration Act n° 14176/2016) y República de Sudáfrica (Act n° 15 of 2017: International Arbitration Act).

⁹⁰ Australia (Australian Arbitration Act n° 136 of 1974 as amended by Act No. 5 of 2011) y los territorios australianos: Nueva Gales del Sur (Commercial Arbitration Act 2010 No 61); Victoria (Commercial Arbitration Act 2011, No. 50 of 2011); Queensland (Commercial Arbitration Act 2013); Australia Meridional (Commercial Arbitration Act 2011), Australia Occidental (Commercial Arbitration Act); Tasmania (Commercial Arbitration Act 2011 (n° 13 of 2011) y Territorio de la Capital Australiana (Commercial Arbitration Act 2017, n°7).

de las medidas (art. 17 D), a la exigencia de una garantía por el tribunal arbitral (art. 17 E), a la obligación de las partes de comunicar toda información que pueda ser relevante en relación con la medida cautelar solicitada o aprobada (art. 17 F) y a la responsabilidad por daños y perjuicios del solicitante de la medida cautelar, así como las previsiones sobre el reconocimiento y ejecución de las decisiones cautelares de los árbitros contenidas en los arts. 17 H y 17 I.

Para cerrar este último apartado y volviendo a sus primeras líneas, constituyen todavía una gran mayoría las jurisdicciones que, como es el caso español, basan su legislación arbitral en la LMU de 1985, sin las revisiones y actualizaciones del año 2006. Un somero análisis de estas jurisdicciones da cuenta de la general uniformidad en aspectos tales como el reconocimiento de la competencia compartida por los órganos judiciales y los tribunales arbitrales para la adopción de medidas cautelares respecto de un arbitraje, la atribución a los tribunales estatales de la facultad de adoptar estas medidas con anterioridad al arbitraje y también respecto de arbitrajes extranjeros⁹¹, así como la atribución expresa de la potestad cautelar a los árbitros⁹². Muchas más divergencias se identifican en la regulación del alcance o de los distintos tipos de medidas cautelares que pueden adoptar los jueces⁹³, la posibilidad de los jueces y de los árbitros de adoptar medidas *ex parte*⁹⁴, o el régimen de ejecutabilidad en el país de las decisiones cautelares adoptadas en relación con arbitrajes extranjeros⁹⁵.

⁹¹ Esta posibilidad se excluye, por ejemplo, en Egipto (Egyptian Law in Civil and Commercial Matters n° 27 of 1994).

⁹² Así, por ejemplo, en línea con el sistema arbitral español, la legislación de Alemania (Código de Procedimiento Civil –ZPO–; Austria (Código de Procedimiento Civil –ZPO–), Chile (Ley n° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional), Canadá (tanto las legislaciones de las distintas provincias como la federal siguen la Ley Modelo), Japón (*Chusai-Ho* Law n° 138 of 2003), The Arbitration Law) o Polonia (Código Procesal Civil).

⁹³ Por ejemplo, una de las peculiaridades de la legislación inglesa es precisamente los marcados límites de los jueces para acordar medidas cautelares respecto de un arbitraje, lo que pone de manifiesto su función puramente asistencial de esta institución (Sec. 44 1996 Arbitration Act).

⁹⁴ Si bien muchas legislaciones permiten a los jueces la adopción de este tipo de medidas en los mismos términos que para los procesos judiciales, no existe una regulación unificada con respecto a las medidas acordadas por los árbitros. En la mayoría de las legislaciones, no se constata ningún precepto que expresamente prohíba o autorice a los árbitros a acordar las medidas de manera unilateral, por lo que será la doctrina y la jurisprudencia los que, en cada país, concreten esta cuestión. Así sucede, por ejemplo, en legislación de Alemania (§ 1042 ZPO); Austria (ZPO), Chile (Ley n° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional), Inglaterra y Gales (1996 Arbitration Act) o Japón (*Chusai-Ho* Law n° 138 of 2003).

⁹⁵ Cuestión muy discutida, como en el sistema español, en Inglaterra y Gales (1996 Arbitration Act), en Alemania (§ 1045 ZPO). Sí permite el reconocimiento y la ejecución de

V. Conclusiones

1) La necesidad de la tutela cautelar de los derechos en el procedimiento arbitral con el fin de garantizar la efectividad del laudo de condena resulta, en la actualidad, indiscutible, y se considera un derecho esencial de las partes enfrentadas que voluntariamente acuerdan someter sus disputas de naturaleza disponible a arbitraje.

2) La LMU de 1985 se aprobó con el objetivo de establecer un régimen jurídico especialmente adaptado al arbitraje comercial internacional y de servir a los Estados como instrumento para actualizar, modernizar y perfeccionar las leyes de arbitraje. En este texto se instauró el sistema de jurisdicción compartida por los jueces y los árbitros para la adopción de las medidas cautelares.

