

**LA PROTECCIÓN DE UN PROCESO ARBITRAL: UN
ANÁLISIS DE LOS CAUCES PARA ADOPTAR
MEDIDAS CAUTELARES Y SU CUMPLIMIENTO EN
ESPAÑA**



FACULTAD DE DERECHO

Derecho Procesal

E3 Analytics 2018-2023

Autor: Micaela Jiménez Awuapara

Director: Marta Gisbert Pomata

RESUMEN

El análisis contenido en este trabajo tiene como objeto profundizar en el estado de las medidas cautelares como figura de protección en el ámbito de un proceso de arbitraje en España. Para ello, se estudiará tanto la vertiente declarativa como la ejecutiva de las mencionadas medidas. En lo que se refiere a la vertiente declarativa, se detalla el fundamento legal de la potestad para decretar medidas cautelares, tanto de los árbitros como de los jueces, y cómo conviven ambas potestades. Específicamente, en el contexto de la convivencia de ambas potestades, se tratará la elección de un cauce u otro y los principios a tomar en consideración en este proceso. Por otro lado, respecto del estudio de la vertiente ejecutiva se entrará en detalle en el control judicial al que están sometidas las medidas cautelares y los posibles motivos por los que se pueden anular. Finalmente, tras el estudio indicado, se presentarán brevemente las conclusiones de la investigación.

Palabras clave: medidas cautelares, protección arbitral, acción de anulación, control judicial.

ABSTRACT

The analysis contained within this study aims to deepen into the state of interim relief measures as means for protection in the context of an arbitration procedure in Spain. To do so, the declaratory and enforceable power strands of these measures is studied. The analysis of the declaratory power details the legal grounds of the power to decree measures, both for the arbitrator and the judge, as well as how both powers co-exist. Particularly, within the context of this co-existence, the choice of one channel or the other together with the principles that shall be present in this selection process. On the other hand, the study of the enforceable branch of power goes into detail of the judiciary control that interim relief measures are subject to and the reasons why potentially they could be annulled. Finally, after the detailed study, a brief conclusion is presented with the findings.

Keywords: interim relief measures, arbitral protection, arbitration annulment, judiciary control.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ABREVIATURAS	4
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO II. LAS MEDIDAS CAUTELARES	7
1. NATURALEZA JURÍDICA	7
2. REQUISITOS.....	8
CAPÍTULO III. EL FUNDAMENTO LEGAL DE LA POTESTAD DE DECRETAR MEDIDAS CAUTELARES EN UN ARBITRAJE INTERNACIONAL EN ESPAÑA	10
1. FUNDAMENTO LEGAL DE LA POTESTAD OTORGADA A LOS ÁRBITROS PARA DICTAR MEDIDAS CAUTELARES	10
1.1 La protección del Tribunal Constitucional Español al poder del árbitro	12
1.2 La negación de la facultad del árbitro de decretar medidas cautelares sustentada en su imposibilidad de ejecución forzosa	13
2. FUNDAMENTO LEGAL DE LA POTESTAD OTORGADA A LOS JUECES PARA DICTAR MEDIDAS CAUTELARES.....	14
3. LA CONCURRENCIA Y ALTERNATIVIDAD DE AMBAS POTESTADES: ASPECTOS A TENER EN CUENTA PARA LA ELECCIÓN DEL CAUCE.....	16
3.1 Buena fe procesal.....	18
3.2 El árbitro como principal conocedor del asunto de fondo.....	19
3.3 Probabilidad de incumplimiento y urgencia temporal de la medida cautelar	20
3.4 Figura del árbitro de emergencia.....	21
4. LA POSIBILIDAD DE DICTAR MEDIDAS “INAUDITA PARTE”	23
CAPÍTULO IV. EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	26
1. PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES FIRMES	26
2. EL PROCESO DE EJECUCIÓN FORZOSA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA SUJECCIÓN A REVISIÓN JUDICIAL.....	28
3. ACCIÓN DE ANULACIÓN	29
CAPÍTULO V: CONCLUSIÓN	35
BIBLIOGRAFÍA	37

1.	LEGISLACIÓN	37
2.	JURISPRUDENCIA	37
3.	DOCTRINA	38
4.	RECURSOS DE INTERNET.....	40

ABREVIATURAS

AAA	American Arbitration Association
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LArb	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
LCIA	London Court of International Arbitration
TC	Tribunal Constitucional

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

Si la ejecución de las sentencias es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado Social y Democrático de Derecho, según expone nuestro Tribunal Constitucional¹, es preciso, como indica ASENSIO MELLADO, que el órgano jurisdiccional asegure la posible y previsible condena desde un primer momento valiéndose del mecanismo, tendiente a su favorecimiento, otorgado por las denominadas medidas cautelares².

El decline de la institución judicial debido a su sobresaturación y su falta de adaptación rápida a los nuevos movimientos comerciales globales, han convertido al arbitraje en el principal método alternativo para resolver disputas, en especial, internacionales. Ello debido a la capacidad del arbitraje, como sistema de resolución de conflictos alternativo, de otorgar a las partes involucradas una resolución rápida, eficiente y eficaz a sus disputas, ahorrando un tiempo que es fundamental en el tráfico comercial.³

Así, con la amplia colaboración de estados en todo el mundo y la credibilidad otorgada por múltiples abogados y grandes corporaciones, el arbitraje ha ido creciendo y se ha ido armonizando. Consecuencia de lo anterior y con el objetivo de maximizar la efectividad del proceso arbitral y minimizar la intervención judicial, se han desarrollado sofisticadas normas de arbitraje nacidas de prestigiosas instituciones como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la *American Arbitration Association (AAA)* o la *London Court of International Arbitration (LCIA)*, entre otras, la mayoría de ellas respaldadas por la denominada Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (*CNUDMI*).

De otro lado, múltiples tratados han reforzado también el poder del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos, siendo el principal la *New York Convention* del año 1958⁴, tratado que impone a sus más de 160 Estados firmantes, la obligación de reconocer y ejecutar en sus respectivas cortes nacionales, tanto acuerdos de arbitraje privados entre las partes, como laudos. Se trata de un paso trascendental en el desarrollo de la institución que ha

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional. STC 67/1984, de 7 de junio de 1984 [versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1984:67]. Fecha de última consulta: 20 de febrero 2023.

² Asencio Mellado, J. M., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p.192.

³ Hinojosa Segovia, R. (2016). Atribución al árbitro de la competencia para la ejecución del laudo arbitral y de las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento arbitral. *Arbitraje*, col. IX (1), p. 181.

⁴ Convenio de Nueva York, 1958 (disponible en <https://www.newyorkconvention.org>).

permitido al arbitraje continuar creciendo y aportarle máxima credibilidad al facilitar la ejecución de las resoluciones emitidas en su marco.

¿Dónde se hallan las medidas cautelares en este contexto?

En el proceso judicial español, al igual que en otras jurisdicciones, las medidas cautelares son aquellas actuaciones que un Juez acuerda durante la tramitación de un proceso, dirigidas a asegurar la ejecución de una eventual sentencia condenatoria, tal como queda regulado en el artículo 721.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fundamento de estas medidas, radica en el hecho intrínseco de que un proceso no es instantáneo y, en consecuencia, que su duración pueda ser utilizada indebidamente por el demandado para dificultar o hacer imposible la posterior ejecución de una posible sentencia condenatoria. Estas medidas han resultado de tal importancia para la eficacia de la tutela judicial efectiva, que el Tribunal Constitucional español ha afirmado su existencia como parte del contenido esencial de dicha tutela, recogida en el artículo 24.1 de la Constitución. En tal sentido, de acuerdo con el TC, se consideraría inconstitucional un modelo procesal que careciera de la posibilidad de solicitar y acordar medidas cautelares⁵.

Pero ¿cómo encaja este derecho dentro de un proceso arbitral? Se analizará en este trabajo, desde la óptica de la legislación nacional española, la potestad que tienen los árbitros para decretar medidas cautelares, la competencia concurrente con el Poder Judicial respecto de este dictado y la necesidad de la intervención de dicho poder del Estado para ejecutarlas forzosamente, protegiendo la tutela efectiva de los derechos de las partes.

⁵ Banacloche Palao, J., *Aspectos fundamentales del derecho procesal civil 4ª edición*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 454.

CAPÍTULO II. LAS MEDIDAS CAUTELARES

Como se ha adelantado respecto de la definición de las medidas cautelares en el marco de los procedimientos judiciales, dentro del arbitraje estas medidas, al igual que las reguladas para los procedimientos judiciales, son órdenes acordadas durante el procedimiento arbitral para proteger a una de las partes de un potencial daño severo ante el peligro causado por la necesaria demora en la emisión de una resolución final. Así, al igual que para el caso judicial, el objetivo principal de este tipo de medidas es preservar una situación de hecho o legal para salvaguardar los derechos de una parte durante el procedimiento arbitral, evitando que sufra un daño irreparable⁶. En otras palabras, son “*instrumentos procesales a disposición de las partes dirigidos, bien a favorecer la futura consecución de una demanda, bien a impedir que dicha demanda quede frustrada*”⁷.

1. NATURALEZA JURÍDICA

El Título VI de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) se denomina *De las medidas cautelares*. En concreto, el artículo 726 de la LEC establece como características de las medidas cautelares su instrumentalidad respecto de la sentencia que pueda otorgar una concreta tutela, y, por consiguiente, su accesoriidad y provisionalidad⁸.

De este modo, las medidas cautelares tienen su razón de ser en el proceso principal al que sirven. El resultado del mencionado proceso determinará la extinción de la medida cautelar, bien por rechazarse la demanda, o bien por transformarse la medida cautelar en una ejecutiva. De ahí que cuando se determina la necesidad exigida en el artículo 721 LEC, se establezca que se podrá solicitar la adopción de las medidas “*que se considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare*”. La medida debe conducir exclusivamente a hacer posible la efectividad de la tutela

⁶ Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A. y Hunter, M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 420-438.

⁷ Dika, M., “The taking of provisional measures in arbitration according to Yugoslaw Law”, *Essays on the Law of Internacional Trade*, ed. Voskuil, Países Bajos, Maklu Publishers, 1991, p. 166.

