

Procesal y Arbitraje

# Un apunte sobre las medidas cautelares en el arbitraje

---

Se da cuenta del régimen de las medidas cautelares en el arbitraje y se exponen algunas cuestiones que plantean la coexistencia de la potestad arbitral y judicial para su adopción y la privación a los árbitros de la posibilidad de instar su ejecución.

## FAUSTINO JAVIER CORDÓN MORENO

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.<sup>a</sup>, de 4 de marzo del 2022 (*La Ley* 76643/2022), analiza el régimen legal de las medidas cautelares en el arbitraje, cuyo «contenido normativo es tan evidente que no admite discusión, sin perjuicio de las objeciones o censuras que ello pueda merecer para quien recurre». La sentencia no aporta novedad alguna, pero su lectura da pie para recordar este régimen y examinar algunos de los problemas que ha planteado en la práctica.
2. Como es conocido, el artículo 23 de la Ley de Arbitraje (LA), siguiendo el criterio de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (*cfr.* su artículo 17) en la que se inspira, incorporó como una de sus principales novedades

el reconocimiento a los árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes, de la potestad para adoptar, a instancia de cualquiera de ellas, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. De esta forma, da un paso adelante con respecto a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), cuyo artículo 722, resolviendo una cuestión que entonces era polémica en la práctica, había reconocido ya a las partes involucradas en un convenio o en un procedimiento arbitral —tanto nacional como seguido en un país extranjero—, en los casos y con los requisitos que en él se prevén, la facultad de dirigirse al órgano judicial en solicitud de la adopción de medidas cautelares y, sin excluir esta facultad, reconoce también a los árbitros potestad para acordarlas, siempre a instancia de parte. Esta potestad de los árbitros

sólo se ve excluida cuando las partes así lo deciden, bien expresamente en el convenio arbitral, bien encomendando el arbitraje a una institución cuyo reglamento prevé la exclusión de tal potestad porque sus disposiciones integran el contenido del convenio (art. 4b LA) y, por lo tanto, la voluntad de las partes.

Por eso, cuando el arbitraje tenga su sede en España —sea interno o internacional (vide arts. 1 y 3 LA)—, pero también si se desarrolla en un país extranjero (art. 1.2), la adopción de las medidas cautelares puede solicitarse tanto a los órganos judiciales como a los árbitros, aunque la potestad que se reconoce a éstos para adoptarlas no incluye su ejecución, para la que, en palabras de la exposición de motivos, apartado V, de la ley, «será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara»; por eso, dispone el artículo 23.2 que «[a] las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre [...] ejecución forzosa de laudos». La Ley de Arbitraje (vide el mismo apartado de su exposición de motivos) parte de que «dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva» y reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes, pero sin que ese reconocimiento excluya la posibilidad de acudir a los órganos judiciales, ya que ambas potestades para acordar medidas cautelares —arbitral y judicial— son «alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal». Pero les niega la segunda. Nuestro ordenamiento no ha acogido el criterio seguido por otros ordenamientos en los que, dentro de ciertos límites, se reconoce a los árbitros potestad para ejecutar las medidas cautelares por ellos acordadas; por ejemplo, en el ordenamiento peruano, en el que el

Decreto Legislativo núm. 1071, de 27 de junio del 2008, que norma el arbitraje, dispone en su artículo 48.1 que «[e]l tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a petición de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública», y en los mismos términos se le reconoce facultad para ejecutar el laudo siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento de la institución arbitral que resulte aplicable (art. 67).

En consecuencia, la Ley de Arbitraje española, en contra del criterio mantenido por un sector de la doctrina, no ha previsto un régimen propio para la ejecución de las decisiones de los árbitros sobre medidas cautelares, sino que se remite en bloque a las normas sobre ejecución de los laudos, que son las previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 44). Entiendo, sin embargo, que esta remisión incluye también las disposiciones específicas sobre ejecución de medidas cautelares contenidas en el artículo 738 de la ley procesal, por lo menos las que incorporan especialidades cuando se trata de la ejecución del embargo preventivo o de la anotación preventiva de demanda (art. 738.2) y la que limita la posibilidad de enajenar los bienes o derechos sobre los que ha recaído la medida cautelar (art. 738.3). No será aplicable, en cambio, la norma del apartado primero de este mismo artículo que faculta al juez para proceder de oficio al inmediato cumplimiento de la medida cautelar porque no ha sido acordada por él, y no me parece que sea suficiente a tal fin la sola petición del árbitro que la adoptó.

