

### ***Las medidas cautelares en el arbitraje. Concurrencia de poderes entre Tribunales estatales y arbitrales \****

Sofía MARTINS \*\*

Seguimundo NAVARRO \*\*\*

Sumario: I. La necesidad de intervención de los Tribunales estatales. II. Compatibilidad de medidas cautelares dictadas por tribunales estatales con el convenio arbitral. III. Coordinación de poderes concurrentes: 1. El enfoque de acceso restringido (*restricted access*). 2. El enfoque de libertad de elección (*freedom of choice*). 3. Interpretación del enfoque de libertad de acceso: A) Antes de la constitución del tribunal arbitral; B) Después de la constitución del tribunal arbitral: a) Consideraciones prácticas; b) Consideraciones teóricas. IV. Puntos de fricción. 1. La disponibilidad de la solicitud de medidas cautelares. 2. Medidas cautelares para su cumplimiento por terceros distintos de las partes del arbitraje. 3. La caución. 4. La revisión de la decisión sobre medidas cautelares. V. Conclusiones.

#### **I. La necesidad de intervención de los Tribunales estatales**

A todos nos gustaría afirmar que el arbitraje es auto suficiente, pero la verdad es que no es así. En efecto, durante el procedimiento arbitral habrá veces en las que la intervención de tribunales estatales se hará necesaria precisamente para asegurar la conducción apropiada del arbitraje o debido a las lagunas del arbitraje, aunque esto pueda parecer una paradoja.

En estos escenarios, algunas cuestiones deben ser encaradas:

- i) ¿Puede un tribunal estatal involucrarse en una disputa sujeta a arbitraje?
- ii) ¿Debería hacerlo?
- iii) ¿Y si lo hace, entonces cuándo la involucración se transforma en intervención y cuándo dicha intervención se transforma en interferencia? <sup>1</sup>

Uno de estos escenarios es precisamente aquel en que se torna necesario, de alguna forma, defender o mantener el *statu quo* durante el procedimiento

---

\* Versión revisada de las intervenciones sostenidas en la sesión del Seminario del CIAMEN de 21 noviembre 2013.

\*\* Abogada, Miranda Correia Amendoeira & Associados (Lisboa).

\*\*\* Abogado.

<sup>1</sup> *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p 444.

arbitral y hasta su término. Es decir, cuando sean necesarias medidas cautelares.

Muchas –por no decir la mayoría de las modernas leyes arbitrales y/o reglamentos consagran el poder del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares. Sin embargo, aún hay situaciones en que se vuelve necesario recurrir a la asistencia de los tribunales estatales. Por ejemplo:

i) algunas leyes nacionales aún prohíben que los tribunales arbitrales dicten medidas cautelares (*v.gr.*, Italia);

ii) antes de la constitución del tribunal, puede ser esencial obtener una medida cautelar y, en estos casos –prácticamente<sup>2</sup> no hay más alternativa que recurrir a los tribunales estatales;

iii) sólo las partes en un arbitraje pueden verse afectadas u obligadas por una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral, por lo que se hace necesario recurrir a un tribunal estatal cuando la medida se dirija a terceros;

iv) tampoco la ejecución es pacífica ya que las medidas cautelares tomadas por árbitros no son necesariamente tan fácilmente ejecutables como un laudo, porque no contienen el requisito de finalidad exigido por el convenio de Nueva York; y

v) la mayoría de las legislaciones no permiten solicitudes *ex parte*<sup>3</sup>; en estos casos, sí es importante una medida *ex parte* (por ejemplo, cuando haya riesgo de dispersión de bienes), probablemente los tribunales estatales serán la única opción (o, por lo menos, la mejor opción).

En resumen, hay ventajas al permitir que los tribunales estatales tengan poder para dictar medidas cautelares. Pero eso también plantea ciertas cuestiones.

## II. Compatibilidad de medidas cautelares dictadas por tribunales estatales con el convenio arbitral

La primera cuestión es la siguiente: ¿puede considerarse que el recurso a un tribunal estatal viola el convenio arbitral? Esta cuestión está, hoy por hoy, resuelta. En efecto, la mayoría de las leyes/reglamentos tienden a decir que medidas cautelares dictadas por tribunales estatales no son incompatibles con el convenio arbitral.