⁸ Calvet Botella, J., “Medidas Cautelares Civiles”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 57, núm. 1935, 2003, pp. 445-457.

judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de ahí que su característica principal sea la instrumentalidad⁹.

Como consecuencia del su carácter instrumental antes indicado, hallamos la característica segunda de las medidas cautelares, que es su la temporalidad y provisionalidad de las mismas¹⁰. Esta temporalidad ha sido llamada por CALAMANDREI¹¹ la *cualidad de provisoriedad*. Según el histórico miembro de la Asamblea Constituyente de Italia, la provisionalidad está implícita en el concepto de temporalidad, pero no es exactamente igual: “*temporal es, simplemente lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada: provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo*”. El estado de provisoriedad subsiste hasta que se realice su cambio¹². La accesoriedad, unida a la temporalidad y a su vez a la instrumentalidad, como indica el artículo 731 LEC, determinan, como ya se ha indicado antes, que la medida no continuará una vez el proceso principal haya terminado.

2. REQUISITOS

Existen tres presupuestos, recogidos de forma general en el artículo 728 de la LEC, que deben presentarse de manera cumulativa para hacer uso del derecho a la tutela cautelar y que se consideran condiciones *sine qua non* para su dictado.

En primer lugar, se debe cumplir el requisito de *periculum in mora*. Es decir, que la no actuación de una medida cautelar suponga un daño serio e irreparable al solicitante en caso la resolución final le sea favorable. La idea es que, de no ser adoptadas estas medidas, ello podría derivar en situaciones por las cuales no se podría continuar de manera eficaz con el procedimiento o bien se impidiese o dificultase la ejecución de la resolución final en caso se estime la pretensión. A pesar de que legalmente no está estipulada en la norma una lista de motivos que alegar con relación al riesgo puesto antes de manifiesto, doctrinalmente se ha hecho una clasificación de cinco categorías: riesgos que afecten a la posibilidad desde el punto

⁹ Ibid.

¹⁰ Recogida en el artículo 726.2 LEC, “*con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta ley [...]*”.

¹¹ Calamandrei, P., “Providencias cautelares”, trad. Sentis Melendo, S., *Editorial Bibliográfica Argentina*, Buenos Aires, 1984.

¹² Ariano Deho, E., “Apuntes sobre la duración temporal de la tutela cautelar”, *Themis*, vol. 43, p. 80.

de vista práctico de ejecución absoluta, riesgos que amenazan la posibilidad práctica de una ejecución específica, riesgos que ponen en peligro la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad, riesgos que amenacen la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia, y, por último, riesgos que supongan, por la dilación del proceso mismo, que la situación jurídica relacionada con la pretensión principal haya cambiado¹³.

En segundo lugar, se debe cumplir el requisito de *fumus bonis iuris*, esto es, “*apariencia de buen derecho o seriedad de la pretensión frente a la debilidad o convencionalismo de la oposición*”¹⁴. En la medida en la que la adopción de la medida cautelar se constituye en un ataque directo a la esfera jurídica de la parte demandada, se debe demostrar por parte del demandante la apariencia del derecho que fundamenta su pretensión, demostrar que el resultado favorable a él es probable. Esto se considera apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*¹⁵. El otorgamiento de la medida cautelar, además, no puede requerir de un perjuicio en el caso, debe considerarse de forma provisional y sin adelantar el fallo o resolución sobre el objeto del proceso principal.

En tercer, y último lugar, se debe prestar caución por el solicitante. Esto es, además de los requisitos descritos anteriormente, se debe “*prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudieran causar en el patrimonio del demandado*”, tal como lo regula el artículo 728.3 LEC. Se trata de una garantía, sin perjuicio de que el juez determine lo contrario.

¹³ Ortells Ramos, M., “Tutela judicial cautelar” en Derecho procesal civil, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 785-805.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso, STSJ CV 30/2021, de 21 de enero de 2021 [versión electrónica – base de datos Consejo General del Poder Judicial. Ref. STS 1479/2014].

¹⁵ *Op. Cit.* García Oliver, E., “Las medidas cautelares en el proceso civil”.

CAPÍTULO III. EL FUNDAMENTO LEGAL DE LA POTESTAD DE DECRETAR MEDIDAS CAUTELARES EN UN ARBITRAJE INTERNACIONAL EN ESPAÑA

1. FUNDAMENTO LEGAL DE LA POTESTAD OTORGADA A LOS ÁRBITROS PARA DICTAR MEDIDAS CAUTELARES

Se pueden identificar dos tipos de fuentes para afirmar la facultad de un tribunal de arbitraje para ordenar medidas cautelares: los acuerdos de arbitraje y reglas institucionales, y las leyes nacionales de arbitraje.

Las partes de un proceso pueden acordar en el contrato o cláusula de arbitraje, bien de manera expresa o bien indirectamente al establecer su sometimiento a normas de arbitraje de alguna institución que lo permita, que el árbitro tenga potestad para ordenar medidas cautelares. Un ejemplo habitual de referencia indirecta al acuerdo de las partes viene a través del sometimiento al Reglamento de Arbitraje de la CCI¹⁶, cuyo artículo 28 del Reglamento de Arbitraje de la CCI prevé que “1. *Salvo acuerdo de las partes en contrario, el tribunal arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas. [...] 2. Antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral, y en circunstancias apropiadas aun después, las partes podrán solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. [...] ”*. De manera similar, el artículo 25 de las reglas de la LCIA reconoce que las partes tienen derecho a solicitar medidas cautelares y el tribunal arbitral de concederlas siempre y cuando se le haya dado a la contraparte oportunidad razonable de responder. Se entiende que las partes, basándose en una cláusula específica estipulada por las mismas o bien haciendo referencia a unas reglas institucionales como las anteriores, acuerdan darles el poder a los árbitros para ordenar las medidas cautelares.

En el mismo sentido que las regulaciones antes dictadas, la Ley Modelo de CNUDMI prevé también de manera expresa el otorgamiento de estas medidas. Así, el artículo 17 de la mencionada Ley Modelo¹⁷ estipula que, a no ser que las partes acuerden algo distinto, el tribunal arbitral puede, bajo solicitud de cualquier parte, otorgar medidas cautelares.

¹⁶ Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje (ICC mayo de 2021).

¹⁷ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (CNUDMI 1985, con enmiendas adoptadas en 2006).

Por su parte, la mayoría de los estatutos nacionales de arbitraje, basándose en el modelo creado por la comisión de Naciones Unidas antes mencionada, reconocen el poder de los árbitros para otorgar medidas cautelares. Sin embargo, no todos los estatutos son iguales. Por ejemplo, el estatuto suizo de arbitraje internacional¹⁸ hace una réplica del artículo 17 de la Ley Modelo en su artículo 29, y el estatuto sueco¹⁹ precisa además que este tipo de medidas deben tener el objetivo de asegurar el posible laudo adjudicado por los árbitros. Algunos estatutos, como el Federal Arbitration Act de Estados Unidos de América²⁰, en sus inicios mantenían silencio respecto a las medidas cautelares, pero en sus reformas han ido incorporando la potestad de los tribunales arbitrales para dictarlas, ya que la mayoría de Estados han legislado esta posibilidad. Con otras instituciones arbitrales, la regulación es más abierta. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), centro que ofrece medidas para resolver conflictos principalmente entre inversionistas y estados ligado al Banco Mundial, en sus orígenes parece limitar el poder arbitral a una simple *recomendación* a la hora de determinar medidas cautelares²¹, según lo señala el artículo 47 del Convenio del CIADI²².

Italia, por otro lado, negaba la potestad de los árbitros de dictar medidas cautelares explícitamente en el artículo 818 del Código de Procedimiento Civil italiano. Sin embargo, en el 2021, la corte italiana delegó en el poder ejecutivo, la reforma del código civil y en el decreto legislativo que otorgó esa delegación²³, se indicó la necesidad de eliminar la tradicional, y peculiar, negación expresa a la potestad de dictar medidas cautelares de los árbitros. De tal manera, al entrar en vigor la nueva reforma, los árbitros podrán decretar medidas cautelares siempre que las partes hayan manifestado expresamente su voluntad para ello, a diferencia de la mayoría de las regulaciones de otros Estados, dónde el silencio de las partes confirma la potestad.

Como puede verse, definitivamente se observa un avance global en la dotación de otorgar potestad a los tribunales arbitrales para decretar medidas cautelares con el fin de proteger y hacer eficaz al proceso arbitral. Esto porque la prohibición de las referidas medidas pone en

¹⁸ Swiss Rules on International Arbitration (Swiss Arbitration Centre 2021).

¹⁹ Swedish Arbitration Act, Section 25(4) (SFS 1999:116).

²⁰ Federal Arbitration Act (FAA) (9 U.S.C. §§ 1-16, 201-208, 301-307).

²¹ *Op. Cit.*: Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A. y Hunter, M., pp. 420-438.

²² Reglas de Arbitraje del CIADI (CIADI 2006).

²³ Artículo 1, párrafo 15, Legge 26 novembre 2021, n. 206 (Gazetta Ufficiale 2021).

riesgo la ejecución de un laudo arbitral y la consecuente eficacia de acudir a este tipo alternativo de resolución de conflictos²⁴.

En España, por su parte, la normatividad que regula la institución está muy en línea con la Ley Modelo CNUDMI. Así, el artículo 23 de la Ley de Arbitraje (LArb)²⁵, recientemente modificada en diciembre de 2022, prevé de manera expresa la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares, especificando su párrafo primero lo siguiente:

“1. 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. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante”.

Como es obvio, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, el anterior precepto determina la validez de la potestad de los árbitros, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, para dictar medidas cautelares, por lo cual dichas medidas, bajo el específico amparo de la ley española, gozan de la posibilidad de la ejecución forzosa de las mismas, sin perjuicio de las normas que determinan su nulidad o impugnabilidad.

1.1 La protección del Tribunal Constitucional Español al poder del árbitro

Sin perjuicio de lo ya indicado con relación al amparo legal para el dictado de medidas cautelares en el ámbito de un proceso arbitral, el Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre dicha potestad de los árbitros.

