

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA ADOPCIÓN DE  
MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE COMERCIAL  
INTERNACIONAL

ROSA LAPIEDRA ALCAMÍ

UNIVERSITAT DE VALENCIA  
Servei de Publicacions  
2003

Aquesta Tesi Doctoral va ser presentada a València el dia 20 de Juny de 2003 davant un tribunal format per:

- D. José Luis Iglesias Buhigues
- D. Manuel Desantes Real
- D. Francisco Javier Zamora Cabot
- D<sup>a</sup>. Rosario Espinosa Calabuig
- D<sup>a</sup>. Elena Martínez García

Va ser dirigida per:

Dr. D. Carlos Espulgues Mota

©Copyright: Servei de Publicacions  
Rosa Lapedra Alcamí

---

Depòsit legal:

I.S.B.N.:84-370-5809-0

Edita: Universitat de València  
Servei de Publicacions  
C/ Artes Gráficas, 13 bajo  
46010 València  
Spain  
Telèfon: 963864115

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA  
FACULTAT DE DRET



**LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA ADOPCIÓN DE  
MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE  
COMERCIAL INTERNACIONAL**

**TESIS DOCTORAL**

Presentada por:

***Rosa Lapiedra Alcamí***

Dirigida por:

***Dr. D. Carlos Esplugues Mota***  
*Catedrático de Derecho Internacional Privado*  
*Universitat de València*

**València, 2003**

# ÍNDICE

SIGLAS, ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS UTILIZADOS .....	15
INTRODUCCIÓN .....	23

## CAPÍTULO I

### EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y SU INTERACCIÓN CON LA JURISDICCIÓN ESTATAL: ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.- INTRODUCCIÓN .....	31
2.- LA NECESARIA INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL EN LAS DIFERENTES FASES DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL .....	31
2.1.- LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN LA FASE PREVIA A LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL .....	33
2.1.1.- <i>La formalización judicial del nombramiento de los árbitros</i> .....	33
2.1.2.- <i>La adopción de medidas cautelares</i> .....	38
2.2.- LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ DURANTE EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL .....	38
2.2.1.- <i>La realización de las pruebas</i> .....	38
2.2.2.- <i>La adopción de medidas cautelares</i> .....	44
2.3.- LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ CON POSTERIORIDAD A LA CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL .....	44

2.3.1.- <i>El recurso de anulación y el recurso extraordinario de revisión del laudo arbitral</i> .....	45
2.3.2.- <i>La adopción de medidas cautelares: la ejecución anticipada del laudo arbitral</i> .....	47
2.3.3.- <i>El reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral</i> .....	48
<b>3.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: SU ESPECIAL DIMENSIÓN ARBITRAL</b> .....	49
3.1.- INTRODUCCIÓN.....	49
3.2.- APROXIMACIÓN A LA TUTELA CAUTELAR .....	51
3.3.- <i>JUS ESTATAL Y JUS ARBITRAL</i> .....	52
3.4.- LA COMPLEJIDAD DE LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES COMO FACTOR DETERMINANTE DE LA MAYOR DURACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL .....	54
3.5.- LA UTILIZACIÓN DE TÁCTICAS DILATORIAS POR UNA DE LAS PARTES EN EL PROCESO ARBITRAL .....	56
<b>4.- DESCRIPCIÓN Y OBJETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES</b> .....	59
<b>5.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES</b> .....	62
5.1.- PROVISIONALES .....	62
5.2.- TEMPORALES E INSTRUMENTALES .....	65
5.3.- SE LIMITAN AL OBJETO DEL LITIGIO.....	68
5.4.- URGENTES .....	68
5.5.- PROPORCIONALES .....	71
<b>6.- LOS PRESUPUESTOS EXIGIDOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN APOYO DE UN ARBITRAJE</b> .....	71

6.1.- NECESARIA PETICIÓN A INSTANCIA DE PARTE .....	72
6.2.- LA CONCURRENCIA DEL `PERICULUM IN MORA` .....	75
6.2.1.- <i>El sistema español de arbitraje</i> .....	75
6.2.2.- <i>Derecho comparado</i> .....	76
6.3.- LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL `FUMUS BONI IURIS` .....	79
6.3.1.- <i>El sistema español de arbitraje</i> .....	81
6.3.2.- <i>Derecho comparado</i> .....	82
6.4.- EL DEPÓSITO DE UNA CAUCIÓN O CONTRACAUTELA .....	83
6.4.1.- <i>El sistema español de arbitraje</i> .....	84
6.4.2.- <i>Derecho comparado</i> .....	85
<b>7.- TIPO DE MEDIDAS</b> .....	90
7.1.- INTRODUCCIÓN.....	90
7.2.- PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES .....	93
7.2.1.- <i>Las medidas de instrucción o de investigación</i> .....	94
7.2.2.- <i>Las medidas de estabilización o de aseguramiento</i> .....	95
7.2.3.- <i>Las medidas de anticipación</i> .....	97

## CAPÍTULO II

### ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS POSIBILIDADES EXISTENTES EN LA DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE EN MATERIA CAUTELAR

<b>1.- LOS PROBLEMAS EXISTENTES EN LA DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE EN MATERIA CAUTELAR.....</b>	<b>103</b>
1.1.- INTRODUCCIÓN.....	103
1.1.- PRIMERA SOLUCIÓN POSIBLE: LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN MATERIA CAUTELAR .....	106
1.2.- SEGUNDA SOLUCIÓN POSIBLE: LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA JURISDICCIÓN ESTATAL PARA ORDENAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN .....	108
1.3.- TERCERA SOLUCIÓN POSIBLE: LA COMPETENCIA CONCURRENTES DE JUECES Y ÁRBITROS .....	112
1.4.- CUARTA SOLUCIÓN POSIBLE: LA DIVISIÓN DE PODERES ENTRE JUECES Y ÁRBITROS EN MATERIA CAUTELAR .....	113
1.4.1.- <i>Competencia atribuida en función del tipo de medida cautelar que se pretende adoptar.....</i>	<i>114</i>
1.4.2.- <i>Competencia atribuida en función del momento procesal de la solicitud .....</i>	<i>119</i>
1.4.2.1.- El criterio temporal como determinante del órgano competente en materia cautelar.....	121
1.4.2.1.a).- <i>El criterio temporal en el Reglamento de la L.C.I.A. ....</i>	<i>122</i>
1.4.2.1.b).- <i>El criterio temporal en el Reglamento de la C.C.I.: versión de 1988 y de 1998.....</i>	<i>123</i>
1.4.2.1.c).- <i>La aplicación del criterio temporal en la práctica arbitral.....</i>	<i>128</i>

1.5.- QUINTA SOLUCIÓN POSIBLE: SE GUARDA SILENCIO EN MATERIA CAUTELAR .....	131
<b>2.- LA SOLUCIÓN PREVISTA EN EL SISTEMA ESPAÑOL EN MATERIA CAUTELAR.</b>	<b>133</b>
2.1.- PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN NUESTRO SISTEMA .....	133
2.1.1.- <i>El Anteproyecto de Ley de Arbitraje española de 1988</i> .....	135
2.1.2.- <i>El silencio de la Ley de Arbitraje española de 1988 y la L.E.C. de 1881: consecuencias prácticas</i> .....	136
2.1.2.1.- La interpretación doctrinal y jurisprudencial del silencio de la L.A. en relación a la adopción de medidas cautelares .....	138
2.1.2.1.a).- <i>Interpretación doctrinal</i> .....	138
2.1.2.1.b).- <i>Interpretación jurisprudencial</i> .....	140
2.1.2.1.c).- <i>Valoración breve de la jurisprudencia existente</i> .....	142
2.1.2.1.d) <i>La tendencia actual de la jurisprudencia española: la influencia ejercida por las soluciones de Derecho comparado y las sentencias en el ámbito comunitario</i> .....	144
2.1.3.- <i>La regulación prevista en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil</i> .....	146
2.1.4.- <i>La propuesta de reforma de la Ley española de arbitraje de 1996</i> ..	152
2.1.5.- <i>El Proyecto de la nueva Ley de arbitraje española</i> .....	154
<b>3.- LA INCIDENCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LA DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE EN MATERIA CAUTELAR</b> .....	<b>155</b>
3.1.- INTRODUCCIÓN.....	155
3.2.- LA CUESTIÓN DEL VALOR DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LA PARTES A EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA O INCOMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS EN MATERIA CAUTELAR .....	161
3.2.1.- <i>La teoría de los poderes implícitos</i> .....	161
3.2.2.- <i>La teoría intermedia</i> .....	164



3.2.3.- <i>La teoría de los poderes inherentes</i> .....	168
3.2.4.- <i>A modo de conclusión</i> .....	173
3.3.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LOS JUECES EN MATERIA CAUTELAR: LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIÓN DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN MATERIA CAUTELAR .....	174
3.3.1.- <i>Argumentos a favor y en contra de la posibilidad de excluir la colaboración de los jueces en el arbitraje</i> .....	176
3.3.2.- <i>El silencio de los Convenios internacionales respecto de la cláusula de exclusión de los jueces</i> .....	179
3.4.- LÍMITES IMPUESTOS A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.	181
3.4.1.- <i>Límites impuestos por la Lex arbitri</i> .....	181
3.4.2.- <i>Límites impuestos por la Lex loci arbitri</i> .....	186

## **CAPÍTULO III**

### **LA TEORÍA DE LOS PODERES CONCURRENTES EN LA DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE EN MATERIA CAUTELAR: EL ALCANCE DE LA POTESTAD DEL ÓRGANO LEGITIMADO JUEZ/ÁRBITRO**

<b>1.- EL CAMBIO TENDENCIAL EXPERIMENTADO EN LOS ÚLTIMOS AÑOS EN MATERIA CAUTELAR EN LOS DIFERENTES SISTEMAS ESTATALES E INSTITUCIONALES DE ARBITRAJE</b> .....	197
1.1.- DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA JURISDICCIÓN ESTATAL A LA TEORÍA DE LA COMPETENCIA CONCURRENTES .....	197
<b>2.- LA TEORÍA DE LOS PODERES CONCURRENTES DE JUECES Y ÁRBITROS EN MATERIA CAUTELAR</b> .....	201

2.1.- LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL .....	202
2.1.1.- <i>La fórmula de atribución de competencia al tribunal arbitral utilizada en Derecho comparado</i> .....	202
2.1.2.- <i>La interpretación y alcance de la norma que atribuye competencia al tribunal arbitral</i> .....	208
2.2.- LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESTATAL.....	210
2.2.1.- <i>La fórmula de atribución de competencia a la jurisdicción estatal utilizada en Derecho comparado</i> .....	210
<b>3.- LA COMPATIBILIDAD DEL ARBITRAJE CON LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES ANTE LA JURISDICCIÓN ESTATAL .....</b>	<b>215</b>
3.1.- LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES A LOS JUECES EN PRESENCIA DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL NO IMPLICA UNA SUMISIÓN TÁCITA .....	216
3.2.- LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES ANTE LOS JUECES NO IMPLICA UNA RENUNCIA AL ARBITRAJE .....	218
3.3.- EL EFECTO NEGATIVO DE LA CLÁUSULA ARBITRAL Y LA TUTELA CAUTELAR .....	219
3.4.- LA ADMISIÓN GENERALIZADA DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA CLÁUSULA ARBITRAL Y LA DEMANDA DE MEDIDAS CAUTELARES ANTE LOS JUECES .....	221
3.5.- LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO VI.4 DEL CONVENIO DE GINEBRA DE 1961 .....	225
<b>4.- FIN DE LA POLÉMICA EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO II.3 DEL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958: LA LEY MODELO UNCITRAL DE 1985.....</b>	<b>229</b>
4.1.- LA ERRÓNEA Y PROBLEMÁTICA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO II.3 DEL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958 POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA.....	233

4.1.1.- <i>Los motivos que originan la errónea interpretación del art. II.3 del Convenio de Nueva York de 1958 por los tribunales americanos.....</i>	239
4.2.- PROPUESTAS DOCTRINALES DE MODIFICACIÓN DEL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958 .....	241
4.3.- LA TÓNICA SEGUIDA EN OTROS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONALES .....	242
4.4.- UNA SITUACIÓN PARALELA: EL CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS, SUSCRITO EN WASHINGTON EL 18 DE MARZO DE 1965 .....	244
<b>5.- LA LEGITIMIDAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES: VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS .....</b>	<b>248</b>
5.1.- EL FUNDAMENTO TEÓRICO DE LA LEGITIMIDAD DE LOS ÁRBITROS EN MATERIA CAUTELAR.....	250
5.2.- VENTAJAS Y LÍMITES INHERENTES A LA INSTITUCIÓN ARBITRAL EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.....	256
5.2.1.- <i>Ventajas de la adopción de las medidas cautelares por los árbitros</i>	257
5.2.2.- <i>Límites inherentes a la institución arbitral</i> .....	261
5.2.2.1.- Límites de carácter jurídico .....	262
5.2.2.1.a).- <i>Imposibilidad de proceder contra terceros ajenos al acuerdo arbitral</i> .....	262
i) Posibles soluciones ante la falta de poder de los árbitros frente a terceros .....	265
5.2.2.1.b).- <i>Ausencia de poder coercitivo</i> .....	269
i) La ausencia de poder coercitivo como posible causa de la incompetencia de los árbitros en materia cautelar .....	271
ii) Los instrumentos de coerción indirecta propios del arbitraje .....	275
iii) Posibilidad de imponer sanciones a la parte incumplidora por parte de los árbitros .....	277

5.2.2.1.c).- <i>Imposibilidad de adoptar medidas cautelares ex parte o inaudita altera parte</i> .....	281
i) Nuevas tendencias: La admisión de la posibilidad de que los árbitros adopten medidas cautelares <i>inaudita altera parte</i> .....	284
ii) Conclusión .....	288
5.2.2.2.- Límites de carácter material .....	289
5.2.2.2.a).- <i>Imposibilidad de adoptar medidas cautelares por los árbitros antes de la constitución del tribunal arbitral</i> .....	289
5.2.2.2.b).- <i>Mecanismos complementarios al arbitraje</i> .....	294
i) El <i>Referee Pre-Arbitral</i> de la C.C.I. ....	295
ii) <i>Optional Rules for Emergency Measures of Protection</i> en el seno de la Asociación Americana de Arbitraje. ....	299
iii) <i>Emergency Relief Rules</i> en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (O.M.P.I.) .....	300
iv) Asociación Italiana para el Arbitraje .....	305
<b>6.- EL PAPEL COMPLEMENTARIO O DE ASISTENCIA DE LOS JUECES: SU LEGITIMIDAD PARA INTERVENIR EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES ...</b>	<b>306</b>
6.1.- LA DISTINCIÓN ENTRE EL PODER DECLARATIVO Y EL PODER EJECUTIVO EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.....	313
6.2.- VENTAJAS DE LA ADOPCIÓN POR LOS JUECES .....	320
6.3.- INCONVENIENTES QUE PLANTEA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN POR LOS JUECES .....	324
6.4.- EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA COLABORACIÓN DE LOS JUECES EN MATERIA CAUTELAR.....	327
6.5.- EL RESPETO DE LOS ÁRBITROS HACIA LAS ÓRDENES EN MATERIA CAUTELAR DICTADAS PREVIAMENTE POR LOS JUECES .....	332
6.6.- DETERMINACIÓN DEL JUEZ COMPETENTE PARA ADOPTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES O PROVISIONALES .....	334

6.7.- CONCLUSIONES.....	338
<b>7.- MECANISMOS PARA EVITAR UNA POSIBLE DUPLICIDAD DE DECISIONES EN MATERIA CAUTELAR .....</b>	<b>339</b>

## **CAPÍTULO IV**

### **LA PROBLEMÁTICA DE LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS ÓRDENES DICTADAS EN MATERIA CAUTELAR: LOS TRABAJOS DE LA UNCITRAL EN MATERIA CAUTELAR**

<b>1.- LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS ÓRDENES EN MATERIA CAUTELAR .....</b>	<b>347</b>
1.1.- LA EFICACIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR LA JURISDICCIÓN ESTATAL.....	349
1.1.1.- <i>Problemática planteada en torno a la ejecución de las medidas cautelares ordenadas por un juez en apoyo de un procedimiento arbitral: La ausencia de un régimen convencional aplicable .....</i>	<i>351</i>
1.1.2.- <i>La solución prevista en el sistema alemán o el griego como modelo a seguir.....</i>	<i>353</i>
1.1.3.- <i>Las medidas cautelares y el Convenio de Bruselas de 1968, actual Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.....</i>	<i>355</i>
1.1.3.1.- <i>El asunto Van Uden v. Deco Line.....</i>	<i>356</i>
1.2.- LA EFICACIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ACORDADAS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL.....	363
1.2.1.- <i>Posibles vías para la obtención de eficacia de las órdenes arbitrales en materia cautelar .....</i>	<i>366</i>

1.2.1.1.- Cumplimiento voluntario del sujeto pasivo de la medida cautelar .....	367
1.2.1.2.- La solicitud de colaboración a los órganos jurisdiccionales estatales para la ejecución de una medida acordada por el tribunal arbitral.....	369
1.2.1.2.a).- <i>Los ordenamientos jurídicos que condicionan la ejecución judicial de una medida cautelar acordada por un tribunal arbitral .....</i>	370
1.2.1.2.b).- <i>Supuestos en que se limita la colaboración judicial a los arbitrajes celebrados en el Estado a que el juez pertenece .....</i>	376
1.2.1.2.c).- <i>El sistema alemán de nuevo como modelo a seguir: el carácter ejecutivo de las órdenes en materia cautelar.....</i>	377
1.2.1.2.d).- <i>La solución prevista en el sistema español.....</i>	381
1.2.1.2.e) <i>Conclusión .....</i>	382
1.2.1.3.- Solicitud <i>ex novo</i> de la medida cautelar ante los tribunales estatales.....	382
1.2.2.- <i>Conclusión .....</i>	385
1.2.3.- <i>Formas que pueden adoptar las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral.....</i>	386
1.2.3.1.- Forma de laudo provisional .....	388
1.2.3.1.a).- <i>Problemática en torno a la posibilidad de incluir los laudos parciales en el ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York de 1958 .....</i>	389
1.2.3.1.b).- <i>Las soluciones adoptadas a nivel institucional y en Derecho comparado.....</i>	393
1.2.3.1.c).- <i>Los problemas de eficacia de los laudos parciales .....</i>	394
1.2.3.2.- Forma de recomendación u orden.....	398
<b>2.- LA FUTURA RESPUESTA INSTITUCIONAL: LOS TRABAJOS DE LA UNCITRAL .....</b>	<b>400</b>
2.1.- CREACIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE ARBITRAJE Y LAS DISTINTAS MATERIAS A TRATAR .....	400

2.2.- EL TEXTO DEL PROYECTO DE REFORMA DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY MODELO UNCITRAL .....	403
2.3.- LA POSIBILIDAD DE QUE UN TRIBUNAL ARBITRAL DICTE MEDIDAS <i>INAUDITA ALTERA PARTE</i> .....	405
2.4.- EL PROYECTO DE ARTÍCULO EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ORDENADAS POR UN TRIBUNAL ARBITRAL .....	408
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>415</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>431</b>
<b>JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>461</b>







## SIGLAS, ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS UTILIZADOS

A.A.A.	American Arbitration Association
All En. Rep.	The All England Law Reports
Am. Jour. Com. Law	American Journal of Comparative Law
<i>Am. Jour. Int. Law</i>	American Journal of International Law
AP	Audiencia Provincial
<i>Arb. Dis. Res. Law Jour.</i>	Arbitration & Dispute Resolution Law Journal
<i>Arbitration</i>	The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators
<i>Arb. Int.</i>	Arbitration International
Art./arts.	Artículo/artículos
Art. cit.	Artículo doctrinal citado
AA.VV.	Autores varios
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado
<i>Brit. Year. Int. L.</i>	British YearBook of International Law
<i>Bull. C.C.I./C.I.A.</i>	Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de Paris
<i>Bull. Civ.</i>	Bulletin Civile
<i>Bull. Arr. C. Cass.</i>	Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation
C.	Contra
C.C.I.	Cámara de Comercio Internacional
C.G.P.J.	Consejo General del Poder Judicial
C.I.A.C.	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial
Cir.	Circuito
C.I.R.D.I.	Centro Internacional de Resolución de Diferencias

	relativas a Inversiones
C.N.U.D.M.I.	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
C.N.Y.	Convenio de Nueva York de 1958
Co.	Company
<i>Colum. Jour. Trans. Law</i>	Columbia Journal of Transnational Law
<i>Cornell Int. Law Jour.</i>	Cornell International Law Journal
<i>Dir. Com. Int.</i>	Diritto del Commercio Internazionale
D.O.C.E.	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
<i>Diput. Res. Jour.</i>	Dispute Resolution Journal
<i>Dr. Pr. Com. Int.</i>	Droit et Pratique du Commerce International
Ed.	Editorial
Ej.	Ejemplo
<i>Elec. Jour. Comp. Law.</i>	Electronic Journal of Comparative Law
Esp.	Especialmente
Etc.	Etcétera
Fasc.	Fascículo
F.	Federal
F.A.A.	Federal Arbitration Act
<i>Ford. Law Rev.</i>	Fordham Law Review
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
H.K.I.A.C.	Hong Kong International Arbitration Centre
<i>Jur.-Cl. Dr. Int.</i>	Juris-Classeur de Droit International
<i>Jur.-Cl. Proc. Civ</i>	Juris-Classeur de Procedure Civile
<i>Int. Arb. Law Rev.</i>	International Arbitration Law Review

I.L.A.	International Law Association
<i>Int. Bus. Law.</i>	International Business Lawyer
<i>Int. Bus. Law Jour.</i>	International Business Law Journal
<i>Int. Com. Law. Quar.</i>	International Comparative Law and Quarterly
<i>Int. Constr. Law &amp; Fin. Rev.</i>	International Construction and Finance Law Review
<i>Int. Constr. Law Rev.</i>	International Construction Law Review
<i>I.S.C.I.D. Rev.-For. Inv. Law Jour.</i>	ISCID Review of Foreign Investment Journal
<i>J.D.I.</i>	Journal de Droit International
<i>Jour. Int. Arb.</i>	Journal of International Arbitration
<i>J.-Cl. Dr. Int.</i>	Jurisclasseur de Droit International
JPI	Juzgado de Primera Instancia
<i>La Ley</i>	Revista Jurídica Española, la Ley
L.A.	Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje
L.C.I.A.	London Court of International Arbitration
L.D.I.P.	Ley de Derecho Internacional Privado
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil
<i>Lloyd's Mar. &amp; Com. Law Quar.</i>	Lloyd's Maritime and Comparative Law Quarterly
<i>McG. Law Jour.</i>	McGill Law Journal
<i>Meal. Int. Arb. Rep.</i>	Mealey International Arbitration Report
nº	Número
Núm.	Número
N.C.P.C.	Nouveau Code de Procedure Civile
N.D.C.	Northern District of California
NN.UU.	Naciones Unidas

O.M.P.I.	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
op. cit.	Obra citada
Pág./Págs.	Página/Páginas
R.A.	Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi)
<i>R. des C.</i>	Recueil des Cours de la Académie de Droit International de la Haye
<i>Rec. Trav. Suis. Arb. Int.</i>	Recueil des Travaux Suisses sur l'Arbitrage International
<i>R.J.</i>	Repertorio de Jurisprudencia (Base de datos Aranzadi)
<i>R.C.E.A.</i>	Revista de la Corte Española de Arbitraje
<i>R.E.D.I.</i>	Revista Española de Derecho Internacional
<i>Rev. Arb.</i>	Revue de l'Arbitrage
<i>Rev. Crit. Dr. Int. Pr.</i>	Revue Critique de Droit International Privé
<i>Rev. Dr. Aff. Int.</i>	Revue de Droit des Affaires Internationales
<i>Rev. Dr. Int. Dr. Comp.</i>	Revue de Droit International et de Droit Comparé
<i>Rev. Der. Proc.</i>	Revista de Derecho Procesal
<i>Rev. Fr. Th. Jur.</i>	Revue Française de Théorie juridique
<i>Rev. Suis. Dr. Int. Dr. Eur.</i>	Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen
<i>Rev. Tr. Dr. Civ.</i>	Revue Trimestrale de Droit Civile
<i>Rev. Vas. Der. Proc. Arb.</i>	Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje
<i>R.G.D.</i>	Revista General de Derecho
<i>Rev. Jur. Cat.</i>	Revista Jurídica de Cataluña
<i>Rev. Der. Proc. Iber.</i>	Revista de Derecho Procesal Iberoamericana
<i>R.X.G.</i>	Revista Xuridica Gallega
<i>Riv. dell'Arb.</i>	Rivista dell'Arbitrato

<i>Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.</i>	Rivista Trimestrale de Diritto Processuale Civile
<i>Riv. Dir. Int. Priv. Proc.</i>	Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale
<i>Riv. Dir. Proc</i>	Rivista de Diritto Processuale
Sent.	Sentencia
S.D.N.Y.	Southern District of New York
ss.	Siguientes
TC	Tribunal Constitucional
<i>Tex. Int. Law. Jour.</i>	Texas International Law Journal
T.J.C.E.	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
<i>Trib. Jus.</i>	Tribunales de Justicia
TS	Tribunal Supremo
<i>Tul. Law Rev.</i>	Tulane Law Review
U.E.	Unión Europea
UNCITRAL	United Nations Commision of International Trade Law
V.	Versus
Vid.	Véase
<i>Virg. Jour. Int. Law</i>	Virginia Journal of International Law
Vol./Vols.	Volumen/Volúmenes
W.I.P.O.	World Intellectual Property Organization
W.G.	Working Group
World Arb. & Med. Rep.	World Arbitration and Mediation Repport
World. Tr. & Arb. Mat.	World Trade and Arbitration Materials
Will. Law. Rev.	Willanette Law Review
W.P.	Working Paper

Year. Com. Arb.

YearBook of Commercial Arbitration

ZPO

Zivilprozessordnung

*ZZP Int.*

Zeitschrift für Zivilprozeb International







## INTRODUCCIÓN

Los fuertes intereses económicos que cada día se mueven alrededor del comercio internacional junto a la creciente complejidad de las relaciones comerciales han impulsado, desde hace tiempo, la búsqueda de fórmulas alternativas a la justicia nacional altamente especializadas. En la actualidad nadie cuestiona ya que el arbitraje sea una de las mejores y más adecuadas fórmulas para resolver los litigios transfronterizos surgidos al hilo de las operaciones comerciales internacionales. El afán por conseguir soluciones adaptadas a las particularidades del comercio internacional y de sus operadores, así como a las exigencias de rapidez y neutralidad reclamadas para la resolución de este tipo de conflictos han convertido al arbitraje en una institución que funciona de forma voluntaria en más del 90% de los casos que se plantean.

Ahora bien, tan incuestionable resulta la relevancia del arbitraje comercial internacional en cuanto mecanismo de resolución de controversias, como la existencia de importantes problemas teóricos y prácticos que le acompañan y que están todavía sin resolver, reclamando desde antaño una solución efectiva. Especialmente por lo que a nuestro sistema se refiere.

Qué duda cabe que la parte que estima que no va a ver satisfechas sus expectativas en un proceso, ya sea judicial o arbitral, intentará torpedearlo al máximo utilizando para ello todos los mecanismos a su alcance. En consecuencia, la adopción de medidas de aseguramiento en apoyo de un procedimiento arbitral será imprescindible -al igual que ocurre en el ámbito judicial- para restablecer el equilibrio entre las partes hasta que éste sea resuelto. La adopción de una medida de esta índole puede ser requerida tanto durante el desarrollo del procedimiento como

una vez finalizado éste y estando ya pendiente la ejecución del laudo. E, incluso, antes de su inicio.

No debemos olvidar, por otra parte, que el arbitraje está sometido, por su misma naturaleza, a toda una serie de límites que son inherentes a la propia institución, tales como la ausencia de poder coercitivo o la imposibilidad de dirigirse contra terceras partes ajenas al acuerdo arbitral, limitaciones que derivan de su fundamento puramente contractual. Es por ello que la institución no puede funcionar de forma independiente y autónoma, siendo imprescindible la cooperación de los jueces en determinadas fases del procedimiento arbitral. Es precisamente esta colaboración entre ambas instituciones la que convierte al arbitraje en una auténtica alternativa a la resolución judicial de las controversias. Se impone abandonar, de una vez por todas, la tradicional concepción del arbitraje como una institución considerada intrusista en el ámbito jurisdiccional para afianzar la idea de complementariedad entre una y otra.

La necesaria conexión entre la justicia arbitral y la nacional se observa especialmente en el complejo tema de las medidas cautelares o provisionales dictadas en apoyo de un procedimiento arbitral, habida cuenta de las dificultades para hacerlas efectivas en la práctica con la consecuente inseguridad jurídica que ello puede suponer. Son muchas y de diversa índole las cuestiones que, a pesar de su enorme relevancia, siguen sin respuesta, lo que se traduce en graves trastornos para los operadores del comercio internacional y para el desarrollo mismo de la justicia.