Ejemplos:

*ICC Rules article 28(2) Conservatory and Interim Measures*

*Before the file is transmitted to the arbitral tribunal, and in appropriate circumstances even thereafter, the parties may apply to any competent judicial authority for interim or conservato-*

---

<sup>2</sup> Naturalmente todos sabemos que algunos de los reglamentos más conocidos contienen provisiones para medidas dictadas por árbitros de emergencia, pero no hablaremos sobre éstas.

<sup>3</sup> La misma Ley Modelo UNCITRAL sólo lo permite en situaciones muy concretas cuando se trate de órdenes preliminares.

*ry measures. The application of a party to a judicial authority for such measures or for the implementation of any such measures ordered by an arbitral tribunal shall not be deemed to be an infringement or a waiver of the arbitration agreement and shall not affect the relevant powers reserved to the arbitral tribunal. Any such application and any measures taken by the judicial authority must be notified without delay to the Secretariat. The Secretariat shall inform the arbitral tribunal thereof.*

*LCIA Arbitration Rules article 25(3) Interim and Conservatory Measures*

*The power of the arbitral tribunal (...) shall not prejudice howsoever any party's right to apply to any state court or other judicial authority for interim or conservatory measures before the formation of the arbitral tribunal and, in exceptional cases, thereafter. Any application and any order for such measures after the formation of the Arbitral Tribunal shall be promptly communicated by the applicant to the Arbitral Tribunal and all other parties. (...)*

*Ley Modelo UNCITRAL artículo 9 Arbitration agreement and interim measures by court*

*It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.*

*LAV artículo 7 igual a Ley Modelo UNCITRAL*

*Não é incompatível com uma convenção de arbitragem o requerimento de providências cautelares apresentada a um tribunal estatal, antes ou durante o processo arbitral, nem o decreto de tais providências por aquele tribunal.*

Art. 11.3º de la Ley Española

3. 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.

### III. Coordinación de poderes concurrentes

La segunda cuestión y más relevante con la que entonces nos encontramos es la siguiente: ¿A quién debe ser presentada la solicitud? ¿A los tribunales estatales o a los árbitros?

Esta cuestión no tiene, como la anterior, una respuesta clara, y dicha respuesta dependerá, al final, de las reglas y/o leyes aplicables.

#### 1. El enfoque de acceso restringido (restricted access)

Como se deduce de los ejemplos anteriores, tanto la reglas de la CCI como de la LCIA, por ejemplo, son claras sobre el punto de que, una vez constituido el tribunal, las medidas cautelares sólo podrán ser solicitadas ante un tribunal estatal en casos limitados<sup>4</sup>.

A esto se llama habitualmente el enfoque de acceso restringido, en el sentido de que el acceso a los tribunales estatales para medidas cautelares de protección es admitido bajo circunstancias "apropiadas". El rol del tribunal estatal se describe como complementario, antes del nombramiento del tribunal arbitral, y subsidiario después. Esto es lo que se conoce normalmente

<sup>4</sup> Lo mismo ocurre, por ejemplo, con la Ley Suiza.

como “la aproximación de acceso restringido”, en el sentido de que el acceso a los Tribunales estatales para la obtención de medidas cautelares de protección se permite bajo circunstancias “apropiadas”.

En España, la lectura del art. 722 LEC (Medidas cautelares en procedimiento arbitral y litigios extranjeros) podría interpretarse en este sentido.

Podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de convenio arbitral *con anterioridad a las actuaciones arbitrales*.

Pero puede no ser totalmente claro cuando se mira el art. 11.3º de la Ley de Arbitraje:

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.

Mientras, el art. 8 habla de apoyo:

Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje.

## 2. *El enfoque de libertad de elección (freedom of choice)*

Por lo contrario, la Ley Modelo UNCITRAL y leyes basadas en su texto (y, en realidad, una gran mayoría de leyes), dejan abierta una puerta para la duda. Un ejemplo claro es la ley portuguesa y quizás la española si las dudas arriba indicadas son legítimas.