De hecho, para el TC, el arbitraje es un proceso equivalente al proceso jurisdiccional.

Así, en la STC 43/1998, de 16 de marzo²⁶, por ejemplo, el pleno del mencionado tribunal ha definido el proceso de arbitraje como un *“proceso especial, ajeno a la jurisdicción*

²⁴ Por ejemplo, si se tuviese el riesgo de que la ley italiana pudiese resultar aplicable a un procedimiento arbitral, como por el hecho de que la sede arbitral sea Italia, considerando las regulaciones vigentes en ese país que hemos indicado precedentemente, parecería razonable que la parte que pudiera ser potencialmente afectada o ambas partes, de ser el caso, opten por no pactar el arbitraje y, más bien, resolver sus potenciales disputas mediante el mecanismo tradicional que ofrece el Poder Judicial.

²⁵ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE 26 de diciembre 2003).

²⁶ Véase fundamento jurídico V. Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 43/1988, de 16 de marzo [versión electrónica – base de datos BOE. Ref. ES:TC:1988:43].

ordinaria, caracterizado por la simplicidad de formas procesales y el uso del arbitrio («saber y entender) por los Jueces árbitros designados por las partes». Continúa defendiendo el tribunal que esta protección se refleja en el especial tratamiento que se le da a la decisión arbitral: únicamente es susceptible de recurso de nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo y siempre fundado en las causas tasadas que se analizarán más adelante.

En el mismo sentido, en la STC 62/1991, de 22 de marzo²⁷, el pleno del TC reitera que el arbitraje se trata de un *“equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada) [...]”*.

Finalmente, en su STC 174/1995, de 23 de noviembre²⁸, el TC se aclara, mencionando las dos anteriores sentencias, que la doctrina de este tribunal sólo se puede entender de una manera: los árbitros prestan tutela judicial efectiva en el sentido del artículo 24.1 CE, aclarando, además, que el que exista la vía judicial para anular el laudo únicamente confirma lo anterior – se trata de una *“jurisdicción privada por concesión de la ley”* – y recae en el Poder Judicial el control de dicha jurisdicción.

1.2 La negación de la facultad del árbitro de decretar medidas cautelares sustentada en su imposibilidad de ejecución forzosa

No puede dejarse de atender al hecho de que, doctrinalmente, se ha intentado negar la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un procedimiento arbitral en conjunto sobre la base de la idea de que, si un árbitro no puede ejecutar una medida cautelar -lo cual es correcto ya que carece de potestad ejecutiva quedando esta únicamente en manos del Estado-, tampoco podría adoptarla²⁹. Sin embargo, la mayoría de la doctrina rechaza esta interpretación y la argumentación para rechazarla radica en que se dan diversos ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico-procesal que confirman que no existe ningún obstáculo para que un órgano judicial no

²⁷ Véase fundamento jurídico V. Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 62/1991, de 22 de marzo [versión electrónica – base de datos BOE. Ref. BOE-T-1991-10080].

²⁸ Véase fundamento jurídico VII. Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 174/1995, de 23 de noviembre [versión electrónica – base de datos BOE. Ref. BOE-T-1995-27749].

²⁹ López de Argumedo Piñeiro, A., “Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional”, Uría Menéndez, 1997 (disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/595/documento/UM_ALAMedidas.pdf?id=3772).

puede ejecutar una medida cautelar sobre cuyo asunto de fondo no conoce o no es de su competencia. Así se confirma en el artículo 24 del Convenio de Bruselas.

En línea con lo anterior, la doctrina más aceptada señala que aquella persona o sociedad que acude a un procedimiento arbitral para obtener tutela a una pretensión tiene el mismo derecho que el que acude a un procedimiento judicial para obtener esa misma tutela³⁰. Así POCH SERRATS³¹ menciona:

“Si el arbitraje constituye un equivalente jurisdiccional y la medida cautelar una medida de potenciación de la eficacia de la futura sentencia – lo que a su vez forma parte esencial el derecho a la efectiva cobertura jurisdiccional (artículo 24 CE) – resulta evidente, en principio, y como lógica y natural coherencia, el permitir e incluso regular y prever dentro del procedimiento arbitral la articulación de medidas de aseguramiento”.

2. FUNDAMENTO LEGAL DE LA POTESTAD OTORGADA A LOS JUECES PARA DICTAR MEDIDAS CAUTELARES

Como bien se indicó anteriormente, en general, un tribunal arbitral es competente para decretar las medidas cautelares solicitadas por las partes, aunque no siempre está facultado para ello, bien por una prohibición expresa de la ley nacional aplicable o bien por un acuerdo expreso de las partes en la cláusula arbitral. Por ello, en aquellos casos en los que existe una prohibición de la naturaleza indicada, la autoridad competente para decretar las medidas cautelares necesarias será la judicial³².

En el ordenamiento jurídico español queda determinada la potestad de las partes de solicitar la adopción de medidas cautelares en un procedimiento arbitral por dos vías³³. En primer lugar, mencionada en el apartado anterior, ante el tribunal arbitral, y, en segundo lugar, ante los tribunales judiciales. Así lo estipula el artículo 11.3 LArb:

³⁰ *Op. Cit.*: López de Argumedo Piñeiro, A., “Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional”.

³¹ Poch Serrats, J., “Las medidas cautelares en la Ley de Arbitraje”, *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1997, p. 238

³² Aljure Salame, A. y Salazar de Greiff, V., “Guía de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional con sede en Colombia”. *Anuario de Derecho Privado Universidad de los Andes* (disponible en <http://dx.doi.org/10.15425/2017.510>).

³³ Sánchez Pedreño, A., “Medidas Cautelares”, *Memento Experto en Arbitraje*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2020, capítulo 9.

“[...] 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”.

Por su parte, el artículo 722 LEC, modificado en dos ocasiones por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, estipula claramente el amparo legal de las medidas cautelares dictadas en un procedimiento arbitral, indicando que quien acredite ser parte de un convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales, podrá pedir a un Tribunal jurisdiccional medidas cautelares.

Así lo confirma, a su vez, la actual Unión Europea a través de la Sentencia de su Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto *Factortame*³⁴:

“la tutela cautelar [...] trata de conseguir, puntual y siempre eficazmente, la finalidad del reconocimiento del derecho y, de una forma más general, la actuación de la norma jurídica, en todos los casos en los que la duración del proceso puede poner en peligro la realización de ese objetivo y privar, por consiguiente, a la norma jurídica de toda eficacia”.

En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1998³⁵, la cual afirma la posibilidad de que, al amparo del artículo 24 del Convenio de Bruselas, se adopten medidas cautelares para garantizar la efectividad de un laudo arbitral. El artículo mencionado establece que se podrán solicitar medidas cautelares previstas por la ley de un Estado a las autoridades judiciales del mismo, incluso si otro Estado fuere el competente para conocer sobre el fondo³⁶.

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, Asunto C-213/89, *The Queen contra Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd* y otros, de 19 de junio de 1990 [versión electrónica – base de datos Eur-Lex. Ref. ECLI:EU:C:1990:257].

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Asunto C-391/95; *Van Uden Maritime BV v. Kommenditgesellschaft in Firma Deco-Line*, de 17 de noviembre de 1998 [versión electrónica – base de datos Eur-Lex. Ref. ECLI:EU:C:1998:543].

³⁶ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Diario Oficial n° C 027 de 26 de enero de 1998).

3. LA CONCURRENCIA Y ALTERNATIVIDAD DE AMBAS POTESTADES: ASPECTOS A TENER EN CUENTA PARA LA ELECCIÓN DEL CAUCE

Se ha determinado que las medidas cautelares se pueden solicitar tanto por vía arbitral como por vía judicial. Sin embargo, es de vital importancia comprender cómo operan a la par estas dos potestades. ¿Tiene el juez la misma capacidad para decretar medidas cautelares que el árbitro? ¿Viceversa?

Hay que tener en cuenta, respecto a lo indicado precedentemente, que la relación que tiene la potestad del juez respecto a la del árbitro es de alternativa y concurrente³⁷.

En efecto, una de las mayores novedades de la modificación de la LArb en el 2003 fue la de introducir la atribución de la facultad de acordar medidas cautelares a los árbitros. La reforma se introdujo en el artículo 23 de la antes mencionada ley³⁸. Con esta regulación, España instauraba -de lo que hizo hincapié en su Exposición de Motivos-, el sistema de competencia alternativa y concurrente de los árbitros y de los órganos judiciales en materia cautelar³⁹. Asimismo, el artículo 11 LArb, también asegura que el convenio arbitral no impedirá a las partes, tanto previo a las actuaciones arbitrales como durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni al tribunal concederlas.

La modificación de la LArb del 2003 sin duda optó por seguir la línea del CNUDMI. En efecto, el anteriormente mencionado artículo 17 de la Ley Modelo CNUDMI⁴⁰, en su apartado J, indica que una autoridad judicial tiene las mismas facultades para decretar medidas cautelares en procedimientos arbitrales pendientes, aún no resueltos, independientemente de que el procedimiento esté teniendo lugar en el territorio de jurisdicción de dicho tribunal, siempre que tenga relación con las competencias del mismo. Adicionalmente, el artículo 9 de la misma Ley Modelo confirma que no existe incompatibilidad entre que una parte solicite una medida cautelar de protección a una corte nacional y que dicha corte la decrete, con el acuerdo de arbitraje. Tampoco indica que se busque con esta medida evitar un proceso de arbitraje. La

³⁷ Apartado V de la Exposición de Motivos, Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE 26 de diciembre 2003).

³⁸ Mencionado en el apartado III.1.

³⁹ Sánchez Pos, M.V., "Las medidas cautelares inaudita parte en el sistema arbitral español", *Anales de Derecho Universidad de Navarra*, 2018.

⁴⁰ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (CNUDMI 1985, con enmiendas adoptadas en 2006).

solicitud ante el juez de una medida cautelar no implica una incompatibilidad con la continuación del procedimiento arbitral, sino que son complementarios.