3. No existe en la Ley de Arbitraje alusión alguna al régimen de las medidas cautelares que han de adoptar los árbitros (o el juez) en el seno de un procedimiento arbitral, por lo que será aplicable en bloque el general de la

ley procesal. Una síntesis rápida de este régimen precisa subrayar los siguientes aspectos:

- a) La Ley de Enjuiciamiento Civil diseña un sistema unitario de medidas cautelares —del que sólo quedan excluidas las medidas específicas que se pueden adoptar en algunos procesos especiales que, por lo demás, versan sobre materias no arbitrables (cfr. arts. 762, 768, etc.)— en el que, regulando sus presupuestos y características generales (arts. 726 y 728), establece un régimen abierto de aquéllas. Dentro de este régimen abierto —compatible con el hecho de que el artículo 727 ofrezca un catálogo de medidas específicas con carácter puramente ejemplificativo: cfr. la cláusula abierta del artículo 727.11—, la Ley de Enjuiciamiento Civil las prevé con gran amplitud, evitando cualquier interpretación restrictiva: «El tribunal podrá acordar como medida cautelar [...] cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características [...]» (art. 726.1). Y resalta la finalidad asegurativa de la eficacia de la sentencia —del laudo en nuestro caso— como su característica esencial (arts. 721 y 726.1.1.<sup>ª</sup>), incluso cuando tales medidas tengan un contenido similar al de la eventual sentencia —laudo— estimatoria (cfr. art. 726.2 y 727.7.<sup>ª</sup>), porque aquéllas se adoptarán «sin prejuzgar el contenido de la sentencia que en definitiva se dicte» y son predicables de ellas las notas de temporalidad, provisionalidad, condicionalidad y susceptibilidad de modificación o alzamiento que caracterizan las medidas cautelares (art. 726.2).

Los únicos límites a los que están sometidas las medidas cautelares son los que vienen impuestos por el artículo 726, que regula las características generales

que deben tener. Además de la finalidad exclusivamente asegurativa de la efectividad de la sentencia (del laudo en nuestro caso) a la que antes hacía referencia (art. 726.1.1.<sup>ª</sup>), tienen que reunir estas otras dos: 1.<sup>ª</sup>) deben acordarse «respecto de los bienes y derechos del demandado», es decir, su contenido es exclusivamente patrimonial, y 2.<sup>ª</sup>) «no [deben] ser susceptibles de sustitución por otra medida igualmente eficaz [...], pero menos gravosa o perjudicial para el demandado» (art. 726.1.2.<sup>ª</sup>), por lo que les resulta aplicable el principio general de proporcionalidad. En virtud de este principio, la satisfacción del interés del acreedor debe buscarse causando al deudor sólo el perjuicio que sea necesario y, conforme a él, resulta modulado el requisito de la congruencia de la resolución que las acuerda, ya que se puede conceder una medida no pedida siempre que sea menos onerosa para el demandado e igualmente eficaz y derive del debate procesal planteado.

- b) Como ocurre en el proceso civil (cfr. art. 721 LEC), la adopción de las medidas cautelares por los árbitros exige la previa petición de parte (art. 23.1 LA) y la concurrencia de los presupuestos que vienen exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil con carácter general (art. 728): la existencia de una apariencia de derecho (*fumus boni iuris*), la justificación del peligro por la mora procesal (*periculum in mora*) y la presentación de caución, aunque su exigencia en el arbitraje tiene carácter potestativo (art. 23.1 LA).
- c) El artículo 722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce a quien acredite ser parte en un convenio arbitral la posibilidad de solicitar del juez medidas cautelares con

anterioridad a las actuaciones arbitrales. Se trata de una aplicación al arbitraje de la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de iniciar el procedimiento judicial (prevista en el artículo 730.2 de dicha ley), por lo que hay que entender aplicable la norma de este artículo que priva de eficacia a las medidas cautelares acordadas si el procedimiento no se inicia en los veinte días siguientes a su adopción. Esta posibilidad estaba ya reconocida en el artículo 11.3 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»; si quiera la ubicación de la norma en el precepto que regula el control judicial del convenio arbitral daba pie para pensar que su finalidad era salir al paso, para rechazarlas, de aquellas opiniones que entendían que la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción estatal antes del inicio de un procedimiento arbitral, o durante la pendencia de éste, suponía una renuncia tácita al convenio arbitral pactado.