Sin ir más lejos, qué hacer, por ejemplo, si una empresa constructora paraliza las obras por falta de acuerdo en determinadas cuestiones con la promotora, implicando dicha suspensión un posible riesgo inminente para la seguridad ciudadana, por cuanto que comienza la época de lluvias y pelagra la estabilidad de la estructura ya realizada. ¿Y si una de las partes involucradas en un conflicto surgido en el ámbito

del comercio internacional pretende hacer desaparecer su patrimonio mediante una transferencia de fondos al extranjero para evitar que un laudo arbitral –dictado en su contra- pueda hacerse efectivo? ¿quién estará legitimado para ordenar una medida de protección en relación con un procedimiento arbitral? ¿el árbitro? por ser quien está conociendo del fondo del asunto ¿o, por el contrario, el juez? que es quien dispone de la prerrogativa del poder público; ¿Qué sucede si una medida para ser efectiva debe dirigirse contra un tercero ajeno al convenio arbitral? ¿Cómo se articula correctamente la intervención del juez antes, durante y después de un procedimiento arbitral? Y, sobre todo, ¿Cómo frenar, por ejemplo, el uso de tácticas dilatorias por una de las partes? ¿Qué tipo de medidas se ajustan más y mejor a los problemas concretos que se van planteando en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales? ¿Qué presupuestos o requisitos se exigen para adoptar las medidas cautelares en apoyo del arbitraje? ¿influye de algún modo en la determinación de estos requisitos el hecho de que nos encontremos ante un procedimiento arbitral? ¿Son éstos de obligado cumplimiento?

Estas y muchas más son las preguntas que, hoy por hoy, están en la mesa de trabajo del legislador, tanto institucional como nacional, pero que, sobre todo, justifican la elaboración del presente trabajo. Efectivamente, en los últimos años hemos sido testigos de la frenética actividad legislativa por parte de organismos especializados en el derecho mercantil internacional, en particular de la CNUDMI. Dicha actividad llevó en su momento a elaborar una -ya famosa- Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de 1985, -que como veremos en su momento- se ha convertido en fuente de inspiración de muchas reformas de leyes estatales en la materia en los últimos años. Se demuestra, así, el papel esencial de la CNUDMI y su enorme influencia en la configuración del arbitraje.

Sin embargo, la misma Ley Modelo de la CNUDMI ha puesto de manifiesto la existencia de lagunas y deficiencias en su regulación en

relación con muchas de las cuestiones a las que nos acabamos de referir. Este es precisamente el motivo que llevó a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en 1999 a tomar la decisión de seguir elaborando normas en materia de arbitraje creando a tal efecto “un grupo de trabajo sobre arbitraje”. Este grupo debate en la actualidad la conveniencia de una modificación de dicha Ley Modelo como forma de hacer frente a todos los problemas que se suscitan en torno a la adopción de las medidas cautelares, en cuanto tema candente y prioritario del arbitraje comercial internacional. De hecho, han elaborado ya una propuesta de reforma dirigida a paliar los numerosos inconvenientes que en la práctica se plantean.

La indudable trascendencia práctica de las medidas cautelares constituye también una de las razones de peso para reformar nuestra Ley de arbitraje de 1988, poniéndose a menudo de relieve el carácter incompleto de la regulación actual, así como su falta de adecuación a las exigencias del arbitraje comercial internacional. Ley que, por otro lado y como es bien sabido, frustró muy pronto las esperanzas con las que se había elaborado. Tampoco las modificaciones introducidas en materia cautelar en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil han satisfecho todas las carencias existentes en este punto, de ahí la necesidad de impulsar la reforma de nuestra Ley de arbitraje.

Resulta conveniente llamar la atención sobre un dato esencial en este sector y que alude a la progresiva consolidación del arbitraje en la práctica del comercio internacional. España, por su parte, no ha sido nunca un país con una cultura arbitral arraigada, caracterizándose tradicionalmente por una cierta desconfianza hacia el arbitraje como método de resolución de conflictos. En este sentido, el recurso al mismo era entendido como un mecanismo a través del cual los operadores económicos internacionales trataban de eludir la jurisdicción estatal. No obstante, esta concepción tan negativa de la institución arbitral ya ha sido superada y se camina hacia el afianzamiento de una cultura arbitral en

nuestro país. Ello no es sino un claro reflejo de lo que está aconteciendo con carácter general en la práctica del comercio internacional en los países de nuestro entorno.

Todo ello ha justificado la formación de una Comisión de Reforma creada con el fin de realizar una ley marco de arbitraje basada en la Ley modelo de arbitraje de 1985 y al hilo de las demás reformas elaboradas en otros países europeos. Una reforma, por otra parte, necesaria no sólo para adaptarse a las exigencias del tráfico comercial internacional, sino también para ajustarse a las reglas incorporadas por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que ha introducido una normativa nueva para el arbitraje, concretamente en materia de adopción de medidas cautelares asociadas a un procedimiento de arbitraje.

Uno de los objetivos que ha impulsado esta voluntad de reforma es el interés en potenciar el arbitraje dentro y fuera de nuestras fronteras. Subsannando, al mismo tiempo, las deficiencias de que adolece la Ley española de arbitraje de 1988 y poniendo fin, de una vez por todas, al elevado nivel de inseguridad jurídica que la misma provoca en los operadores del comercio internacional en España. Hecho que, sin lugar a dudas, se convierte en un factor esencial en la inexistente práctica arbitral internacional en nuestro país.



## *CAPÍTULO I*

# **EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y SU INTERACCIÓN CON LA JURISDICCIÓN ESTATAL: ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES**





## **1.- Introducción**

El incremento actual tanto cualitativo como cuantitativo del tráfico comercial internacional -en el que España participa de forma creciente- genera, a su vez, un gran número de conflictos que se caracterizan fundamentalmente por su complejidad, amén de afectar a sujetos e intereses situados en diferentes Estados. Para hacer frente a los mismos, sin paralizar el curso normal de las relaciones comerciales, se hace imprescindible contar con un mecanismo de resolución de controversias altamente especializado, así como rápido y eficaz. A tal efecto, el arbitraje se erige como la vía habitualmente elegida por las partes para resolver las diferencias que surgen en este ámbito del derecho.

No obstante, como veremos más adelante, el arbitraje está sometido a toda una serie de límites que son inherentes a la propia institución dependiendo, a menudo, su efectividad de la cooperación de la jurisdicción estatal.

## **2.- La necesaria intervención jurisdiccional en las diferentes fases del procedimiento arbitral**

Con el objeto de que el arbitraje constituya una vía de resolución de controversias tan eficaz o incluso más que la judicial se hace imprescindible, en algunas ocasiones, la asistencia de los jueces. Tanto es así que, a lo largo del desarrollo del procedimiento arbitral, e incluso antes de que éste se inicie, puede resultar imprescindible la intervención de los jueces. Ya sea -entre otras razones- para la realización de una prueba, ya sea para la adopción de una medida cautelar. De todos modos, esto no significa que siempre y en todo caso los jueces tengan

que cooperar, lo harán únicamente cuando los árbitros no puedan resolverlo por sí mismos. Las causas que justifican esta necesaria asistencia judicial se abordan en el Capítulo III de este trabajo<sup>1</sup>.

Debemos realizar una distinción fundamental en lo referente a la naturaleza de la intervención de los jueces en el arbitraje. Así, los órganos jurisdiccionales pueden participar de dos formas bien distintas: una con carácter de apoyo y, otra, con el objeto de realizar una especie de control sobre el mismo. En el primer grupo se incluye la colaboración de los jueces en la organización y desarrollo del arbitraje en todas sus fases, a saber, en el período previo a la constitución del tribunal, durante el desarrollo de todo el procedimiento y, una vez finalizado éste, si surge la necesidad de adoptar una medida de protección.

Por lo que respecta a la labor de control que pueden desarrollar los jueces sobre el arbitraje ésta se admite únicamente en dos supuestos. En primer lugar, en vía de recurso, ya sea de anulación o el extraordinario de revisión. Y, también, por supuesto, a la hora de reconocer y ejecutar un laudo arbitral en otro Estado<sup>2</sup>. Ahora bien, el hecho de que los jueces puedan ejercer este control sobre el arbitraje, no implica, en ningún caso, un examen sobre el fondo del asunto. La competencia del órgano estatal queda limitada a verificar la concurrencia de las condiciones de las que se hace depender el reconocimiento y la ejecución de laudo, así como las previstas para la anulación del mismo. Circunstancias todas ellas de carácter objetivo.

---

<sup>1</sup> Vid. el epígrafe 5.2.2 del Capítulo III de este trabajo donde se exponen los límites inherentes a la institución arbitral, págs. 261 y ss.

<sup>2</sup> GOLDMAN, B.: "The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective", en *60 Years of I.C.C. Arbitration. A look at the future*, París, Litec, 1984, pág. 275.

## **2.1.- La intervención del juez en la fase previa a la iniciación del procedimiento arbitral**

### **2.1.1.- La formalización judicial del nombramiento de los árbitros**

Una de las fases en que puede ser imprescindible la intervención de los jueces refiere al nombramiento de los árbitros para el caso en que, llegado el momento, las partes no se pongan de acuerdo. La designación de los árbitros es una cuestión fundamental en el arbitraje por varias razones. En primer lugar, porque es precisamente la aceptación del mandato por parte de los árbitros lo que marca el inicio del procedimiento arbitral a todos los efectos. Y, en segundo lugar, porque son ellos y sólo ellos los que están legitimados para resolver el fondo del litigio por atribución expresa de las partes.

Prácticamente todos los sistemas de arbitraje, así como también los diferentes convenios internacionales otorgan amplia autonomía a las partes a efectos de la constitución del tribunal arbitral<sup>3</sup>. Esta libertad alcanza, no sólo a la determinación del número de árbitros, sino también a la concreción de quién estará legitimado para nombrarlos. La designación de los mismos podrá realizarse bien directamente por las partes, bien de forma indirecta remitiendo a lo dispuesto en el reglamento de alguna institución arbitral.

En la práctica, este procedimiento de designación judicial de los árbitros suele darse con mayor frecuencia en el arbitraje *ad hoc*, pues en

---

<sup>3</sup> Así se dispone expresamente en el artículo V.1 d) del Convenio de Nueva York de 1958, así como en el artículo IV.1 del Convenio de Ginebra de 1961.

el institucional es el propio reglamento el que prevé las pautas a seguir para el caso en que las partes no se pongan de acuerdo al respecto<sup>4</sup>.

En el procedimiento arbitral, al igual que ocurre en el ámbito judicial, las partes pueden intentar obstaculizar y paralizar el desarrollo del mismo, por ejemplo, negándose a cumplir con la función de designar un árbitro o, incluso oponerse al que ha nombrado la otra parte. En efecto, a pesar de que el arbitraje se caracteriza por ser una vía de resolución de conflictos mucho más rápida que la estatal, es posible que alguna de las partes ponga obstáculos en el nombramiento de los árbitros como táctica dilatoria para retrasar el proceso. En este sentido, el nombramiento judicial de los árbitros -también denominado la formalización judicial del arbitraje- tiene como finalidad última “limitar la capacidad de obstrucción de las partes”<sup>5</sup>.

Asimismo, puede que no lleguen a un acuerdo por la falta de consenso de los propios árbitros, tal sería el caso cuando se trate de un tribunal arbitral compuesto de tres árbitros y cada una de las partes haya elegido a uno de ellos. En la hipótesis de que éstos dos no consigan determinar el tercer miembro, también serán los jueces quienes lo hagan<sup>6</sup>.

Es de señalar que no se procederá a la formalización judicial cuando los árbitros, designados bien directamente por las partes, bien indirectamente a través de una institución arbitral, no aceptasen la misión que se les ha encomendado o quedaren imposibilitados para

---

<sup>4</sup> LORCA NAVARRETE, A.M.: *Manual de Derecho de arbitraje. Manual teórico práctico de jurisprudencia arbitral española*, Madrid, Dykinson, 1997, pág. 641.

<sup>5</sup> ESPLUGUES MOTA, C.: “El juez y el árbitro en el Arbitraje comercial internacional”, *Cuadernos de Derecho judicial (I): Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Madrid, C.G.P.J., 1997, pág. 20.

<sup>6</sup> GOLDMAN, B.: “The Complementary Roles ...”, art. cit., pág. 275.

cumplir dicha función. En estos casos, salvo que las partes lleguen a un acuerdo, quedará expedita la vía judicial<sup>7</sup>.

En efecto, cuando las partes no lleguen a un acuerdo en la designación de los árbitros en un arbitraje *ad hoc* por la razón que sea, cabe dos posibilidades. La primera, que sean los jueces quienes procedan a su nombramiento. La segunda, que las partes hayan previsto en la propia cláusula arbitral una autoridad para que sea ésta quien realice la designación para el caso de desavenencia. Esta última posibilidad ha sido entendida por algunos autores como un paso hacia adelante en la configuración del arbitraje como un mecanismo de resolución de conflictos autosuficiente y, que va adquiriendo cada vez más independencia frente a la jurisdicción estatal<sup>8</sup>.

La diferencia esencial entre una y otra radica en la fuente de poder de unos órganos y otros. En cuanto que el poder del juez deriva de la propia Ley, mientras que el poder de la autoridad designada para el nombramiento viene conferido por las partes. De modo que la responsabilidad, el poder y la naturaleza de la decisión variará según estemos en un caso o en otro.

En el supuesto que las partes elijan a un órgano determinado para que proceda al nombramiento de los árbitros en caso de desacuerdo, ¿qué ocurrirá si éste incumple su tarea sin causa justificada o fuerza mayor? Parece ser que en esas circunstancias la mayor parte de los sistemas optan por admitir la asistencia judicial para actuar en defecto

---

<sup>7</sup> El artículo 38.2 de la Ley de Arbitraje española, de 5 de diciembre de 1988 dispone: *“No obstante, no procederá la formalización judicial del arbitraje si los árbitros hubieren sido designados directamente por las partes y todos o alguno de ellos no aceptasen o se imposibilitasen para emitir el laudo o si la Corporación o Asociación a la que se encomendó la administración del arbitraje no aceptase el encargo. En estos casos, salvo que las partes lleguen a un acuerdo, quedará expedita la vía judicial para la resolución de la controversia”*.

<sup>8</sup> VARADY, T. – BARCELÓ, J. – VON MEHREN, A.: *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, U.S.A., West Group, 1999, pág. 349.

de los órganos elegidos por las partes<sup>9</sup>. Con anterioridad, aunque sólo en alguna ocasión se ha declarado la ineficacia de una cláusula arbitral por entender que la elección de la autoridad encargada del nombramiento implicaba una exclusión de los jueces a tal efecto<sup>10</sup>.

De hecho, la segunda opción es el único remedio que existe cuando alguna de las partes se muestre reticente a cooperar en esta fase inicial del arbitraje y la ley que regule el procedimiento arbitral no prevea la asistencia judicial en tales situaciones<sup>11</sup>. No obstante, lo cierto es que prácticamente todos los sistemas de arbitraje, ya sean estatales o institucionales, admiten la cooperación judicial en tales supuestos.

La cuestión que se plantea es si el juez antes de proceder al nombramiento de los árbitros debe analizar si existe una cláusula de arbitraje válida o no. De acuerdo con este planteamiento, si el juez llegara a la conclusión de que la cláusula de arbitraje es manifiestamente nula podría negarse a elegir a los miembros del tribunal arbitral. Para poder responder correctamente a esta pregunta es necesario resaltar dos cuestiones básicas. Por un lado, no cabe la menor duda de que si el convenio arbitral es nulo no puede tener lugar el arbitraje, de ahí que carezca de sentido nombrar a los árbitros en tales circunstancias. Pero, por otro lado, no es menos cierto que son los árbitros los encargados de comprobar y controlar su propia competencia, a través de la verificación de la validez de la cláusula arbitral que es, en definitiva, la fuente de su poder.

---

<sup>9</sup> El artículo 11 de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 prevé: “(...) si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el Tribunal u otra autoridad competente (...)”. Asimismo el artículo 6.4 de la Ley de arbitraje inglesa dispone .

<sup>10</sup> Sent. TS Alemán, de 4 de abril de 1958, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1958, pág. 1148.

La respuesta variará según hayan sido las partes quienes hayan designado las autoridades que procederán al nombramiento o si son los jueces, por ministerio de la ley, quienes lo realizan. En la primera de las hipótesis, parece que no entra dentro de las atribuciones del poder de estos órganos comprobar la validez o nulidad de la cláusula de arbitraje<sup>12</sup>. Por el contrario, cuando las partes no se han manifestado sobre esta cuestión y en caso de desavenencia es el juez quien coopera en el arbitraje designando a los miembros del tribunal, si que resultará razonable admitir su negativa al nombramiento por encontrarse ante una cláusula ineficaz<sup>13</sup>.

Esta solución se estima razonable por cuanto que proceder al nombramiento de los árbitros cuando estemos en presencia de una cláusula arbitral nula, implicaría una pérdida de tiempo y de dinero totalmente innecesaria. No obstante, hay autores que no son partidarios de admitir esta posibilidad en ningún caso<sup>14</sup>. El sistema holandés de arbitraje, por ejemplo, se muestra en esta línea, impidiendo expresamente que un juez entre a valorar la validez o nulidad de la cláusula arbitral como cuestión previa a la designación de los árbitros<sup>15</sup>. En sentido contrario se manifiesta la Ley suiza de Derecho internacional privado que contiene las normas relativas al arbitraje internacional en el Capítulo 12 de la misma afirmando en el párrafo 3º del artículo 179 que “cuando un juez es llamado a intervenir para nombrar un árbitro, debe

---

<sup>11</sup> VARADY, T. – BARCELÓ, J. – VON MEHREN, A.: *International Commercial Arbitration ...*, op. cit., pág. 348.

<sup>12</sup> VARADY, T. – BARCELÓ, J. – VON MEHREN, A.: *International Commercial Arbitration ...*, op. cit., pág. 350.

<sup>13</sup> FOUCHARD, Ph.: “Les institutions permanentes d’arbitrage devant le juge étatique (À propos d’une jurisprudence récente)”, *Rev. Arb.*, 1987, nº3, págs. 191 y 194.

<sup>14</sup> MANN, H.: “State Contracts in International Arbitration”, *Brit. Year. Int. L.*, 1967, pág. 25.

<sup>15</sup> El artículo 1027 párrafo 4 de la Ley holandesa de Arbitraje de 1986 dispone que: “El Presidente del Tribunal del Distrito o la tercera persona designada por las partes deberá nombrar al árbitro o árbitros, con independencia de que la cláusula arbitral sea válida o no”.



*realizar dicho nombramiento, salvo que se demuestre que no existe un acuerdo arbitral entre las partes*<sup>16</sup>. Igualmente se pronuncia la Ley portuguesa de arbitraje en el artículo 12.5<sup>o</sup><sup>17</sup>.

### **2.1.2.- La adopción de medidas cautelares**

La intervención de los jueces en la adopción de medidas cautelares suele ser bastante habitual debido a la existencia de unos límites inherentes a la propia institución arbitral<sup>18</sup>. No obstante, como esta cuestión constituye el tema objeto de este trabajo, nos limitaremos a remitir al resto de Capítulos para un análisis exhaustivo del mismo.

## **2.2.- La intervención del juez durante el desarrollo del procedimiento arbitral**

### **2.2.1.- La realización de las pruebas**

Otra de las fases en la que es posible que los jueces intervengan en el arbitraje -en el sentido de cooperar- es en la realización de las pruebas. Desde el punto de vista institucional y convencional, ha sido en los últimos quince años cuando se le ha empezado a prestar atención a

---

<sup>16</sup> Artículo 179 del capítulo 12 de la Ley Federal Suiza de Derecho internacional privado de 1986.

<sup>17</sup> Artículo 12 párrafo 5º de la Ley de Arbitraje portuguesa de 29 de agosto de 1986, en vigor desde el 29 de noviembre de 1986: *“Si el acuerdo arbitral es manifiestamente nulo, el tribunal deberá declarar que el nombramiento de los árbitros y la especificación del objeto del litigio no tendrá lugar”*.

<sup>18</sup> Vid. el epígrafe 5.2.2 del Capítulo III de este trabajo, págs. 261 y ss.

esta cuestión<sup>19</sup>. Sin embargo, en la actualidad presenta una gran importancia en la realidad práctica del arbitraje comercial internacional.

No existe unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia acerca de la caracterización del derecho de la prueba, en cuanto a si constituye una cuestión meramente sustantiva o puramente procesal. En los países de tradición romanista, todas las cuestiones relativas a la admisibilidad de la prueba, así como el valor que se le atribuye a la misma, se considera que forma parte del derecho sustantivo. Mientras que, lo referente a la administración y realización de la prueba constituye una cuestión de carácter procesal<sup>20</sup>.

Al margen de este asunto que no deja de ser más teórica, hay que resaltar que, en la práctica, la mayor parte de los sistemas se centran más en los aspectos procesales que sustantivos.

La realización de las pruebas en un proceso arbitral puede materializarse de una de estas tres formas. En primer lugar, mediante la presentación de documentos, que tienen por objeto sostener las pretensiones de las partes. En segundo lugar, a través de la toma de declaración de testigos o mediante la audiencia de las propias partes. Y, finalmente, nombrando a expertos<sup>21</sup>. Con carácter general, el valor que se atribuye a las pruebas practicadas, en la mayoría de los sistemas, se determina libremente por el árbitro, es decir, que suelen ser de libre apreciación por el mismo. La utilización de uno u otro medio de prueba suele variar según se trate de países de *Common Law* o de *Civil Law*.

---

<sup>19</sup> I.B.A. Rules of Evidence, adoptadas por la International Bar Association el 28 de mayo de 1983, como reglas complementarias en la práctica de las pruebas en el Arbitraje Comercial internacional; *I.C.C. Colloquium on Taking Evidence in International Arbitral Proceedings*, I.C.C. publishing S.A., París 1990.

<sup>20</sup> EIJSVOOGEL, P.V.: "General Syntesis Report", en *Evidence in International Arbitration Proceedings*, EIJSVOOGEL, P.V. (ed.), Londres, Graham Trotman, 1994, pág. 5.

<sup>21</sup> BERNARD, T.: "The Administration of Evidence in Countries of Civil Law", en *Evidence in International ...*, op. cit., pág. 23.

Por ejemplo, el nombramiento de expertos suele ser la vía habitualmente utilizada en el primer caso<sup>22</sup>, mientras que en los países de *Common Law* raramente se utiliza<sup>23</sup>.

La pregunta que debemos plantearnos es cuál es el alcance del poder de investigación de que dispone el árbitro, en el sentido de si goza de los mismos poderes que un juez respecto de un procedimiento judicial. Obviamente la respuesta es negativa. Ello es debido fundamentalmente a los -ya mencionados- límites a que está sometida la institución arbitral. De modo que, en determinadas ocasiones, será imprescindible solicitar la asistencia judicial para que pueda desarrollarse con éxito la fase probatoria. La importancia de radica, entre otras cosas, en que el resultado final del proceso puede depender en gran medida de las pruebas que cada una de las partes aporte.

En este sentido, los jueces pueden ser llamados a intervenir en cualquiera de las tres modalidades probatorias que hemos visto. Así, si el árbitro ordena a alguna de las partes que presente en el proceso documentos que obran en su poder y la parte requerida se niega a aportarlos de forma voluntaria, el árbitro carece de autoridad alguna para forzar al cumplimiento de la orden por la fuerza, ya que el poder coercitivo recae, en exclusiva, en manos de los jueces y tribunales estatales. No obstante, debería admitirse la posibilidad de imponer una sanción a la parte que se niegue a colaborar, por ejemplo, compensando a la parte perjudicada por el daño que le ha causado la falta de aportación del documento requerido. Sin perjuicio de que, además, en el lado final pueda también sancionar esta conducta en forma de indemnización por daños y perjuicios<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> BERNARD, T.: "The Administration of ...", art. cit., pág. 25.

<sup>23</sup> ALLEN, R.: "Overview: The Common Law Systems", en *Evidence in International ...*, op. cit., págs. 19 y 20.

<sup>24</sup> GOLDMAN, B.: "The Complementary Roles ...", art. cit., pág. 277.

En el supuesto de que los documentos solicitados por el árbitro estuvieran en manos de terceras personas ajenas al convenio arbitral, si éstas se muestran reticentes a colaborar de forma voluntaria, con mayor razón el árbitro está falto de poder frente a ellas. En efecto, el poder de los árbitros deriva de la voluntad de las partes expresada en la cláusula arbitral, en consecuencia, únicamente tendrán poder frente a los que les han legitimado para actuar. De modo que se deberá solicitar la colaboración de los jueces para que, haciendo uso del poder coactivo de que disponen exijan, incluso por la fuerza, la aportación de los documentos requeridos.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la citación de testigos para que comparezcan y testifiquen o que sean interrogados, puesto que, como ya se ha apuntado, los árbitros no disponen del poder de coacción propio del Estado, tampoco podrán obligar a que alguien aparezca como testigo o preste juramento. De modo que, en caso de negativa a personarse, tan sólo los jueces podrán forzar tal comparecencia, ya se trate de las propias partes, ya se trate de terceros.

Además, si se diera la circunstancia de que el testigo requerido en un procedimiento arbitral residiera en un Estado distinto de aquél en que se está desarrollando el arbitraje, -supuesto muy común en este tipo de litigios- los jueces de la sede del arbitraje, que a su vez actúan requeridos por una de las partes, podrán pedir la cooperación de los jueces del Estado en que tenga la residencia habitual el testigo en cuestión para que, en su caso, tome la declaración en su lugar<sup>25</sup>. Siempre que ambos Estados sean parte del Convenio de la Haya relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en la Haya el 4 de mayo de 1970<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> CURSCHMAN, J.: "Germany", en *Evidence in International ...*, op. cit., pág. 146.

<sup>26</sup> Sin olvidar, por supuesto, el Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo de 2001 sobre la obtención de pruebas en materia civil y mercantil, DOCE nº L174, de 27 de junio de 2001.

En definitiva, cuando los árbitros carezcan del poder necesario para poder realizar las pruebas oportunas deberán recurrir a los jueces estatales para que les presten la asistencia necesaria. No obstante, esta asistencia judicial dependerá de que la ley aplicable al procedimiento arbitral prevea la cooperación de los jueces en esas circunstancias. Esta previsión se contiene en la mayoría de los sistemas estatales de arbitraje, por ejemplo, en el artículo 1036 del Código de procedimiento civil alemán en los siguientes términos:

*“Un acto judicial considerado necesario por los árbitros y para el que éstos no están autorizados, deberá a instancia de parte ser realizado por el juez competente”.*

Si surge en Francia la necesidad de realizar alguna prueba respecto de un procedimiento arbitral cuya sede se encuentra en otro país, de conformidad con el artículo 145 del Código de procedimiento civil francés, cabe recurrir al denominado *juge des référés* para que actúe en defecto de los árbitros. Se trata de un juez que actúa en casos de urgencia con la máxima rapidez<sup>27</sup>.

Sin embargo, en Italia, como regla general, no se contiene una norma que permita el apoyo de los jueces respecto de un procedimiento arbitral en materia probatoria, salvo que exista una alta probabilidad de que alguno de los testigos no pueda intervenir en el futuro por enfermedad grave o por la edad avanzada, en cuyo caso sí permite la Ley la intervención judicial en el desarrollo de un procedimiento arbitral<sup>28</sup>. De modo que, cuando la parte requerida por el árbitro para aportar pruebas o algún documento en el proceso se muestre contraria a cooperar, el árbitro no puede hacerlo cumplir por la fuerza, y tampoco

---

<sup>27</sup> RUHLMANN, F. – GUTKES, O.: “France”, en *Evidence in International ...*, op. cit., pág. 135.

<sup>28</sup> CAVASOLA, P. – PATON, A.G.: “Italy”, en *Evidence in International ...*, op. cit., pág. 167.

cabrá el recurso a la jurisdicción italiana a tal efecto, puesto que ya hemos apuntado que no se prevé en la Ley. En este caso, el árbitro podrá extraer conclusiones adversas de la parte incumplidora y sancionarla de algún modo en el laudo arbitral<sup>29</sup>, por ejemplo, en forma de indemnización por daños y perjuicios. Asimismo, la incomparecencia injustificada del testigo será tomada en cuenta a la hora de valorar la credibilidad del mismo<sup>30</sup>.

En tercer lugar, puede que se requiera el nombramiento de un experto, quien actúa como un órgano neutral e independiente y su misión es comunicar al tribunal arbitral su opinión técnica acerca de una cuestión concreta. La opinión de este técnico no es vinculante para el tribunal arbitral y no podrá con su informe resolver el conflicto, por cuanto que constituye una competencia exclusiva de los árbitros. Como regla general, al menos en los países de *Civil Law*, los expertos son nombrados por los árbitros. Sin embargo, de acuerdo con unos pocos sistemas, entre ellos el francés, son los jueces los legitimados para su designación. No obstante, el árbitro también tiene poder para ordenar la investigación de un experto, en caso de que los jueces no lo hayan hecho<sup>31</sup>. En sentido estricto, los expertos no pueden tomar declaración a testigos, pero nada impide que contacten con terceros o con las propias partes con el objeto de obtener la información necesaria para poder cumplir su tarea de la mejor forma posible. Y, asimismo, puede pedirle al tribunal arbitral que ordene a las partes o a terceros la aportación de determinados documentos que precise<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> CAVASOLA, P. – PATON, A.G.: “Italy”, en *Evidence in International ...*, op. cit., pág. 169.

<sup>30</sup> LOBLE, S. - MENDELBLAT, M.: “England and Wales”, en *Evidence in International ...*, op. cit., pág. 118.

<sup>31</sup> RUHLMANN, F. – GUTKES, O.: “France”, en *Evidence in International ...*, op. cit., pág. 141.

<sup>32</sup> BERNARD, T.: “The Administration of ...”, art. cit., pág. 26.

Asimismo, y por lo que respecta a la intervención de los jueces en esta fase probatoria parece que empieza a convertirse en una práctica habitual que el juez ejerza un poder de control sobre el progreso de las investigaciones del experto con el objeto de asegurarse de que se está realizando correctamente<sup>33</sup>.