Se podría determinar, en aquellos casos mayoritarios en los que no se ha firmado una prohibición expresa para el tribunal arbitral, que nos encontramos ante un caso de una jurisdicción concurrente para ordenar medidas cautelares entre la autoridad judicial y los tribunales arbitrales. Por tanto, se debe analizar por qué razones se elegiría un cauce procesal u otro, qué variables se deben considerar para tomar tal elección.

El cauce por el cual se solicita una medida cautelar en un proceso arbitral determina en gran parte la eficacia que tendrá la misma y, sobre todo, el tiempo que tardará en ser eficaz. Centrándonos en el ordenamiento jurídico español, las partes constan de las dos vías mencionadas anteriormente para solicitarlas, ante el juez y ante el árbitro. La decisión del cauce más idóneo para la solicitud depende de las circunstancias de cada caso, aunque principalmente se reduce a la urgencia de la medida, la probabilidad de cumplimiento voluntario y la necesidad de imponer la medida coactivamente⁴¹. Estas circunstancias se deben analizar de manera conjunta.

Otro punto adicional, pero no de menor importancia, es si el poder declarativo del árbitro se extiende a terceros, aquellos que no son partes contractuales del convenio arbitral. La LArb no especifica su posición sobre esta cuestión. Sin embargo, parte de la doctrina niega que una medida cautelar dictada por un árbitro pueda tener efecto en personas ajenas al proceso. Así lo defiende, por ejemplo, FERNÁNDEZ ROZAS, quien señala que *“no se puede obligar a un banco a que deniegue una determinada garantía bancaria si es ajeno al procedimiento arbitral”*⁴². Pero existe otra parte de la doctrina⁴³ que se posiciona a favor de que los árbitros sí puedan decretar medidas cautelares que afecten a terceros. Así lo defiende, en este caso, MALLANDRICH MIRET, quien hace una distinción entre la vertiente declarativa y la vertiente ejecutiva, por tanto, permitiendo que, al no ser el árbitro quien finalmente obliga al tercero sino el órgano judicial, el árbitro puede ordenar una medida que afecte a un tercero ajeno al procedimiento.⁴⁴

⁴¹ *Op. Cit.*: Sánchez Pedreño, A., capítulo 9.

⁴² Fernández Rozas, J. C., “Arbitraje y Justicia Cautelar”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, pp. 23-60. Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

⁴³ Así lo defienden Riaño Brun, Sánchez Pos, Mallandrich Miret, etc.

⁴⁴ *Op. Cit.*: Fernández Rozas, J. C., “Arbitraje y justicia cautelar”, p. 49.

3.1 Buena fe procesal

A pesar de que legalmente las medidas cautelares en un proceso arbitral se pueden solicitar ante el árbitro o ante el juez, con carácter general, el ejercicio de esta facultad se rige por el principio de la buena fe procesal. Se debe tener en cuenta que, no obstante, las potestades arbitral y judicial son concurrentes, no se debe hacer uso de dicha concurrencia abusando de la misma. Así lo indica la Exposición de Motivos V, último párrafo, de la LArb⁴⁵:

“[...] La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar. Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara.

Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal”.

Considerando la anterior exposición de la ley y siguiendo la doctrina del principio de buena fe procesal, los tribunales han de rechazar fundamentalmente las peticiones que se formulen con abuso de derecho o entrañen fraude. Pero ¿cuándo se puede interpretar que una situación es contraria al principio de buena fe en el contexto del cauce de solicitud de medidas cautelares? Una de las situaciones en las que se contempla un abuso de derecho es cuando una parte en el arbitraje solicita, de forma paralela, a la jurisdicción y al tribunal arbitral la adopción de una medida cautelar idéntica. Se trata de una duplicidad de solicitudes. Con esta actuación, vela únicamente por sus intereses, pero no toma en cuenta lo excesivo o costoso que puede resultar para ambos cauces. De igual manera, la parte no está considerando que se puede desenvolver de esta actuación una situación en la que coexistan dos decisiones cautelares contradictorias sobre la misma medida. A pesar de que el legislador español no ha prohibido expresamente la

⁴⁵ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE 26 de diciembre 2003).

solicitud paralela de una medida cautelar idéntica, se considera que lo presentado no se ajusta a la buena fe que la Ley defiende en su Exposición de Motivos. Cabe mencionar, que a pesar de que no se considere ajustado a la Ley, no existe en la misma una pauta de actuación si se descubre una situación como la expuesta. Por tanto, el abanico de actuaciones posibles abarca tanto desde que el árbitro opte por suspender el trámite que se desarrolla en su proceso arbitral para que el mismo recaiga únicamente en la tramitación judicial, hasta que el árbitro decida ignorar la duplicidad y continuar con la tramitación ante el silencio normativo.⁴⁶

3.2 El árbitro como principal concededor del asunto de fondo

Los árbitros son quienes conocen el fondo del proceso, por lo que de manera natural son las personas más indicadas para determinar si la medida solicitada es conveniente o no para garantizar la ejecución del eventual laudo en favor del solicitante que se dicte al finalizar el proceso. Se puede considerar este argumento como una materialización del principio en virtud del cual quien conoce del proceso principal deberá conocer también de todas sus incidencias, principio que se encuentra recogido por la LEC. La exposición de motivos XVIII de la referida norma menciona:

“Frente a alguna posición partidaria de atribuir el conocimiento y resolución acerca de las medidas cautelares a un órgano jurisdiccional distinto del competente para el proceso principal, la Ley opta por no separar la competencia [...]”.

Sin embargo, aun cuando el legislador ha optado por no definir el ámbito de la potestad cautelar del árbitro, se debe respetar el principio de *kompetenz-kompetenz*⁴⁷, doctrina jurisprudencial nacida en Alemania según la cual el órgano jurisdiccional, o un tribunal arbitral, está facultado para decidir sobre el alcance de su propia competencia en un asunto planteado ante él⁴⁸.

⁴⁶ Rodríguez Mejía, M., *Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral*, Externado, pp. 95-179.

⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona núm. 287/2022, de 4 de marzo de 2022 [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:APGI:2022:287].

⁴⁸ Diccionario panhispánico del español jurídico, “Kompetenz-Kompetenz”, *Real Academia Española* (disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/kompetenz-kompetenz>)

En España, el principio de *Kompetenz-Kompetenz* se interpreta restrictivamente, en una versión débil del mismo⁴⁹. Puede entenderse que, en cuanto se alegue ante él, el juez tiene la potestad para conocer de la cuestión de forma plena e inmediata. Por tanto, el juez es percibido como el juez natural de la controversia. Se trata de un reflejo de la vertiente negativa de la regla.⁵⁰

3.3 Probabilidad de incumplimiento y urgencia temporal de la medida cautelar

Si bien las partes acuerdan voluntariamente someterse a un proceso arbitral y, por tanto, tras firmar el acuerdo o cláusula arbitral, se someten a las decisiones del correspondiente tribunal, en muchos casos es posible que se requiera el cumplimiento coercitivo del laudo a través de su ejecución forzosa en vía judicial, debido a que el afectado decide no cumplir con lo ordenado. Lo mismo ocurre con las medidas cautelares. Verdaderamente el poder del árbitro se limita a decretarlas, pero no tiene la potestad, como tiene un juez, para ejecutarlas forzosamente. Si dentro de la actividad cautelar se distingue entre la vertiente declarativa y la vertiente ejecutiva, la LArb únicamente reconoce a los árbitros la primera⁵¹. Por ello, toda medida cautelar que no sea cumplida voluntariamente y requiera de una ejecución forzosa, debe pasar por el reconocimiento de un juez (español, si la medida cautelar debe ejecutarse en España) y su posterior ejecución forzosa mediante el procedimiento estipulado para ello en la ley procesal (española).

Se debe considerar, a la hora de elegir un cauce para solicitar la medida cautelar u otro, la probabilidad de que la medida no se cumpla voluntariamente en conjunto con la urgencia temporal de la misma, ya que, en caso no se cumpla voluntariamente, como se ha indicado, resultará imprescindible acudir para su ejecución a un procedimiento judicial, dilatando el proceso de manera potencialmente significativa. En cuanto a la urgencia temporal, se debe considerar la posibilidad de que la parte afectada, al tener conocimiento previo de la medida, pueda actuar sobre los bienes o derechos que sean objeto de la misma, poniendo en riesgo la

⁴⁹ Virgós Soriano, M., “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º extraordinario, *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, p. 30.

⁵⁰ De Benito Llopis-Llombart, M., “Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la *Kompetenz-Kompetenz*”, *Uría Menéndez*, 2008 (disponible en: <https://www.uria.com/es/publicaciones/1901-analisis-jurisprudencial-alcance-del-efecto-negativo-de-la-kompetenzkompetenz#1>)

⁵¹ Hinojosa Segovia, R. (2016). Atribución al árbitro de la competencia para la ejecución del laudo arbitral y de las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento arbitral. *Arbitraje*, col. IX (1), pp. 175-189.

eficacia final del proceso arbitral⁵². En este sentido, con motivo de la mencionada urgencia, se trata de otorgar protección a bienes necesarios para la prosecución eficaz del proceso, o bien para proteger la eventual ejecución de un laudo favorable, antes de que esos bienes se pierdan o dañen o la decisión final se torne en inejecutable por falta de esa protección.

En España, de acuerdo con el artículo 8.2 de la LArb, el tribunal donde las medidas deban producir su eficacia tiene competencia para resolver sobre medidas cautelares en el procedimiento arbitral, lo cual implica un Juzgado de Primera Instancia de lo Civil. Para los procesos de ejecución de títulos no judiciales, dentro de los cuáles entra la ejecución de órdenes de medidas cautelares de tribunales arbitrales, se estima una duración media en España de 61 meses. En particular, en la Comunidad de Madrid, se estima una duración de 68,8 meses, la Comunidad Autónoma con el mayor tiempo estimado de duración del proceso en sede judicial. Por otro lado, los procesos de ejecución de títulos judiciales tienen una duración estimada de 37,7 meses en España, 42,2 meses en Madrid.⁵³ Aquí entra en juego la consideración de la urgencia temporal de la medida con la probabilidad de incumplimiento, pues si requiere la misma que se dé con máxima brevedad y será necesario proceder a una ejecución forzosa, sería conveniente acudir directamente a la vía judicial, ya que la duración de un proceso de ejecución de un título judicial es casi la mitad de la duración de ejecución de un título arbitral.