- d) Los árbitros pueden acordar medidas cautelares *inaudita parte* durante la tramitación de un procedimiento arbitral. Como ha dicho la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de abril del 2016 (RJ 2016\3644), «la parquedad de la regulación legal específica de las medidas cautelares contenida en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje obliga, en defecto de acuerdo de las partes o de reglamentación concreta de la institución administradora, a suplirla con la de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 (arts. 721 a 747) en todo aquello que resulte compatible». Y no parece

que sea incompatible la posibilidad de acordar medidas cautelares *inaudita parte*; con más razón, por lo antes dicho (las disposiciones del reglamento se integran en la voluntad de las partes), si tal posibilidad está prevista en el reglamento de la institución arbitral al que las partes se hayan sometido. A juicio de la sentencia antes citada, es posible que el reglamento de la institución arbitral (y hay que entender que también las partes en el convenio arbitral) regule un trámite de oposición o impugnación posterior a las medidas cautelares acordadas *inaudita parte*, de forma que la cuestión sea resuelta por el árbitro dentro del procedimiento arbitral, «sin perjuicio del derecho a instar seguidamente la anulación del correspondiente laudo parcial por alguna de las causas del artículo 41 de la Ley de Arbitraje» (art. 23.2 LA); este recurso o trámite suple adecuadamente el incidente regulado en los artículos 739 a 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y respeta plenamente los principios del artículo 24 de la Ley de Arbitraje (igualdad, audiencia, contradicción), posibilitando la revisión de la medida cautelar adoptada *inaudita parte* dentro del propio procedimiento arbitral.

4. El reconocimiento tanto a los órganos judiciales como a los árbitros de la potestad para acordar medidas cautelares dentro del arbitraje y la exclusión de la reconocida a los árbitros de la ejecución de la medida puede plantear estos problemas: a) la relación entre ambas potestades; b) la delimitación de lo que debe entenderse como ejecución de la medida cautelar, y c) la vinculación del órgano judicial a la ejecución.
- a) Dice la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje que ambas potestades son «alternativas y concurrentes, sin perjuicio

del juego del principio de buena fe procesal». En consecuencia: 1) dentro del procedimiento arbitral pueden coexistir medidas acordadas por el órgano judicial y por los árbitros, aunque su ejecución se atribuye siempre al órgano judicial; 2) denegada una medida cautelar por el árbitro (o por el juez), no podrá reiterarse ante el órgano judicial (o ante el árbitro), salvo que hayan cambiado las circunstancias (art. 736.2 LEC).

- b) Por ejecución de la medida cautelar hay que entender toda actuación encaminada a lograr su efectividad. La cuestión que se ha planteado en la práctica con respecto a la anotación preventiva de la demanda (también del embargo preventivo o de una prohibición de disponer) en el Registro, es si tal medida acordada por el árbitro tiene acceso a él directamente, a instancia del árbitro o de la parte en el procedimiento arbitral, o si, por el contrario, precisa de mandamiento judicial. Como antes decía, el artículo 738.2 dispone que, si se acordara «la anotación preventiva se procederá conforme a las normas del Registro correspondiente», que exigen providencia judicial que ordene la medida y el correspondiente mandamiento (art. 43 de la Ley Hipotecaria y art. 165 del Reglamento Hipotecario); y el precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil se ubica en sede de ejecución de las medidas cautelares.
- c) Por último, se plantea si el órgano judicial está vinculado por la medida cautelar acordada por el árbitro de forma que deba proceder necesariamente a su ejecución o si, por el contrario, puede denegarla. Al respecto, el artículo 17 H de la Ley

Modelo dispone que «[t]oda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada». Pero deja a salvo lo dispuesto en el artículo 17 I, que prevé la posibilidad de denegar el reconocimiento o la ejecución si concurre alguno de los motivos que en él se contienen, entre los que se encuentran los de oposición a la ejecución del laudo previstos en el artículo 36.1b, apartados i y ii, en especial en este último («que la parte contra la cual se invoca el laudo —la medida cautelar en nuestro caso— no ha sido debidamente notificada [...] de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos», se entiende que en el procedimiento para la adopción de la medida cautelar por el árbitro); aunque «[e]l tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar».

Sin embargo, no me parece que tal motivo sea controlable por el órgano judicial en sede de ejecución de la medida. Si la parte afectada por la medida entiende que la decisión arbitral, al haberse acordado, se adoptó sin darle oportunidad de hacer valer sus derechos, por defecto en las notificaciones o por cualquier otra causa, deberá ejercer frente a ella la acción de anulación (art. 23.2 LA) y, si no lo hizo, la omisión no podrá ser suplida por el órgano judicial competente para ejecutar la medida.