*Art. 17 J Courtordered interim measures*

*A court shall have the same power of issuing an interim measure in relation to arbitration proceedings, irrespective of whether their place is in the territory of this State, as it has in relation to proceedings in courts. The court shall exercise such power in accordance with its own procedures in consideration of the specific features of international arbitration.*

*LAV – art. 29 Providências cautelares decretadas por um tribunal estatal*

*1 – Os tribunais estaduais têm poder para decretar providências cautelares na dependência de processos arbitrais, independentemente do lugar em que estes decorram, nos mesmos termos em que o podem fazer relativamente aos processos que corram perante os tribunais estaduais.*

*2 – Os tribunais estaduais devem exercer esse poder de acordo com o regime processual que lhes é aplicável, tendo em consideração, se for o caso, as características específicas da arbitragem internacional.*

En estas situaciones, las partes aparentemente pueden libremente solicitar una medida a cualquier de los foros; la elección es, desde un punto de vista literal, verdaderamente abierta. Esto es lo que se acostumbra llamar el enfoque de libertad de acceso.

## 3. *Interpretación del enfoque de libertad de acceso*

Pero, ¿no será que también en estos casos se puede hablar de una verdadera libertad de elección? Pues creemos que también en estos casos, y aun-

que de un modo no tan explícito, dicha libertad no puede ser considerada como total.

A) Antes de la constitución del tribunal arbitral

La supuesta libertad de elección dependerá mucho del estadio del procedimiento. De hecho, y en cualquier caso, se debe entender que las partes no sólo no son libres, sino que están obligadas a recurrir a los tribunales estatales cuando soliciten medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral<sup>5</sup>.

B) Después de la constitución del tribunal arbitral

Varios aspectos, tanto teóricos como prácticos, deben ser considerados en esta fase.

a) Consideraciones prácticas

De hecho, tenemos que pensar en la dimensión estratégica de este principio de concurrencia cuando haya una aparente libertad de escoger. Y también cuando no la haya.

Muchas consideraciones se deben hacer ante la decisión de a cuál instancia se debe recurrir cuando se insta una petición cautelar. Y, por lo tanto, quizás la elección no es así tan libre. Como han dicho Redfern & Hunter, independientemente de las interpretaciones teóricas que se puedan sostener, el enfoque práctico es fundamental en aquellas situaciones en las cuales la ley nacional aplicable no trata de forma clara el tema de la coordinación de la jurisdicción arbitral y judicial:

*“Where the position is not spelt out as clearly as this (for instance, in the Model Law) the answer to the question of whether to seek interim relief from the court or from the arbitral tribunal is likely to depend upon the particular circumstances of each case. If, for example, the arbitral tribunal is not yet in existence (or, in an ICC case, has not yet received the file), and the matter is one of urgency [or, alternatively arbitrators do not have necessary powers to grant the measure to be applied for], the only possibility is to apply to the relevant national court for interim measures, whilst at the same time taking steps to move the arbitration forward, so as to show that there is every intention of respecting the agreement to arbitrate. Where the arbitral tribunal is in existence, it is appropriate to apply first to that tribunal for interim measures, unless the measures sought are ones that the tribunal itself does not have the power to grant”<sup>6</sup>.*

Así, intentando identificar mejor las distintas posibilidades, deberemos considerar lo siguiente:

i) Si hay algún riesgo de que la parte contra la cual se solicita la medida no vaya a cumplir voluntariamente, probablemente sea más aconsejable obtener

---

<sup>5</sup> Con excepción, claro, de aquellas situaciones en las cuales reglamentos específicos prevean mecanismos de árbitro de emergencia, pero que aún no son claramente la norma.