3.4 Figura del árbitro de emergencia

Sin perjuicio de las opciones anteriores de cauce para solicitar medidas cautelares, en algunos países existe la figura del denominado “árbitro de emergencia”. Esta figura se encuentra altamente relacionada con la figura de la tutela cautelar. Muchas de las medidas de protección se requieren al inicio de la disputa, ya que lo que ocurra en dicho momento inicial puede impactar en el desarrollo del proceso⁵⁴. ¿Qué ocurre cuando se debe adoptar una medida

⁵² Lapedra Alcamí, R., *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 149.

⁵³ Consejo General del Poder Judicial, “Estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales”, 2022 (disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=20&anio=2021&territorio=Espana&proc=Asuntos%20civiles>)

⁵⁴ Born, G., *International Commercial Arbitration*, 2 ed., La Haya, Wolters Kluwer, 2014, p. 2451.

de protección con urgencia, previa a la constitución del tribunal arbitral? En este contexto nace la figura del árbitro de emergencia⁵⁵.

Tradicionalmente, en la fase pre-arbitral, plazo previo a la constitución del tribunal arbitral con una duración media de tres o cuatro meses, si se requerían medidas de protección se debían solicitar a los tribunales estatales. Esta alternativa conllevaba una espera larga y, en ocasiones, la pérdida de confidencialidad del pleito. Por eso y para lograr una mayor eficiencia del sistema arbitral, se crea en el ámbito de la adopción de medidas cautelares la figura del árbitro de emergencia, que se constituye en un árbitro con esta calidad, nombrado por la institución arbitral a la cual las partes se acogieron a solicitud de cualquiera de ellas, cuya finalidad es pronunciarse sobre la adopción de dichas medidas cautelares urgentes previas a la constitución del tribunal arbitral que resolverá la disputa de fondo.⁵⁶

El Centro Internacional de Resolución de Disputas fue el pionero en adoptar las reglas del arbitraje de emergencia en el año 2006, seguido del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur. España adoptó por primera vez esta figura en el 2011, cuando la reguló la Corte Española de Arbitraje, a quien siguió el Tribunal Arbitral de Barcelona en 2014, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje en 2015, y en el mismo año, la Corte de Arbitraje de Madrid, quien dedica un anexo entero en su reglamento a regular esta figura⁵⁷. Sin embargo, la mayoría de los reglamentos que incorporan la figura del árbitro de emergencia también incorporan el denominado sistema de *opt-out* de las disposiciones del mismo.⁵⁸ Ello implica que las partes expresamente pueden optar por que su procedimiento no se rija por una disposición en concreto.

¿Qué ocurre con los árbitro de emergencia? La relación que tienen con los tribunales de justicia es compleja. A pesar de que la potestad del árbitro de emergencia, al igual que la del árbitro, es concurrente, la incorporación de esta figura disminuye aún más el papel de la justicia estatal en la adopción de medidas cautelares⁵⁹.

⁵⁵ Ehle, B., “Emergency Arbitration in Practice”, *New Developments in International Commercial Arbitration 2013*, Muller, C. y Rigozzi, A. (eds.), Basilea, Schulthess, 2013, pp. 89-90.

⁵⁶ Fernández Masiá, E., “La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje internacional comercial”, *Universidad de Castilla-La Mancha*, 2016.

⁵⁷ Véase Anexo II del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM 2022).

⁵⁸ *Op. Cit.*: Born, G., *International Commercial Arbitration*.

⁵⁹ Esplugues Mota, C., “Quo Vadis Arbitratio?”, en *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, S. Barona Vilar (ed.), Cizur Menor, Civitas, 2016, p. 414.

En la legislación española, la LArb no contempla la figura del árbitro de emergencia y, por tanto, lógicamente tampoco las medidas cautelares que emanan del mismo. Para GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, el silencio “*puede ser comprensible si se atiende a que fue en 2003 cuando fue adoptada, pero, sin embargo, parece más sorprendente que no se haya aprovechado la reforma del 2011 para haberla incorporado a nuestro Ordenamiento jurídico*”⁶⁰. De tal manera, se deja a entender que el silencio del legislador es un silencio negativo, ya que refuerza su silencio en la reforma de la ley posterior a la incorporación de la figura del árbitro de emergencia a diversos reglamentos de arbitraje internacional.

4. LA POSIBILIDAD DE DICTAR MEDIDAS “INAUDITA PARTE”

La adopción de medidas cautelares *inaudita parte* en nuestro sistema arbitral resulta de problemática adopción. *Inaudita parte* se refiere a aquellas medidas que se adoptan por un tribunal arbitral sin prestar audiencia a la parte que se verá afectada y cuyo fundamento radica en la necesidad de garantizar la eficacia de aquéllas por razones de especial urgencia⁶¹, o porque la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar, que es proteger la eficacia del proceso y de la ejecución de un posible laudo favorable al solicitante⁶². Como indica MUNNÉ CATARINA, a pesar de que el árbitro goza de inmediación para valorar ciertos requisitos de la medida cautelar, como pueden ser el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, las medidas requieren que se acuda a los juzgados para poderlas ejecutar. Por tanto, el proceso consume más tiempo⁶³.

El artículo 733 LEC establece la regla general de la audiencia al demandado. Sin embargo, el punto dos del mencionado artículo dispone que si el solicitante lo pide y acredita que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal tiene la potestad de acordarla sin más trámites y mediante un auto.

⁶⁰ Gonzáles-Bueno Catalán de Ocón, C., “Comentario al apéndice I: árbitro de emergencia”, *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (2015)*, Madrid, CIMA, 2016, p. 498.

⁶¹ Sánchez Pos, M.V., “Las medidas cautelares inaudita parte en el sistema arbitral español”, *Anales de Derecho Universidad de Navarra*, 2018.

⁶² Artículo 733.2 LEC.

⁶³ Munné Catarina, F., *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Ediciones Experiencia, 2004, p. 132.

Contra el auto que acuerda medidas cautelares no cabrá recurso alguno⁶⁴. Sin embargo, el artículo 739 LEC permite una oposición al auto que adopta las medidas cautelares cuando este se haya adoptado sin previa audiencia del demandado. El afectado podrá formular oposición en el plazo de veinte días desde la notificación del auto.

La Ley de Arbitraje no ha regulado la facultad de dictar medidas *inaudita parte* directamente. La adopción aparenta ser una infracción del artículo 24 LArb, el cuál defiende el principio de igualdad, pero la apariencia de infracción no es clara. Algunos juristas se inclinan a favor de la posibilidad de la adopción de medidas sin oír a la contraparte⁶⁵, pero sigue siendo motivo de disputa. Se debe determinar si, a falta de previsión legal expresa, el árbitro tiene la facultad de acordar medidas *inaudita parte*.

Durante los trabajos preparatorios de la Ley Modelo de 2006, las medidas *inaudita parte* fueron objeto de gran controversia. Hubo quienes se posicionaron en contra por implicar su adopción la infracción del debido proceso⁶⁶. Sin embargo, no faltó defensa a la pretensión. Algunos defendieron que el arbitraje es un sistema alternativo al que las partes se han sometido de manera voluntaria y consensuada, cuyo objetivo es resolver el conflicto con imparcialidad y confidencialidad, pero también, principalmente, para evitar los obstáculos prácticos de la litigación⁶⁷. Finalmente, la Ley Modelo adoptó la posibilidad con el cumplimiento de requisitos estrictos y ciertos presupuestos.

En cuanto a la legislación española, ARIAS LOZANO entiende que si la posibilidad de adoptar la medida cautelar sin audiencia previa al demandado está aceptada para la jurisdicción civil en la LEC -en caso de urgencia-, no parece razonable que se limite esa facultad en el seno del procedimiento arbitral, ya que el legislador ya está haciendo un juicio de que no supone indefensión para el demandado⁶⁸. De la misma manera lo defiende MANTILLA SERRANO, que afirma que el derecho procesal español ya ha aceptado las medidas cautelares *inaudita parte*⁶⁹. Se entiende que ante el silencio de la Ley de Arbitraje y, como siempre en el arbitraje,

⁶⁴ Según el artículo 733 LEC.

⁶⁵ Así lo defiende Sánchez Pedreño, A. (2020). Medidas Cautelares, Memento Experto en Arbitraje (capítulo 9). Ediciones Francis Lefebvre.

⁶⁶ Defrains, Y., "Arbitral Ex Parte Interim Relief. The View Against", *Dispute Resolution Journal*, 2003, pp. 61-63.

⁶⁷ Castello, J., "Arbitral Ex Parte Interim. The View in Favour", *Dispute Resolution Journal*, 2003, pp. 65-69.

⁶⁸ Arias Lozano, D. "Comentario al artículo 23", *Comentarios a la ley de Arbitraje de 2003*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 246.

⁶⁹ Mantilla Serrano, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005, p. 146.

salvo expresa negación de las partes en el convenio arbitral o pacto alternativo, el árbitro puede adoptar una medida cautelar *inaudita parte* siempre que se presente la necesidad de la misma debido a un motivo de urgencia como indica nuestra ley procesal⁷⁰.

⁷⁰ Sánchez Pos, M.V., “Las medidas cautelares inaudita parte en el sistema arbitral español”, *Anales de Derecho Universidad de Navarra*, 2018.

CAPÍTULO IV. EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La eficacia de un sistema de resolución de conflictos resulta, como es obvio, en la resolución del conflicto. La resolución en forma de sentencia en un proceso judicial o en forma de laudo en un proceso de arbitraje, es satisfactoria si se puede cumplir. Si se llega al laudo final y este no puede ejecutarse porque no se ejecutaron previamente las medidas cautelares necesarias que aseguren su cumplimiento futuro, o si no se puede llegar a la conclusión final por falta de preservación de evidencias o *status quo*, al no haberse podido ejecutar dichas medidas, ¿se podría decir que el arbitraje es un sistema de resolución de conflictos eficaz? Seguramente no.