3) Ante el recurso cada vez más frecuente a arbitraje, la Asamblea General aprobó en el año 2006 la revisión de la Ley Modelo, cuyo capítulo IV se dedica íntegramente a la regulación pormenorizada de las medidas cautelares. Un gran número de Estados, aun aquellos cuyas legislaciones fueron promulgadas con base en el texto originario de la Ley Modelo, no han adoptado aún las revisiones hechas en el año 2006. Entre ellos, España.

4) La armonización del sistema arbitral español con el resto de legislaciones estatales y con la práctica del arbitraje comercial internacional se produjo definitivamente con la entrada en vigor de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Tres años después de que la LEC/2000 hubiese atribuido la competencia para la adopción de las medidas a los jueces, esta norma, en lo esencial, instauró el sistema de competencia alternativa y concurrente de los árbitros y los órganos judiciales en materia cautelar. Sin embargo, existen en nuestro sistema extremos muy discutidos a los que la reforma operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, no dio cumplida respuesta al no aprovechar el legislador este cauce para introducir las disposiciones de la Ley Modelo de 2006. Son aspectos todavía problemáticos dentro del sistema arbitral español: la posibilidad de los árbitros de adoptar medidas cautelares inaudita parte, la facultad de los órganos judiciales españoles de adoptar medidas cautelares en relación con un arbi-

decisiones cautelares extranjeras Austria (§ 577 y 593 ZPO-). No permiten este reconocimiento Egipto (Egyptian Law in Civil and Commercial Matters n° 27 of 1994) o Japón (*Chusai-Ho* Law n° 138 of 2003).

traje a iniciar en el extranjero, así como la ejecutabilidad en nuestro país de las decisiones cautelares extranjeras.

5) Como España, la mayoría las jurisdicciones basan su legislación arbitral en la Ley Modelo de 1985, sin las revisiones y actualizaciones del año 2006. En estas normas estatales, puede constatarse la general uniformidad en el reconocimiento de la competencia compartida por los órganos judiciales y los tribunales arbitrales para la adopción de medidas cautelares respecto de un arbitraje, la atribución a los tribunales estatales de la facultad de adoptar estas medidas con anterioridad al arbitraje y también respecto de arbitrajes extranjeros, así como la atribución expresa de la potestad cautelar a los árbitros. Más divergencias se identifican en la regulación del alcance o de los distintos tipos de medidas cautelares que pueden adoptar los jueces, en la posibilidad de los jueces y de los árbitros de adoptar medidas *ex parte* o en el régimen de ejecutabilidad en el país de las decisiones cautelares adoptadas en relación con arbitrajes extranjeros

6) Solo 31 Estados han adoptado las normas revisadas en el año 2006. Si bien con ligeras variaciones, la uniformización es grande y alcanza a todas las cuestiones reguladas del Capítulo IV de la Ley Modelo, salvo en lo relativo a las órdenes preliminares y las medidas cautelares *ex parte*, que muchos estados no han adoptado.

7) Puede observarse una ligera tendencia creciente en los Estados a incorporar la revisión de la Ley Modelo de 2006 en sus legislaciones arbitrales. En los últimos años lo han hecho 11 países. Solo en la medida en que esta tendencia se consolide podremos asistir al cumplimiento de los objetivos por los que se aprobó, hace casi 35 años, la Ley Modelo de la UNCITRAL.

Bibliografía

- ADHIPATI, S.: "Interim Measures in International Commercial Arbitration: Past, Present and Future", *LLM Thesis and Essays*, University of Georgia Law, 2003.
- ARANGÜENA FANEGO, C.: "Comentario al art. 23", *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003* (coord. D. Arias Lozano), Thomson-Aranzadi, 2005.
- ARIAS LOZANO, D.: "Comentario al art. 23", *Comentarios a la ley de Arbitraje de 2003* (coord. D. Arias Lozano, D.), Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2005.
- BLACKABY, N., LINDSEY, D. y SPINILLO, A.: *Internacional Arbitration in Latin America*, Kluwer Law International, 2002.
- BORN, G.B.: *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2012.