<sup>6</sup> Redfern & Hunter, *International Arbitration*, Oxford 2009, p. 450 §7.29

la medida ante un tribunal estatal ya que éste tiene poderes coercitivos y sus decisiones serán inmediatamente ejecutables;

ii) Durante el procedimiento, si los hechos o las cuestiones técnicas o jurídicas son complicados, probablemente tendrá más sentido solicitar la medida al tribunal arbitral, que, en teoría, ya tendrá estudiado exhaustivamente el caso y sus fundamentos, y, de ese modo, conocerá mejor el caso que un juez que no haya estado involucrado; esto será aún más así cuando está en litigio un conocimiento industrial específico o una experiencia específica, y los componentes del tribunal arbitral han sido escogidos teniendo precisamente en cuenta la especialidad de la cuestión objeto de debate;

iii) Como ya hemos mencionado, sólo las partes en un arbitraje pueden estar afectadas u obligadas por una medida; por lo tanto, si la medida se dirige a un tercero, probablemente los tribunales estatales estarán en mejor posición para dictar una medida apropiada y obligar a su ejecución;

iv) Se debe tener también en consideración el ámbito de medidas disponibles pues puede suceder que una ley vigente prevea un elenco de medidas más reducido, o al revés; sólo un análisis caso por caso permitirá tomar la mejor decisión estratégica para el supuesto concreto;

v) Por otro lado, si la confidencialidad es una cuestión importante, quizás la mejor opción es recurrir al tribunal arbitral;

vi) Si, finalmente, se pretende ejecutar una medida en un país que no permite que un tribunal arbitral dicte medidas cautelares por ejemplo, Italia entonces mejor será ir directamente a un tribunal estatal.

#### b) Consideraciones teóricas

Pero quitando las consideraciones estratégicas y prácticas, quizás aún más importantes sean las consideraciones teóricas. En efecto, y en primer lugar, tenemos que considerar el riesgo de decisiones divergentes.

Una parte puede sentirse tentada a presentar solicitudes simultáneas ante el tribunal arbitral y un tribunal estatal o, después de no haber conseguido obtener una medida de un tribunal estatal, podrá solicitar la misma medida al tribunal arbitral, con la esperanza de obtener una decisión más favorable, o viceversa. ¿Cómo resolver entonces tal situación si las partes son verdaderamente libres de hacerlo como quieran?

A este respecto, queremos llamar la atención sobre el art. 17 D (1) de la Ley Modelo UNCITRAL, sobre la modificación, suspensión, terminación de medidas cautelares –que ha sido traspuesto, sin más, a la Ley Portuguesa que dice lo siguiente:

*The arbitral tribunal may modify, suspend or terminate an interim measure or a preliminary order it has granted, upon application of any party or, in exceptional circumstances and upon prior notice to the parties, on the arbitral tribunal's own initiative.*

Como se puede ver, la Ley Modelo –y todas las legislaciones que han seguido este camino, dicen claramente que un tribunal arbitral *puede* reconsi-

derar sus propias decisiones, no atribuyendo así efecto de cosa juzgada a las medidas cautelares. ¿Qué pasa entonces con respecto a decisiones de un tribunal estatal?

Dicho de otra forma, ¿puede el tribunal arbitral reconsiderar una decisión de un tribunal estatal sobre una medida cautelar y, en su caso, revertirla, o hay un efecto de *estoppel* para la solicitud en el arbitraje de las mismas medidas que no se han logrado en los tribunales estatales? ¿Y en la hipótesis contraria?

La verdad es que muchos autores relevantes tales como Poudret, Besson<sup>7</sup> o Gaillard, Savage<sup>8</sup> entienden que la decisión del tribunal arbitral, que es la entidad que las partes han acordado para resolver la disputa y que tiene jurisdicción para decidir el fondo de la controversia, debe prevalecer, y por esa razón el tribunal arbitral debe poder decidir en última instancia.

En otras palabras, si el foro que las partes quisieron evitar cuando celebraron el convenio arbitral ha sido el tribunal estatal, este objetivo debe normalmente ser respetado. Esto es, al final, un reflejo del principio de la autonomía de las partes: las partes han escogido someter sus disputas a un tribunal arbitral. Para estos autores, el tribunal arbitral debe poder dictar una decisión alterada o anular la decisión por completo, porque la decisión del tribunal estatal es temporal por naturaleza y no recorta la jurisdicción del tribunal arbitral para dictar otras medidas interinas o finales.