### **2.2.2.- La adopción de medidas cautelares**

Qué duda cabe acerca de la necesidad de adoptar, asimismo, alguna medida de protección a lo largo del desarrollo del proceso arbitral con el fin de asegurar el cumplimiento de la decisión que en su día se dicte o para mantener el *statu quo* de las partes durante la necesaria duración del mismo. Este supuesto también será tratado a lo largo del trabajo.

### **2.3.- La intervención del juez con posterioridad a la conclusión del procedimiento arbitral**

En los supuestos anteriores, la intervención de los jueces en el arbitraje tenía un carácter complementario o de cooperación, es decir, que el órgano que llevaba a cabo, a título principal, las distintas actuaciones era el tribunal arbitral y el juez actuaba únicamente en apoyo de aquél. Sin embargo, en esta fase post-arbitral “la naturaleza de la intervención cambia radicalmente”<sup>34</sup>. De hecho, las funciones de los distintos órganos se invierten. Así, el juez pasa de ser un órgano

---

<sup>33</sup> BERNARD, T.: “The Administration of ...”, art. cit., pág. 27.

<sup>34</sup> ESPLUGUES MOTA, C.: “El juez y el árbitro en el Arbitraje comercial internacional”, *Cuadernos de Derecho judicial (I): Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Madrid, C.G.P.J., 1997, pág. 31.

meramente de asistencia para convertirse en el protagonista absoluto en esta fase<sup>35</sup>.

A pesar de que el laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada desde el mismo instante en que se emite<sup>36</sup>, la ausencia de poder coercitivo que caracteriza a la institución arbitral obliga a que los jueces realicen un control y colaboren, tanto en vía de recurso, como en la ejecución del mismo para el caso en que las partes no cumplan lo dispuesto en el laudo de forma voluntaria.

### **2.3.1.- El recurso de anulación y el recurso extraordinario de revisión del laudo arbitral**

Con la emisión del laudo arbitral el árbitro finaliza su cometido y, partir de ese momento, cualquier control -vía de recurso- que se quiera realizar sobre el mismo deberá realizarse necesariamente bajo la supervisión de un juez.

El arbitraje se caracteriza por ser una vía de resolución de controversias mucho más rápida que la vía judicial y esto se refleja igualmente en las vías de impugnación existentes contra el laudo arbitral, en cuanto que están muy limitadas. De hecho, en vía convencional tan sólo se prevé un recurso, el de anulación, siempre y cuando concurra alguna de las cuatro causas expresamente previstas en el artículo IX del Convenio de Ginebra de 1961<sup>37</sup>. Por lo que se respecta

---

<sup>35</sup> ARTUCH IRIBERRI, E.: "Arbitraje comercial internacional", en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pág. 494.

<sup>36</sup> Así lo dispone expresamente el artículo 37 de la Ley española de arbitraje de 1988 en los siguientes términos: "*El laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada (...)*".

<sup>37</sup> El artículo IX del Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional enumera de forma taxativa las causas por las que se podrá recurrir en anulación ante la jurisdicción estatal un laudo arbitral. Son las siguientes: "*a) Las partes en el acuerdo o compromiso arbitral estaban con sujeción a la ley a ellas aplicable, afectadas de una incapacidad de obrar, o dicho acuerdo o compromiso no*



al Convenio de Nueva York de 1958, no trata esta cuestión directamente, aunque hace una referencia de forma indirecta. En este sentido, el artículo V.1 del texto neoyorquino regula las causas en virtud de las cuales el juez del Estado donde se pretende obtener el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral podrá denegarlos. De entre ellas, el apartado e) recoge como motivo que el laudo haya sido anulado por el juez competente en el Estado de origen<sup>38</sup>.

La Ley de arbitraje española permite dos vías de impugnación del laudo, por un lado, el recurso de anulación y, por otro, la revisión, dotada esta última de una naturaleza especial. El recurso de anulación viene regulado en los artículos 45 y siguientes de la Ley de arbitraje, y se estima siempre que concurra uno de los cuatro motivos de anulación previstos<sup>39</sup>. Este recurso deberá interponerse ante la Audiencia

---

*era válido con arreglo a la ley a la cual lo sometieron las partes, o en caso de no haber indicación al respecto, conforme a la ley del país en donde se dictó el laudo. b) La parte que pide la anulación del laudo no había sido informada debidamente sobre el nombramiento del árbitro o sobre el desarrollo del procedimiento arbitral, o le había sido imposible, por cualquier otra causa, hacer valer sus alegaciones o recursos. c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el compromiso arbitral o no incluida dentro de lo establecido en la cláusula compromisoria; o contiene decisiones sobre materias que sobrepasen los términos del compromiso arbitral o de la cláusula compromisoria, entendiéndose empero, que si las resoluciones del laudo que versen sobre cuestiones sometidas al arbitraje puedan ser separadas o disociadas de aquellas otras resoluciones concernientes a materias no sometidas al arbitraje, las primeras podrán no ser anuladas. d) La constitución o composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo o compromiso entre las partes o, no habiendo existido tal acuerdo o compromiso, a lo establecido en el artículo IV del presente Convenio”.*

<sup>38</sup> El artículo V.1.e) del Convenio de Nueva York de 1958 relativo al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros dispone: “Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución que: e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”.

<sup>39</sup> El artículo 45 de la Ley de arbitraje española de 1988 enumera los motivos de anulación del laudo arbitral y son los siguientes: “1º.- cuando el convenio arbitral fuese nulo. 2º.- Cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley. 3º.- Cuando el laudo se hubiere dictado fuera de plazo. 4º.- Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. 5º.- Cuando el laudo fuese contrario al orden público”.

provincial del lugar en donde se hubiere dictado el laudo<sup>40</sup>. En segundo lugar, cabe también la revisión contemplada en el artículo 37 de la Ley española de arbitraje “conforme a lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales firmes”<sup>41</sup>. La Ley contempla esta última posibilidad, con carácter extraordinario, para el supuesto en que el laudo ya ha sido dictado y han transcurrido los diez días de plazo para poder interponer el recurso de anulación, cuando se descubre que tal decisión ha sido dictada “sobre la base de testigos falsos, documentos falsificados, violencia sobre el árbitro o árbitros o alguna otra causa análoga”<sup>42</sup>. La admisión de esta vía extraordinaria se justifica en el hecho de que el laudo arbitral produce, desde el mismo instante en que se emite, el efecto de cosa juzgada exactamente igual que una sentencia, de ahí que deban tener las mismas posibilidades de revisión, en caso de concurrir circunstancias de esta índole. La solicitud se interpone ante el Tribunal Supremo.

### **2.3.2.- La adopción de medidas cautelares: la ejecución anticipada del laudo arbitral**

Ya hemos reiterado que no vamos a entrar a analizar de forma exhaustiva este punto aquí, por cuanto constituye el objeto de estudio de nuestro trabajo, no obstante, subrayaremos algún aspecto relevante de forma muy general y remitiremos a la parte correspondiente de este estudio.

---

<sup>40</sup> Así se establece expresamente en el artículo 46.1 de la Ley española de arbitraje de 1988.

<sup>41</sup> BARONA VILAR, S.: “Artículo 37”, en MONTERO AROCA, J. (Dir.), *Comentario breve a la Ley de arbitraje*, Madrid, Civitas, 1990, págs. 190 y ss. CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995, págs. 136 y ss.

<sup>42</sup> GOÑI, J.L.: “La revisión judicial del laudo en el arbitraje internacional”, *R.C.E.A.*, 1995, pág. 111.

Con carácter general, resulta bastante dudoso hablar de medidas cautelares en esta fase post-arbitral, por cuanto que “la intervención del juez en este período se vincula directamente al cumplimiento del laudo arbitral”<sup>43</sup>. Resulta más apropiado, pues, entender que estamos ante una ejecución anticipada del laudo arbitral que ante medidas cautelares en sentido propio, a pesar de que el artículo 50 de nuestra Ley de arbitraje califique de medidas cautelares -como veremos- a aquellas que se ordenen una vez finalizado el procedimiento arbitral<sup>44</sup>.

### 2.3.3.- El reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral

Cuando las partes insertan una cláusula arbitral en el contrato se comprometen a cumplir fielmente la decisión emitida por el árbitro/s. No obstante, puede perfectamente ocurrir que llegado el momento no acaten la decisión por él dictada.

Por otro lado, como ya se ha visto, a pesar de que el laudo goza del efecto de cosa juzgada, lo cierto es que los árbitros carecen de *imperium*. De modo que, una vez emitido el correspondiente laudo, si la parte condenada no cumple de forma voluntaria lo allí dispuesto, será imprescindible la intervención de los jueces para que, haciendo uso del poder de coerción hagan efectivo lo dispuesto en el fallo.

Es por ello, precisamente que, también puede requerirse la cooperación judicial en esta última fase del arbitraje. Pero, al igual que sucede en el reconocimiento y ejecución de una sentencia, los jueces únicamente pueden efectuar un control meramente formal sobre el laudo, nunca de fondo. Así, el juez del Estado en que se pretende obtener el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral deberá limitarse a verificar si concurre alguna de las cinco causas de denegación contempladas en el

---

<sup>43</sup> ESPLUGUES MOTA, C.: “El juez y ...”, art. cit., pág. 31.

<sup>44</sup> Vid. el epígrafe 2.1.2. del Capítulo II de este trabajo, págs. 136 y ss.

artículo V del Convenio de Nueva York de 1958 relativo al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros<sup>45</sup>.

### **3.- Justificación e importancia de las medidas cautelares: su especial dimensión arbitral**

#### **3.1.- Introducción**

Como ya hemos señalado, el arbitraje constituye la vía generalmente utilizada para la resolución de los litigios en el ámbito del comercio internacional. Esto se debe, en gran medida, a su consideración como método apropiado de resolución de controversias, aunque dotado de unas características especiales. En la práctica del

---

<sup>45</sup> El artículo V del Convenio de Nueva York de 1958 fija las causas por las que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral. El propio Convenio las clasifica en dos grupos, por un lado, aquellas que deberán ser alegadas por las partes y, por otro, las que deberá apreciar el juez de oficio. Las contenidas en el primer grupo son las siguientes: “1ª.- que las partes en el acuerdo, a que se refiere el artículo II, estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia. 2ª.- Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa. 3ª.- Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras. 4ª.- Que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje. 5ª.- Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”. En el segundo grupo hay dos motivos más que son: 6ª.- “Cuando, según la ley del país en que se pretende el reconocimiento y la ejecución, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje. 7ª.- Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público de ese país”.

arbitraje, al igual que ocurre con la jurisdicción estatal se hace necesario, en determinados casos, la adopción de medidas cautelares o de aseguramiento. De esta exigencia se hacen eco la mayor parte de los sistemas estatales, tales como Alemania, Francia, Holanda, Italia, Suiza, así como también en los distintos Reglamentos institucionales en materia de arbitraje. La necesidad de adoptar estas medidas refleja la conexión existente entre su carácter instrumental y el derecho constitucional a una justicia eficaz<sup>46</sup>.

Actualmente, cuando las partes deciden, de mutuo acuerdo, acudir a arbitraje para dirimir sus controversias presentes o futuras, manifiestan su deseo de resolver el litigio al margen de la justicia estatal o, cuanto menos, a través de una vía alternativa. Sin embargo, y a diferencia de lo que se opinaba con anterioridad, la razón fundamental que lleva a las partes a optar por la vía arbitral en lugar de la jurisdiccional no es la de evitar los tribunales estatales<sup>47</sup>, sino más bien, la de elegir un mecanismo más rápido y eficaz de resolución de sus conflictos. En el logro de este objetivo, como decimos, las medidas provisionales son, a menudo, imprescindibles.

La importancia de las medidas cautelares en el específico ámbito arbitral ha aumentado de forma espectacular, sobre todo, en las últimas dos décadas. Ello es debido, sin duda alguna, a la consideración del arbitraje como la principal vía de resolución de controversias en el comercio internacional.

---

<sup>46</sup> MUÑOZ SABATÉ, L.: "Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral", *Rev. Jur. Cat.*, 1991, págs. 729 y 730.

<sup>47</sup> QUAKRAT, Ph.: "L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude générale", *Dr. Pr. Com. Int.*, vol. 14, 1988, pág. 271.

### 3.2.- Aproximación a la tutela cautelar

Una de las notas que caracteriza a la justicia estatal es, generalmente, la lentitud. Y no cabe la menor duda que la pendencia de todo proceso judicial conlleva siempre un cierto riesgo para las partes. Tanto es así, que casi todos los ordenamientos jurídicos han terminado objetivando el *periculum in mora* bajo la ecuación “tiempo = riesgo”<sup>48</sup>. Durante el lapso de tiempo que transcurre desde que el proceso se inicia, o incluso antes, hasta que la decisión final es ejecutiva, es muy frecuente que las partes realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la decisión final que en su día pueda dictarse. En este sentido, la necesidad de las medidas cautelares en el ámbito de la justicia estatal es innegable.

Es más, la importancia de las medidas cautelares es tal en el proceso judicial que se estima que, aun cuando los procesos se desarrollaran de forma rápida y eficaz, serían igualmente necesarias en situaciones de urgencia, ya fuera para evitar daños de cualquier índole, ya fuera para la conservación de bienes<sup>49</sup>. A modo de conclusión podríamos decir que su finalidad es repartir entre las partes los riesgos que conlleva la necesaria duración del procedimiento y no enfriar o dificultar las relaciones entre ellas<sup>50</sup>. En el proceso judicial está fuera de toda duda el carácter de imprescindible que, en muchos casos presenta la adopción de medidas cautelares.

---

<sup>48</sup> MUÑOZ SABATÉ, L.: “Posibilidad y necesidad...”, art. cit., pág. 729.

<sup>49</sup> REINER, A.: “Les mesures provisoires et conservatoires et l’arbitrage international, notamment l’arbitrage C.C.I.”, *J.D.I.*, n.º. 4, 1998, págs. 854 y 855.

<sup>50</sup> McDONELL, N.E.: “The Availability of Provisional Relief in International Commercial Arbitration”, *Colum. Jour. Trans. Law*, 1983-1984, pág. 274.

### 3.3.- Jus estatal y Jus arbitral

No debemos olvidar que el proceso arbitral y el judicial son en esencia equivalentes, tal y como lo afirma el Tribunal Constitucional español en sus sentencias de 23 de noviembre de 1995<sup>51</sup>, de 22 de marzo de 1991<sup>52</sup> o de 7 de febrero de 1989<sup>53</sup>. Con todas sus diferencias, en el arbitraje nos encontramos ante un procedimiento sometido a vicisitudes y limitaciones procesales similares a las del procedimiento judicial<sup>54</sup>. Siendo esto así, parece justo y lógico que ambos procesos gocen de las mismas vías de protección del objeto del litigio. Esto es, desde el momento en que los ciudadanos pueden optar libremente por someterse a una u otra jurisdicción en determinadas materias incluidas en la esfera de la libre disposición de las partes, para resolver sus diferencias deberían, asimismo, disponer de iguales posibilidades de tutela<sup>55</sup>.

Este paralelismo implica que también en el arbitraje sea indudablemente, parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva

---

<sup>51</sup> Sent. TC, de 23 de noviembre de 1995, *El Derecho*, 174/1995.

<sup>52</sup> Sent. TC, de 22 de marzo de 1991, *El Derecho*, 62/1991.

<sup>53</sup> Sent. TC, de 7 de febrero de 1989, *El Derecho*, 15/1989. Además, se invocan en el art. 21 de la LA los mismos principios de audiencia contradicción e igualdad entre las partes en ambos procesos. Además, la propia Ley de arbitraje en su art. 37 le atribuye al laudo arbitral los mismos efectos de cosa juzgada que a la sentencia.

<sup>54</sup> JARVIN, J.: Nota sobre el laudo núm. 3896 de la C.C.I., en "Chambre de Commerce Internationale - Chronique des sentences arbitrales", *J.D.I.*, 1983, pág. 918.

<sup>55</sup> Vid. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª) de 25 de noviembre (enero) de 1994, *R.G.D.*, 1995, vol. N° 605, págs. 5702-5703 y *R.C.E.A.*, 1995, págs. 289-292, con la nota de BARONA VILAR, S; Además, ya desde los primeros años de la C.C.I. se preveía la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, las partes tuvieran la necesidad de asegurar sus bienes, ya sea con carácter previo, o durante el desarrollo del procedimiento arbitral; LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A.: "Medidas cautelares en el arbitraje internacional y nacional", *La Ley. Revista jurídica de doctrina jurisprudencia y bibliografía*, jueves, n° 5046, de 4 de mayo de 2000, pág. 1.

y, por tanto, necesaria<sup>56</sup>. De esta forma se consigue un equilibrio entre la finalidad de las medidas cautelares, -anticipatoria de emergencia-, y las necesidades del procedimiento arbitral que, en la medida de lo posible debe desarrollarse sin dilaciones indebidas<sup>57</sup>. Es más, las medidas cautelares o de protección son todavía más importantes, si cabe, en el ámbito del comercio internacional por cuanto que en este sector existe una mayor movilidad, tanto de personas como de sus bienes a través de las fronteras de los diferentes Estados.

El propio legislador español en la Exposición de Motivos de la Ley de arbitraje de 1988, pone de manifiesto que, “el hecho de que los particulares opten por resolver sus controversias a través del arbitraje, no tiene que suponer una renuncia a la tutela judicial efectiva”<sup>58</sup>. En esta idea ha incidido también el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 11 de noviembre de 1996 diciendo que, “no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente una determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabada y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución española reconoce a todos”<sup>59</sup>. Es por ello que, negar la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el arbitraje implicaría, pues, una vulneración de este principio constitucional.

---

<sup>56</sup> McDONELL, N.E.: “The Availability of ...”, art. cit., pág. 273. TOMMASEO, F.: “Lex fori e tutela cautelare nell’arbitrato commerciale internazionale”, *Riv. dell’Arb.*, 1999, pág. 9.

<sup>57</sup> Vid., los artículos 5 de la L.O.P.J. y el 24.1 de la C.E.; ARTUCH IRIBERRI, E.: “La adopción de medidas cautelares por el juez español en relación con el procedimiento arbitral: un conflicto se diluye (Comentario al Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 69 de Madrid de 20 de junio de 1999)”, *R.C.E.A.*, 1999, pág. 152.

<sup>58</sup> Vid. la Exposición de motivos de la Ley española de arbitraje de 1988.

<sup>59</sup> Sent.TC, de 11 de noviembre de 1996, *El Derecho*, Rec. 176/1996. (B.O.E. 17-12-96 núm. 303, suplemento).



### **3.4.- La complejidad de las relaciones comerciales internacionales como factor determinante de la mayor duración del proceso arbitral**

Si bien es cierto que el proceso arbitral se caracteriza, en principio, por ser mucho más breve que el judicial, no lo es menos que también conlleva, inevitablemente, un necesario lapso de tiempo que puede poner en peligro las expectativas de las partes. No obstante, hay que resaltar que los procedimientos arbitrales son cada vez más largos. Por ejemplo, la duración media de un arbitraje de la C.C.I. suele ser -ya- de entre uno y dos años<sup>60</sup>. En teoría, el plazo máximo de que dispone el tribunal arbitral para resolver es de seis meses. Pero, en la práctica, en la gran mayoría de los supuestos las partes solicitan una extensión de dicho plazo que, en el caso de la C.C.I., suele ser aprobado casi siempre por los miembros de la Corte de Arbitraje. Salvo que, claro está, existan datos suficientes que prueben que dicha ampliación tiene por objeto dilatar indebidamente y de forma maliciosa el proceso por alguna de las partes. Cuestión que, por otro lado, será muy difícil de probar por tratarse de un elemento de carácter subjetivo.

La cada vez mayor duración de los procesos arbitrales se debe fundamentalmente a tres tipos de razones. A) De un lado, esta circunstancia se agudiza como consecuencia de una cierta judicialización del arbitraje comercial internacional generada en estos últimos años. B) De otro, por la creciente complejidad de las relaciones comerciales que se manifiesta, tanto desde una perspectiva técnica y económica como jurídica. C) Y, finalmente, debido a la globalización del comercio internacional.

Además, una gran mayoría de los contratos son de larga duración<sup>61</sup> lo que implica que, al igual que ocurre en el ámbito judicial, se creen, a menudo, situaciones de riesgo para los derechos de las partes o sus bienes que requieran, de forma inmediata, este tipo de medidas provisionales<sup>62</sup>. Hay también otros factores inherentes a estos procedimientos, que coadyuvan a su prolongación en el tiempo como son, la distinta situación geográfica de las partes implicadas, así como la difícil coordinación de los árbitros, sobre todo, en el caso que se nombre un tribunal arbitral en lugar de árbitro único debido, básicamente, al elevado número de asuntos que conocen al mismo tiempo. Todas estas circunstancias dificultan todavía más, si cabe, la realización de las distintas audiencias u otros actos procesales.

Si la necesidad de las medidas cautelares aparece como un hecho indiscutible en el ámbito del comercio internacional, su importancia así como su propia necesidad se agudiza en algunos sectores concretos. Tal es el caso de los litigios que surgen, por ejemplo, en el sector de la construcción internacional y, todo ello, por varias razones:

A) En primer lugar, porque en este tipo de contratos siempre, o casi siempre, hay una parte débil. De ahí que, desde el mismo inicio de la relación exista un desequilibrio entre ellas<sup>63</sup>. Será necesario y conveniente, pues, para la parte débil disponer de la posibilidad de

---

<sup>60</sup> CRAIG, L. - PARK, W. - PAULSSON, J.: *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1990, págs. 20 y 21.

<sup>61</sup> REINER, A.: "Les mesures provisoires ...", art. cit., pág. 855.

<sup>62</sup> ORTELLS RAMOS, M.: "Comentario al art. 50 L.A.", en MONTERO AROCA, J. (Dir.), *Comentario breve a la ley de arbitraje*, Madrid, 1990, págs. 254 y 255; QUAKRAT, Ph.: "L'arbitrage commercial international ...", págs. 239 y ss; KNOEPFLER, F. - SWCHEIZER, Ph.: "Les mesures provisoires et l'arbitrage", en AA.VV, *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, Zurich, 1984, pág. 230; RAMOS MÉNDEZ, F.: "Arbitrage international et mesures conservatoires", *Rev. Arb.*, 1985, págs. 51 y ss. y 56 y 57; CHILLÓN MEDINA, J.M. - MERINO MERCHÁN, J.F.: *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1996, pág. 735.

<sup>63</sup> PARODI, P.G.: "Interim Measures in Respect to Arbitration in the Construction Business", *I.C.C.A. Stockholm Arbitration Congress 1990*, Working Group II, Kluwer, 1990, pág. 486.

solicitar alguna medida tendente a equilibrar las posiciones de las partes en dicho contrato. De lo contrario, podría suponer consecuencias extremadamente negativas para una de ellas.

B) En segundo lugar, porque este tipo de relaciones contractuales son de especial larga duración y, a pesar de que el arbitraje fue concebido, en sus inicios, como un instrumento rápido y poco costoso, la realidad demuestra que, en la inmensa mayoría de los casos, son procesos largos y bastante complejos, sobre todo, en el ámbito de la construcción a nivel internacional.

### ***3.5.- La utilización de tácticas dilatorias por una de las partes en el proceso arbitral***

Al margen de la inevitable duración del procedimiento arbitral, la persistente búsqueda por las partes de tácticas para retrasar el procedimiento arbitral<sup>64</sup> hace que esta protección cautelar sea todavía más relevante. La práctica pone de manifiesto que, la parte que estima que va a perder no cesará de entorpecer al máximo el proceso utilizando todos los mecanismos a su alcance, reproduciendo pautas existentes en el ámbito judicial<sup>65</sup>.

Además, suele ocurrir con frecuencia que la parte que prevé la emisión de un laudo desfavorable a sus intereses trate de transferir sus bienes fuera del alcance de la jurisdicción donde el laudo debe producir efectos para evitar, de ese modo, que el laudo pueda ser en la práctica ejecutado. Y todo ello determina la necesidad de neutralizar desde un principio los daños que la duración normal o anormal del procedimiento

---

<sup>64</sup> Vid. BERNARDINI, P.: "The Powers of the Arbitrator", en *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, Bull. C.C.I., Special Supplement, 1993, pág. 22.

podieran causar en la efectividad del laudo que en su día se dicte. En consecuencia, todas estas circunstancias hacen absolutamente imprescindible, en algunos casos, la tutela cautelar, con vistas a asegurar el desarrollo eficaz del procedimiento arbitral<sup>66</sup>.

Efectivamente, no deja de ser una contradicción el hecho de que el arbitraje se presente como una vía de resolución de controversias aparentemente mucho más rápida que la judicial y, sin embargo, sea posible que en el mismo se puedan utilizar diversas tácticas dilatorias. Significativamente, es por ello que esta cuestión y, el modo de resolverla, está cobrando cada vez más importancia en el desarrollo del arbitraje comercial internacional.

Ahora bien, paradójicamente, la propia solicitud de medidas cautelares puede ser utilizada con la intención de retrasar el proceso arbitral. Los prácticos del derecho ponen de relieve que el recurso a la tutela cautelar no tiene por objeto únicamente asegurar el cumplimiento de la sentencia arbitral sino que, además, constituye una verdadera arma ofensiva en poder de las partes<sup>67</sup>. En este sentido, no cabe la menor duda acerca de la presión que puede suponer para una de ellas que la otra amenace con solicitar una medida cautelar que disponga el embargo de todas o parte de su patrimonio, en función del montante de la demanda, claro está.

Aquí se suscita la siempre difícil tarea de probar la intención

---

<sup>65</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, MacGraw Hill, 1996, pág. 186.

<sup>66</sup> *United States District Court, Northern District of Tennessee*, de 1990, en el asunto *Tennessee Imports, Inc. v. Filippi*, 745, F. Supp. 1314; BROWER; C.H.: "What I Tell You Three Times is True: U.S. Courts and Pre-Award Interim Measures Under the New York Convention", *Virg. Jour. Int. Law*, vol. 35, 1994-1995, pág. 991; CREMADES, B. M.: "Is Exclusion of Concurrent Courts' Jurisdiction Over Conservatory Measures to be Introduced Through a Revision of the Convention?", *Jour. Int. Arb.*, vol. 6, 1989, pág. 105.

<sup>67</sup> BÖSCH, A.: *Provisional Remedies in International Commercial Arbitration*, Berlín, De Gruyter, 1994, pág. 4.

fraudulenta del solicitante. Piénsese, por ejemplo, que mientras que existen medidas que pueden ser adoptadas indistintamente por jueces o árbitros, hay otras que no pueden ser dictadas por los árbitros, como se verá más adelante y, por consiguiente, requieren de la intervención judicial. Ello implica necesariamente que su adopción pueda conllevar incluso más tiempo que el requerido en un proceso jurisdiccional<sup>68</sup>. ¿Cómo probar que la parte instó una determinada medida cautelar con la intención de retrasar el proceso? En cierto modo, esto pone en tela de juicio algunas de las ventajas propias de esta institución como son la rapidez y la economía. No obstante, y a pesar de este posible riesgo, la admisión de la tutela cautelar en el arbitraje está fuera de toda duda.

No debemos olvidar que la posibilidad de solicitar una medida cautelar con la intención de retrasar el proceso existe igualmente en el ámbito judicial y, sin embargo, nadie se plantea la eliminación de estos mecanismos de protección en el seno de la justicia estatal. Es por ello, que la idea de que un acuerdo de arbitraje lleva implícita una relación de confianza entre las partes que hace innecesario recurrir a las medidas cautelares, pone de manifiesto la confusión entre dos instituciones totalmente distintas, como son el arbitraje y la conciliación<sup>69</sup>.

La mejor prueba de la necesidad de existencia del procedimiento cautelar en el arbitraje la tenemos en los diferentes textos legales, tanto estatales como institucionales en los que, salvo contadas excepciones, suele existir una norma que regula esta posibilidad. Sin desconocer, por supuesto, la enorme cantidad de decisiones existentes al respecto que, sin duda alguna, son una prueba clara, no sólo de su virtualidad práctica, sino también de la evolución considerable que se ha producido en esta materia.

---

<sup>68</sup> REINER, A.: “Les mesures provisoires ...”, art. cit., pág. 856.

<sup>69</sup> DORE, E: “Peaceful Settlement of International Trade disputes: Analysis of the Scope of Application of the UNCITRAL Conciliation Rules”, *Colum. Jour. Trans. Law*, vol. 21, 1983, pág. 339; McDONELL, N.E.: “The Availavility of ...”, art. cit., pág. 273.

Su importancia en el arbitraje se hace todavía más patente, si cabe, cuando intervienen personas físicas o jurídicas pertenecientes a países –todo hay que decirlo, cada vez más reducidos en número- que no han ratificado ninguno de los convenios internacionales de arbitraje sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Puesto que los jueces de dichos Estados, con el objeto de proteger a sus nacionales, pueden tratar de obstaculizar el reconocimiento y ejecución de tales decisiones en su país alegando la ausencia de un tratado. En estos casos, la adopción de una medida cautelar o de protección puede ser de vital importancia<sup>70</sup>.

#### 4.- Descripción y objeto de las medidas cautelares

Las medidas cautelares se podrían describir como aquellos 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<sup>71</sup>.

La Comisión de las NN.UU. para el Derecho Mercantil Internacional, que está trabajando actualmente, entre otras cosas, en materia de medidas cautelares y pretende modificar el artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL ha propuesto una definición de las medidas cautelares en el proyecto de reforma enunciada en los siguientes términos: *“por medida cautelar se entiende toda medida de carácter temporal, establecida en forma de laudo o de otra forma, dictada por el tribunal arbitral en cualquier momento antes de pronunciar el laudo en*

---

<sup>70</sup> CREMADES, A.M.: “The Need for ...”, art. cit., pág. 227; CREMADES, B.M.: “Is Exclusion of...”, art. cit., pág. 106.