Habiendo sustentado que la vertiente ejecutiva de las medidas cautelares reside únicamente en el Poder Judicial, se debe analizar cómo se ejerce la intervención y el control judicial en las mismas.

1. PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES FIRMES

En el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de julio de 2021⁷¹, se analiza el recurso contra un Auto de un Juzgado que dejó sin efecto la medida cautelar acordada previamente por el mismo Juzgado en relación con un contrato de fabricación de seis trenes convenido entre Egyptian National Railways (ENR) y Talgo.

El demandante (ENR) inició un procedimiento arbitral contra la República Árabe de Egipto ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, obteniendo un resultado favorable. Sin embargo, Egipto no cumplió con lo dictaminado por la Corte, por lo que el demandante solicitó el reconocimiento del laudo para su posterior ejecución. En paralelo, el mismo demandante presentó una solicitud de medidas cautelares previas e *inaudita parte* con las que pretendía el embargo preventivo de parte de los trenes objeto del contrato. El Juzgado, en Auto de 8 de marzo de 2021, acordó el embargo preventivo, así como la anotación preventiva del mismo en el Registro de Bienes Muebles y la retención y depósito de los bienes en cuestión previa

⁷¹ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 627/2021, de 7 de julio de 2021 [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:APM:2021:3673].

prestación de caución. Talgo rechazó el cargo de depositario ya que el tren aún le pertenecía al no haberse transmitido la propiedad.

Posteriormente, el Registrador de Bienes Muebles emitió nota de calificación resolviendo no practicar la inscripción del embargo al no tener los bienes materia del embargo los elementos mínimos para ser susceptibles de gravamen hipotecario o pignoraticio. Como consecuencia de lo anterior, el Juzgado dictó Auto de fecha 13 de mayo de 2021 en el que resolvió dejar sin efecto la medida cautelar que el mismo había dictado, por considerar que no se cumplía el principio de pertenencia del bien embargado. Contra este último Auto, la parte solicitante interpuso recurso de apelación, solicitando su revocación. Aquí entra en juego el llamado principio de intangibilidad que desarrolla la citada resolución de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de julio de 2021.

Establece la magistrada María del Mar Ilundain Minondo de la referida Audiencia Provincial de Madrid, que el Auto que deja sin efecto la medida cautelar *“infringe manifiestamente el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes que consagran los artículos 267.1 LOPJ y 214 LEC”*. Señala la sentencia, que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el asunto puede resumirse señalando a tres principios: invariabilidad, intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes en consecuencia tanto del principio de seguridad jurídica (recogido en el artículo 9.3 CE), como del derecho a la tutela judicial efectiva (recogido en el artículo 24.1 CE). El principio de la tutela judicial efectiva supone un límite a la actuación unilateral de Jueces y Tribunales de cara a variar o revisar resoluciones judiciales firmes, al margen de supuestos específicos previstos en la ley. Así lo defiende la propia magistrada, indicando que *“en tanto no se formule oposición, la resolución que acuerda la medida cautelar es intangible, sin que el juez pueda alterarla ni modificarla por su propia decisión, ni siquiera acudiendo a la posibilidad de modificación de las medidas cautelares que contempla el artículo 743 LEC, porque la legitimación para solicitarla corresponde exclusivamente al actor y al demandado, no al juez”*. Así lo ha reconocido también el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias⁷².

⁷² SSTC 56/2002, de 11 de marzo, 187/2022, de 14 de octubre, 141/2003, de 14 de julio, y 23/2005, de 14 de febrero, entre otras.

2. EL PROCESO DE EJECUCIÓN FORZOSA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA SUJECCIÓN A REVISIÓN JUDICIAL

Si la parte condenada no cumple de forma voluntaria con lo establecido en un laudo, resulta imprescindible la intervención de los jueces para hacer uso del poder de coerción. Al igual que ocurre en la fase final del arbitraje con el laudo, lo anterior puede ocurrir también durante el proceso del arbitraje cuando se trata de medidas cautelares. La parte requerida puede decidir no cumplirlas, generando un problema para su ejecución ante el propio Tribunal Arbitral. Ello por cuanto los árbitros carecen de *imperium*. Carecen de potestad para ejecutar forzosamente sus decisiones.⁷³

El Poder Judicial, como poder del Estado, tiene el monopolio de la ejecución de coercitiva, poder que no tiene un árbitro. Así lo aclara el presidente de la Audiencia Provincial de Girona José Isidro Rey Huidobro⁷⁴:

*“Lo que viene a significar que la potestad judicial en materia de adopción de medidas cautelares se contempla en la Ley de Arbitraje como una opción junto a la competencia de los árbitros, art 11.3; pero estos, si bien tienen competencia para acordar dichas medidas, **no la tienen para proceder a su ejecución, para lo cual ha de acudir a la autoridad judicial, art 23 de la Ley de Arbitraje, en relación con el art 545.2 de la LEC”**.*

La medida cautelar adoptada en sede arbitral deberá ser remitida al juez o tribunal competente sobre la materia. Los aspectos relativos a la ejecución están regulados en la LEC. En particular, el artículo 738 regula la ejecución de la medida cautelar:

“1. Acordada la medida cautelar y prestada la caución se procederá, de oficio, a su inmediato cumplimiento empleando para ellos los medios que fueran necesarias, incluso los previstos para la ejecución de sentencias.

2. Si lo acordado fuera el embargo preventivo se procederá conforme a lo previsto en los artículos 584 y siguientes para los embargos decretados en el proceso de ejecución,

⁷³ Lapiedra Alcamí, R., “La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional”, *Universitat de Valencia Servei de Publicacions*, Valencia, 2003, p. 48.

⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona núm. 287/2022, de 4 de marzo de 2022 [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:APGI:2022:287].

pero sin que el deudor esté obligado a la manifestación de bienes que dispone el artículo 589 [...]”.

La plena eficacia del arbitraje requiere de la intervención de los tribunales. Todas las medidas cautelares que adopten los árbitros al considerarlas necesarias quedan sujetas a las normas sobre anulación y ejecución forzosa de los laudos, lo cual se rige por lo dispuesto en la LEC⁷⁵. La legislación en España aclara que las antes referidas medidas cautelares no quedan exentas de revisión. El artículo 23 LArb⁷⁶ lo estipula en su párrafo segundo:

“[...] 2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos”.

Establecido lo anterior, corresponde analizar cuáles son estas normas sobre anulación y ejecución forzosa y cómo aplican en la práctica en nuestro ordenamiento jurídico.

3. ACCIÓN DE ANULACIÓN

Según MARTÍN BRAÑAS, la acción de anulación es diseñada por el legislador para que forme parte del conjunto de instrumentos que evitan la total emancipación del sistema arbitral respecto de la jurisdicción. Ello protege a las partes del conflicto de que puedan verse despojadas de su derecho de acceso a los tribunales una vez se haya adoptado la decisión arbitral.⁷⁷ En esta misma línea está el profesor CORDÓN MORENO, quien defiende que no es aceptable permitir la posible renuncia a la impugnación judicial del laudo, pues lo contrario conllevaría *“desconocer el fundamental derecho al proceso en el orden jurisdiccional civil, impidiendo el de obtener la tutela efectiva reconocida en el art. 24.1 CE y, por lo tanto, el de acudir a los Tribunales para alcanzar una resolución fundada [...]”*⁷⁸.

⁷⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona núm. 287/2022, de 4 de marzo de 2022 [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:APGI:2022:287].

⁷⁶ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE 26 de diciembre 2003).

⁷⁷ Martín Brañas, C., “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental”, Foro, Nueva época, núm. 3/2016, pp. 113-157.

⁷⁸ Cordon Moreno, F. “El Arbitraje de Derecho Privado: Estudio Breve de la Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje”, *Cizur Menor*, Aranzadi, 2005, p. 258.

La LArb equipara las medidas cautelares al laudo desde el punto de vista de su ejecución. Se debe mencionar, que el hecho de que se haya ejercitado una acción de anulación sobre el laudo no implica necesariamente que no se deba ejecutar el mismo. Así lo señala el artículo 45 de la antes mencionada LArb. Sin embargo, en el caso en el que se haya ejercitado la acción contra del laudo, el ejecutado podrá solicitar ante el tribunal o ante el árbitro su suspensión, siempre ofreciendo caución por la condena más los daños y perjuicios que pudiesen derivar de la demora en su ejecución⁷⁹.

La propia Ley 36/1988, de Arbitraje, previa a su reforma, empleaba el término *recurso* para referirse a la acción de anulación. Sin embargo, el uso de dicho término es incorrecto. En sentido estricto, no se trata de un recurso. Se trata de un proceso “*autónomo y extraordinario, cuyo objeto es rescindir el laudo arbitral (extendido a las medidas cautelares) por alguno de los motivos legalmente tasados en la Ley y que giran en torno a la propia validez de este*”⁸⁰. FAUSTINO CORDÓN MORENO trata a fondo esta discrepancia de terminología. Para él, no es un recurso que abra una segunda instancia judicial. Ello implicaría que se da lugar a lo que sería “*un extraño procedimiento híbrido (arbitral-judicial) que sólo podría entenderse (y a duras penas) desde una concepción radicalmente jurisdiccionalista del arbitraje, que hoy nadie defiende*”⁸¹.

La propia exposición de motivos de la LArb indica que la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo, “*partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros*”.

Así lo confirma el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁸², quien declara que “*pretender que la acción de anulación del laudo se transforme en una segunda instancia, [...] no es la vía adecuada para eliminar supuestas injusticias de fondo*”. De igual manera, a pesar de que no se trata estrictamente de una segunda instancia como tal, parte de la doctrina aún defiende que esta revisión judicial desmerece el propósito del arbitraje, que es la resolución

⁷⁹ Hinojosa Segovia, R. (2016). Atribución al árbitro de la competencia para la ejecución del laudo arbitral y de las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento arbitral. Arbitraje, col. IX(1), pp. 175-189.

⁸⁰ Peña Grande, T., “El laudo arbitral en el sistema jurídico español: anulación, revisión y ejecución”, *Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid.