La revisión de una decisión de un tribunal arbitral estaría, entonces, justificada bajo el principio de la autonomía de las partes, que procura dar prioridad a la decisión arbitral, al amparo del medio acordado para resolver la disputa. Además, un cambio en las circunstancias, o la capacidad del tribunal arbitral para aplicar sus propios test en el análisis de los hechos puede estar más en línea con la intención expresa de las partes de recurrir al arbitraje como forma de resolver sus disputas.

Dicho lo anterior, el sentido común debe ser la norma y, por lo tanto, creemos que se puede sostener que la solicitud previa de una parte a un tribunal estatal no debe impedir al tribunal arbitral ejercer su jurisdicción para dictar medidas cautelares si:

i) Hay hechos nuevos acaecidos con posterioridad a la toma de decisión del tribunal estatal, o si nuevas pruebas han aparecido; y/o

ii) Los criterios utilizados en la decisión y los test legales aplicados son distintos, bien si el tribunal estatal ha decidido previamente sobre solicitud parecida o bien idéntica.

En resumen, el tribunal arbitral debe examinar, en cada caso, si, con arreglo a la ley aplicable al arbitraje, las circunstancias en las cuales el requirente se apoya, justifican dictar la medida solicitada; debe además determinar si

---

<sup>7</sup> S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, 2002, p. 556.

<sup>8</sup> E. Gaillard y J. Savage (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp. 722723.

tiene poder para dictar la medida concreta solicitada. Las conclusiones de un tribunal estatal al que previamente se le haya solicitado pronunciarse sobre la misma medida pueden ser diferentes de aquellas del tribunal arbitral, precisamente porque ha examinado la solicitud a la luz de una ley distinta.

Pues bien, quizás al final las partes no tengan tanta libertad para obtener una decisión cautelar como quieran, existiendo el riesgo de una sorpresa desagradable: una medida cautelar dictada por un tribunal estatal puede ser revisada por un tribunal arbitral y, así, lo que parecía ser una libre elección de foro, queda condicionada por el principio de la autonomía de las partes.

Exactamente por la misma razón, una medida dictada por un tribunal arbitral no debería poder ser revisada por un tribunal estatal. En todo caso, de ambas cuestiones nos ocupamos más adelante

¿Y cómo debe entonces un tribunal estatal interpretar sus poderes cuando decide sobre medidas cautelares con respecto a un procedimiento arbitral? ¿Debe simplemente ignorar el hecho de que tales procedimientos están pendientes, o debe, por lo contrario, interpretar sus poderes de modo restrictivo (sobre todo cuando la ley aplicable siga el modelo UNCITRAL

*A court shall have the **same** power of issuing an interim measure in relation to arbitration proceedings ...)?*

Sobre este particular es interesante consultar el *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration* con respecto a la interpretación del art. 17 J:

- Un tribunal de Hong Kong tratando una previsión legal de naturaleza similar ha decidido que tal poder debe ser ejercido con moderación (*sparingly*) y sólo cuando haya razones especiales para hacerlo;
- Un tribunal de la India también opinó que si una parte elige solicitar una medida cautelar ante un tribunal arbitral, no debe solicitar la misma medida ante un tribunal estatal argumentando que la multiplicidad de procedimientos debe ser evitada a toda costa;
- Un tribunal de Nueva Zelanda ha considerado que el objetivo de las medidas cautelares dictadas por tribunales estatales es el de complementar o facilitar el arbitraje, no de evitar o sustituir el arbitraje.

Así, al final, el enfoque de la libertad de elección no significa total libertad:

- Las partes pueden escoger un tribunal estatal pero sabiendo que estarán siempre sujetas a revisión por el tribunal arbitral;
- Si las partes deciden recurrir a los tribunales estatales deben estar preparadas para que un tribunal estatal no decida en contrario, por un lado, y que actúe teniendo en cuenta su papel de asistente del procedimiento arbitral<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> *Vid.* art. 8 LA, que refiere expresamente *apoyo*.