<sup>71</sup> DIKA, M.: “The Taking of Provisional Measures in Arbitration According to Yugoslaw Law”, en *Essays on the Law of International Trade. International Obligations. Choice of Law. Provisional Measures in Arbitration*, ed. VOSKUIL, CCA- WADE, J.A., Netherlands, Maklu Publishers, 1991, pág. 166.

*virtud del cual se dirima la controversia definitivamente*<sup>72</sup>. Su obtención se hace depender pues, entre otras cosas, de dos elementos fundamentales. En primer lugar, de la existencia de una demanda de arbitraje. Y, en segundo lugar, de la demostración de la existencia de un riesgo, ya sea presente o futuro, de que la solución dictada como consecuencia de aquella no pueda ser efectiva.

Por su parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de marzo de 1992<sup>73</sup> define, en un sentido similar, las medidas cautelares previstas en el art. 24 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (hoy Reglamento 44/2001, conocido comúnmente como el Reglamento ‘Bruselas I’)<sup>74</sup> sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, como *“aquellas medidas destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho, con el fin de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento se pide en la demanda sobre el fondo del asunto”*.

Si bien es cierto que este Convenio y el actual Reglamento Bruselas I excluyen de su ámbito de aplicación la materia arbitral<sup>75</sup>, nada impide que se utilice la definición de medidas cautelares contenida en los mismos, sobre todo, porque, como ya se ha visto, no se trata de un concepto propio o exclusivo del arbitraje. Por un lado, en cuanto que las medidas cautelares funcionan igual, tanto respecto de un procedimiento judicial como de uno arbitral. Y, por otro, porque, como veremos más adelante, no es tan obvio que no puedan adoptarse medidas cautelares

---

<sup>72</sup> A/CN.9/508, de 12 de abril de 2002, 36º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002, pág. 16.

<sup>73</sup> Sent. T.J.C.E., de 26 de marzo de 1992, en el asunto C-261/90, *Reichert v. Kockler*.

<sup>74</sup> Reglamento CE 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

por un juez estatal al amparo del art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968, -artículo 31 del Reglamento Bruselas I- cuando estemos ante un procedimiento arbitral.

Se puede extraer una noción general de medidas cautelares teniendo en cuenta, sobre todo, la similitud que presentan al respecto los diferentes sistemas nacionales. Una descripción plenamente efectiva en el marco arbitral sería el conjunto de medidas que pueden ordenarse con carácter previo a la resolución del fondo de un litigio, pero que no prejuzgan la decisión final del mismo. Es, precisamente, este carácter el que permite calificarlas de provisionales<sup>76</sup>.

Como conclusión, el objeto de las medidas cautelares se puede sintetizar en dos.

A) Por un lado, garantizar un desarrollo eficiente del procedimiento arbitral preservando, a tal efecto, la posición de las partes mientras se resuelve el litigio, función que se denomina comúnmente como “mantener el *statu quo*”.

B) Y, por otro, garantizar el cumplimiento del laudo, conservando bienes o haberes que se puedan utilizar para llevar a cabo la ejecución del mismo<sup>77</sup>. De hecho, La Ley 1/ 2000 de Enjuiciamiento Civil pone claramente de manifiesto en su artículo 721 cuál es la finalidad de las medidas cautelares, que no es otra que la de garantizar la efectividad de la decisión final. Así señala que, “(...), *podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la*

---

<sup>75</sup> El art. 1 párrafo 2º del Convenio de Bruselas de 1968 excluye expresamente de su ámbito de aplicación material el arbitraje.

<sup>76</sup> GOLDMAN, C.: “Mesures provisoires et arbitrage international”, *Rev. Dr. Aff. Int.*, nº 1, 1993, págs. 4 y 5; QUAKRAT, Ph.: “L’arbitrage commercial international ...”, art. cit., pág. 240.

<sup>77</sup> CREMADES, B.M.: “The Need for Conservatory and Preliminary Measures”, *Int. Bus. Law.*, vol. 27, nº 5, de 27 de mayo de 1999, pág. 227.



*tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare*<sup>78</sup>.

## **5.- Naturaleza jurídica de las medidas cautelares**

Las medidas cautelares, por su propia naturaleza jurídica, presentan una serie de características que son las mismas, tanto si hacen referencia a un procedimiento arbitral, como judicial. Nosotros, asumiendo este punto de partida, nos centraremos en el ámbito del arbitraje.

### **5.1.- Provisionales**

Las medidas cautelares como su mismo nombre indica son provisionales, y se limitan a dar una solución temporal, esto es, hasta que el litigio se resuelva de forma definitiva. Es por ello que, con carácter general, no suponen una ejecución anticipada del fondo del asunto. Salvo que, claro está, se trate de medidas tendentes a garantizar la ejecución del laudo arbitral que en su día se dicte, es decir, medidas anticipatorias. Habrá que esperar, pues, al final del procedimiento arbitral para conocer la decisión definitiva.

En principio, estas medidas no prejuzgan el fondo del asunto<sup>79</sup>, tampoco ponen fin al procedimiento principal ni, por supuesto lo sustituyen<sup>80</sup>. De ahí que el hecho de que se adopte una medida de protección en favor de una de las partes, no implique necesariamente

---

<sup>78</sup> Artículo 721 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>79</sup> Así lo establece expresamente el párrafo 2º del artículo 728 L.E.C.

<sup>80</sup> Sent. T.J.C.E., de 26 de marzo de 1992, Asunto C-261/90, *Reichert v. Kockler*; Sent. T.J.C.E., de 21 de mayo de 1980, Asunto C-125/79.

que el laudo arbitral vaya a ir en ese sentido. Buena prueba de ello la tenemos en la exigencia de una caución o depósito al solicitante de la misma, por los daños y perjuicios que pudiera causar al patrimonio del demandado la concesión injustificada de tal medida<sup>81</sup>. No obstante, a pesar de esta prevención, no hay duda de que la obtención de una orden de este tipo constituye un indicio importante favorable al solicitante de la misma.

El estudio de los diferentes ordenamientos jurídicos refleja, sin embargo, que existen otras medidas que carecen de esta naturaleza provisional. Así, por ejemplo, en el sistema británico las “*interlocutory injunctions*” son medidas de aseguramiento que se solicitan durante la tramitación del procedimiento. Este tipo de medidas generalmente suelen poner fin al proceso porque son indicativas de que las partes han alcanzado una transacción<sup>82</sup>. De manera que su adopción implica, en definitiva, la terminación de la controversia, con lo cual, podíamos decir que en este caso la tutela provisional sustituye a la definitiva. Esto es, deja de ser una medida de carácter temporal para convertirse en la solución al fondo del asunto.

En la práctica, a menudo, el árbitro se enfrenta a un dilema importante ante la solicitud de una medida cautelar. La razón se debe a que muchas veces su adopción requiere, inevitablemente, entrar en la cuestión de fondo objeto de disputa. En general, parece que los árbitros se muestran contrarios o, al menos reticentes, a adoptar una medida cautelar que prejuzgue el fondo del asunto. Entre otras razones, porque en ese caso la medida dejaría de ser provisional para convertirse en definitiva, como terminamos de ver. Sostienen, en este sentido, que la

---

<sup>81</sup> Vid. el párrafo 3º del art. 728 de la L.E.C.

<sup>82</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (art. 24 del Convenio de Bruselas)*, Granada, Comares, 1998, pág.140; ANDREWS, N.: *Principles of Civil Procedure*, Londres, Kluwer, 1994, pág. 222.

medida cautelar debe limitarse a mantener el *statu quo* de las partes en el proceso.

Es por ello que, si la medida tiende a la consecución de este objetivo, los árbitros no dudan en ordenarlas pero, en caso contrario, se negarán a ello. Los laudos arbitrales reflejan esta tensión. Paradigmático en este sentido es el laudo dictado en 1983 el asunto núm. 7388 de la C.C.I. El litigio versaba sobre garantías bancarias, una de las partes solicitaba el retorno a la situación en que se encontraban las partes en el momento de iniciarse el arbitraje. Esta medida fue acordada puesto que se estimó que únicamente pretendía restablecer el equilibrio contractual entre ellas, por lo que en ningún caso prejuzgaba el fondo del asunto<sup>83</sup>.

Especialmente problemáticas resultan las medidas cautelares anticipatorias del laudo. Ocurre con frecuencia que el demandante en el procedimiento cautelar, una vez concedidas las medidas solicitadas se dé por satisfecho y no insista en el procedimiento principal, “de tal manera que recae sobre el demandado la carga de incoar el procedimiento”<sup>84</sup>. Es por ello que, en algunas ocasiones se han negado a ordenar una determinada medida por entender que suponía resolver de forma anticipada una parte sustancial de lo que se solicitaba en el proceso. Ello queda patente en el laudo dictado en 1993 en el asunto n° 6632 de la C.C.I. en el que el tribunal arbitral estimó que no podía pronunciarse de forma provisional sobre la validez o invalidez del contrato objeto de disputa, así como si la mercancía había sido legalmente o ilegalmente transmitida, puesto que suponía prejuzgar el fondo del asunto<sup>85</sup>. En otra decisión dictada en un asunto similar en 1992 en el asunto n° 7081 también de la C.C.I., se denegó igualmente la

---

<sup>83</sup> Laudo núm. 7388/1993, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>84</sup> REQUEJO ISIDRO, M.: “Sobre tutela cautelar y provisional y el arbitraje en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (Comentario a la S.T.J.C.E. – Pleno- de 17 de noviembre de 1998: Asunto C-391/95, *Van Uden/Deco Line*)”, *R.C.E.A.*, 1998, pág. 91.

medida cautelar solicitada atinente al embargo de los bienes objeto del litigio, por cuanto que dicha medida no se limitaba a mantener el *statu quo* de las partes sino que, en realidad, se trataba de obtener el mismo resultado que con la decisión final<sup>86</sup>.

La llamada práctica arbitral demuestra que los árbitros prefieren evitar poner de manifiesto su posición antes de la realización de las pruebas oportunas o de haber oído a las partes. Sin embargo, en numerosas ocasiones ordenan un pago provisional en concepto de medida cautelar condicionado a que la parte solicitante preste la garantía necesaria implicando, en definitiva, un cumplimiento parcial de lo solicitado en el laudo final<sup>87</sup>.

## **5.2.- Temporales e instrumentales**

Otra de las notas características que, de modo general, mantienen las medidas cautelares en las distintas legislaciones nacionales refiere a su carácter instrumental o accesorio respecto de un procedimiento principal. La instrumentalidad deriva de su dependencia del mismo. Es por ello que, por su propia naturaleza, son limitadas en el tiempo, en cuanto que durarán tanto como el procedimiento arbitral, esto es, hasta que se dicte el laudo arbitral. Terminado aquél finaliza igualmente su cometido.

Esta necesaria dependencia se manifiesta, sobre todo, en su carácter temporal, en cuanto que, estas medidas provisionales no pueden mantenerse de forma indefinida sino que están llamadas a desaparecer, pues por esencia tienen una duración restringida o

---

<sup>85</sup> Laudo núm. 6632/1993, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>86</sup> Laudo núm. 7081/1992, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>87</sup> Laudo núm. 7544/1996, de la C.C.I., *inédito*.

condicionada a la resolución del fondo del asunto. Tanto es así que si transcurre el plazo de que dispone el árbitro para emitir el laudo y no lo ha dictado por los motivos que sea las medidas cautelares dejan de tener eficacia<sup>88</sup>.

Esta necesaria accesoriadad de las medidas cautelares respecto a un procedimiento principal no impide, en absoluto, que las partes soliciten la tutela cautelar con anterioridad al comienzo del mismo. Esto es, antes de que el tribunal arbitral se haya constituido de forma efectiva, pues al tratarse de un órgano creado *ad hoc* requiere un plazo de tiempo para su formación. La validez de tales medidas estará condicionada obviamente a que, *“la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral”*<sup>89</sup>.

En definitiva, la posibilidad de ser solicitadas con carácter previo al inicio del procedimiento arbitral no es incompatible con su naturaleza instrumental o dependiente del proceso principal. Ello es así por cuanto que en algunos sistemas, como por ejemplo el alemán, se prevé que el demandado obligue al solicitante de la medida a iniciar el litigio en un determinado plazo. De no hacerlo de este modo, previa petición del sujeto pasivo, se podrá revocar la medida cautelar acordada.

Nuestro sistema es algo más flexible, ya que no se exige que el sujeto pasivo solicite la presentación de la demanda, como sí ocurre, por ejemplo en Alemania<sup>90</sup>. Así, la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil impone un plazo máximo de tiempo para determinar la validez de las medidas adoptadas con carácter previo al inicio del procedimiento judicial, pero

---

<sup>88</sup> En este sentido, la Ley de arbitraje española de 1988 fija en el art. 30 el plazo máximo de que dispone el tribunal arbitral para dictar el correspondiente laudo que será, con carácter general, *“(...) de seis meses, contados desde la fecha en que hubieren aceptado la resolución de la controversia o desde el día en que fuera sustituido el último de los componentes del Colegio arbitral (...)”*. Salvo que, claro está, ese plazo haya sido prorrogado por acuerdo de las partes (...).

<sup>89</sup> Art. 730 párrafo 3º de la L.E.C.

<sup>90</sup> Artículo 926 del ZPO Alemán.

no hace lo propio respecto de uno arbitral. Dentro de ese plazo, las partes deberán iniciar el procedimiento judicial, de lo contrario, la medida dejará de ser eficaz. En caso de que las partes no lleven a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento ante la jurisdicción estatal en un período máximo de 20 días, -a contar desde que se obtuvo la medida-, ésta quedará sin efecto<sup>91</sup>.

Sin embargo, curiosamente, no se fija un plazo similar para el caso del arbitraje, ni tampoco se hace extensible de forma expresa por la Ley cuando se trata de medidas acordadas con carácter previo a un procedimiento arbitral. En este sentido, la propia Ley de Arbitraje de 1988 dice expresamente que “este plazo no actuará en el supuesto de las medidas cautelares acordadas en función de un arbitraje”. No obstante, y a pesar de la falta de regulación adecuada, para este último caso entendemos, por analogía con el supuesto anterior, que todas las actuaciones dirigidas a iniciar el arbitraje deberán efectuarse a la mayor brevedad posible o, al menos, no superar los 20 días desde que se obtiene la consiguiente medida cautelar.

En definitiva, dado el silencio de la Ley, será el propio tribunal arbitral quien decida si las partes han respetado un plazo razonable. Los árbitros gozan, pues, de una cierta discrecionalidad al respecto. Para el caso que estimen que las partes han excedido el plazo estimado prudente para iniciar el arbitraje, el tribunal arbitral podrá anular la medida cautelar adoptada.

---

<sup>91</sup> Vid. el artículo 730 párrafos 2 y 3 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Se ha introducido una novedad respecto de la L.E.C. anterior, en cuanto que el plazo previsto era de ocho días y ha pasado a ser de veinte.

### **5.3.- Se limitan al objeto del litigio**

Como punto de partida, debe existir necesariamente una correlación entre la medida solicitada y el litigio al que hace referencia la misma<sup>92</sup>. En este sentido, la medida cautelar únicamente podrá recaer sobre los bienes y derechos del demandado en el proceso cautelar<sup>93</sup>. No obstante, no siempre todos los sistemas restringen el poder de los árbitros en materia cautelar al objeto de litigio. Algunos atribuyen poder a los árbitros pero no realizan esta limitación *ratione materiae*.

### **5.4.- Urgentes**

Lógicamente, a la hora de solicitar una medida cautelar la palabra clave es “la urgencia”. Esto es, debe existir un riesgo de daño inminente o de un perjuicio irreparable, tanto presente como futuro, para alguna de las partes o respecto del objeto del litigio, que haga indispensable la adopción de una medida inmediata que elimine, reduzca o evite tal daño<sup>94</sup>. El incumplimiento de alguno de estos requisitos lleva a la jurisprudencia arbitral a denegar generalmente la adopción de la medida cautelar solicitada siendo la tendencia rectilínea al respecto. Así, por ejemplo, los árbitros en el asunto nº 7081 desarrollado en el seno de la C.C.I., en 1992, no acuerdan la medida instada porque el solicitante no acredita de forma suficiente la situación de urgencia requerida, así como la existencia de un perjuicio grave e irreparable presente o futuro que la hiciera indispensable<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de construcción “llave en mano”*, Granada, Comares, 1999, pág. 300.

<sup>93</sup> Vid. el párrafo 1º del art. 726 L.E.C.

<sup>94</sup> Laudo núm. 4358/1994, de la C.C.I., *J.D.I.*, 1995, pág. 412.

<sup>95</sup> Laudo núm. 7081/1992, de la C.C.I., *inédito*.

De todos modos, la urgencia es un término relativo, por lo que dependerá tanto de la valoración del tribunal que tenga que adoptarla como de la ley de procedimiento aplicable. La práctica arbitral nos aporta tres ejemplos significativos al respecto. 1) En el primero de ellos, ha considerado que la quiebra del demandado no originaba una situación urgente en cuanto que su capital no podía ser transmitido sin la previa autorización de un juez<sup>96</sup>. Por tanto, la urgencia es entendida como aquella situación que requiere la adopción de medidas con el objeto de evitar que los derechos legítimos de una persona estén en peligro. A juicio del tribunal, los derechos del demandante no corrían ningún riesgo, de ahí que decidiera no adoptar ningún tipo de medida.

2) En el segundo, los árbitros no consideraron que el retraso del deudor en el pago, mientras se estaba resolviendo la disputa, constituyera un caso de urgencia que justificara la ordenación de un pago provisional<sup>97</sup>. 3) Y, finalmente, en el tercero interpreta que se trata, no tanto de prevenir un daño irreparable, como de evitar que la situación objeto del litigio se agrave<sup>98</sup>.

A pesar de encontrarnos ante un término relativo, existe un cierto consenso entre los diferentes sistemas estatales y la jurisprudencia de los distintos tribunales estatales en cuanto al significado de este carácter “urgente”. Así, a título de ejemplo, la jurisprudencia francesa define la urgencia como “aquella situación que requiere que sean adoptadas medidas con el objeto de evitar que los derechos legítimos de una persona estén en peligro”<sup>99</sup>. La doctrina italiana la define en el mismo sentido, esto es, como aquel perjuicio inminente e irreparable que se

---

<sup>96</sup> Laudo núm. 3897/1982 de la C.C.I., *inédito*.

<sup>97</sup> Laudo núm. 4591/1984, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>98</sup> Laudo núm. 3896/1981, de la C.C.I., *J.D.I.*, 1982, pág. 914.

<sup>99</sup> Cour de Cassation, (1<sup>a</sup> Ch. Civ), de 23 de mayo de 1986, *Gaz. Pal.*, 1987, 1er. sem. Somm., n° 17.



puede producir por el retraso en tramitar el proceso principal<sup>100</sup>. Obviamente, si no hay razón alguna que justifique la adopción inmediata de una medida cautelar, por no existir ningún riesgo de daño o perjuicio irreparable pudiendo esperar hasta el final del procedimiento, ésta no se adoptará.

La expresión “perjuicio irreparable” adquiere significados distintos en cada sistema. Mientras que los juristas anglo-americanos entienden que se trata de un daño que no es compensable con una indemnización por daños y perjuicios. La práctica arbitral de la C.C.I. estima que basta que haya un riesgo de daños financieros o económicos para que el perjuicio irreparable se produzca<sup>101</sup>.

En realidad, la definición prevista de la “urgencia”, tanto por parte de la jurisprudencia arbitral, como por la doctrina, coincide prácticamente con el requisito del *periculum in mora* que constituye uno de los presupuestos de las medidas cautelares recogido, asimismo, en la legislación española y que veremos a continuación. La importancia de que concorra esta circunstancia es tal que, en la práctica arbitral de la C.C.I., la urgencia se configura como uno de los requisitos para la concesión de una medida de este tipo.

### **5.5.- Proporcionalidad**

La medida cautelar solicitada tiene que responder al principio de proporcionalidad. En este sentido, tiene que ser acorde con el fin perseguido, esto es, garantizar la decisión que en su día de dicte, así como asegurar los derechos de las partes en el proceso y sus bienes. La

---

<sup>100</sup> SAMORÌ, E.: *Comentario breve al Codice di Procedura Civile*, CARPI-COLESANTI-TARTUFFO (dir.), 3ª ed., Padova, CEDAM, 1994, pág. 1413.

correspondencia de la medida con su finalidad será apreciada por el órgano que deba concederla, ya sea el árbitro o el juez, en su caso.

## **6.- Los presupuestos exigidos para la adopción de medidas cautelares en función de un arbitraje**

Resulta necesario determinar cuáles son los presupuestos que, con carácter general, se vienen exigiendo en la mayor parte de los sistemas de Derecho comparado para la adopción de una medida cautelar en apoyo de un procedimiento arbitral. En la práctica, sin embargo, se trata de diferencias que tienden más bien a ser de matiz que de fondo, como veremos. Es de señalar que la concurrencia de estos requisitos se requiere con independencia de que la solicitud de medidas de protección se haya interpuesto ante los tribunales estatales o arbitrales.

Estos condicionantes también se recogen en nuestro sistema procesal, concretamente en el artículo 728 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que, además, se configuran en el apartado XVIII de la Exposición de Motivos como *“factores fundamentales imprescindibles para la adopción de medidas cautelares”*.

### **6.1.- Necesaria petición a instancia de parte**

El principio que parece estar vigente en la mayor parte de los sistemas procesales en materia cautelar y, también en el nuestro, es el

---

<sup>101</sup> SCHWARTZ, E.: “The Practices and Experience of the I.C.C. Court”, en *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, Bull. C.C.I., Special Supplement, 1993, pág. 60.

dispositivo. La Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil habla, en este sentido, del principio de justicia rogada. Su vigencia hace necesaria la iniciación del proceso cautelar a instancia de parte.

Es por ello que, como regla general, serán las partes quienes soliciten, ya sea de los jueces, ya sea de los árbitros la adopción de una determinada medida cautelar. Como bien apunta CALDERÓN CUADRADO, “cabría pensar que, siendo la finalidad básica del proceso cautelar ‘asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere’, el órgano jurisdiccional estuviera interesado en que esa resolución no se convirtiera en papel mojado. De ello se desprendería la posibilidad de que el juez de oficio pudiera disponer del proceso cautelar, lo cual no es sostenible”<sup>102</sup>.

Teniendo en cuenta que estamos tratando las medidas cautelares en función de un arbitraje, este mismo interés podría predicarse de los árbitros, es decir, que éstos pudieran *motu proprio* ordenar medidas de protección. Sin embargo, dada la naturaleza estrictamente privada de las relaciones que abarca el arbitraje, donde la autonomía de la voluntad de las partes tiene una amplísima virtualidad, también deberá ser ésta la determinante a la hora de decidir sobre su interposición o no. Y, ésta es, precisamente, la solución que parece haberse adoptado en la gran mayoría de los sistemas jurídicos en el plano comparado, así como en los Reglamentos de las principales instituciones arbitrales, textos éstos últimos dotados de una peculiar naturaleza, pero con una indudable trascendencia en la práctica.

Además, suponiendo que el juez o el árbitro pudieran de oficio adoptar medidas cautelares, ¿qué ocurriría si la medida se hubiese adoptado injustamente y, en consecuencia, una de las partes se hubiese visto perjudicada? Como no habría parte solicitante y, por ende, posible

---

<sup>102</sup> CALDERÓN CUADRADO, M. P.: *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1992, pág. 205.

responsable de los daños que hubiese podido causar la medida cautelar obtenida, el daño producido sería de muy difícil reparación<sup>103</sup>. Es por ello que, la obtención de medidas cautelares tendrá que ser a instancia de parte y bajo la responsabilidad del demandante quien, en la mayoría de los casos, deberá prestar una caución para cubrir tal supuesto.

Coherentemente con lo anterior, el art. 721 L.E.C. requiere una actividad de la parte interesada, ya sea para solicitarlas ante los jueces o, en su caso, ante el tribunal arbitral. En este sentido, la legitimación activa se atribuye al actor, tanto principal como al reconvencional y, además, bajo su entera responsabilidad<sup>104</sup>. Queda excluida, así, de forma indirecta en nuestro sistema la posibilidad de que las medidas cautelares sean solicitadas a los jueces directamente por los árbitros. Asimismo, nada se dice en el art. 721 de la L.E.C. acerca de la posibilidad de que sean adoptadas de oficio por el juez<sup>105</sup>. Dicho de otro modo y tal como ya hemos señalado, la solicitud de estas medidas está sujeta al principio dispositivo o de justicia rogada, como se dispone en el apartado VI de la propia Exposición de Motivos de la L.E.C.

Nuestra normativa procesal guarda silencio respecto de la competencia de los árbitros en materia cautelar pero, caso de admitirse que éstos últimos las adopten, tampoco podrán hacerlo de oficio puesto que se exige la instancia de parte. Todo ello, claro está, sin perjuicio, de que en casos excepcionales de fuga, extrema necesidad del actor o de sus bienes, el juez pueda, o más bien deba, adoptar de oficio alguna

---

<sup>103</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.: *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares, El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, Aranzadi, 1974, pág. 17.

<sup>104</sup> El artículo 721 de la L.E.C. dispone: “*Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvencional, podrá solicitar del tribunal (...)*”.

<sup>105</sup> La L.E.C. de 1881 no contenía un precepto específico en materia de adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje. La Ley de Arbitraje de 1988, por su parte, únicamente recoge en su artículo 50 el supuesto de las medidas cautelares una vez dictado el laudo arbitral. De él se deduce que el juez actúa a instancia de parte, sin embargo, no prohíbe expresamente que los jueces las adopten de oficio.

medida de aseguramiento<sup>106</sup>.

Esta necesaria solicitud a instancia de parte se exige en la casi totalidad de los sistemas estatales, en los reglamentos de las distintas instituciones de arbitraje, así como en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional. Por lo que se refiere a los sistemas estatales, esta exigencia se contiene, entre otros, en el Estatuto Federal Suizo de Derecho internacional privado en materia de Arbitraje Internacional<sup>107</sup> y en las Reglas de arbitraje de la República Popular China<sup>108</sup>.

Por lo que respecta a los Reglamentos, se requiere esta petición a instancia de parte, entre otros, en el Reglamento de arbitraje de la C.C.I.<sup>109</sup>, las Reglas de Arbitraje de la A.A.A. (American Arbitration Association)<sup>110</sup>, el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL<sup>111</sup>, las Reglas de Arbitraje de Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa<sup>112</sup>, las Reglas de Arbitraje

---

<sup>106</sup> GUITIÉRREZ DE CABIEDES, E.: *Elementos esenciales para...*, op. cit., pág. 17.

<sup>107</sup> El art. 183 del Estatuto Federal Suizo de Derecho internacional privado dispone: “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral puede, a instancia de parte, solicitar medidas de protección*”.

<sup>108</sup> El art. 28.1º de las Reglas de arbitraje de la República Popular China prevé: “*Una parte puede solicitar medidas de protección de la propiedad si puede resultar difícil o imposible ejecutar el laudo por culpa del adversario*”.

<sup>109</sup> El art. 23.1 del Reglamento de arbitraje de la C.C.I. de París lo regula del siguiente modo: “*(...) 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 (...)*”.

<sup>110</sup> El art. 21.1 de las Reglas sobre arbitraje internacional de la American Arbitration Association, en vigor desde el 1 de septiembre de 2000 señala que: “*A solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal podrá tomara aquellas medidas provisionales que sean necesarias, incluyendo prohibiciones y medidas para la protección o conservación de los bienes*” .

<sup>111</sup> El art. 26.1 del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI dispone: “*A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias (...)*”.

<sup>112</sup> El art. 30 de las Reglas de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa dice como sigue: “*A instancia de parte el tribunal arbitral puede ordenar a la otra parte medidas de protección respecto del objeto del litigio (...)*”.

de la O.M.P.I.<sup>113</sup>, las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Zurich<sup>114</sup>. Y, finalmente, también se exige en la Ley Modelo UNCITRAL de 1985<sup>115</sup>.

## **6.2.- La concurrencia del `periculum in mora`**

Ya se ha visto cómo la pendencia de todo proceso lleva aparejada, necesariamente, un cierto riesgo para las partes. Cualquier retraso en el desarrollo del procedimiento arbitral puede dar lugar a alguna circunstancia que perjudique de inmediato, o pueda hacerlo en un futuro, los derechos de alguna de las partes en el proceso, a sus bienes o a sus expectativas de derecho, hasta el punto de imposibilitar la futura ejecución del laudo<sup>116</sup>. De este modo, el solicitante de la medida deberá probar fehacientemente la concurrencia de esta circunstancia.

### **6.2.1.- En el sistema español de arbitraje**

La positivación de este requisito es una novedad de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil puesto que con anterioridad no se regulaba expresamente<sup>117</sup>. De hecho, se recoge en el artículo 728 párrafo 1º en los siguientes términos: *“sólo podrán acordarse medidas cautelares si*

---

<sup>113</sup> El art. 46.a) de las Reglas de Arbitraje de la O.M.P.I establece: *“A instancia de parte, el tribunal puede ordenar cualquier medida cautelar que estime necesaria (...)”*.

<sup>114</sup> El art. 28 de las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Zurich dice: *“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral puede ordenar, a instancia de parte, medidas cautelares o provisionales (...)”*.a.

<sup>115</sup> El art. 17 de la Ley Modelo CNUDMI establece: *“(...) el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que estime necesarias (...)”*.

<sup>116</sup> ALVAREZ ALARCÓN, A.: “Intervención ...”, art. cit, pág. 135.