⁸¹ Córdón Moreno, F., *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Aranzadi, Madrid, 2010.

⁸² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 65/2018, de 19 de julio de 2018 [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:TSJCAT:2018:7481]

rápida y eficiente de conflictos. Así lo dice CLAROS ALEGRÍA: “*si el mecanismo del arbitraje está dirigido precisamente a excluir la vía de la jurisdicción y facilitar la solución de disputas, se entiende mal que quepa ulteriormente una vía de judicialización de la decisión que hayan adoptado los árbitros, que además prolonga la decisión*”⁸³.

Puede concluirse que a través de la acción de anulación el tribunal competente podrá, exclusivamente, *confirmar o anular* el laudo arbitral por alguno de los motivos taxativamente previstos en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje⁸⁴. No es, por tanto, la de la Audiencia una sentencia rescisoria, por la que se dicte una nueva resolución, sino rescindente, únicamente de anulación, total o parcial⁸⁵, ya que se permite dejar sin efecto sólo la parte que contenga el vicio o la totalidad del laudo de acuerdo con el artículo 42 LArb. En ello coincide la mayor parte de la doctrina⁸⁶.

Con esta concepción, la acción de anulación se convierte en un verdadero “*mecanismo rescisorio de carácter autónomo*”. La sentencia que la acoge es constitutiva, ya que crea un nuevo escenario: el laudo que era firme, válido y ejecutivo dejará de serlo. Por ello, MARTÍN BRAÑAS considera que la calificación del laudo que finaliza el procedimiento arbitral y que puede ser objeto de anulación como firme es errónea.⁸⁷ La definición de la LEC sobre una resolución firme es aquella contra la que no cabe recurso alguno, bien porque la ley no lo prevé o bien porque ha transcurrido el plazo previsto para ello. Sin embargo, los autos que acuerdan una medida cautelar se consideran resoluciones judiciales *firmes*⁸⁸, desde el momento en el que se dicta, ya que no cabe frente a los mismos recurso alguno; ni devolutivo ni no devolutivo. A pesar de que cabe oposición al mismo en un plazo determinado y además es susceptible de acción de anulación, no se puede considerar recurso a la facultad de corregir, aclarar y complementar el laudo. No se puede atribuir la naturaleza de recurso ni a la revisión ni a la

⁸³ Claros Alegría, P., “Acción de Anulación del Laudo”, Hinojosa Segovia, R. (coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, Barcelona, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2004, pp. 215-216.

⁸⁴ Peña Grande, T., “El laudo arbitral en el sistema jurídico español: anulación, revisión y ejecución”, *Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid.

⁸⁵ Martín Brañas, C., “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental”, *Foro, Nueva época*, núm. 3/2016, pp. 113-157.

⁸⁶ Barona Vilar, S., «El recurso de anulación del laudo arbitral»; Ortiz Navacerrada, S., «La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: Aspectos procesales»; Hinojosa Segovia, R., *El Recurso de Anulación Contra los Laudos Arbitrales*; Antonio Lorca Navarrete, M., *Derecho de Arbitraje Español*; Córdón Moreno, F., *El arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*; Álvarez Sánchez De Movellán, P., *La Anulación del Laudo Arbitral*.

⁸⁷ Martín Brañas, C., “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental”, *Foro, Nueva época*, núm. 3/2016, pp. 113-157.

⁸⁸ A pesar de la discrepancia sobre dicha calificación mencionada anteriormente.

acción de anulación.⁸⁹ Sin embargo, de acuerdo con los artículos 267.1 LOPJ y 214 LEC, así como el artículo 18.1 LOPJ, el principio de intangibilidad determina que únicamente se podrán dejar sin efecto a través de los *recursos* previstos en las leyes.

Desde el punto de vista del proceso, el actor ejercita ante los tribunales una concreta pretensión de tutela jurídica por medio de una demanda. En aquella pretensión, se pide la anulación del laudo con fundamento en unas determinadas causas o motivos. Ello da lugar a un proceso judicial independiente que se tramita por juicio verbal⁹⁰. Con la reforma de la LArb, la ley opta por remitirse a la legislación procesal general, por lo que remite al juicio verbal regulado en los artículos 437 a 447 LEC. De igual manera, la remisión a la legislación procesal general no es completa. El legislador introduce dos cambios que distinguen el proceso de un procedimiento verbal común. En primer lugar, el artículo 42 LArb remite a la normativa sobre el juicio ordinario en cuanto a la forma y contenido de la demanda (así lo indica el artículo 399 LEC) y, en segundo lugar, introduce el trámite de contestación escrita.⁹¹

En cuanto a la legitimación activa, la LArb no menciona específicamente qué sujetos pueden promover la acción de anulación del laudo arbitral ni aquellos frente a quienes se puede interponer, sin embargo, parece razonable que el mecanismo de anulación está diseñado para que las propias partes del procedimiento arbitral sean quienes accionen contra el laudo o medida cautelar.⁹² Sin embargo, parte de la doctrina entiende esta limitación como un error, al entender a su vez que es necesario permitir la interposición de esta acción a los terceros que acrediten que el laudo o la medida decide una relación jurídica que les afecta directamente, siempre que no conociesen del procedimiento anterior ya que en ese caso deberían haberse presentado en él.⁹³ En esencia, la legitimación activa recae en aquellos que fueron parte del proceso arbitral o aquellos que no siendo parte de ese proceso, acrediten que les afecta directamente.

⁸⁹ *Op. cit.* Martín Brañas, C., “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental”.

⁹⁰ Así lo indica el artículo 42 LArb. Procedimiento.

⁹¹ *Op. cit.* Martín Brañas, C., “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental”.

⁹² *Op. cit.* Martín Brañas, C., “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental”.

⁹³ Álvarez Sánchez de Movellán, P., “La Anulación del Laudo Arbitral. El Proceso Arbitral y su Impugnación”, *Comares*, España, 2016.

La acción de anulación debe ser ejercitada con justificación en alguno de los motivos por los cuáles se puede anular un laudo. La LArb indica expresamente en su artículo 41.1 que *“el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe”*. A continuación, los motivos contenidos en el artículo 41.1 LArb por los cuáles se puede anular un laudo y, en consecuencia, una medida cautelar.

Los motivos contenidos en el punto a), c) y d) se pueden argumentar exclusivamente por las partes. El primero, *“a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido”*, el segundo, *“c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión”* y por último, la tercera, *“d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley”*

Los tres motivos restantes contenidos en los apartados b), e) y f), se pueden apreciar por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal. Así lo recoge el apartado segundo del artículo 41. Reconoce al Ministerio Fiscal la defensa que le está legalmente atribuida de los intereses de los ciudadanos. Por ello, las tres causas son las siguientes:

“b) Que 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.

e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

f) Que el laudo es contrario al orden público”

El artículo expuesto anteriormente delimita claramente cuáles son las razones por las que se puede anular un laudo y, en consecuencia, debido a su análogo comportamiento, una medida cautelar. Al traerse la medida al juez competente para su posterior ejecución forzosa, el juez o tribunal competente deberá analizar si se encuentra bajo alguno de los motivos tasados en la ley por los cuales se permite la anulación. Afirma RIAÑU BRUN⁹⁴ que *“los motivos de anulación de laudo arbitral se encuentran recogidos en el art. 41 LArb, en una enumeración*

⁹⁴ Riaño Brun, I., “El Arbitraje: una nueva perspectiva desde el derecho español y el derecho francés”, La Ley, España, 2013, pp. 248-249.

que es caracterizada como numerus clausus y que se encuentra referida exclusivamente a elementos formales relativos al desarrollo del procedimiento arbitral, descartándose la posibilidad de una impugnación en cuanto al fondo”.

El Tribunal Constitucional también ha sentado en diversas ocasiones su doctrina respecto al control judicial del arbitraje, y se mantiene en la misma línea que la doctrina expuesta anteriormente:

"El posible control judicial derivado del artículo 45 de la Ley de Arbitraje -hoy art. 41- está limitado al aspecto externo del laudo y no al fondo de la cuestión sometida al arbitraje, al estar tasadas las causas de revisión previstas y limitarse estas a las garantías formales"; razón por la cual únicamente procede conocer de las causas de nulidad tasadas que, además, como dice el Tribunal Supremo⁹⁵ (STS de 23 de abril de 2001 [EDJ 2001/6431], en su Fundamento Séptimo, con remisión a la de 16-2-68): "..., han de ser interpretadas y aplicadas estrictamente a fin de evitar la acusada tendencia de quienes renunciaron a las garantías que les brindaba la severa aplicación del Derecho, de lograr su anulación por los órganos jurisdiccionales de carácter oficial cuando no logran el éxito de sus aspiraciones⁹⁶".

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 404/2001, de 23 de abril de 2001 [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:TS:2001:3276].

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 174/1995, de 23 de noviembre [versión electrónica – base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1995:174].

CÁPITULO V: CONCLUSIÓN

Como sostiene el Tribunal Constitucional, los procesos arbitrales se encuentran dentro de la protección otorgada por el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva recogido en la Constitución. En esta línea, con el uso de las medidas cautelares, se pretende buscar tanto la protección de la eficacia del proceso como la ejecución del posible laudo que culmine el procedimiento arbitral. Se entiende, por ello, que la figura en cuestión se encuentra regulada por la mayoría de las instituciones arbitrales y por la legislación nacional.

Actualmente en España, las medidas cautelares se pueden adoptar tanto por vía judicial como por vía arbitral. Esta innovación, recogida en la ley, abrió camino a la aceptación de la potestad de los árbitros para decretar dichas medidas, pero, a su vez, separó la vertiente declarativa de la ejecutiva. Esto es, a pesar de que los jueces y los árbitros, como se ha visto en este trabajo, tienen potestades concurrentes y alternativas para decretar medidas cautelares (con ciertos matices respecto a la buena fe procesal, entre otros), el poder de ejecución forzosa de estas medidas reside únicamente en el Poder Judicial. Los árbitros carecen de *imperium*. Y, si bien es cierto que la doctrina debate el otorgamiento de potestad ejecutiva a los árbitros, el legislador español no ha dado ese paso en la última reforma de la Ley de Arbitraje, aun cuando nuestro TC defiende y protege el poder declarativo del árbitro validando en múltiples sentencias sus medidas cautelares, equiparándolas a los laudos, situación que también reconoce la LEC.