#### IV. Puntos de fricción

##### 1. La disponibilidad de la solicitud de medidas cautelares

Una de las primeras preguntas que cabe hacerse en cuanto a la configuración de las medidas cautelares es si éstas son disponibles por las partes; es decir, si las partes pueden pactar su existencia, tramitación e incluso su alcance. Puede que la discusión sobre este punto pueda parecer estéril por los poderes que se atribuyen en general a los árbitros. Pero se demuestra que no lo es en absoluto cuando se examina nuestra derogada Ley de Arbitraje de 1988, o la Ley de Arbitraje inglesa de 1996, en las que tal atribución no se hace de forma expresa *ex lege*, sino que queda al albur de la decisión pactada por las contendientes, y a falta de acuerdo no se reconoce tal potestad al árbitro o colegio arbitral.

Parece ser que la mayoría de los autores se inclinan por la llamada teoría de los poderes inherentes, que reconoce la competencia de los árbitros para resolver todas aquellas cuestiones que afectan al procedimiento, siendo la adopción de medidas cautelares una de las actuaciones procesales inherentes al arbitraje. Esto hace que podamos afirmar, con una mínima posibilidad de incurrir en error, que las partes podrán acordar si excluyen o limitan la potestad inherente a los árbitros en materia cautelar.

A distinta conclusión llegamos cuando hemos de dar nuestra opinión acerca de la validez del pacto de exclusión de la acción de los jueces en la adopción de medidas cautelares. En España la Ley de Arbitraje establece en el art. 23 que la potestad de los árbitros puede verse limitada por el acuerdo de las partes, y en el art. 8.3º que la autoridad judicial competente para adoptar medidas cautelares será la del lugar de ejecución del laudo, o la de donde la medida deba ser ejecutada, sin plantear ningún tipo de posibilidad para un pacto de renuncia, que se entiende como contrario a la tutela cautelar. Del mismo modo, el Capítulo I del Título VI de la LEC –arts. 721 ss– no recoge la posibilidad de exclusión, y da por hecho que cumpliendo una serie de condiciones objetivas y subjetivas, se tiene legitimidad para solicitar la adopción de medidas cautelares.

A modo de ejemplo decir que la Ley Suiza admite con carácter general la posibilidad de que las partes excluyan la intervención de los tribunales de justicia estatales en la adopción de medidas cautelares<sup>10</sup>, aunque algunos autores matizan la afirmación puntualizando que tal renuncia no producirá efectos si el tribunal arbitral no está constituido, ya que podría suponer una renuncia anticipada al acceso a la jurisdicción<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> G. Von Segesser y C. Kurth, “Interim measures”, en Kaufmann/Kohler/Stucki (eds.), *International arbitration in Switzerland*, La Haya 2004, pp. 6987.

<sup>11</sup> B. Berger y F. Kellerhalls, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Londres 2010, p. 330 §1166.

En todo caso, las reticencias expresadas en último término quedan mitigadas por el contenido del art. 43 del Reglamento Suizo –según la nueva redacción dada por la revisión del año 2012, que incorpora el procedimiento de urgencia.

Con sujeción a la ley suiza, esta renuncia no implica necesariamente la renuncia, asimismo, a solicitar indemnización por daños y perjuicios derivados de la adopción de una medida cautelar injustificada<sup>12</sup>, lo que de mediar un convenio arbitral válido deberá hacerse ante el tribunal arbitral que esté entendiendo de las actuaciones.

## *2. Medidas cautelares para su cumplimiento por terceros distintos de las partes del arbitraje*

Aquí nos encontramos ante uno de los ejemplos más claros del alcance limitado de la cláusula arbitral y la *potestas* del tribunal arbitral, ya que si bien el tribunal arbitral puede desplegar su jurisdicción ante las partes, no puede ir más allá sin el auxilio de los tribunales estatales debido a que el convenio arbitral es un acuerdo privado que solo puede vincular a sus firmantes. Sin embargo, se admite que los árbitros puedan dictar medidas cautelares que puedan afectar o involucrar a terceros, a sabiendas de que la parte interesada habrá de acudir al tribunal estatal correspondiente para su ejecución.