<sup>117</sup> El art. 1428 de la L.E.C. de 1881 que era el que fijaba los requisitos para la adopción de las medidas cautelares en el proceso judicial, no lo recogía expresamente.

quien las solicita justifica que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”. No obstante, y a pesar del silencio de la Ley anterior, en la práctica las autoridades lo exigían igualmente por ser un condicionante inherente a la propia naturaleza de las medidas cautelares, es decir, por tratarse de una característica propia de las mismas<sup>118</sup>.

### 6.2.2.- En derecho comparado

La exigencia de esta condición se admite de forma generalizada en la mayor parte de los sistemas de nuestro entorno. Así, el Derecho alemán exige como presupuesto de las medidas cautelares que haya posibilidad de un cambio en la situación actual de las partes que impida o dificulte seriamente la realización del derecho de una de ellas<sup>119</sup>, lo que equivale al *periculum in mora*. En realidad, este presupuesto como tal no aparece exigido expresamente en el ZPO, aunque existen referencias indirectas al mismo, como terminamos de ver.

Esta falta de regulación específica por parte del legislador alemán obliga al juez a apreciar su concurrencia de forma casuística. Si bien hay que destacar que no se trata de un poder discrecional del juez, sino que estamos ante un concepto jurídico indeterminado que deberá ser concretado<sup>120</sup>. Así, un tribunal alemán a la hora de conceder una medida provisional deberá comprobar que, efectivamente, sin la existencia de la medida solicitada se frustrará o se dificultará enormemente la ejecución

---

<sup>118</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 220.

<sup>119</sup> Vid. La Sección 935 del ZPO Alemán.

<sup>120</sup> GRUNSKY, W.: *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen, 1988, pág. 143.

de la sentencia<sup>121</sup>. Por ello, no bastará que la parte afirme la existencia de un peligro, sino que deberá probarlo con el objeto de evitar la concesión injustificada de la misma.

De todos modos, la mayor o menor comprobación de estos requisitos dependerá también del tipo de medida solicitada. Esto es, cuanto más gravosa sea ésta para los derechos del demandado, mayor será también el grado de comprobación o acreditación de los requisitos exigidos. No parece, pues, suficiente, según el Derecho alemán, la presentación de meros indicios, sino que debe existir un porcentaje elevado de probabilidad y verosimilitud en las alegaciones presentadas<sup>122</sup>.

Por su parte, la Ley italiana exige igualmente la concurrencia de este requisito del *periculum in mora* para la adopción de un “provvedimenti d’urgenza”, sin embargo, recordemos que este sistema excluye la competencia del árbitro para ordenar medidas cautelares, de ahí que, tan sólo los jueces deberán verificar su concurrencia, pues son los únicos legitimados<sup>123</sup>. En este sentido, la permite una medida de este tipo para neutralizar cualquier peligro del cual se derive un perjuicio inminente o irreparable<sup>124</sup>.

El Derecho francés, en tercer lugar, prevé dos vías para la adopción de medidas cautelares. Tanto en una como en otra, se precisa la concurrencia de este requisito a efectos de su concesión<sup>125</sup>. Este sistema, sin embargo, presenta una peculiaridad, por cuanto que el Título V del N.C.P.C. de 14 de mayo de 1981, no contiene ninguna

---

<sup>121</sup> CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup>.P.: *Las medidas cautelares ...*, op. cit., pág. 47.

<sup>122</sup> CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup>. P.: *Las medidas cautelares ...*, op. cit., pág. 51.

<sup>123</sup> SAMORÌ, E.: *Comentario breve al Codice ...*, op. cit., págs. 1369-1370.

<sup>124</sup> Artículo 700 del Codice de Procedure Civile italiano.

<sup>125</sup> Para más información sobre esta cuestión, Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Medidas cautelares de ...*, op. cit., págs. 118-132.



disposición en materia de medidas cautelares, pero, su admisión está fuera de toda duda. Subsidiariamente, la regulación de esta cuestión se encuentra, por un lado, en la Ley núm. 91-650 de 9 de julio de 1991 y por su Decreto de desarrollo núm. 92-755 de 31 de julio de 1992. En concreto, en el art. 210 del citado Decreto se exige este requisito. Y, por otro, en los arts. 808 y 809.1º del N.C.P.C. francés, donde, además, se prevé una figura específica: el “référé provision” para la adopción de medidas cautelares.

En lo que respecta a EE.UU., salvo en algunos Estados como Texas o Washington, no se dispone de una regulación en materia cautelar en apoyo de un procedimiento arbitral. En consecuencia, los jueces suelen decidir este tipo de solicitudes de forma casuística. Sin embargo, habitualmente los tribunales exigen, como condición indispensable para la concesión de una medida provisional, que la parte solicitante pruebe que, en caso de no adoptarse, se produciría un daño irreparable. Así, a título de ejemplo, la sentencia del tribunal federal norteamericano del 7º circuito en el asunto *Sauer-Getriebe KG c. White Hydraulics Inc.* entendió que quedaba suficientemente probada esta circunstancia.

Este caso tiene su origen en un contrato de distribución exclusiva entre la empresa alemana “*Sauer-Getriebe*” y la compañía americana “*White hydraulics*” dedicada a la fabricación de automóviles. En dicho contrato, ésta última se comprometía a venderle su producto a la alemana de forma exclusiva. Y, ésta a su vez, lo distribuiría en 47 países. Las partes habían insertado en el contrato una cláusula arbitral. Una vez celebrado el contrato, “*White Hydraulics*” puso en conocimiento de la otra sociedad la intención de vender sus automóviles a una tercera parte. La empresa alemana solicita inmediatamente una medida cautelar consistente en la paralización de la mercancía, con el fin de evitar que sea transmitida a un tercero, hasta que la cuestión se resuelva a través de arbitraje. Finalmente, el juez acuerda la medida solicitada alegando

que está debidamente justificado el posible daño irreparable en la parte solicitante<sup>126</sup>.

En la práctica arbitral, los árbitros han denegado la adopción de medidas cautelares porque la parte requeriente no había demostrado suficientemente la existencia de un daño inmediato o peligro de daño futuro grave e irreparable que hiciera imprescindible para evitarlo dicha medida<sup>127</sup>. Sin embargo, el cumplimiento de este requisito no exige necesariamente que el posible daño sea irreparable. Bastará que sea difícil de compensar como sería, por ejemplo, el perjuicio causado por una vulneración de la confidencialidad prevista en un contrato de licencia en el ámbito de la propiedad intelectual<sup>128</sup>. Asimismo, se entiende que cumple este requisito toda medida que se estime necesaria para respetar los derechos legítimos de la parte que la solicita.

### **6.3.- La prueba de la existencia del *‘fumus boni iuris’***

Bajo la expresión *“fumus boni iuris”* se esconde la exigencia de una apariencia de mejor derecho. La parte que solicite una medida cautelar deberá presentar una prueba que acredite el derecho en que basa su pretensión. En definitiva, la expectativa jurídica que se pretende tutelar debe presentar un alto grado de probabilidad de éxito. En el sentido de que, en la resolución final del proceso, se reconozca efectivamente el derecho en el que se funda su pretensión<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> *United States Court of Appeals, Seventh Circuit*, en el asunto *Sauer-Getriebe KG v. White Hydraulics, Inc.*, 715 F. 2d. 348.

<sup>127</sup> Laudo núm. 7081/1992 de la C.C.I.; *United States Court of Appeals, Second District*, de 1982, Asunto *Sperry International v. Government of Israel*, 689, F. 2d. 301, 304.

<sup>128</sup> Decisión publicada en el *Bulletin A.S.A.* en 1994, pág. 145.

<sup>129</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Teoría general de las medidas cautelares, Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, Gráficas M. Pareja, 1974, pág.36.

Este principio de prueba por escrito será de libre apreciación por el tribunal que tenga que adoptar la medida en cuestión y debe basarse, como dice CALAMANDREI<sup>130</sup>, en un juicio de probabilidad. De manera que, el solicitante de una medida cautelar debe afirmar y probar la presencia de una situación jurídica cautelable. Es más, la resolución estimando, en su caso, dicha pretensión se fundará en la posibilidad razonable de que este derecho alegado exista. El juez decidirá, por tanto, en función de la mera apariencia, no de la certeza<sup>131</sup>.

Generalmente, la Ley no determina la cuantía de esta fianza, de ahí que su concreción se hará de forma discrecional por el juez. Así, por ejemplo, un laudo arbitral provisional o parcial puede servir de *título – fumus boni iuris-* para solicitarla de nuevo ante la jurisdicción estatal<sup>132</sup>. En efecto, en el supuesto en que el árbitro haya dictado una medida cautelar y la parte no la haya cumplido voluntariamente, una de las opciones que le queda al solicitante es acudir ante los tribunales estatales e instarla de nuevo. De modo que la medida cautelar adoptada previamente por el árbitro puede constituir una prueba de su mejor derecho.

### 6.3.1.- El sistema español de arbitraje

En el ordenamiento jurídico español, el artículo 728 de la L.E.C. exige que el solicitante presente *“datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable*

---

<sup>130</sup> CALAMANDREI, P.: *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, CEDAM, 1936, pág. 63.

<sup>131</sup> CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup>.P.: *Las medidas cautelares ...*, op. cit., pág.41.

<sup>132</sup> Cour d'Appel de Paris (1<sup>a</sup> Ch. C), de 9 de julio de 1992, en el asunto *Société Norbert Beyrard France c/ République de Côte-d'Ivoire*, *Rev. Arb.* 1994, n<sup>o</sup>1, págs. 133 y ss.

*al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios”.*

La concurrencia de este requisito tradicionalmente exigido por la jurisprudencia se ha flexibilizado de forma considerable tras la entrada en vigor de la L.E.C. en enero de 2001. Con anterioridad, se requería una prueba por escrito de forma inexorable<sup>133</sup>. Actualmente, sin embargo, *“el solicitante podrá ofrecerla por otros medios”*<sup>134</sup>. La falta de prueba por escrito, puede ser sustituida por cualquier otra, con tal de que, a juicio del juez, quede probada esa apariencia de mejor derecho requerida por la Ley.

En caso de que la parte solicitante no pueda probar el *fumus boni iuris*, esto es, que no aporte ninguna prueba en que apoyar su derecho, todo apunta a que debería denegarse la adopción de la medida, puesto que la Ley no parece dar ninguna opción alternativa al respecto desde el momento en que dice *“habrá de presentar”*<sup>135</sup>. No obstante, no faltan autores que estiman que la solución, en ese caso, no debería llevar a la no adopción de la medida, sino a la fijación de una fianza más alta para garantizar los eventuales daños que aquella pudiera causar. La caución actuaría aquí como un complemento, siendo que en realidad, se trata de un presupuesto más, según el párrafo 3º del art. 728.

---

<sup>133</sup> El art.1428 de la L.E.C. de 1881 exigía que *“(…) se presente en juicio un principio de prueba por escrito en el que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas (...)”*. No se prevé, sin embargo, la posibilidad de que la parte pueda presentar un medio de prueba distinto del escrito para probar su mejor derecho.

<sup>134</sup> Artículo 728 de la L.E.C.

<sup>135</sup> CABANILLAS SANCHEZ, A.: “Comentario al art. 50 L.A.”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Cord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 36/1988, de 5 de diciembre*, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 759.

### 6.3.2.- En Derecho comparado

La necesidad de que concurra este requisito es común a la mayor parte de los sistemas jurídicos de nuestro entorno<sup>136</sup>. Igualmente, se encuentra presente en gran parte de los Reglamentos de las distintas Instituciones arbitrales. En el caso concreto de la República Federal Alemana, la adopción de medidas cautelares por un juez alemán se condiciona al cumplimiento de los presupuestos legalmente previstos en los artículos 916 a 945 del ZPO. Si concurren todos ellos, el órgano jurisdiccional está obligado a ordenarlas, aunque tiene un poder discrecional por lo que respecta a su contenido.

No obstante, hay que matizar esta afirmación por cuanto que la exigencia de este requisito no siempre actúa con la misma intensidad en todos los casos. Ello es debido a que el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* aparecen estrechamente vinculados, de manera que, cuando la pretensión o *fumus boni iuris* quede suficientemente probada disminuirá el grado de peligro a exigir y, viceversa. A *contrario sensu*, cuando la pretensión no quede suficientemente acreditada el grado de peligro exigible deberá ser mayor<sup>137</sup>.

A diferencia del sistema español, el alemán otorga una mayor libertad para la prueba de esta formalidad, no importa el medio utilizado, basta con que la pretensión aparezca como posible. Este requerimiento está en función del tipo de medida cautelar que se solicite<sup>138</sup>. Este requisito se va a materializar en el Derecho alemán exigiendo la presencia de una pretensión, entendida ésta en su sentido material y no

---

<sup>136</sup> El sistema francés de arbitraje internacional previsto en el Título V del N.C.P.C. de 14 de mayo de 1981, no contiene ninguna disposición en materia de medidas cautelares, sin embargo, su admisión está fuera de toda duda. La regulación de las medidas cautelares se encuentra en la Ley núm. 91-650 de 9 de julio de 1991 y por su Decreto de desarrollo núm. 92-755 de 31 de julio de 1992.

<sup>137</sup> CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup>.P.: *Las medidas cautelares ...*, op. cit., pág. 47.

procesal<sup>139</sup>. Los sistemas italiano<sup>140</sup> y francés también admiten, como regla general, esta condición. En EE.UU., por su parte, no se recoge expresamente, pues la mayoría de los Estados carecen de una regulación al respecto. Sin embargo, en la práctica se exige de forma generalizada por parte de los tribunales<sup>141</sup>.

#### **6.4.- El depósito de una caución o contracautela**

Con carácter general, prácticamente todos los sistemas reclaman esta garantía como requisito y, en principio, parece que es la que menos problemas plantea. Sin embargo, surgen algunas dudas en cuanto a la propia naturaleza jurídica de la fianza o caución. Pues, mientras algunos autores como CALAMANDREI la calificaron en su momento como un tipo de medida cautelar<sup>142</sup>. Para otros, sin embargo, constituye un verdadero presupuesto para la concesión de las mismas<sup>143</sup>.

##### **6.4.1.- El sistema español de arbitraje**

En España, el artículo 728.3º L.E.C. precisa con claridad que: “*salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la*

<sup>138</sup> Artículo 920, de la ZPO alemana; GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Medidas cautelares de ...*, op. cit., págs. 79-106.

<sup>139</sup> GRUNSKY, W.: *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen, 1988, pág. 149.

<sup>140</sup> SAMORÌ, E.: *Comentario breve al ...*, op. cit., págs. 1369-1370. Tan sólo hay un supuesto en el que la Ley no lo exige expresamente que es el del secuestro “giudiziario”. Y la doctrina y la jurisprudencia no mantienen un criterio uniforme.

<sup>141</sup> *United States Court of Appeals, Seventh Circuit*, en el asunto *Sauer-Getriebe KG v. White Hydraulics, Inc.*, 715 F. 2d. 348, 1984. En este caso, el juez consideró que quedaba debidamente cumplido el requisito de la apariencia de mejor derecho. Vid., los hechos que dan origen a esta sentencia en el epígrafe 4.1 del Capítulo III, págs 236 y ss. de este trabajo.

<sup>142</sup> CALAMANDREI, P.: *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, CEDAM, 1936, pág. 44.

<sup>143</sup> CALDERÓN CUADRADO M<sup>a</sup>. P.: *Las medidas cautelares ...*, op. cit., págs. 50 y 51.

*medida cautelar deberá prestar caución suficiente (...)*". De este modo, se protege a la persona gravada por la medida de posibles abusos, asegurándole, al mismo tiempo, una indemnización de daños y perjuicios para el caso de concesión injustificada de la medida<sup>144</sup>. Esto es, si finalmente no existiera el derecho en función del que se otorgó dicha medida. Del tenor literal de este artículo parece derivarse que el juez puede eximir de tal obligación a la parte solicitante, si así lo considera oportuno<sup>145</sup>.

Esta posibilidad no se admitía expresamente bajo el imperio de la anterior L.E.C. de 1881, aunque así se interpretaba por parte de la doctrina procesalista de acuerdo con lo previsto en el art. 50 de la Ley de Arbitraje española. Este precepto faculta al juez, en la adopción de medidas cautelares, a "*(...) señalar los afianzamientos que considere oportunos (...)*", Ello llevó a un amplio sector de la doctrina procesalista a considerar que el juez gozaba de una amplia discrecionalidad en cuanto a la exigibilidad de tal presupuesto, así como de la clase o calidad de la misma<sup>146</sup>.

No parece que, en principio, se pueda eximir al solicitante de ninguno de los cuatro requisitos que hemos visto, en cuanto que el art. 732 L.E.C. exige expresamente que dicha solicitud se formule "*(...) con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los*

---

<sup>144</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales ...*, op. cit., pág. 300.

<sup>145</sup> En este mismo sentido se manifiesta la Ley modelo UNCITRAL en su art.17 donde le concede discrecionalidad al juez para la solicitud de tal caución pero sin el carácter de requisito imprescindible. Dice así, "el tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas".

<sup>146</sup> Vid. BARONA VILAR, S.: "El recurso de anulación del laudo arbitral", *R.C.E.A.*, 1988-1989, pág. 137-138; CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup>.P.: "La tutela cautelar en el arbitraje de consumo. Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo". *Actas del seminario "Arbitraje de Consumo"*, Valencia, Consellería de Sanitat i Consum, 1995, pág. 131; ORTELLS RAMOS, M.: "Comentario al art. 50 ...", art. cit., pág. 259. En contra, LORCA NAVARRETE, A.M<sup>a</sup>: *Comentarios a la Ley de Arbitraje con formularios y jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 1991, pág. 276 y CUCARELLA GALIANA, L.A.: "Medidas cautelares posteriores al laudo arbitral", en *R.X.G.*, nº 17, 3º cuatr., 1997, pág. 25.

*presupuestos legalmente exigidos para su adopción*". Sin embargo, el tenor literal del art. 721 L.E.C., -"salvo que expresamente se disponga otra cosa (...) "- hace pensar en la posibilidad de que se le exima de la misma. Será, en todo caso el juez o el árbitro el que, en atención a las circunstancias de cada supuesto concreto, decida esta cuestión.

#### **6.4.2.- Derecho comparado**

La respuesta de los diferentes sistemas estatales a esta cuestión es bastante uniforme. De hecho, en la mayoría de ellos se configura como un requisito cuya exigibilidad se deja a la discreción del órgano que deba adoptarlas. En este sentido, el sistema alemán de arbitraje califica esta contracautela como no obligatoria. Ello se deduce de lo dispuesto en el artículo 921.2º de la ZPO en cuanto que establece que esta fianza podrá exigirse como sustitutiva de alguno de los otros requisitos, por ejemplo, *del fumus boni iuris* o, incluso, podrá exigirse de forma cumulativa<sup>147</sup>. En última instancia, será el órgano que adopte la medida el que decida. Por tanto, no se configura como un presupuesto indispensable para la concesión de una medida cautelar en el sistema alemán. No obstante, de conformidad con lo señalado en el artículo 945 ZPO, el acreedor de la medida responderá, en todo caso, del daño causado si la concesión de la misma resultare injustificada.

De igual modo, en la legislación italiana la exigencia de tal fianza tampoco es obligatoria, sino que depende de la apreciación de las circunstancias del caso concreto por parte del órgano que deba adoptarlas<sup>148</sup>. La Ley mexicana sobre arbitraje comercial, por su parte, también faculta al tribunal arbitral para que "*exija la garantía suficiente*

---

<sup>147</sup> Vid. el artículo 921.II del ZPO alemán.

<sup>148</sup> Vid. el art. 669 del Codice de Procedure Civile italiano.



*en relación con esas medidas*<sup>149</sup>.

El sistema francés no exige la fianza como un presupuesto obligatorio para la concesión de una medida cautelar. De hecho, el Nuevo Código de Procedimiento Civil francés guarda silencio sobre esta cuestión. Siendo el juez, por consiguiente, quien decida. Sin embargo, el artículo 48 del anterior Código de Procedimiento Civil, a pesar de no exigir la prestación de una fianza en sentido estricto, sí requería, en cambio, la comprobación de que el solicitante de la medida tuviera solvencia suficiente para hacer frente a los daños que pudiera ocasionar la concesión injustificada de la misma. Sólo en caso de que el acreedor no consiguiera probar su solvencia o, a pesar de haberlo hecho, el juez la estimara insuficiente, debería prestar la fianza o caución.

Llama la atención la Ley de Arbitraje de la República de China de 1995. En ella no se ordena que se preste la fianza, pero sí que dispone que se deberá compensar a la otra parte en caso de que la medida cautelar hubiese sido adoptada erróneamente<sup>150</sup>. No debemos olvidar que la finalidad del depósito o fianza es la de compensar por los daños y perjuicios causados por una medida cautelar que se adoptó de forma injustificada, esto es, cuando realmente no existían los derechos en los que se fundó. Aquí no se exige expresamente en el momento de la solicitud, sin embargo, sí que se cumple la finalidad de la misma con esta última previsión. Y, finalmente, la Ley Modelo UNCITRAL también sigue esta tendencia y, al igual que los otros textos normativos, permite

---

<sup>149</sup> El art. 1433 *in fine* de la Ley mexicana de arbitraje dice: "(...) El tribunal podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía suficiente en relación con esas medidas". Este precepto fue introducido por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial de los Estados Unidos Mexicanos por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del código federal de procedimientos civiles en 1993. Concretamente, fue publicada en el Diario oficial de la Federación el 22 de julio de 1993.

<sup>150</sup> El párrafo 3º del art. 28 de la Ley de Arbitraje de la República de China, en vigor desde el 1 de septiembre de 1995, dispone que: "(...) si la concesión de la medida resulta incorrecta, el solicitante de la misma deberá compensar a la parte contra la

al tribunal arbitral que adopte las oportunas garantías en su art. 17<sup>151</sup>.

Similar posición se mantiene en la mayoría de los Reglamentos de las diferentes instituciones arbitrales. Así, por ejemplo, las Reglas para el Arbitraje Internacional de la Asociación Italiana para el arbitraje, de 15 de abril de 1994, autorizan al tribunal arbitral a imponer, de forma eventual, la garantía oportuna<sup>152</sup>. De igual modo el Reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo<sup>153</sup>, o las Reglas opcionales para las medidas de protección en casos de emergencia<sup>154</sup> prevén la posibilidad de que el juez exija la correspondiente garantía siendo potestativo para él.

El artículo 23 del nuevo Reglamento del Tribunal Internacional de Arbitraje de París deja al arbitrio del tribunal arbitral la solicitud de la garantía o fianza<sup>155</sup>. El art. 30 de las Reglas de Arbitraje comercial internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa permite que el árbitro exija una garantía a la parte a favor de la cual se dicta la medida cautelar<sup>156</sup>. El Reglamento de la O.M.P.I. en su

---

*que se ordenó la medida cautelar por los daños y pérdidas que se le hubieran podido causar”.*

<sup>151</sup> El art. 17 de la Ley Modelo UNCITRAL establece lo siguiente: *“El tribunal arbitral puede requerir a las partes para que otorgue las garantías adecuadas en relación a las medidas de protección solicitadas”.*

<sup>152</sup> El art. 19 párrafo 1º establece: *“(…), el árbitro puede imponer una garantía a la parte solicitante y concretar una sanción para el caso de incumplimiento (…)”.*

<sup>153</sup> El art. 31 párrafo 1º *in fine* del Reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo dispone: *“(…) El Tribunal Arbitral puede ordenar al solicitante de la medida cautelar que otorgue una garantía razonable para cubrir los daños que pudiera causar en la otra parte la concesión injustificada de la misma”.*

<sup>154</sup> El art. 0-6 prevé: *“Cualquier laudo parcial o medida de protección puede estar condicionada a que la parte solicitante otorgue las garantías oportunas”.*

<sup>155</sup> El nuevo Reglamento de Arbitraje de la C.C.I., en vigor desde el 1 de enero de 1998 dispone en su art. 23: *“(…) El tribunal arbitral podrá subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que las solicite”.*

<sup>156</sup> Art. 30 del Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa establece: *“1.- A solicitud de cualquiera de las partes el tribunal arbitral puede ordenar que las partes adopten medidas de protección en relación al objeto del litigio cuando lo estime oportuno, asimismo, puede exigirles que otorguen las garantías oportunas para la concesión de tales medidas (…)”.*

art. 46.a) condiciona la adopción de las medidas cautelares al depósito de una fianza. Las Reglas de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Zurich autorizan, tanto al tribunal arbitral como al estatal, para que adopten las garantías oportunas en relación con la medida cautelar solicitada<sup>157</sup>.

El Reglamento del Tribunal Arbitral Internacional de Londres (L.C.I.A.) en su art. 25.2º también prevé la constitución de la fianza o caución pero, a diferencia del supuesto anterior, el poder para imponerla –*security for costs*– se atribuye con carácter exclusivo a los árbitros<sup>158</sup>. De hecho, la disposición que lo recoge, -artículo 25.3 *in fine* del Reglamento L.C.I.A.- fue modificado en este sentido en 1996 como consecuencia de una decisión de la House of Lords que afirmaba el poder de los jueces para ordenar el pago de la fianza o contracautela en función de un arbitraje<sup>159</sup>. De este modo, queda claro que tan sólo los árbitros podrán pronunciarse acerca de la conveniencia, así como cuantía de esta cautela cuando se refiera al arbitraje.

Como conclusión, cabe señalar que, de conformidad con lo dispuesto expresamente en la mayor parte de los sistemas estatales, así como en los Reglamentos institucionales de arbitraje se deduce, a primera vista, la dejación en manos de los árbitros de la posibilidad de exigir esta garantía, sin imponerla de forma obligatoria. Asimismo, también será el órgano que las adopte el que de forma discrecional

---

<sup>157</sup> El art. 28 de las Reglas de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Zurich remite en cuanto a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el arbitraje a lo dispuesto en la Ley Federal de Derecho internacional privado. Y, ésta en su art. 183.3º dispone que: “*El tribunal arbitral o el juez estatal puede condicionar la concesión de las medidas de protección al otorgamiento de las garantías oportunas*”.

<sup>158</sup> El art. 25.3º *in fine* del Reglamento de la London Court of International Arbitration (L.C.I.A.) establece: “*(...) No obstante, se entenderá que las partes, sometiéndose a arbitraje bajo los auspicios de este Reglamento, renuncian a instar ante cualquier juzgado competente o ante cualquier otra autoridad judicial la adopción de cualesquiera medidas provisionales de protección y aseguramiento de bienes litigiosos que el tribunal arbitral pueda adoptar al amparo del artículo 25.2*”.

---

establecerá la cuantía, por cuanto que ninguno de los sistemas que se han visto fija las pautas para su concreción.

También se guarda silencio para el supuesto en que el órgano legitimado para ordenar la medida imponga una caución determinada y la parte se niegue a prestarla. Algunos autores advierten acerca del poder de los árbitros para imponer sanciones en caso de incumplimiento de la garantía solicitada. La lógica nos lleva en este caso a interpretar que en dicho supuesto no se concedería la medida solicitada. De modo que la sanción vendría determinada por la denegación de la misma. Este es el caso del Reglamento de la L.C.I.A., donde se establece que, en caso de que la parte solicitante incumpla el requerimiento para afianzar, el tribunal arbitral podrá suspender las pretensiones o declarar su improcedencia en un laudo<sup>160</sup>.

En la práctica, los árbitros suelen exigir con carácter general esta caución o fianza a la parte solicitante de la medida. No obstante, esta regla general se matiza y puede, en ocasiones, que no se exija cuando dicha fianza sitúe a la parte interesada en una situación económica insostenible, hasta el punto de impedir que pueda seguir con el procedimiento arbitral. O bien, cuando dada su situación económica actual sea incapaz de prestarla<sup>161</sup>. Se trata, en definitiva, de que la fianza no paralice económicamente a la parte solicitante. Tampoco será solicitada cuando el tribunal arbitral considere que las garantías bancarias existentes son suficientes para cubrir la adopción de la medida

---

<sup>159</sup> Vid. Sent. House of Lords en el asunto *Coppée-Lavalin SA/NV v. Ken-Res Chem. y Fertilizers Ltd.*, *Will. Law Rev.*, 1994, pág. 631.

<sup>160</sup> Art. 25.2 *in fine* del Reglamento de la L.C.I.A. dispone: "(...) en el supuesto en que el demandante o demandante reconvenional de la medida no cumpla la orden de otorgar la garantía requerida, el tribunal arbitral puede sobreseer la demanda o la demanda reconvenional o desestimarla en el laudo arbitral". MARCHAC, G.: "Interim measures in ...", art. cit., pág. 129.

<sup>161</sup> Laudo núm. 7489/1992, de la C.C.I., *J.D.I.*, 1993, pág. 1078; Orden cautelar dictada en un procedimiento arbitral publicada en el *Bull. A.S.A.*, 1994, pág. 45.

cautelar que resulte injustificada<sup>162</sup>.

## 7.- Tipo de medidas

### 7.1.- Introducción

Respecto al tipo de medidas cautelares o de protección que se pueden ordenar, hay que distinguir según sea el árbitro o el juez quien resulte competente a tal efecto. En el supuesto de que la competencia se atribuya al juez, éste se verá limitado a la hora de elegir la medida cautelar a adoptar por el elenco de medidas cautelares previstas o admitidas en su *Lex fori*<sup>163</sup>.