- BÜHRING–UHLE, C., KIRCHHOFF, L. *et al.*: *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law International, 2006.
- CALVO CARAVACA, A.L.: “Medidas cautelares y arbitraje privado internacional”, *Diario la Ley*, nº 6128, 2004.
- CARON, D.D., CAPLAN, L.M. y PELLONPÄÄ, M.: *The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary*, Oxford University Press, 2010.
- CASTELLO, J.E.: “Arbitral Ex Parte Interim. The View in favor”, *Disp. Res. J.*, August/October 2003.
- CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Thomson–Civitas, 2005.
- CUCARELLA GALIANA, L.: “Arbitraje y tutela cautelar en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil”, *Tribunales de Justicia*, nº 12, 2000.
- CUCARELLA GALIANA, L.A.: “Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la Jurisprudencia reciente”, *Tribunales de Justicia*, nº 3, 1997.
- DERAINS, Y.: “Arbitral Ex Parte Interim Relief. The View Against. A confirmation that the best may be enemy of the good”, *Disp. Res. J.*, August/October 2003.
- DONOVAN, D.F.: “The allocation of authority between courts and arbitral tribunals to order interim measures: a survey of Jurisdictions, The work of Uncitral and a Model proposal”, *International Council for Commercial Arbitration: New Horizons for International Commercial Arbitration and Beyond* (A. Van den Berg), La Haya, Kluwer, 2005.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: “Comentario al art. 23”, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre* (J. González Soria, coord.), Thomson Reuters–Aranzadi, 2011.
- FERNÁNDEZ MASÍA, E.: “La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, 2017.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Arbitraje y justicia cautelar”, *Arbitraje. Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007.
- GAILLARD, E. y SAVAGE, J.: *Fouchard Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
- GÓMEZ JENE, M.: *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007.
- GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A.: “Comentario al art. 733”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (F. Toribios Fuente, dir.), Thomson Reuters 2014.
- HOLTZMANN, H.M. y NEUHAUS, J.E.: *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary*, Kluwer, 1989.
- KENEDY–GRANT, T.: “Interim Measures Under the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration: the impact of the 2006 Amendments”, *Asian Int'l Arb. J.* vol. 10, nº 1, 2014.
- LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: *Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- LEW, J., MISTELIS, L. y KRÖLL, S.: *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.

- LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A.: “Medidas cautelares en el arbitraje internacional y nacional”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2000–3.
- MAGRO SERVET, V.: “¿Pueden adoptarse medidas cautelares en el procedimiento arbitral?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 510–2001.
- MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, Editorial Atelier, 2010.
- MANTILLA SERRANO, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid, Iustel, 2005.
- MANTILLA SERRANO, F.: “Breves comentarios sobre la nueva Ley de Arbitraje Peruano”, “http://limaarbitration.net/LAR4/Fernando_Mantilla-Serrano.pdf”.
- MARTINS, S. y NAVARRO, S.: “Las medidas cautelares en el arbitraje. Concurrencia de poderes entre Tribunales estatales y arbitrales”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 7, nº 1, 2104.
- MÍNGUEZ ALMEIDA, J.: “Análisis de Jurisprudencia: Resoluciones Judiciales recientes sobre medidas cautelares inaudita parte y *ante demandam* en auxilio de procedimientos arbitrales en el extranjero (Comentario de los Autos del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Mollet del Vallés, de 25 abril 2008, y del Juzgado de Primera Instancia, nº 82 de Madrid, de 4 noviembre 2008)”, *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 4, 2009.
- MORENO CATENA, J.: “Análisis crítico del Proyecto de Ley de Arbitraje”, *Estudios de Derecho de Arbitraje*, San Sebastián 1998.
- MUNNÉ CATARINA, F.: *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Ediciones Experiencia, 2004.
- MUÑOZ SABATÉ, L.: “La recepción del arbitraje por la jurisdicción. Reflexiones para una urgente reforma”, *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1995–nº 5.
- MUÑOZ SABATÉ, L.: “Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española”, *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 2, 2001.
- NEWMAN, L. y ONG, C.: *Interim Measures in international Arbitration*, Huntington, Nueva York, JurisNet, 2014.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G.: “Comentario al art. 722”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. F. Cordón Moreno y otros), Aranzadi, 2001.
- ORTIZ PRADILLO, J.C.: *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Madrid, Iustel, 2006.
- PERALES VISCASILLAS, P.: “La reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IV, nº 2, 2001.
- PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: “Una nueva regulación del Arbitraje”, *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, Edersa, 1964.
- REDFERN, A. y HUNTER, J. *et al.*: *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015.
- RENÉE BUCY, D.: “How to Best Protect Party Rights: The Future of Interim Relief in International Commercial Arbitration Under the Amended UNCITRAL Model Law”, *Am. Univ. Int’l L. Rev.*, vol. 25, 2010.
- SANDERS, P.: *Quo Vadis Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.

- SCHERER, M., RICHMAN, L. y GERBAY, R.: *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules*, Wolters Kluwer, 2015.
- VERBIST / SCHÄFER / IMHOOS: *ICC Arbitration in Practice*, Wolters Kluwer, 2004.
- YEŞİLIRMAK, A.: *Provisional Measures in International Arbitration*, Kluwer Law International 2005.
- ZAPATA, A., BARONA, S. y ESPLUGUES, C.: *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro*, Universidad Externado de Colombia, 2010.