De este modo, dictada la medida se podrá instar su ejecución ante los tribunales estatales, que revisarán los aspectos formales y, de cumplirlos, ordenarán su ejecución con independencia de su contenido, empleando el mismo cauce de procedimiento que el utilizado para la ejecución del laudo.

A mayor abundamiento, podemos referir un supuesto en el que una medida dictada contra una parte en el arbitraje puede afectar a un tercero de forma directa. El supuesto no es otro que el de la medida cautelar que ordene a una de las partes en el arbitraje que se abstenga de ejecutar una garantía bancaria. Tal orden puede ser comunicada a la entidad de crédito, que al conocer que el objeto de la garantía está sometido a arbitraje podría denegar el intento de cobro de la misma hasta la finalización del procedimiento. De este modo, aunque la orden se sirve sobre quien es parte en el arbitraje, afecta a un tercero ajeno al convenio arbitral.

También se ha planteado la doctrina la posibilidad de que sea el tribunal arbitral quien después de tomar la decisión sobre medidas cautelares, inste a la autoridad judicial para que la ejecute. Esto, que a primera vista puede parecer ideal, en realidad supondría una transgresión del principio de justicia rogada, que deja en manos de las partes la materialización de las decisiones.

Sobre este particular también cobra importancia la forma que adopta la decisión, porque aunque en la mayor parte de legislaciones nacionales y reglamentos no se especifique la forma que tiene que adoptar la decisión, a

---

<sup>12</sup> C. Oetiker, “*Interim measures of protection*”, en Zuberbühler/Müller/Habegger (eds.), *Swiss Rules of international arbitration, Commentary*, 2<sup>a</sup>, Zurich, 2013, p. 303 §§25a, 25b.

efectos prácticos –sobre todo en procedimientos internacionales o multinacionales, la forma que se preferirá será la de laudo.

Los árbitros disponen, en todo caso, de facultades de coerción directa e indirecta frente a las partes, que a su vez pueden compeler a terceros para que cumplan lo que el tribunal arbitral requiere. Las más típicas son las sanciones, bien directas, bien por la vía de la responsabilidad por daños y perjuicios, o también la atribución de costas, o incluso la posibilidad de que el arbitraje llegue a su fin y la cuestión se haya de someter a los tribunales de justicia, con lo que perdería uno de los elementos distintivos del arbitraje que es la confidencialidad del procedimiento.

La tendencia en los países más proclives a favorecer el arbitraje es a permitir que los árbitros acumulen facultades de ejecución de sus decisiones, lo que en derecho español resulta complicado ya que tal potestad en nuestro sistema nace de la Constitución.

### 3. La caución

Otro de los aspectos importantes es si el tribunal arbitral o estatal tiene que pedir caución para la adopción de una medida cautelar relacionada con un arbitraje.

Con carácter general, los tribunales de justicia ordinarios están obligados a solicitar la prestación de caución, y, al menos en España, el solicitante de medidas cautelares tiene obligación de ofrecer caución para entender válidamente realizada la petición de la medida cautelar. La desestimación de medidas cautelares por falta de ofrecimiento de caución por parte del solicitante está a la orden del día.

Por el contrario, con arreglo a legislaciones nacionales como las de Portugal, España y Suiza, el tribunal arbitral tiene potestad para decidir si pide o no caución al solicitante de la medida cautelar. Sin embargo, parece que si el tribunal arbitral opta por pedir la caución, ésta habrá de ser apropiada o suficiente para garantizar los daños y perjuicios que se pudieran dimanar de la adopción de tal medida.

Entendemos que hay que matizar la anterior afirmación a los efectos de aclarar cómo se puede entender que la caución es *suficiente*.

Para ello podemos poner como ejemplo a los tribunales de justicia españoles, que han ponderado tal requisito estableciendo que la garantía, la caución, no ha de suponer una barrera infranqueable para el ejercicio de la acción, pues de tal modo se estaría afectando al derecho a la efectividad de la tutela judicial.

### 4. La revisión de la decisión sobre medidas cautelares

Cuando bien el tribunal estatal, bien el tribunal arbitral, ha tomado una decisión sobre medidas cautelares, surge la cuestión de si tal medida cautelar se puede revisar.