Para el caso que la competencia recaiga en favor del tribunal arbitral la flexibilidad es mucho mayor en cuanto a la determinación de la medida cautelar a adoptar. En primer lugar, porque no está sometido a ninguna Ley estatal propia, a diferencia de los jueces, es decir, carece de *Lex fori*. Y, en segundo lugar, porque dado el gran número de ordenamientos jurídicos que afectan al arbitraje –ley aplicable al procedimiento, ley del lugar de celebración...-, el abanico de posibles medidas cautelares objeto de adopción es mucho más amplio que el existente para los jueces. Por lo que se refiere al procedimiento a seguir para su adopción se atenderá a lo dispuesto en la Ley aplicable al procedimiento, que suele ser la del lugar de celebración del arbitraje<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> Laudo núm. 8670/1996, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>163</sup> POUURET, J.F.: *Les mesures provisoires en droit international privé*, Zurich, Schulthess, 1993, pág. 180. MERKT, O.: *Rev. Suis. Dr. Int. Eur.*, 3/1991, pág. 372.

<sup>164</sup> CHILLÓN MEDINA, J.M. - MERINO MERCHÁN, J.F.: *Tratado de arbitraje ...*, op. cit., pág.1427; GOLDMAN, B.: “Mesures provisoires et ...”, art. cit., pág. 4.

Esta mayor flexibilidad de los árbitros deriva de la amplia libertad que a menudo se les otorga para la elección de la concreta medida cautelar a adoptar. Así, por ejemplo, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París de 1998 en su artículo 23.1, a la hora de atribuir competencia a los árbitros, una vez estén en poder del expediente, habla de “(...) cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas (...)”. No existe, por tanto, al menos en principio, ninguna restricción en el tipo de medidas que podrá ordenar en el sentido de que tengan que limitarse a adoptar aquellas que se admiten en la ley de procedimiento del lugar de celebración del arbitraje. Sin embargo, se plantearán problemas en la práctica a la hora de ejecutarlas, en caso de tratarse de medidas desconocidas por la Ley del país en que deba ser ejecutada. Es por ello que existe una obligación común, tanto para los árbitros como los jueces, de respetar lo dispuesto en las normas de orden público y ello, ya sean éstas las de la sede del arbitraje como las del lugar donde dichas medidas deban ser ejecutadas<sup>165</sup>. Pero no cabe la menor duda que el tribunal arbitral goza, como principio de partida, de una amplia discreción a la hora de elegir la medida cautelar que estime apropiada.

Esta regla general, sin embargo, tiene excepciones de modo que esta amplia libertad de elección no existe en todos los casos. En ocasiones, el poder del tribunal arbitral queda limitado a aquellas “(...) medidas provisionales que considere necesarias respecto al objeto del litigio (...)”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.1 del Reglamento de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional. Esta disposición ha sido entendida por la doctrina como medidas referidas a la conservación o venta de los bienes sobre los que verse el litigio, más que a evitar que estos bienes se transmitan a una tercera

---

<sup>165</sup> MARCHAC, G.: “Interim Measures in ...”, art. cit., pág. 128.

persona<sup>166</sup>.

El tenor literal del artículo 26.1 del Reglamento UNCITRAL ha planteado problemas de interpretación dada su ambigua redacción. Este precepto continúa diciendo “(...) *inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de tercero o que se vendan los bienes perecederos*”. La duda radica en si debemos entender que se limita a aportar una enumeración a título de ejemplo de las posibles medidas a adoptar. O, por el contrario, si se trata de una lista cerrada *de numerus clausus*, con lo que sólo cabrá ordenar las medidas allí citadas expresamente<sup>167</sup>.

Las Reglas de arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje, a pesar de estar directamente influidas por el Reglamento de la UNCITRAL, son mucho más amplias. Por un lado, no limitan las posibles medidas a adoptar al objeto del litigio. Y, por otro, incluyen entre ellas, además de las necesarias para la conservación y protección de la propiedad, el “*injunctive relief*”. No obstante, existe la misma duda que en el caso anterior aun cuando el espectro que abarca sea mayor.

En España, tanto el artículo 50 de la Ley de Arbitraje española como el 722 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil hablan de “medidas” sin especificar más. Ello implica que en el proceso arbitral se admitirán exactamente las mismas que en el proceso civil. Se hace, pues, imprescindible el recurso a la L.E.C. para determinar el tipo de medidas susceptibles de ser ordenadas en nuestro sistema.

---

<sup>166</sup> REDFERN, A.; “Arbitration and the Courts: Interim Measures of Protection, is the Tide About to Turn?”, *Tex. Int. Law Jour.*, vol. 30, 1995, pág. 80.

<sup>167</sup> FRANCHINI, J.D.: “International Arbitration Under the UNCITRAL Arbitration Rules: a Contractual Provision for Improvement”, *Ford. Law Rev.*, 1987, vol. 62, pág. 2239.

## 7.2.- Propuesta de clasificación de las medidas cautelares

Con carácter general, hay que asumir, como punto de partida, la inexistencia de una clasificación universalmente admitida de las medidas cautelares. Esta circunstancia conlleva la existencia de diferentes propuestas de clasificación. Así, por una lado, existe una distinción entre las medidas del tipo “*attachment*” y las “*injunctions*”. Las primeras consisten en órdenes dirigidas contra los bienes que están en posesión de una persona con objeto de privarles de la posesión y del control sobre los mismos. Las segundas, sin embargo, hacen referencia a medidas dirigidas contra una parte obligándola a hacer o dejar de hacer algo.

Otra posible clasificación estriba en diferenciar entre medidas cautelares genuinas de las que no lo son. Se entendería como medidas cautelares no genuinas aquellas que van dirigidas a asegurar la realización de las posibles futuras pruebas, así como también las que consisten en el nombramiento de un experto. Mientras que, dentro de la categoría de las genuinas se incardinarían el resto, esto es, aquellas tendentes a asegurar la ejecución de la sentencia o a mantener el *statu quo* de las partes<sup>168</sup>.

En definitiva, atendiendo a su naturaleza podemos agrupar las medidas cautelares en tres grandes grupos, con independencia del órgano que las tenga que adoptar. No obstante, analizaremos si todas ellas pueden ser adoptadas, indistintamente, por los jueces y los árbitros. En principio, parece que nada impediría que cualquiera de estas medidas pueda ser dictada por los árbitros<sup>169</sup>. Las categorías son las siguientes:

---

<sup>168</sup> ZHIVKO, S.: “Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration”, en *International Arbitration in a Changing World*, Bahrain, 14-16 de febrero de 1993, *I.C.C.A. Congress Series*, nº 6, JAN VAN DEN BERG, (ed.), pág. 178.

<sup>169</sup> VAN HOUTTE, H.: “Provisional Measures in ...”, art. cit., pág. 136.



1º.- Medidas de investigación (epígrafe 7.2.1)

2º.- Medidas de estabilización (epígrafe 7.2.2)

3º.- Medidas de anticipación (epígrafe 7.2.3)

### **7.2.1.- Las medidas de instrucción o de investigación**

Esta primera categoría, la referida a las medidas de instrucción o de investigación viene configurada por aquellas que están dirigidas a la administración o conservación de las pruebas. Básicamente, se requieren en situaciones en que existe un riesgo de desaparición de los elementos de prueba, lo que impedirá en un futuro su realización.

Estas medidas de instrucción pueden ser adoptadas, sin duda alguna, por los árbitros y, generalmente, suelen ser indispensables para la resolución de la controversia. Quedan incluidas dentro de este grupo básicamente las tendentes a conservar la realización de las pruebas o las relativas al nombramiento de un experto<sup>170</sup>. Por ejemplo, se puede ordenar a las partes que conserven en su poder los bienes objeto de la controversia con el objeto de que puedan ser inspeccionados *a posteriori*, cuando sea previsible que una determinada situación puede cambiar antes de que el tribunal arbitral aborde la cuestión. Y, por supuesto, podrán nombrar a un experto para que proceda a dicha inspección. Así como también se puede ordenar a las partes la entrega de documentos que obren en su poder.

Es precisamente la función que cumplen en el procedimiento lo que ha llevado a algunos autores a señalar respecto de las medidas de instrucción que, si bien pueden ser también urgentes y provisionales, van dirigidas a favorecer la resolución de la disputa, esto es, forman parte

---

<sup>170</sup> VAN HOUTTE, H.: "Provisional Measures in...", art. cit., pág. 136.

del procedimiento arbitral y, por ende, imprescindibles para poder dictar, en su momento el laudo. Por ejemplo, el nombramiento de expertos, órdenes dirigidas a las partes para que presenten pruebas por escrito, En consecuencia, la adopción de una medida de este tipo por un tribunal arbitral queda dentro del ámbito de su poder para resolver la controversia atribuido por las partes en el acuerdo de arbitraje. La adopción de estas cautelas corresponde exclusivamente a los árbitros, ya que si fueran adoptadas por un juez se estaría infringiendo la cláusula arbitral pactada por las partes<sup>171</sup>.

### 7.2.2.- Las medidas de estabilización o de aseguramiento

Las medidas de estabilización son aquellas que tienen por objeto proteger tanto el objeto del litigio, como el derecho de alguna de las partes desde el mismo momento en que se inicia el arbitraje, así como también durante todo el desarrollo del procedimiento hasta que se dicte la decisión que ponga fin al conflicto.

En cuanto al objeto del litigio, se persigue evitar cualquier daño que pueda ocasionarle el paso del tiempo, esto es, la duración normal de todo proceso. Sobre todo, en aquellos supuestos en que se trata de bienes perecederos requeridos generalmente de la inmediata adopción de decisiones. Por lo que se refiere a los derechos de las partes en el proceso, se trataría habitualmente de estabilizar las relaciones jurídicas de las mismas durante el desarrollo de éste, o lo que es lo mismo, mantener el *statu quo* existente al comienzo. En definitiva, pretenden evitar que la situación de las partes se vea alterada durante el curso normal del procedimiento y se mantenga el equilibrio existente entre ellas, desde que éste se inicia hasta que se resuelva.

---

<sup>171</sup> STALEV, Z.: "Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration", en *International Arbitration in a Changing World*, Bahrain, 14-16 de febrero de 1993, I.C.C.A. Congress Series, nº 6, JAN VAN DEN BERG, (ed.), págs. 104 y 105.

Quedan incluidas dentro de esta clasificación todas aquellas medidas en que se ordena a las partes que se abstengan de realizar cualquier actividad que pueda agravar el conflicto ya existente. Asimismo, comprende las encaminadas a evitar o reducir los daños, perjuicios o pérdidas que puedan derivarse de la duración del procedimiento<sup>172</sup>. Por ejemplo:

- a) si se ordena la paralización de las obras que se están realizando o, por el contrario, se acuerda que continúen los trabajos con normalidad, a pesar de la existencia de una controversia entre las partes;
- b) la orden dirigida a una parte con el objeto de que se abstenga de hacer publicidad acerca de la existencia del conflicto, o que se abstenga de revelar cualquier otra información;
- c) ordenar que los bienes que son objeto del litigio queden en poder de un depositario;
- d) la orden de vender bienes perecederos y que el producto de la venta quede en poder de un tercero;
- e) el nombramiento de un administrador para la gestión de los bienes generadores de ingresos que se hallan en litigio;
- f) la orden de adoptar medidas encaminadas a evitar la pérdida de un derecho, como por ejemplo, la prórroga de una licencia de programas informáticos.

En el plano comparado, el sistema alemán recoge básicamente dos categorías de medidas cautelares, la primera de ellas es muy amplia y está constituida por las llamadas *einstweiligen verfügungen*. Es en este

---

<sup>172</sup> 36º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrada en Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002, A/CN.9/WG.II/11, pág. 6.

grupo donde se incluyen la mayoría de las medidas cautelares, esto es, las relativas a la conservación de las pruebas y aquellas destinadas a mantener el *statu quo* de las partes en el proceso, etc<sup>173</sup>.

En la práctica lo cierto es que los árbitros no suelen adoptar muchas medidas de estabilización. La razón estriba, fundamentalmente, en que la necesidad de su adopción suele surgir generalmente antes de que se haya iniciado el procedimiento, esto es, antes de la constitución del tribunal arbitral. Y, en esta fase, el único órgano capaz de ordenarlas es el juez, sin perjuicio de los árbitros de emergencia que se prevén en algunos sistemas institucionales de arbitraje, para que actúen en la fase previa a la constitución del tribunal de arbitraje. No obstante, si surge la necesidad de adoptar una orden de este tipo, una vez se haya constituido el tribunal arbitral, nada impide, en principio, que sean adoptadas por los árbitros.

### 7.2.3.- Las medidas de anticipación

La cautela puede tener por objeto garantizar la efectividad de la decisión final que en su día se dicte, ya sea sentencia o laudo arbitral. En este caso, estamos ante las llamadas “medidas anticipatorias”. Estas medidas significativamente pueden adoptarse también una vez finalizado el proceso arbitral, en cuyo caso se denominan medidas cautelares post-arbitrales<sup>174</sup>. Sin embargo, al igual que en los dos casos anteriores, nada impide que se propongan, tanto antes del inicio del proceso, como durante el desarrollo del mismo. Y, todo ello, con independencia de que

---

<sup>173</sup> STALEV, Z.: “Interim Measures of ...”, art. cit., pág. 105.

<sup>174</sup> VARADY, T.: “Provisional Measures in International Commercial Arbitration”, en VOSKUIL, CCA - WADE, J.A. (ed.): *Essays on the Law of International Trade. International obligations. Choice of Law. Provisional Measures in Arbitration*, Maklu publishers, Países Bajos, 1991, pág. 149; QUAKRAT, Ph.: “L’arbitrage commercial international ...”, art. cit., págs. 239 y 242.

se contraría de algún modo el carácter provisional que las caracteriza. A título ejemplificativo, constituyen medidas de este tipo<sup>175</sup>:

- a) un embargo de los bienes que son objeto de la controversia;
- b) una orden de prestar fianza por todo o parte de la cantidad en disputa (art. 15.4 L.C.I.A.);
- c) también cabe una fianza para asegurar los costes que pueda acarrear el proceso, esto es, el depósito de una cantidad con el objeto de cubrir los gastos del demandado para el caso que la acción del demandante no prospere;
- d) la orden de inmovilizar bienes hasta que se resuelva el conflicto;
- e) órdenes relativas a bienes de una de las partes y que están en posesión de un tercero, por ejemplo, para impedir que un banco libere fondos a una de las partes.

Asimismo, nada impide, en principio, ordenar un pago provisional siempre que exista una prueba clara de la existencia de la deuda. No obstante, en este último caso más que hablar de una medida cautelar estaremos, en definitiva, ante una resolución parcial y anticipada del litigio.

Este es precisamente el motivo por el que muchos árbitros se niegan a adoptar determinadas medidas cautelares por entender, como ya lo señalamos en su momento, que suponen una resolución previa del fondo del asunto. No obstante, se ha subrayado que su carácter provisional o definitivo va a depender de la voluntad del árbitro, en el sentido de que si éste estima la decisión provisional y susceptible de ser

---

<sup>175</sup> 36º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrada en Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002, A/CN.9/WG.II/11, pág. 7.

modificada con posterioridad en atención a las circunstancias o, por el contrario, la estima, en cierto modo, definitiva<sup>176</sup>. Es evidente que el carácter definitivo de una medida cautelar resulta totalmente incompatible con la propia naturaleza de las medidas cautelares que son, por definición, provisionales. Pero, en todo caso, en la práctica los árbitros prefieren no adoptar este tipo de medidas que impliquen resolver anticipadamente el litigio, en cuanto que dan a entender una predisposición favorable a una de las partes, y prefieren evitar pronunciarse antes de que el proceso haya finalizado.

El sistema alemán prevé, como se termina de ver dos tipos de medidas cautelares. La segunda categoría equivale a la que estamos tratando y abarca las llamadas *dinglichen Arrest*, que funcionalmente equivalen a las *mareva injunctions*, es decir, las que implican una ejecución, como, por ejemplo, un embargo<sup>177</sup>. Estas acciones *in rem* tratan de proteger la desaparición de los bienes, de ahí que dada la falta de poder coercitivo de los árbitros será más conveniente, en principio, a efectos de eficacia que sean adoptadas por un juez estatal<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> VAN HOUTTE, H.: "Provisional Measures in...", art. cit., pág. 137.

<sup>177</sup> ZAMORA CABOT, F.: "La jurisprudencia inglesa 'Mareva': una solución moderna al embargo preventivo", *Rev. Der. Proc. Iber.*, abril-septiembre, núms. II-III, 1983, págs. 408.

<sup>178</sup> STALEV, Z.: "Interim Measures of ...", art. cit., pág. 104.



## ***CAPÍTULO II***

### **ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS POSIBILIDADES EXISTENTES EN LA DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE EN MATERIA CAUTELAR**





## **1.- Los problemas existentes en la determinación del órgano competente en materia cautelar**

El recurso al mecanismo de la tutela cautelar en un procedimiento arbitral que como hemos visto, resulta necesario en múltiples ocasiones, plantea como primera interrogante la determinación del órgano legitimado para adoptarlas. En otras palabras, la siempre difícil cuestión de si la competencia para su adopción corresponde a los árbitros o a los jueces. Un problema todavía hoy lejos de estar resuelto. Junto a las dificultades intrínsecas que acompañan a una materia tan compleja como ésta, el inconveniente se genera, básicamente, por el hecho no estar delimitado de forma clara el ámbito de actuación de unos y otros.

### **1.1.- Introducción**

El hecho de que cada sistema estatal de arbitraje y los Reglamentos de las distintas instituciones arbitrales regulen de forma autónoma la cuestión de las medidas cautelares, por un lado. Y, por otro, la circunstancia de que, en definitiva, la legitimidad de los árbitros o de los jueces para dictar medidas cautelares en apoyo de un arbitraje vendrá determinada por lo previsto en alguno de ellos, -norma estatal o reglamento institucional-, nos obliga a efectuar un estudio de las soluciones que mayoritariamente se prevén en los diferentes textos normativos. De su análisis pretendemos resaltar aquella solución que se estime más apropiada para tratarla en profundidad en el capítulo siguiente.

Con carácter general, cuando una parte presenta una solicitud de medidas cautelares ante un determinado órgano, bien sea arbitral o jurisdiccional, la primera cuestión que éste deberá resolver es si,

efectivamente, tiene poder para garantizar la medida o, por el contrario, carece de él. A tal fin, deberá examinar, por un lado, los términos de la cláusula arbitral, por otro, las normas de arbitraje estatales o institucionales elegidas por las partes y, finalmente, la *Lex arbitri* que, generalmente, suele ser la ley del lugar de celebración del arbitraje.

Cuando existe un acuerdo expreso de las partes en la cláusula arbitral o en un acuerdo posterior de atribuir el poder en materia cautelar a un determinado órgano, no suele plantearse mayor problema por cuanto que, generalmente, dispondrá de tal poder, salvo que, claro está, las normas imperativas de la sede del arbitraje y las del lugar de ejecución de las medidas de protección prohíban un acuerdo en ese sentido.

Sin embargo, en la práctica, las partes no se suelen pronunciar expresamente acerca de quién será el órgano competente para ordenar medidas cautelares, sino que se limitan a someterse a un determinado Reglamento o sistema estatal de arbitraje. En ocasiones, eligen asimismo la Ley de procedimiento, pudiendo acudirse también a ésta para que determine el órgano competente.

Es por ello que la primera cuestión que debemos plantearnos es la de concretar cuáles sean las normas que van a determinar el poder de los árbitros o de los jueces para dictar medidas cautelares en función de un arbitraje. Desde el punto de vista del juez estatal, en principio, parece que debería ser la Ley del foro la que resuelva la cuestión. Sin embargo, veremos como esta afirmación no está exenta de críticas.

La doctrina parece admitir de forma unánime, al menos en Francia, que el problema de la determinación del órgano legitimado en materia cautelar es propiamente procedimental<sup>179</sup>. Esto es, será la Ley

---

<sup>179</sup> Vid. por todos, GOLDMAN, C.: "Mesures provisoires et ...", art. cit., pág. 9; GOLDMAN, B.: *Juris-Classeur de Droit International*, fascículo 586-5-1, nº 99.

---

reguladora del procedimiento arbitral la que determine, asimismo, quién tiene el poder para adoptar las medidas provisionales. Esto significa que, si esta Ley excluye toda competencia de la jurisdicción estatal al respecto, cualquier solicitud de medidas cautelares dirigida ante un juez le llevará a éste, necesariamente, a declararse incompetente. Y todo ello, con independencia de lo previsto en su *Lex fori*, es decir, aun cuando la Ley del Estado al dicho juez pertenece le atribuya poder en esa materia.

En el caso de los árbitros, la cuestión es distinta, en cuanto que, por la misma naturaleza de la institución arbitral, el arbitraje es cada vez más deslocalizado<sup>180</sup> y el árbitro carece de “foro” propio. De ahí que la determinación de su competencia derive de lo dispuesto en las diferentes normas que afectan directa e indirectamente al desarrollo del proceso arbitral –Ley reguladora del procedimiento, Ley del lugar de celebración del arbitraje, ley del lugar de ejecución de la medida,...-. Pero no debemos olvidar, como veremos más adelante, que en ambos supuestos se deberá respetar la voluntad de las partes manifestada en el convenio arbitral, con el único límite del orden público internacional. No en vano, la autonomía de la voluntad de las partes constituye el principio rector de todo proceso arbitral.

Todas estas razones apuntadas hacen imprescindible abordar las posibles soluciones que se recogen en relación a esta cuestión en las diferentes normativas tanto estatales, convencionales, así como en algunos de los Reglamentos Institucionales de arbitraje más relevantes, desde el punto de vista práctico, por cuanto que –como terminamos de apuntar- tendremos que acudir necesariamente a ellas para averiguar qué órgano resulta competente en materia cautelar. Y, todo ello con independencia de que se trate de una cuestión procedimental o no. De

---

<sup>180</sup> Vid. al respecto GONZALO QUIROGA, M.: “Globalización, deslocalización y arbitraje privado internacional: utopía o realidad de un orden público transnacional?”, *R.C.E.A.*, 2000-2001, págs. 94-96.

igual modo, cuando las partes hayan expresado su voluntad sobre el particular también serán estas normas las que nos dirán si el pacto de las partes es admisible o no.

El análisis de la regulación prevista en los distintos textos normativos pone de manifiesto que las soluciones previstas no son uniformes. Haciendo una abstracción de las diferentes posibilidades que existen en la adopción de medidas cautelares podemos encontrarnos con alguna de las siguientes situaciones.

### **1.1.- Primera solución posible: La competencia exclusiva del tribunal arbitral en materia cautelar**

Varias son las hipótesis que apoyan la atribución de competencia exclusiva al tribunal arbitral en materia cautelar:

A) Por un lado, por la consideración del arbitraje como una vía autosuficiente de resolución de conflictos. De acuerdo con este planteamiento, no se precisa la colaboración de ningún órgano estatal para resolver las incidencias que se puedan plantear en el desarrollo del procedimiento arbitral, en concreto, la necesidad de adoptar una medida de protección. Sin embargo, lo cierto es que, la adopción de una medida de este tipo de forma exclusiva por los árbitros resulta inviable teniendo en cuenta las limitaciones endógenas a que está sujeta la institución arbitral: a saber, la falta de poder coercitivo, entre otras<sup>181</sup>.

La efectividad de la vía arbitral requiere, generalmente, de un cierto grado de colaboración por parte de los tribunales estatales<sup>182</sup>. Es por ello que no hay ningún sistema, ni estatal ni institucional, que prevea

---

<sup>181</sup> Vid. Supra, el epígrafe 1.5; KNOEPFLER, F. – SCHWEIZER, Ph.: “Les mesures provisoires et l’arbitrage”, *Rev. Trav. Suis. Arb. Int.*, Zurich, 1984, pág. 229.

una competencia exclusiva de los árbitros para la adopción de las medidas cautelares. Al menos, no en sentido estricto. De ahí que esta posibilidad quede descartada, no sólo desde un punto de vista teórico, sino también práctico.

Dentro de esta primera solución apuntada se podrían incluir aquellos sistemas que atribuyen la competencia exclusiva a los árbitros para dictar las medidas cautelares, mientras que el poder para ejecutarlas queda en manos de la jurisdicción estatal. Pero, lo cierto es que en este caso no se descarta el poder de los jueces, sino más bien todo lo contrario, por cuanto que es imprescindible para ejecutarlas.

B) La competencia exclusiva de los árbitros y, correlativamente, la incompetencia de los jueces en materia cautelar podría deducirse, asimismo, de distintas disposiciones legales tales como el artículo II.3 del Convenio de Nueva York de 1958, que excluyen la competencia judicial cuando hay un acuerdo de arbitraje. Obviamente, si entendemos que dicha exclusión alcanza también a la adopción de medidas de protección. Con anterioridad, esta situación se daba con bastante asiduidad en la práctica. De hecho, en numerosas ocasiones los jueces se declaraban incompetentes ante la solicitud de una medida cautelar en apoyo de un arbitraje, alegando que existía una cláusula arbitral válida. Sin embargo, actualmente este tipo de situaciones ya no se dan por cuanto, como veremos más adelante, se admite de forma unánime en los diferentes sistemas, tanto estatales como institucionales de arbitraje, la compatibilidad entre la existencia de una cláusula de arbitraje con la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción estatal.

En otros casos, como ocurre con la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (E.C.E.) de 1966 se permite la adopción de medidas cautelares pero, únicamente

---

<sup>182</sup> HOELLERING, M.F.: "Interim Measures and ...", art. cit., pág. 23; CHECA MARTÍNEZ, M.: "La armonización del ...", art. cit., pág. 357.

por parte de los árbitros, guardando silencio acerca de la posibilidad de que sean adoptadas por los órganos estatales, lo que no indica, necesariamente, que el poder de los jueces al respecto quede totalmente descartado<sup>183</sup>. Esta Ley modelo fue elaborada para resolver los conflictos comerciales entre los antiguos países del Este y del Oeste de Europa, por tanto, estamos ante un tipo de conflictos distintos a los que abordamos en este trabajo, por cuanto que ambas partes serían, en principio, sujetos de Derecho público. De ahí que quede justificada la competencia exclusiva de los árbitros con el objeto de evitar un posible riesgo de parcialidad por parte de los jueces a favor de los intereses de uno u otro Estado.

### ***1.2.- Segunda solución posible: La competencia exclusiva de la jurisdicción estatal para ordenar medidas de protección***

De acuerdo con este planteamiento, la única vía posible para la adopción de medidas cautelares en función de un arbitraje es la judicial. El escasísimo número de sistemas que optan por esta solución – básicamente tres, el sistema italiano, el griego y el argentino- pone de manifiesto la conveniencia de que, en la medida de lo posible, los árbitros intervengan en la resolución de todas las incidencias que surjan a lo largo del desarrollo del procedimiento arbitral. Y, por tanto, también en la adopción de las medidas cautelares. No obstante, se hace necesario determinar cuál debe ser el grado de intervención del tribunal arbitral, esto es, si deben intervenir a título principal o con carácter subsidiario.

---

<sup>183</sup> El artículo 27 de la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (E.C.E.) de 1966 permite a los árbitros que adopten las medidas cautelares que estimen oportunas y, a continuación, en el artículo 36 se regula la forma que podrán revestir. En este sentido, prevé que tales medidas se adopten bajo la forma de laudo provisional.

Centrándonos en estos sistemas que niegan la competencia de los árbitros en materia cautelar, debemos diferenciar dos grupos, A) en primer lugar, aquéllos que niegan de forma expresa la competencia de los árbitros. Y, B) en segundo lugar, los que lo hacen de forma implícita. A) El sistema italiano de arbitraje, por ejemplo, forma parte del primer grupo por cuanto que excluye expresamente en el artículo 818 del Codice de Procedure Civile la competencia de los árbitros en materia cautelar del siguiente modo: *“Los árbitros no pueden autorizar embargos ni otras medidas cautelares”*<sup>184</sup>. Esta norma se considera la proclamación de un principio de orden público. Esto implica que cualquier pacto en contrario de las partes será nulo. Del mismo modo, la designación de un Reglamento de arbitraje que atribuya competencia a los árbitros en materia cautelar carecerá igualmente de valor, desde el punto de vista del derecho italiano<sup>185</sup>.

En Argentina se adopta una solución similar, de hecho, se dispone en el artículo 753, bajo la rúbrica de “Medidas de ejecución” que: *“Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz substanciación del proceso arbitral”*.

La solución adoptada, en este caso, se estima una anomalía respecto de las soluciones generalmente previstas en el resto de los sistemas de derecho comparado. Y, además, ha sido duramente

---

<sup>184</sup> La Ley núm. 25, de 5 de enero de 1994, publicada en la *Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana*, entró en vigor el 17 de enero de 1994. El título VIII del libro 4º del Código de Procedimiento Civil contiene la regulación en materia de Arbitraje. Vid. El texto en *World Tr. & Arb. Mat.*, vol. 6, nº 2, 1994, págs. 215-234. Vid., asimismo, sobre el nuevo sistema: BERNARDINI, P.: “L’arbitrage en Italie après la récente réforme”, *Rev. Arb.*, 1994, págs. 479-498; PUNZI, C.: “I principi generali della nuova normativa sull’arbitrato”, *Riv. Dir. Proc.*, vol. XLIX, 1994, págs. 331-351.

<sup>185</sup> CARPI, F.: “Seminaire de Bologne du 19 avril 1991 en matière de mesures d’urgence et arbitrage”, *Riv. dell’Arb.*, 1991, pág. 477; CARLEVARIS, A.: “Les pouvoirs des arbitres en matière de mesures conservatoires et provisoires en droit dans l’arbitrage international”, pág. 3, en prensa 2002.



criticada por gran parte de la doctrina<sup>186</sup>. En realidad, esta tendencia responde todavía a la desconfianza que antaño existía hacia la institución del arbitraje<sup>187</sup>. Pero, en la actualidad, la generalizada utilización de este método de resolución de conflictos pone de manifiesto que aquella visión del arbitraje no se adecua, en absoluto, a la nueva realidad que se impone.