En cuanto al control de las medidas cautelares, como consecuencia de lo visto precedentemente, si bien es una facultad clara otorgada a la función jurisdiccional, también es cierto que, por un lado, requiere el impulso de las partes (acción de anulación) y, por otro, está limitado a casos taxativamente previsto en la ley (*numerus clausus*). Por tanto, se protege a la institución arbitral también de este modo. Solo cuando se trata de un defecto en la notificación, que una parte por alguna razón no ha podido hacer valer sus derechos, que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje o por cuestiones de orden público, se permite a los tribunales competentes o al Ministerio Fiscal, proteger por *motu proprio* los derechos del ciudadano. Finalmente, lo que se persigue con esta facultad excepcional es que el Estado ejerza una tutela judicial efectiva sobre el ciudadano, de manera que el control judicial esté siempre potencialmente presente, manteniendo los órganos jurisdiccionales la última palabra.

El arbitraje como institución sigue desarrollándose en la sociedad de hoy y, por tanto, seguramente debemos esperar cambios en su regulación y, particularmente, en los alcances de sus competencias y autonomía. Se trata de un sistema de conflictos alternativo vivo, que evoluciona a medida que evoluciona el tráfico comercial, siempre manteniendo en frente el objetivo por el que nació: la eficiencia y rapidez de la resolución de un conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Diario Oficial n° C 027 de 26 de enero de 1998).

Federal Arbitration Act (FAA) (9 U.S.C. §§ 1-16, 201-208, 301-307).

Legge 26 novembre 2021, n. 206 (Gazzetta Ufficiale 2021).

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (CNUDMI 1985, con enmiendas adoptadas en 2006).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2 de julio de 1985, con modificaciones a 28 de julio 2022).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000, con modificaciones a 23 de diciembre 2022).

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE 26 de diciembre 2003).

Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje (ICC mayo de 2021).

Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM 2022).

Reglamento y Estatutos de la Corte Española de Arbitraje (CEA 1 septiembre 2022).

Reglas de Arbitraje CIADI (CIADI 2006).

Swiss Rules on International Arbitration (Swiss Arbitration Centre 2021).

Swedish Arbitration Act, Section 25(4) (SFS 1999:116).

2. JURISPRUDENCIA

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 627/2021, de 7 de julio de 2021 [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:APM:2021:3673^a].

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Resolución Procesal No. 2 Caso CIADI No. ARB/97/7, de 28 de octubre de 1999 [versión electrónica – base de datos Italaw. Ref. 7938].

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona núm. 287/2022, de 4 de marzo de 2022 [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:APGI:2022:287].

Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 174/1995, de 23 de noviembre [versión electrónica – base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1995:174].

Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 43/1988, 16 de Marzo de 1988 [versión electrónica – base de datos BOE. Ref. ES:TC:1988:43].

Sentencia del Tribunal Constitucional. STC 67/1984, de 7 de junio de 1984 [versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1984:67].

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Asunto C-213/89, The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros, de 19 de junio de 1990 [versión electrónica – base de datos Eur-Lex. Ref. ECLI:EU:C:1990:257].

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Asunto C-391/95; Van Uden Maritime BV v. Kommenditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros, de 17 de noviembre de 1998 [versión electrónica – base de datos Eur-Lex. Ref. ECLI:EU:C:1998:543].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 65/2018, de 19 de julio de 2018 [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:TSJCAT:2018:7481].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 29/2022, de 26 de julio de 2022 [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:TSJM:2022:10169].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso, STSJ CV 30/2021, de 21 de enero de 2021 [versión electrónica – base de datos Consejo General del Poder Judicial. Ref. STS 1479/2014].

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 404/2001, de 23 de abril de 2001 [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:TS:2001:3276].

3. DOCTRINA

Álvarez Sánchez de Movellán, P., “La Anulación del Laudo Arbitral”, *El Proceso Arbitral y su Impugnación*, Comares, España, 2016.

Asencio Mellado, J. M., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 192.

Ariano Deho, E., “Apuntes sobre la duración temporal de la tutela cautelar”, *Themis*, vol. 43, pp. 79-91.

Arias Lozano, D. “Comentario al artículo 23”, *Comentarios a la ley de Arbitraje de 2003*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 246.

Banacloche Palao, J. (2018). [Título del Capítulo]. En I.J. Cubillo (ed.) *Aspectos fundamentales de Derecho procesal civil* (p. 454). Wolters Kluwer.

Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A., Hunter, M. (2015). Role of National Courts during the Proceedings. Redfern and Hunter on International Arbitration (pp. 420-438). Oxford University Press.

Blanco García, A. I., “Árbitro de Emergencia: el refuerzo de la tutela cautelar (*ante causum*) en el arbitraje internacional”, *Themis*, 2020, vol. 77, pp. 253-263.

Born, G., *International Commercial Arbitration*, 2 ed., La Haya, Wolters Kluwer, 2014, p. 2451.

Calamandrei, P., “Providencias cautelares”, trad. Sentis Melendo, S., Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984.

Calvet Botella, J., “Medidas Cautelares Civiles”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 57, núm. 1935, 2003, pp. 445-457.

Castello, J., “Arbitral Ex Parte Interim. The View in Favour”, *Dispute Resolution Journal*, 2003, pp. 65-69.

Claros Alegría, P., “Acción de Anulación del Laudo”, Hinojosa Segovia, R. (coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, Barcelona, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2004, pp. 215-216.

Cordón Moreno, F., *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Aranzadi, Madrid, 2010.

Cordón Moreno, F. “El Arbitraje de Derecho Privado: Estudio Breve de la Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje”, *Cizur Menor*, Aranzadi, 2005, p. 258.

Defrains, Y., “Arbitral Ex Parte Interim Relief. The View Against”, *Dispute Resolution Journal*, 2003, pp. 61-63.

Dika, M., “The taking of provisional measures in arbitration according to Yugoslaw Law”, *Essays on the Law of Internacional Trade*, ed. Voskuil, Países Bajos, Maklu Publishers, 1991, p. 166.

Ehle, B., “Emergency Arbitration in Practice”, *New Developments in International Commercial Arbitration 2013*, Muller, C. y Rigozzi, A. (eds.), Basilea, Schulthess, 2013, pp. 89-90.

Esplugues Mota, C., “Quo Vadis Arbitratio?”, en *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, S. Barona Vilar (ed.), Cizur Menor, Civitas, 2016, p. 414

Fernández Rozas, J. C., “Arbitraje y Justicia Cautelar”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, pp. 23-60.

Fernández Masiá, E., “La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje internacional comercial”, *Universidad de Castilla-La Mancha*, 2016.

González-Bueno Catalán de Ocón, C., “Comentario al apéndice I: árbitro de emergencia”, *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (2015)*, Madrid, CIMA, 2016, p. 498.

Hinojosa Segovia, R. (2016). Atribución al árbitro de la competencia para la ejecución del laudo arbitral y de las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento arbitral. *Arbitraje*, col. IX(1), 2016, pp. 175-189.

Lapiedra Alcamí, R., “La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional”, *Universitat de Valencia Servei de Publicacions*, Valencia, 2003.

Lapiedra Alcamí, R., *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 149.

Mantilla Serrano, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005, p. 146.

Martín Brañas, C., “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental”, *Foro*, Nueva época, núm. 3/2016, pp. 113-157.

Munné Catarina, F. “El arbitraje en la Ley 60/2003”, *Ediciones Experiencia*, 2004, p. 132.

Ortells Ramos, M., “Tutela judicial cautelar” en *Derecho procesal civil*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 785-805.

Ortiz-Pradillo, J. C., “Competencia judicial internacional y medidas cautelares: hacia una tutela cautelar en el proceso civil europeo convergente con los ordenamientos nacionales”, *Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional Universidad Complutense*, Madrid, 2020 (disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5674>)

Peña Grande, T., “El laudo arbitral en el sistema jurídico español: anulación, revisión y ejecución”, *Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid.

Riaño Brun, I., “El Arbitraje: una nueva perspectiva desde el derecho español y el derecho francés”, *La Ley*, España, 2013, pp. 248-249.

Rodríguez Mejía, M., *Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral*, Externado, pp. 95-179.

Sánchez Pedreño, A. (2020). *Medidas Cautelares*, Memento Experto en Arbitraje (capítulo 9). Ediciones Francis Lefebvre.

Sánchez Pos, M.V., “Las medidas cautelares inaudita parte en el sistema arbitral español”, *Anales de Derecho Universidad de Navarra*, 2018.

Virgós Soriano, M., “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º extraordinario, *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, p. 30.

4. RECURSOS DE INTERNET

Aljure Salame, A. y Salazar de Greiff, V. (2017). Guía de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional con sede en Colombia. Anuario de Derecho Privado Universidad de los Andes. [Http://dx.doi.org/10.15425/2017.510](http://dx.doi.org/10.15425/2017.510).

De Benito Llopis-Llombart, M., “Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la Kompetenz-Kompetenz”, *Uria Menéndez*, 2008 (disponible en: <https://www.uria.com/es/publicaciones/1901-analisis-jurisprudencial-alcance-del-efecto-negativo-de-la-kompetenzkompetenz#1>)

Diccionario panhispánico del español jurídico, “Kompetenz-Kompetenz”, Real Academia Española (disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/kompetenz-kompetenz>).

García Oliver, E. “Las medidas cautelares en el proceso civil”, UAL, 2018 (disponible en http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/7221/TFG_GARCIA%20OLIVER%2C%20ESPERANZA.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

López de Argumedo Piñero, A., “Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional”, *Uria Menéndez*, 1997 (disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/595/documento/UM_ALAMedidas.pdf?id=3772).

Consejo General del Poder Judicial, “Estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales”, 2022 (disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=20&anio=2021&territorio=Espana&proc=Asuntos%20civiles>)