En todo caso partimos de la base de que ya no se discute que cuando la legislación nacional entiende que el tribunal arbitral dispone de poder para adoptar medidas cautelares en el seno de un arbitraje, los poderes del tribunal arbitral y de los tribunales estatales son concurrentes, sin que quepa la alegación de prejudicialidad cuando se simultanean las peticiones, ni ejercer ante el tribunal estatal la declinatoria de jurisdicción como defensa.

Si bien es cierto que no hay norma alguna que dé prevalencia a uno sobre otro, no lo es menos que un tribunal arbitral no puede dictar en sede de medidas cautelares una resolución que anule o modifique de ningún modo la de un tribunal estatal. Pero, ¿podría el tribunal arbitral, por ejemplo, ordenar una medida contraria? Pues bien, entendemos que con la cobertura del convenio arbitral no debería haber problema alguno para ello, más que de *estética*, para que exista una unidad de criterio entre ambas sedes decisorias. Esto, además, refleja la práctica común de respeto entre ambas instituciones. Cuestión distinta es que con el transcurso del tiempo hayan cambiado las circunstancias que llevaron al tribunal estatal a tomar la decisión que se contradice por el tribunal arbitral en un momento posterior, lo cual es consustancial al dinamismo de la medida cautelar como aseguradora del procedimiento y de su resultado, supuesto en que sería más discutible el inmovilismo.

Esto nos lleva a otra cuestión, que es la posibilidad de revisión *ex officio* de una decisión sobre medidas cautelares, ya sea en el tribunal estatal, ya sea en el arbitral. Con respecto al primer supuesto, en el art. 721.2 LEC se indica de modo expreso que los tribunales de justicia no pueden adoptar de oficio medidas cautelares. Más adelante, el art. 743 LEC hace referencia a la modificación de las medidas por el trámite previsto en el art. 734 y ss., que está en manos de las partes y no del órgano judicial. El tribunal arbitral puede tener mayor libertad de acción en este supuesto, y así se desprende, por ejemplo, del art. 24 de la Ley Portuguesa de Arbitraje, que en ciertos supuestos, atendiendo a las circunstancias del caso, de las partes y previa audiencia a las partes, permite que los árbitros modifiquen, suspendan o cancelen medidas cautelares adoptadas por ellos<sup>13</sup>. Idéntica línea sigue el art. 26 del Reglamento Suizo.

En el mismo sentido debemos entender el art. 24 del Reglamento de SIAC (*Singapore International Arbitration Center*), que permite la adopción *ex officio* de medidas de aseguramiento y, por supuesto, su modificación a criterio e instancia del propio tribunal arbitral.

## V. Conclusiones

Teniendo en cuenta todo lo dicho, y en conclusión, consideramos que:

i) La regulación de medidas cautelares para el arbitraje dictadas por un tribunal estatal son una necesidad;

---

<sup>13</sup> Esta provisión está en consonancia con el art. 17D de la Ley Modelo UNCITRAL.

ii) Aunque una gran mayoría de leyes se atenga al enfoque de la libertad de escoger entre tribunales arbitrales y estatales, ese enfoque no puede ser tomado literalmente;

iii) Desde un punto de vista estratégico y práctico, el camino correcto y el acceso al remedio más eficiente dependerán mucho de las particulares circunstancias del caso y de la naturaleza de la medida solicitada: en cada caso deberemos considerar las reglas de arbitraje aplicables y la ley procesal aplicable para determinar si el poder para dictar la medida solicitada pertenece al tribunal arbitral o al tribunal judicial y si es mejor hacer la solicitud a uno u otro;

iv) Pero también desde un punto de vista teórico, tal enfoque debe considerar siempre el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, por un lado, y no puede ser interpretado de tal forma que lleve a situaciones abusivas, dando pie al riesgo de subvertir los objetivos de esa perspectiva; el principio de la compatibilidad debe ser entendido por tribunales estatales como que ellos tienen el poder para dictar medidas cautelares pero que deben ejercer este poder con suma cautela, debiendo negar solicitudes opresivas o abusivas.