B) Junto a estos tres sistemas tan rígidos aparecen otros que optan por esta misma solución pero, a diferencia de los anteriores, no lo hacen de forma expresa, sino que cabe deducirlo de su regulación. En estos casos el poder de los árbitros se excluye de forma implícita. Así, por ejemplo, la Ley de arbitraje de la República Popular China, de 31 de agosto de 1994, no excluye de forma explícita el poder de los árbitros en materia cautelar. Sin embargo, deriva de su tenor literal, en cuanto que insta a los árbitros a acudir ante la autoridad judicial cuando una de las partes solicite una medida cautelar. En definitiva, con esta fórmula el legislador está privando de esta competencia a los árbitros en la materia e, indirectamente, se la está atribuyendo a los jueces. No obstante, la Ley china no habla de medidas cautelares en general, sino que el precepto hace tan sólo mención a un determinado tipo de medidas cautelares. En este sentido, cuando una de las partes se dirige al tribunal arbitral para solicitar una medida cautelar tendente a proteger alguna propiedad, éste remitirá dicha solicitud a los jueces estatales. Así lo pone de manifiesto el párrafo 2º del art. 28 de la Ley de arbitraje de la República Popular de China: *“Si una parte solicita medidas cautelares de protección de la propiedad, el tribunal arbitral someterá dicha solicitud a*

---

<sup>186</sup> BERNARDINI, P.: “L’arbitrage en Italie ...”, art. cit., pág. 493; FAZZALARI, E.: “La riforma dell’arbitrato”, *Rev. Arb.*, 1994, pág. 1; RECCHIA, G.: “La nuova legge sull’arbitrato e le esperienze straniere”, *Rev. Arb.*, 1994, pág. 39.

<sup>187</sup> TOMMASEO, F.: “Lex fori e tutela ...”, art. cit., pág. 26.

*un tribunal popular, de conformidad con las disposiciones del derecho procesal civil”*<sup>188</sup>.

Esta disposición plantea dudas, puesto que guarda silencio cuando la solicitud de la tutela cautelar va dirigida a preservar las pruebas o simplemente a mantener el *statu quo* de las partes en el proceso. Este silencio puede ser interpretado de varias formas. Por un lado, cabe entender que, por analogía, se aplicará la misma solución en todos los casos, con independencia del objeto de la medida cautelar solicitada. Y, por otro, se puede deducir que, cuando se trate de medidas dirigidas a preservar la propiedad serán los jueces quienes las adopten, mientras en el resto de casos será al tribunal arbitral a quien corresponda hacerlo. Esta última solución parece más acorde con el tenor del precepto. Pues, de haber querido el legislador dar la misma solución al resto de medidas cautelares lo habría hecho también expresamente.

En esta misma línea se muestran las Reglas de arbitraje de China International Economic and Trade Arbitration Commission<sup>189</sup>. No obstante, ésta, a diferencia de la anterior, hace referencia no sólo a la solicitud de medidas cautelares tendentes a proteger la propiedad, sino también a aquellas dirigidas a salvaguardar las pruebas. De ahí que se plantee el mismo problema de interpretación que en el caso anterior, en tanto que quedan fuera las medidas dirigidas a mantener el *statu quo* de las partes. Pero, por analogía lo interpretaremos en el mismo sentido.

---

<sup>188</sup> The Arbitration Law of the People's Republic of China fue adoptada en la 9ª sesión del Comité del 8º Congreso Nacional de la República Popular de China y promulgada por el Presidente el 31 de agosto de 1994. La entrada en vigor se produjo el 1 de septiembre de 1995.

<sup>189</sup> Estas reglas fueron adoptadas por la Cámara de Comercio Internacional China el 6 de mayo de 1998 y entraron en vigor el 10 de mayo. El art. 23 dice al respecto: “Cuando una parte solicita la adopción de medidas de protección sobre la propiedad, el tribunal arbitral transmitirá dicha petición al juez del domicilio donde la parte contra la que se dirige la medida tenga sus bienes. Cuando una parte solicita la adopción de medidas para salvaguardar las pruebas, el tribunal arbitral transmitirá dicha petición al

Idéntica solución parece adoptarse, en principio, y según el tenor literal del artículo 22 párrafo 4º por la Ley brasileña de arbitraje de 24 de septiembre de 1996. El precepto dispone: “*con la excepción prevista en el párrafo 2º, habiendo necesidad de medidas coercitivas o cautelares, los árbitros pueden solicitarlas a los órganos del poder judicial que serían originariamente competentes para conocer del asunto*”<sup>190</sup>. En este caso, se habla de medidas coercitivas o cautelares en general. A primera vista se entiende que, con independencia del tipo de medida de que se trate, serán los jueces los órganos exclusivamente competentes para adoptarlas. Sin embargo, la doctrina mayoritaria se inclina por interpretar que la competencia en materia cautelar se atribuye a los árbitros y este precepto, en realidad, hace referencia a la solicitud de cooperación de los jueces para hacerlas efectivas, esto es, para ejecutarlas. No en vano esta Ley ha tomado como punto de referencia en muchos aspectos la Ley Modelo UNCITRAL de 1985.

La diferencia fundamental entre lo previsto en todos estos sistemas y en el italiano es que, en aquéllos se pone de manifiesto la tan necesaria colaboración entre jueces y árbitros en el desarrollo del procedimiento arbitral a fin de asegurar la eficacia de las medidas. Sin embargo, en el sistema italiano no se hace referencia a la misma.

### **1.3.- Tercera solución posible: La competencia concurrente de jueces y árbitros**

El principio de competencia concurrente de los árbitros y jueces estatales tiende a implantarse en el ámbito internacional. De hecho, esta

---

*juez del domicilio donde las pruebas que deben protegerse estén situadas*”. Vid. el texto en inglés en *Year. Com. Arb.*, vol. XXIV, 1999, págs. 389-406, esp. 395.

<sup>190</sup> El 23 de septiembre de 1996, fue publicada en el Diario Oficial de la República Federativa del Brasil la Ley núm 9307 sobre Arbitraje. Esta Ley regula en el art. 22 párrafo 4º la cuestión del órgano competente en materia cautelar.

es la línea en la que se muestran la gran mayoría de Leyes estatales recientes, así como Reglamentos internacionales de arbitraje. El modelo por excelencia de esta tendencia es la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 y, por ende, todas aquellas que en mayor o menor medida se han inspirado en ella. En la misma, la competencia en materia cautelar se atribuye a los jueces y a los árbitros en condiciones de igualdad. Esto implica que las partes podrán dirigirse indistintamente a unos u otros órganos.

#### ***1.4.- Cuarta solución posible: La división de poderes entre jueces y árbitros en materia cautelar***

Se admite, asimismo, otra posibilidad atinente a la atribución de la competencia tanto a los árbitros como a los jueces, pero no de forma concurrente como ocurre en el supuesto que terminamos de analizar, sino que cada uno desempeñe un papel específico en este ámbito, generando una especie de competencia compartida.

Una solución como ésta, presenta como necesaria la fijación de cuál sea el criterio que determinará la competencia de unos u otros. Esto es, habrá que delimitar el ámbito de actuación de cada uno. En esta tarea parecen existir dos criterios posibles:

1º) Que la competencia de cada órgano se atribuya en función del tipo de medida que se pretenda adoptar.

2º) O bien, que esta distribución de competencias se realice dependiendo del momento procesal en que se soliciten.

#### 1.4.1.- Competencia atribuida en función del tipo de medida cautelar que se pretende adoptar

La delimitación del poder de unos órganos y otros puede realizarse en atención al tipo de medida susceptible de ser acordada. Así, cabe realizar una distinción en sentido muy amplio entre las medidas coercitivas y las no coercitivas. Esto es, por un lado, aquellas que requieren del poder ejecutivo del Estado para ser efectivas en caso de incumplimiento, como pueda ser un embargo de los bienes del deudor. Y, por otro, aquellas que no conllevan una ejecución; por ejemplo, medidas destinadas a la venta de bienes perecederos o aquellas destinadas a la obtención de una garantía bancaria. De manera que, si atendemos a la necesidad de recurso al poder ejecutivo del Estado en el caso de las coercitivas, la lógica aconseja que las primeras sean adoptadas por un juez<sup>191</sup>, mientras que el resto podrán ser adoptadas, tanto por un juez, como por un árbitro. Un árbitro no puede garantizar medidas tales como embargos por cuanto que requiere del poder coercitivo del Estado, esto es, *imperium*<sup>192</sup>. Así, por ejemplo, de acuerdo con el sistema holandés de arbitraje, los árbitros no podrán garantizar la eficacia de una medida que implique una ejecución<sup>193</sup>.

Esta clasificación es precisamente la que parece haberse adoptado en el sistema belga de arbitraje, que atribuye competencia, pero limitada, al tribunal arbitral para adoptar medidas cautelares. Ello se debe a que se exceptúa su competencia para la adopción de aquellas

---

<sup>191</sup> MARCHAC, G.: "Provisional Measures in ...", art. cit., pág. 136.

<sup>192</sup> LEW, J.D.M.: "Commentary on Interim and Conservatory Measures in I.C.C. Arbitration Cases", *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, pág. 25.

<sup>193</sup> VOSKUIL, CCA.: "The Taking of Provisional Measures in Arbitration", en VOSKUIL, CCA. - WADE, J.A. (ed.), *Essays on the Law of International Trade. International obligations. Choice of Law. Provisional Measures in Arbitration*, Países Bajos, Maklu publishers, 1991, pág. 111.

que lleven implícita la ejecución<sup>194</sup>. Así lo dispone el párrafo 1º del artículo 1696 de la Ley belga de arbitraje: *“sin perjuicio de lo previsto en el art. 1679.2, el tribunal arbitral puede, a solicitud de cualquiera de las partes, ordenar medidas cautelares a excepción de órdenes ejecutivas”*.

Esta salvedad se podría calificar, en cierto modo, de innecesaria puesto que la falta de poder coercitivo, como ya hemos apuntado en varias ocasiones, es una limitación inherente a la institución arbitral. No obstante, no debemos olvidar que hay sistemas que atribuyen competencia a los árbitros con carácter general sin efectuar ningún tipo de especificación atendiendo a la concreta medida a adoptar. De ahí que, en principio, nada impediría que ordenen aquellas medidas que lleven aparejada una ejecución. Cuestión distinta, pero esencial, es la relativa a su eficacia. Esto es precisamente lo que ocurre en el sistema alemán de arbitraje tras la entrada en vigor de la nueva ley de arbitraje el 1 de enero de 1998. Este sistema atribuye poder a los árbitros para ordenar cualquier tipo de medida cautelar y su ejecución no planteará problema alguno por cuanto que este tipo de órdenes son consideradas títulos ejecutivos y, por tanto, directamente ejecutables por la jurisdicción de aquél país. Y todo ello con independencia de que se haya dictado respecto de un arbitraje celebrado en Alemania o en cualquier otro Estado. Pero hay que señalar que es prácticamente el único que adopta esta solución tan progresista y beneficiosa para la práctica del arbitraje comercial internacional.

En realidad, la mayor preocupación de las partes es que las medidas cautelares puedan ser efectivamente ejecutadas, con independencia de que sean adoptadas por un órgano o por otro. Por tanto, si esto se consigue, al margen de la vía utilizada para ello, será

---

<sup>194</sup> La Ley belga de arbitraje se contiene en el Consolidated Text of Judicial Code, cuya parte 6ª está dedicada al Arbitraje. Esta Ley fue adoptada el 4 de julio de 1972, pero ha sufrido diferentes modificaciones. La primera, se realizó el 27 de marzo de 1985, y la última, el 18 de mayo de 1998.

perfectamente admisible. Resulta por tanto esencial, determinar cuáles son las posibilidades de éxito de una medida cautelar de carácter ejecutivo dictada por un árbitro. Cuestión que será objeto de análisis en el Capítulo IV de este trabajo<sup>195</sup>.

Otra manifestación en esta misma línea la encontramos también en el sistema inglés de arbitraje de 1996. Resulta esencial realizar un análisis del mismo por cuanto que si bien permite, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, que éstas opten por acudir indistintamente a los jueces o a los árbitros. Lo cierto es que los árbitros tan sólo dispondrán de poder para ordenar medidas cautelares si las partes se lo han conferido expresamente. Así se pronuncia el artículo 39.4 de la Arbitration Act inglesa de 1996 al señalar que: *“a menos que las partes hayan acordado conferirles tal poder, el tribunal carece del mismo”*. De hecho, si las partes no acuerdan conferir poder a los árbitros en materia cautelar, ya sea en la cláusula arbitral ya sea en cualquier otro documento, de conformidad con lo dispuesto en este artículo 39, los poderes de que dispondrán en el desarrollo del procedimiento quedarán limitados a los previstos en el artículo 38, a saber, conservar las pruebas, asegurar las costas del proceso, esto es, poderes generales en materia cautelar.

Amén de todo lo mencionado, la libertad de que gozan las partes para atribuir este poder a los árbitros no es absoluta, por cuanto que el propio texto prevé un límite en el ya citado artículo 39 al afirmar que, *“Las partes son libres para acordar que el tribunal arbitral tendrá poder para ordenar aquellas medidas cautelares que pueda garantizar en un laudo final”*<sup>196</sup>. Dicho esto, el artículo 48 regula las medidas que un árbitro podrá garantizar en un laudo arbitral final y que el artículo 39.1 hace posible siempre que las partes hayan acordado expresamente

---

<sup>195</sup> Vid. el epígrafe 1.2 del Capítulo IV de este trabajo, págs. 364 y ss.

<sup>196</sup> Artículo 39. 1 del English Arbitration Act de 1996.

atribuir tales poderes a los árbitros. Estos poderes vienen especificados en el artículo 39 y son los siguientes:

- 1.- ordenar a una parte que haga algo o impedirle que lo haga
- 2.- ordenar a una de las partes la ejecución de un contrato
- 3.- ordenar la rectificación, anulación o cancelación de un documento de propiedad o cualquier otro documento.

Cuando las partes opten por atribuir el poder en materia cautelar a los árbitros en lugar de a los jueces, de conformidad con el artículo 39, debe señalarse que éstas no podrán obtener de ellos ni las denominadas “*mareva injunctions*” ni las “*Anton Piller orders*”, en cuanto que son medidas que llevan implícita una ejecución y que, además, deberán ser adoptadas *ex parte*, por lo que se estima que los árbitros no pueden garantizar su cumplimiento. En caso de que los árbitros adoptaran una medida *inaudita altera parte*, -*Mareva injunction* o *Anton piller*-seguramente se procedería a su sustitución alegando cuestiones de irregularidad en el desarrollo del procedimiento<sup>197</sup>.

Sin embargo, lo curioso es que del tenor literal del Arbitration Act de 1996 no se extrae esta conclusión. Es más, el artículo 48.5 a) dice que “*el tribunal arbitral tendrá los mismos poderes que los jueces para: a) ordenar a una parte que haga algo o privarle de hacerlo*”. Por tanto, de lo dispuesto en esta norma se deduce claramente que el árbitro también tiene poder para ordenar medidas como las *Mareva injunctions* o las *Anton piller*.

Esta contradicción se salva acudiendo al informe del Comité elaborador de la Ley de arbitraje inglesa, donde se establece claramente que resultaría inadecuado atribuir poderes a los árbitros sobre este tipo

---

<sup>197</sup> OYRE, T.: “The Power of an Arbitrator to Grant Interim Relief Under the Arbitration Act 1996”, *Arbitration*, mayo, 1999, pág. 114.



de medidas por cuanto que éstos carecen de poder ejecutivo y, por tanto, sus decisiones no se podrían hacer efectivas<sup>198</sup>. Es por ello que, este informe excluye expresamente estas dos medidas de entre los poderes de los árbitros. En consecuencia, en la práctica para introducir ambas excepciones al poder de los árbitros se hace referencia al informe del Comité elaborador y no a la norma<sup>199</sup>.

De este modo, el poder de los árbitros se limitará a adoptar las medidas previstas en la sección 38, 39 y 48, -siempre que las partes hayan convenido atribuir poder a los árbitros expresamente, claro está-. En concreto, las medidas que podrán acordar son:

- 1.- una orden provisional de pago<sup>200</sup>,
- 2.- una orden dirigida contra los bienes que estén en posesión de alguna de las partes, ya sea para su inspección, fotografía o custodia<sup>201</sup>,
- 3.- una orden dirigida a preservar la realización de posibles pruebas futuras<sup>202</sup>,
- 4.- ordenar un pago provisional para asegurar las costas del proceso<sup>203</sup>,
- 5.- o bien, ordenar al solicitante de la medida que otorgue una garantía para asegurar las costas del arbitraje, esto es, las denominadas “*security for costs*”<sup>204</sup>.

---

<sup>198</sup> OYRE, T.: “The Power of ...”, art. cit., pág. 115.

<sup>199</sup> SCHAEFER, J.K.: “New Solutions for ...”, art. cit., pág. 12.

<sup>200</sup> Artículo 39.2.a) del English Arbitration Act de 1996.

<sup>201</sup> Artículo 38. 4.a) del English Arbitration Act de 1996.

<sup>202</sup> Artículo 38.6 del English Arbitration Act de 1996.

<sup>203</sup> Artículo 39.2 b) del English Arbitration Act de 1996.

<sup>204</sup> Artículo 38.3 del English Arbitration Act de 1996.

Aparte de estos poderes, que deberán ser expresamente atribuidos por las partes. Los árbitros también están legitimados, sin necesidad de atribuir un poder expreso, salvo que las partes dispongan lo contrario, para:

- 1.- nombrar expertos<sup>205</sup>,
- 2.- nombrar asesores para que emitan informes técnicos<sup>206</sup>

En definitiva, en Inglaterra el poder de los árbitros se limita a ordenar aquellas medidas tendentes a asegurar las costas procesales o a preservar las pruebas y que no implican ejecución alguna.

#### **1.4.2.- Competencia atribuida en función del momento procesal de la solicitud**

La segunda posibilidad, a efectos de distribuir la competencia entre jueces y árbitros, consiste en atender al momento procesal en que ésta se solicita. A tal efecto, se debe estructurar el proceso arbitral en diferentes fases, con vistas a poder determinar en cada una de ellas quién será el órgano legitimado para actuar. Cabe distinguir tres fases fundamentalmente, 1ª) la primera que va desde el momento en que se interpone la demanda de arbitraje hasta que se constituye el tribunal arbitral. 2ª) La segunda, abarca desde la formación del tribunal de arbitraje hasta el pronunciamiento del laudo arbitral. 3ª) Y la tercera, desde que se dicta el laudo hasta que se ejecuta.

De este modo, podría admitirse, al menos desde un punto de vista teórico que, hasta la constitución del tribunal arbitral, de forma eventual, la competencia recaerá en manos de los jueces, a falta de cualquier otro órgano legitimado. Sin embargo, una vez aquél se haya constituido, ésta

---

<sup>205</sup> Artículo 37.1. a) (i) del English Arbitration Act de 1996.

competencia corresponderá exclusivamente a los árbitros. Lógicamente, una vez finalizado el arbitraje la competencia se atribuye de nuevo a los jueces. Este planteamiento asume, sin lugar a dudas, el papel complementario de la jurisdicción estatal en el arbitraje.

No en vano MUSTILL calificó en su momento la relación entre los árbitros y los jueces como una carrera de relevos. Pues, en un principio, y antes de que el árbitro esté al frente del proceso, serán los jueces los órganos competentes para adoptar las medidas cautelares, dado que no hay ningún otro que pueda hacerse cargo de la situación en esa fase del procedimiento. Pero, tan pronto como los árbitros entren a conocer del fondo del asunto, se entrega el “testigo” y, serán ellos los competentes hasta el momento en que se dicte el laudo arbitral<sup>207</sup>.

Sin embargo, esta distribución de competencias entre unos órganos y otros que parece tan clara en teoría, no lo es tanto en la práctica. No se puede afirmar de forma contundente que, una vez el tribunal arbitral se responsabiliza del asunto, cesa totalmente la labor de los jueces<sup>208</sup>. Entre otras razones porque, a veces, y a pesar de haberse constituido debidamente el tribunal arbitral, no siempre está éste capacitado para actuar de forma efectiva. No se trata solamente de que no exista el órgano como tal o se encuentre paralizado, sino que se duda de la rapidez de su actuación, así como de la efectividad de la medida que pueda dictar<sup>209</sup>.

Supongamos que se insta una medida que implica una ejecución, esto es, una medida de carácter ejecutivo. Es de sobra sabido que, de un lado, los árbitros carecen del poder de coerción necesario para darle

---

<sup>206</sup> Artículo 37.1. a) (ii) del English Arbitration Act de 1996.

<sup>207</sup> MUSTILL, V.M.: “Comments and Conclusions”, en *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, Bull. C.C.I., Special Supplement, 1993, págs. 118 y 119.

<sup>208</sup> MUSTILL, V.M.: “Comments and ...”, art. cit., pág. 119.

cumplimiento en caso de negativa. Pero también puede ocurrir que algún miembro del tribunal arbitral haya sido recusado por cualquiera de los motivos previstos expresamente por la Ley, o bien se haya producido alguna irregularidad en la formación del tribunal arbitral, que le impida actuar con las suficientes garantías. Esto es, que a pesar de haberse constituido el tribunal arbitral, éste no puede ejercitar sus funciones de forma efectiva. Ello probaría, en consecuencia que la eficacia del proceso arbitral y, en concreto, de las medidas cautelares, depende, en muchas ocasiones, de un cierto grado de colaboración entre los tribunales arbitrales y las autoridades judiciales.

No podemos establecer una división exacta de las distintas fases del procedimiento arbitral, en virtud de la cual, la función de cada órgano se determine dependiendo del momento en que la medida cautelar se solicite. Esto es, carece de sentido atribuir al momento de la solicitud la condición de factor exclusivo y determinante para concretar el órgano legitimado en materia cautelar. Esta imposibilidad radica fundamentalmente en que no estamos ante órganos con poder excluyente, es decir, incompatibles entre sí, sino más bien todo lo contrario, por cuanto que se trata de órganos cuyo poder debe tender a complementarse, y de hecho, esta parece ser la realidad práctica al respecto.

#### *1.4.2.1.- El criterio temporal como determinante del órgano competente en materia cautelar*

Resulta necesario destacar Reglamentos como el de la C.C.I. o el de la L.C.I.A. que, amén de su enorme trascendencia práctica, han incorporado en sus normas este criterio temporal para determinar el órgano legitimado en materia cautelar.

---

<sup>209</sup> VAN HOUTTE, H.: "Provisional Measures in ...", art. cit., pág. 137.

1.4.2.1.a).- El criterio temporal en el Reglamento de la L.C.I.A.

El criterio temporal como determinante del órgano competente en materia cautelar ha sido adoptado el Reglamento de la London Court of International Arbitration (L.C.I.A.). Así, el párrafo 1º del artículo 25 legitima a los árbitros para adoptar un determinado tipo de medidas de protección y de aseguramiento de los bienes litigiosos, *“Salvo acuerdo por escrito en contrario de las partes (...)”*. Sin embargo, el párrafo 3º del mismo artículo art. 25 dispone que: *“La facultad del Tribunal Arbitral contemplada en el artículo 25.1 no afectará al derecho de cualquiera de las partes a instar con anterioridad a la constitución del Tribunal Arbitral o, excepcionalmente, después- ante cualquier juzgado competente o ante cualquier otra autoridad judicial la adopción de medidas provisionales de protección y aseguramiento de bienes litigiosos (...)”*<sup>210</sup>.

En este Reglamento se pone de relieve la distribución de competencias entre un tipo u otro de órganos en función del criterio de carácter temporal. En este sentido, permite la posibilidad de la adopción por parte de la jurisdicción estatal antes de la constitución del tribunal arbitral. Lo cual es lógico, pues los jueces son los únicos órganos que pueden adoptar medidas cautelares en esta fase del procedimiento arbitral<sup>211</sup>. Pero, añade a continuación que, una vez constituido el tribunal arbitral, el recurso a los tribunales estatales se producirá sólo en casos excepcionales.

No cabe duda de que -de esta suerte- se configura una competencia preferente de los árbitros frente a los jueces en materia cautelar, a partir del momento de la constitución del tribunal arbitral. Este carácter preferente se confirma, asimismo, en el primer párrafo del artículo 25 del Reglamento L.C.I.A. al disponer que *“salvo acuerdo por*

---

<sup>210</sup> Las Reglas de la London Court of International Arbitration entraron en vigor el 1 de enero de 1998.

<sup>211</sup> Vid. el epígrafe 5.2.2.2.a) del Capítulo III de este trabajo, págs. 287 y ss.

*escrito en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral, a solicitud de una de las partes estará facultado para la adopción de determinadas medidas provisionales de protección y aseguramiento de bienes litigiosos, medidas que se recogen en los apartados 1 y 2 del mismo artículo”.*

Pero, además, este dato se confirma igualmente otra vez en el tercer párrafo *in fine* por cuanto señala que: *“se entenderá que las partes, sometiéndose a arbitraje bajo los auspicios de este Reglamento, renuncian a instar ante cualquier juzgado competente o ante cualquier otra autoridad judicial la adopción de cualesquiera medidas provisionales de protección y aseguramiento de bienes litigiosos que el Tribunal Arbitral pueda adoptar al amparo del artículo 25.2º”.*

Y, precisamente, esta circunstancia excepcional parece que podrá venir dada, bien porque se trate de adoptar una medida que quede fuera de las previstas en el artículo 25.2 del Reglamento de la L.C.I.A. bien porque el tribunal arbitral todavía no se haya constituido o alguno de sus miembros haya sido recusado. Incluso, porque las partes hayan acordado expresamente eliminar el poder de los árbitros sobre esa cuestión, tal y como permite el párrafo primero del mencionado artículo 25. De manera que, una vez constituido el tribunal arbitral, únicamente podrán intervenir los jueces cuando se trate de una medida que no pueda ser acordada por los árbitros. Por tanto, la regla general es la competencia de los árbitros, una vez han entrado a conocer del asunto, y la excepción es la intervención judicial.

1.4.2.1.b).- El criterio temporal en el Reglamento de la C.C.I.: versión de 1988 y de 1998

En esta misma línea se encuentra el Reglamento de arbitraje de la C.C.I. en la edición actual de 1998, así como su práctica arbitral. Anteriormente, esta materia era regulada por el art. 8.5 del Reglamento C.C.I. en su versión de 1988. En él, según algunos autores, no se

atribuía competencia de forma expresa a los árbitros en materia cautelar<sup>212</sup>. No obstante, las partes podían conferirles este poder en el acuerdo de arbitraje<sup>213</sup>. Otros autores, sin embargo, lo deducían igualmente, entendiendo que el precepto atribuía un poder implícito para hacerlo<sup>214</sup>.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 8.5 de las reglas de la C.C.I., en su edición de 1988, sí que cabría deducir, de forma implícita la competencia de los árbitros, aunque tan sólo una vez el tribunal estuviera constituido. Este precepto disponía que *“Las partes pueden, antes de la entrega del expediente al árbitro y, excepcionalmente después, solicitar a cualquier autoridad judicial medidas provisionales o de conservatorias, sin contravenir por ello al convenio de arbitraje que las vincula y sin perjuicio del poder reservado al árbitro”*.

Esta norma dispone que a partir del momento en que el tribunal ya se haya constituido, sólo cabrá acudir a los jueces en circunstancias excepcionales, es porque, como regla general, está partiendo de la competencia de los árbitros en tales supuestos. A partir de ese momento, sólo cabría su adopción por los jueces en *“(...) circunstancias excepcionales (...)”*. No obstante, su redacción era un tanto ambigua en cuanto que tampoco determinaba qué se entendía por las circunstancias excepcionales en que se podrían adoptar, ni tampoco hacía referencia a qué tipos de medidas se admitían.

---

<sup>212</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales ...*, op. cit., pág. 300, YESILIRMAK, A.: “Interim and Conservative ...”, art. cit., pág. 32.

<sup>213</sup> Laudo núm. 7692/1995, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>214</sup> JARVIN, S.: “The New 1998 I.C.C. Rules of Arbitration”, *Bull. C.C.I., Special Supplement*, 1997, pág. 98; SCHWARTZ, E. - JURGEN, M.: “Provisional Remedies in International Arbitration, Part II: Perspectives from the I.C.C. and Germany”, *Wor. Arb. & Med. Rep.*, 1995, pág. 52; CRAIG, L. - PARK, W. - PAULSSON, J.: *International Chamber of ...*, op. cit., pág. 416.

Esta ambigüedad de la norma provocó una falta de uniformidad en la práctica arbitral<sup>215</sup>. Así, por ejemplo, en el laudo dictado en 1994 en el asunto núm. 7589 en el seno de la C.C.I., el tribunal arbitral puso de manifiesto que, efectivamente, el art. 8.5 atribuía poder a los árbitros para la adopción de medidas cautelares, pero no quedaba claro en la norma si esta competencia era con carácter exclusivo o no<sup>216</sup>. De modo que, en circunstancias prácticamente idénticas, en unos casos las medidas cautelares eran ordenadas por los árbitros<sup>217</sup> y en otros se rechazaba su concesión<sup>218</sup>. Por otra parte, de acuerdo con la edición anterior, una vez constituido el tribunal arbitral únicamente “(...) *en circunstancias excepcionales (...)*” se podía recurrir a los jueces estatales para solicitar medidas cautelares.

El Reglamento de la C.C.I. de 1998 incorpora un cambio en el art. 23 párrafos 1 y 2, preceptos que regulan la protección cautelar. En la actualidad, en lugar de hablar de “(...) *circunstancias excepcionales (...)*” refiere a “(...) *circunstancias apropiadas (...)*”. En realidad, este cambio no es excesivamente relevante desde el punto de vista práctico, en cuanto que lo que resulta excepcional es también apropiado, mas no a la inversa<sup>219</sup>. Por tanto, en definitiva, se trata más bien de una simple modificación terminológica que prácticamente no afecta al fondo de la cuestión. Y ello a pesar de que es cierto que tal vez con esta nueva regulación se flexibiliza o se amplía la posibilidad de acudir a los jueces, una vez el tribunal arbitral ya se ha constituido, en cuanto que ya no es necesario que se trate de un hecho excepcional el que determine la

---

<sup>215</sup> Vid. el estudio realizado por J.D.M. LEW, sobre 23 laudos arbitrales de la C.C.I. En nueve de ellos la tutela cautelar fue acordada, mientras que en otros nueve fue rechazada, en LEW, J.D.M.: “Commentary on Interim ...”, art. cit., págs. 23 y ss.

<sup>216</sup> Laudo núm. 7589/1994 de la C.C.I. Ver el extracto publicado en *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, págs. 60 y 61.

<sup>217</sup> Laudo parcial núm. 5835/1992, de la C.C.I, *Bull. C.C.I.*, vol. 8, mayo 1997, pág. 69.

<sup>218</sup> Laudo parcial núm. 6553/1991, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>219</sup> YESILIRMAK, A.: “Interim and Conservatory Measures in I.C.C. Arbitral Practice”, *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, pág. 35.



competencia de los jueces, sino que bastará con que se estime apropiado por el tribunal arbitral<sup>220</sup>. Se rompe, de este modo, con la excesiva rigidez anterior.

En última instancia, esta nueva regulación pone de relieve la existencia de un sistema judicial subsidiario en materia cautelar en cuanto que los jueces sólo intervienen en circunstancias muy concretas, al menos en teoría. Es decir, que la labor de los jueces es la de asistir a los tribunales arbitrales pero en ningún caso la de sustituirlos. En este sentido, una vez el tribunal arbitral se ha constituido de forma efectiva, la solicitud de medidas cautelares debería dirigirse a él. Esta función de asistencia se recoge en el artículo 44 de la Ley de arbitraje inglesa en cuanto que atribuye poder a los jueces para que cooperen con el arbitraje, aunque con algunos límites. Así, los jueces únicamente deberán intervenir en el curso de un procedimiento arbitral, en tres ocasiones. En casos de urgencia, y a falta de esta última, con la autorización del tribunal arbitral o en virtud de un acuerdo por escrito de las partes.

En definitiva, tanto de conformidad con la redacción anterior como con la actual se denota una especie de privilegio o preferencia a favor de la competencia de los árbitros, por cuanto que se impone una condición adicional a los jueces para que sean competentes, una vez los árbitros ya han entrado a conocer del fondo del asunto<sup>221</sup>. En suma, cabe afirmar que tanto en la versión anterior del Reglamento de la C.C.I. de 1988 como en la actual de 1998, se imponen unas condiciones temporales al recurso del juez.

---

<sup>220</sup> HABSCHEID, W.J.: "La giurisdizione arbitrale della Camera di Commercio Internazionale. Osservazioni sul nuovo Regolamento del 1998", *Riv. dell'Arb.*, 1998, n° 4, pág. 652; SCHAEFER, J.K.: "New Solutions for ...", art. cit., págs. 10.

<sup>221</sup> GOLDMAN, C.: "Mesures provisoires et ...", art. cit., pág. 12.

El problema se plantea ahora en determinar cuándo estamos ante esas “(...) *circunstancias apropiadas* (...)”, en cuanto término jurídico indeterminado. La ley no las define, de ahí que su concreción deberá hacerse por la autoridad competente de conformidad con su propio derecho. Esto es, de acuerdo con las normas imperativas previstas en la ley de procedimiento aplicable<sup>222</sup>. Salvo que esta ley imponga alguna condición, será una cuestión objeto de libre apreciación por parte del tribunal. Hay una serie de circunstancias que, caso de concurrir, permiten considerar de forma un tanto objetiva la conveniencia de acudir directamente a los jueces en lugar del tribunal arbitral, a pesar de estar ya constituido. Así, por ejemplo, estaremos ante una situación de esta índole cuando el tribunal arbitral ya está formado, pero se encuentra temporalmente paralizado por haber sido recusado alguno de su miembros y estar en proceso de sustitución<sup>223</sup>.

También se han calificado de circunstancias excepcionales y, por tanto, igualmente apropiadas, el riesgo de evitar la descomposición de mercancías perecederas o de asegurar la conservación de documentos o bienes bajo peligro de destrucción por una catástrofe natural cuando el tribunal arbitral no esté en condiciones de actuar a tiempo<sup>224</sup>. De todas formas, incluso cuando el tribunal arbitral ya está constituido, los árbitros no siempre van a poder actuar de forma efectiva. Sobre todo, cuando se trate de una medida que implique una ejecución, por las dificultades para hacerla efectiva en caso de incumplimiento de las partes, dada su falta de poder coercitivo. Asimismo, estará plenamente justificado acudir a los jueces, a pesar de encontrarse ya constituido el tribunal arbitral, cuando la medida vaya dirigida contra terceras partes ajenas, por tanto, al

---

<sup>222</sup> Laudo parcial núm. 8786/1996 de la C.C.I., extracto publicado en *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, 2000, pág. 81.

<sup>223</sup> *Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 20 de marzo de 1989, *Rev. Arb.*, 1989, pág. 494.

<sup>224</sup> GOLDMAN, B.: *Jur.-Cl. Dr. Int.*, fascículo 586-5-2, nº 77.

acuerdo arbitral<sup>225</sup>.

1.4.2.1.c).- La aplicación del criterio temporal en la práctica arbitral

La práctica arbitral de la C.C.I. considera la solicitud de medidas cautelares ante las autoridades judiciales, una vez el tribunal arbitral ya se ha constituido, una vulneración del derecho a acudir a arbitraje, por incumplir el artículo 23 del Reglamento de dicha Institución. Salvo que, claro está, concurren las mencionadas *circunstancias apropiadas* que justifiquen el recurso a la jurisdicción estatal. Tanto es así, que incluso entienden que se trataría de una infracción susceptible de generar una indemnización por daños y perjuicios. De ahí la importancia de interpretar el adjetivo “apropiadas “ de forma correcta<sup>226</sup>.

La práctica en este sentido es rectilínea, así, en un caso resuelto en el seno de la C.C.I. en 1998, en concreto, el asunto núm. 5835, el demandante obtuvo dos órdenes de embargo de los bienes del demandado por una cantidad X por parte de los jueces de su país. La solicitud de las medidas cautelares a la autoridad judicial se hizo una vez el tribunal arbitral ya se había constituido. Consiguientemente, el demandado alegó que se había infringido de este modo lo dispuesto por el art. 8.5 del Reglamento de la C.C.I. El demandado expuso que dicho precepto tan sólo admite el recurso a los tribunales estatales una vez constituido el tribunal arbitral, en circunstancias excepcionales. Circunstancias que, a su parecer, no se cumplían en el caso. El demandante, por su parte, alegó una serie de datos en este sentido, pero que a juicio del tribunal arbitral no fueron calificados como tales. Razón por la cual los árbitros decidieron que, efectivamente se había infringido el citado precepto al acudir ante los tribunales estatales,

---

<sup>225</sup> Laudo núm. 9324/1998 de la C.C.I., *inédito*.

<sup>226</sup> YESILIRMAK, A.: “Interim and Conservative ...”, art. cit., pág. 35.

debiendo haber acudido directamente al tribunal arbitral<sup>227</sup>.

Asimismo, en otro caso similar, un tribunal arbitral de la C.C.I. declaró en 1993 en el asunto núm. 7303 que la parte que había solicitado la adopción de medidas cautelares ante los tribunales estatales había infringido el art. 8.5, puesto que las solicitó una vez iniciado el procedimiento arbitral y, en ese momento, el órgano competente para adoptarlas era él<sup>228</sup>. La parte alegó una serie de circunstancias para justificar el carácter excepcional de la situación. No obstante, el tribunal arbitral consideró que tampoco revestían el carácter excepcional requerido por la ley<sup>229</sup>.

Ésta era, pues, la tendencia de la jurisprudencia de la C.C.I. antes de la nueva versión de las normas del Reglamento de 1998. Habrá que ver en los laudos posteriores si realmente la modificación de la norma ha influido al respecto pero, en principio, no parece que vaya a suponer un gran cambio. Tal vez de este modo, la regulación esté más acorde con las soluciones previstas en el resto de sistemas de Derecho comparado.

En EE.UU. como ya viene siendo habitual, la jurisprudencia tampoco es uniforme sobre esta cuestión. El silencio del Federal Arbitration Act de 1976 acerca de quién es el órgano competente para adoptar medidas cautelares ha llevado a diferentes interpretaciones jurisprudenciales. De manera que los tribunales se pronuncian siguiendo líneas de interpretación diferentes e, incluso, contradictorias. Así, por ejemplo, el planteamiento seguido en la sentencia del Tribunal de Distrito de Nueva York de 1978 en el litigio surgido entre la *Compañía de Navegación y Financiera Bosnia c. la Corporación Nacional de la Marina*, el tribunal americano se pronuncia del siguiente modo; por un lado, se

---

<sup>227</sup> Laudo parcial núm. 5835/1988, de la C.C.I., extracto publicado en *Bull. C.C.I.*, vol. 8, nº 1, mayo de 1997, págs. 67-69.

<sup>228</sup> Laudo núm. 7303/1993, de la C.C.I., *inédito*.

opone a la anulación de una medida cautelar ejecutiva obtenida previamente de otro tribunal estatal, alegando que el tribunal arbitral todavía no se había constituido. Es decir, que estima la competencia de los jueces en materia cautelar en la fase previa del procedimiento. Y, por otro lado, deniega la concesión de una segunda medida cautelar solicitada argumentando que, en el momento de la solicitud, el tribunal arbitral ya se había constituido, y, por ende, su conocimiento corresponde a éstos últimos y no a los jueces<sup>230</sup>.

En otra ocasión, sin embargo, se ha procedido a la denegación de la medida por el hecho de que el arbitraje estaba a punto de iniciarse y, por tanto, las partes deberían haberse dirigido al tribunal arbitral en lugar de a la jurisdicción estatal<sup>231</sup>. Por otra parte, en un asunto planteado con posterioridad el tribunal de distrito de Nueva York se manifiesta en sentido opuesto. En este caso, los jueces interpretaron que el artículo 8 del Federal Arbitration Act de 1976<sup>232</sup> permite que las partes obtengan una medida cautelar de los jueces, con independencia de que el procedimiento arbitral se haya iniciado y el tribunal arbitral se encuentre constituido. Por este motivo, rechazan la solicitud de anulación de una medida cautelar dictada por los jueces, una vez el tribunal arbitral se había formado<sup>233</sup>. Sostuvo, en definitiva, que el poder de los jueces en

---

<sup>229</sup> Laudo núm. 7303/1993, cit., donde la parte solicitaba al tribunal arbitral que invalidase la medida cautelar adoptada por un juez italiano.

<sup>230</sup> *United States District Court for the Southern District of New York (S.D.N.Y.)*, de 16 de junio de 1978, en el asunto *Compañía Navegación y Financiera Bosnia v. National Unity Marine Salvage Corp.*, 457 F. Supp.1013.

<sup>231</sup> *United States District Court for the Southern District of New York (S.D.N.Y.)*, de 2 de mayo de 1975, en el asunto *Metropolitan World Tanquer Corp. v. P.N. Pertamina Minjakdangas Bumi Nasional*, 427 F, Supp. 2-5.

<sup>232</sup> El Federal Arbitration Act de 1976 guarda silencio acerca del órgano competente en materia cautelar en función de un arbitraje. Sin embargo, a modo de excepción, sí que determina el órgano competente para su adopción respecto de los litigios en materia de Derecho marítimo, recogida en el artículo 8 de este texto, declarando competente a la jurisdicción estatal.

<sup>233</sup> *United States District Court for the Southern District of New York (S.D.N.Y.)*, de 1978, en el asunto *Paramount Carriers Corp. v. Cook Industries, Inc.*, 465 F. Supp. 599, 602.

---

materia cautelar no se limita a las solicitudes previas al comienzo del mismo. Sino que, nada impide que los jueces puedan adoptar medidas cautelares en el curso del procedimiento arbitral.

### ***1.5.- Quinta solución posible: Se guarda silencio en materia cautelar***

Cuando la Ley atribuye expresamente competencia a los tribunales de un Estado o a los árbitros para adoptar medidas cautelares no se plantea ningún problema. Sin embargo, hay numerosos sistemas nacionales, Convenios internacionales, así como Reglamentos institucionales que guardan silencio sobre el particular o, más bien, no se pronuncian acerca de la competencia de unos u otros órganos. Esto es precisamente lo que ocurre en el sistema francés, donde la reforma operada en materia de arbitraje internacional en 1981 no regula expresamente esta cuestión. En efecto, aun cuando el N.C.P.C. francés no contiene ninguna disposición en materia cautelar, se admite de forma generalizada, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, la competencia concurrente de jueces y árbitros.

Igualmente sucede en sistemas como el de EE.UU. en el que nada suele decir la normativa de los distintos Estados de la Unión. Por lo que a Convenios se refiere, podemos citar el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra de 1961. Y, finalmente, en cuanto a los Reglamentos de las diferentes instituciones, cabe destacar el de la Cámara de Comercio de Estocolmo, las normas del Centro de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Austria<sup>234</sup>, el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Yugoslavia o el del Centro de Arbitraje de la Cámara Federal Económica de Viena.

Algunos de estos textos legales tratan en cierta medida la cuestión de forma general sin llegar a entrar de lleno en el problema. Concretamente, en el Convenio de Ginebra de 1961 se hace referencia únicamente a las medidas cautelares en el artículo VI.4 el cual dispone: *“Si una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral, ni como un sometimiento del asunto al Tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo”*<sup>235</sup>.

Sin embargo, es de señalar que, aun cuando algunos autores han querido ver en esta norma una posible atribución de poder al tribunal arbitral en materia cautelar, lo cierto es que no lo hace. El precepto se limita a declarar la compatibilidad entre un proceso y otro, pero la posibilidad efectiva, así como el poder de adoptar medidas cautelares, ya sea por los jueces, ya sea por los árbitros, no se regula en el Convenio<sup>236</sup>, dependerá de la ley reguladora del arbitraje.

Cuando nos encontremos ante un arbitraje regido por alguna de estas normas, la admisibilidad de este tipo de medidas dependerá de la ley que regule el procedimiento, ya sea elegida directamente por las partes, ya lo sea por los árbitros, a falta de elección de aquellas<sup>237</sup>. Aunque lo cierto es que la ley de procedimiento suele ser la del lugar de celebración del arbitraje. Así se prevé expresamente en la ley alemana de arbitraje donde rige el principio de territorialidad de la ley en materia procesal. De modo que, cuando la sede del arbitraje radique en dicho país se aplicará necesariamente su ley de procedimiento.

---

<sup>234</sup> No obstante, el Reglamento de Viena será objeto próximamente de una revisión. Por lo que esperamos que la cuestión de las medidas cautelares sea tratada expresamente.

<sup>235</sup> El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional se firmó en Ginebra el 21 de abril de 1961 y fue ratificado por el Estado español el 12 de mayo de 1975.

<sup>236</sup> BÖSCH, A.: *Provisional Remedies ...*, op. cit., pág. 13.

---

Por tanto, la falta de atribución expresa de poderes a los árbitros en materia cautelar no implica necesariamente que su poder quede excluido, ya que en dicho caso habrá que estar a lo dispuesto por la ley aplicable al arbitraje o a lo que las partes hayan previsto al respecto en la cláusula arbitral o en el acta de misión<sup>238</sup>.

## **2.- La solución prevista en el sistema español en materia cautelar**

### ***2.1.- Problemática que plantea la adopción de medidas cautelares en nuestro sistema***

El 9 de enero de 2001 entró en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, un texto que supone importantes cambios respecto de las soluciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Esta reforma afecta también a la materia que nos ocupa, por cuanto que se introduce, por vez primera en nuestro sistema, una norma expresa en materia cautelar diseñada para el ámbito arbitral. Entre otros objetivos, el legislador ha querido poner fin a la controvertida cuestión relativa a la admisibilidad, o no, de la tutela cautelar en el arbitraje en España.

---

<sup>237</sup> BÖSCH, A.: *Provisional Remedies ...*, op. cit., pág. 12.

<sup>238</sup> JARVIN, S.: "Is Exclusion of ...", art. cit., pág. 173; El Acta de Misión es una especie de calendario de procedimiento que elabora el tribunal arbitral con base en los documentos aportados o en presencia de las partes y teniendo en cuenta las últimas alegaciones de éstas. Es, en definitiva, un documento que concreta o determina la tarea del árbitro. Entre algunos de los datos que debe contener dicho escrito figura "*una exposición sumaria de las pretensiones de las partes y de sus peticiones*" y, además, añade en el apartado g) del mismo precepto que también podrá contener "*si fuere el caso, la mención de los poderes conferidos al tribunal arbitral (...)*". Vid. el artículo 18 apartados c) y g) del Reglamento de arbitraje de la C.C.I. de París vigente a partir del 1 de enero de 1998.



La nueva solución recogida en la L.E.C. incorpora en el artículo 722<sup>239</sup> una regulación en materia de medidas cautelares y provisionales. El precepto afirma que *“Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento”*. De este modo, se contempla en su párrafo 1º por primera vez en nuestro sistema la posibilidad de adoptarlas, no sólo durante el desarrollo del arbitraje, sino también con anterioridad a su inicio, colmando, de este modo, las lagunas de que adolecía la normativa anterior. Aunque, es de señalar que esta nueva regulación no resuelve todos los problemas que se plantean, lo cierto es que ha supuesto un gran avance.

Vista la necesidad imperiosa de admitir la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el arbitraje, pasaremos a ver de qué forma se regula esta cuestión en nuestro sistema.

Estamos ante un tema un tanto complejo, desde el punto de vista jurídico y, en España, -a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países-, el hecho de que hasta la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 9 de enero no hubiera una regulación al respecto agravaba todavía más, si cabe, la situación. Tampoco la jurisprudencia existente arrojaba ninguna luz al problema, por cuanto era escasa y contradictoria. De hecho, en supuestos prácticamente idénticos en unos casos se admitían

---

<sup>239</sup> Artículo 722 de la L.E.C.: *“Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento”*.

*Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en un país extranjero, en los*

las medidas cautelares antes del inicio, así como en el curso del procedimiento arbitral, mientras que en otros se denegaban. Conviene que aproximemos cuál era la situación con anterioridad a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil para pasar a continuación a analizar el estado de la cuestión tras su entrada en vigor.

### 2.1.1.- El Anteproyecto de Ley de Arbitraje española de 1988

Como ya hemos apuntado, la vigente Ley de Arbitraje no regula esta materia. Este hecho, de por si negativo, adquiere una especial relevancia si consideramos que el Anteproyecto de la Ley de Arbitraje sí que contenía una disposición sobre el particular. En efecto, el texto del Anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia en 1988 preveía en su art. 30 la posibilidad de que los árbitros pudiesen adoptar las medidas cautelares que estimasen oportunas, bien de oficio bien a instancia de parte, para cuya ejecución se podría solicitar la colaboración de los jueces. Sin embargo, este precepto fue suprimido finalmente en el Proyecto que el Gobierno presentó a las Cortes Generales en su momento<sup>240</sup> y, por tanto no se encuentra en la Ley actualmente vigente.

La desaparición de este “artículo 30” fue objeto de numerosas enmiendas por parte de los distintos grupos políticos<sup>241</sup>. Entre otras

---

*casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles”.*

<sup>240</sup> LORCA NAVARRETE, A.M.: *Manual de Derecho de arbitraje interno e internacional*, Madrid, Civitas, 1997, pág. 795; MUÑOZ SABATÉ, L.: “Medidas cautelares en el arbitraje a la luz de la máxima *inclusio unius, exclusio alterius*”, *Rev. Jur. Cat.*, 1996, pág. 201.

<sup>241</sup> De entre las enmiendas que se presentaron destacan las relativas al actual artículo 27 que se correspondía con el artículo 28 del Proyecto de Ley de Arbitraje. Este precepto recogía la posibilidad de solicitar la colaboración de los jueces para la práctica de las pruebas. Pues bien, estas enmiendas hacían extensible esta posible colaboración de los jueces al ámbito de las medidas cautelares. Las enmiendas introducidas fueron las siguientes: 1.<sup>a</sup>- enmienda núm. 15 del grupo parlamentario del P.N.V.; 2.<sup>a</sup>- enmienda núm. 188 del grupo parlamentario del C.D.S.; 3.<sup>a</sup>- enmienda núm. 218 del grupo parlamentario del C.P.; 4.<sup>a</sup>- enmienda del grupo parlamentario de Minoría catalana; enmienda núm. 35 del grupo mixto; 5.<sup>a</sup>- enmienda núm. 63 del grupo

cosas, porque -se decía- dejaba un vacío legal en materia de adopción de medidas cautelares en España, tanto antes del comienzo del procedimiento arbitral, como durante el desarrollo del mismo. En definitiva, el debate en el Congreso de los diputados giraba en torno a la idea de si el árbitro podía adoptar medidas cautelares cuya ejecución correspondería a los tribunales estatales.

De haberse introducido finalmente este artículo 30 se habría resuelto el problema incorporando una respuesta que, además, habría estado en consonancia con las soluciones previstas en el Derecho comparado. El hecho de que no se incluyera en el texto definitivo una norma en este sentido, no es óbice para interpretar que no se admite la adopción de medidas cautelares en función del arbitraje en nuestro sistema. Cabría, pues, suponer que “si no se incorporó dicho texto fue porque tal vez se consideró que no era una cuestión que debía regular la Ley especial, sino que, por el contrario, se debía regir según los principios generales del sistema de justicia cautelar”<sup>242</sup>.

### **2.1.2.- El silencio de la Ley de Arbitraje española de 1988 y la L.E.C. de 1881: consecuencias prácticas**

La Ley española de arbitraje de 1988 tal como fue finalmente aprobada y se encuentra actualmente vigente plantea numerosos problemas en la materia. Así, a diferencia de lo que ocurre en la inmensa mayoría de los sistemas de Derecho comparado, en el nuestro no se prevé la posibilidad de que se adopten medidas cautelares -entendidas en sentido estricto- en apoyo a un procedimiento arbitral, ya sea por los

---

parlamentario CiU. Vid el texto completo de las diferentes enmiendas en la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, vol. 1-1989, págs. 11 y ss; así como en LORCA NAVARRETE A.M. – SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Madrid, Dykinson, 1997, págs. 369-370.

<sup>242</sup> MUÑOZ SABATÉ, L.: “Medidas cautelares en ...”, art. cit, pág. 201.

---

árbitros, o por los jueces. En realidad, se limita a regular en su artículo 50 las medidas cautelares post-arbitrales, es decir, aquellas que se ordenan una vez ha finalizado el procedimiento arbitral y el laudo arbitral dictado ha sido recurrido en anulación por alguno de los motivos previstos en la Ley. Esta solución es criticable por dos motivos fundamentalmente.

A) En primer lugar porque deja sin cobertura legal el resto de supuestos. A saber, las medidas a adoptar con carácter previo al arbitraje, aquellas que se adopten durante el desarrollo del procedimiento arbitral. Y, finalmente, las dictadas con posterioridad al arbitraje siempre que, en este último caso, no se haya interpuesto el recurso de anulación contra el laudo.

B) En segundo lugar, porque el final del proceso no parece el momento más apropiado para ordenar medidas cautelares.

Es por todo ello por lo que esta solución ha sido enormemente criticada por la doctrina, puesto que resulta bastante dudoso que en esta fase del procedimiento todavía quepa hablar de medidas cautelares en sentido estricto, sino más bien de una ejecución anticipada del laudo arbitral, en cuanto que, en realidad, en ese momento ya está pendiente el *exequatur* del mismo. Como acertadamente ha sostenido LOPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, las medidas cautelares, una vez dictado el laudo, no pueden ser consideradas como tales porque, a partir de ese momento, lo procedente no es adoptar cautelas, sino ejecutar provisionalmente el laudo<sup>243</sup>. El legislador español, pues, en la Ley de arbitraje de 1988 no sólo no regula las medidas cautelares, sino que, cuando habla de ellas no lo hace con propiedad porque lo que el denomina “medidas cautelares” no se trata de auténticas medidas cautelares en sentido estricto. Afortunadamente, el panorama actual en

---

<sup>243</sup> LOPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A.: “Medidas cautelares en ...”, art. cit., pág. 2.

nuestro sistema se ha modificado tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como veremos.

La L.E.C. de 1881, por su parte, regulaba en el art. 1428 la adopción de medidas cautelares pero referidas a un proceso judicial, sin hacer referencia explícita ni implícita en ningún momento al arbitraje<sup>244</sup>. Se excluía, por tanto, en principio, que esta materia pudiera quedar cubierta por lo dispuesto en dicho texto normativo.

### *2.1.2.1.- La interpretación doctrinal y jurisprudencial del silencio de la L.A. en relación a la adopción de medidas cautelares*

#### 2.1.2.1.a).- Interpretación doctrinal

El silencio de nuestro ordenamiento jurídico en materia de medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral, además de plantear numerosos problemas en la práctica, llevó tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a mantener posturas confrontadas.

Desde el punto de vista doctrinal, las soluciones son múltiples y variadas. Así, hay autores que identificaban el silencio con la prohibición<sup>245</sup>. De ahí que negaran la posibilidad de admitir la tutela cautelar en nuestro sistema, con la excepción del supuesto previsto en el art. 50 de la L.A. No obstante, consideraban imprescindible una reforma

---

<sup>244</sup> El art. 1428 de la L.E.C. de 1881 habla expresamente de “juicio”, “juez” y “demanda”, esto es, que trata de garantizar la efectividad de un proceso judicial sin hacer en ningún momento referencia expresa al arbitraje.

<sup>245</sup> Vid. por todos, ORTELLS RAMOS, M.: “Comentario al art. 50 ...”, art. cit., pág. 256; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinados por BERCOVITZ, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 758; VALLS GOMBAU, J.F.: “Las medidas cautelares reguladas en las Leyes especiales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, C.G.P.J., 1993, pág. 410; LORCA NAVARRETE, A.: *Manual de Derecho de Arbitraje. Manual teórico práctico de jurisprudencia arbitral española*, Madrid, Dykinson, 1997, págs. 795 y 796; CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el derecho español, interno e internacional*, Madrid, Aranzadi, 1995, pág. 135.

de la Ley de Arbitraje que introdujera una regulación en la materia permitiendo la adopción de este tipo de medidas en función de un arbitraje comercial internacional en todas las fases del procedimiento<sup>246</sup>.

Otros autores, sin embargo, abogaban por la admisibilidad de las medidas cautelares en el arbitraje, a pesar del silencio de la Ley, acudiendo con carácter supletorio a la L.E.C.<sup>247</sup>. En este sentido, alegaban que la máxima *“inclusio unius, exclusio alterius”* no resultaba del todo adecuada en este caso<sup>248</sup>. Es decir, que el hecho de que sólo se regulase un tipo de medida cautelar no implica que el resto queden excluidas.

Esta postura doctrinal se apoya en que la inadmisión de esta tutela cautelar en el arbitraje significaría convertirlo en una vía de resolución de conflictos ineficaz en un gran número de casos. Perjudicando, en definitiva, a aquel que decidiera someter sus diferencias a arbitraje privándole del acceso a la tutela judicial efectiva. De hecho, la efectividad del procedimiento arbitral depende en muchas ocasiones, como ya se ha visto, de la adopción de medidas cautelares. No es posible, pues, entender de ningún modo el arbitraje como vía de resolución de controversias totalmente al margen de la tutela cautelar, al igual que es impensable un proceso judicial en el que no se admitan las medidas de protección.

---

<sup>246</sup> POCH SERRATS, F.: “Las medidas cautelares en el arbitraje”, Tribunal Arbitral de Barcelona, *Associació Catalana per a l'Arbitratge, Butlletí* nº 7, pág. 54; CUCARELLA GALIANA, L.A.: “Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la Jurisprudencia reciente”, *Trib. Jus.*, nº 3, marzo, 1997, pág. 315; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - ARTUCH IRIBERRI, E.: “Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de arbitraje, de 5 de diciembre, presentada por la Corte Española de Arbitraje”, *R.C.E.A.*, 1997, pág. 328.

<sup>247</sup> Vid por todos, RAMOS MÉNDEZ, F.: “La nuova disciplina dell'arbitrato in Spagna”, *Riv. Trim. Dir. Prov. Civ.*, 1990, pág. 248; MUÑOZ SABATÉ, L.: “Embargo preventivo y proceso arbitral. Comentario al auto de 12 de marzo de 1993 del juzgado nº 17 de Madrid, en relación con un proceso seguido ante el Tribunal Arbitral de Barcelona”, *Rev. Jur. Cat.*, 1993, págs. 803-805; CUCARELLA GALIANA, L.A.: “Medidas cautelares ...”, art. cit., pág. 309; CREMADES, B.: “España estrena nueva Ley de arbitraje”, *La Ley*, 1989-1, pág. 112.

En efecto, la Ley de Arbitraje de 1988 no prohíbe en ningún momento que las partes atribuyan competencia a los árbitros, aunque lo cierto es que tampoco lo permite, por lo que nada impide que las partes lo pacten expresamente. Pero, de *lege lata*, a falta de una manifestación de las partes, la interpretación debe ser restrictiva excluyendo, pues, la competencia de los mismos<sup>249</sup>.

#### 2.1.2.1.b).- Interpretación jurisprudencial

Desde el punto de vista jurisprudencial, este vacío legal ha generado que en España no pueda hablarse de una práctica uniforme, sino más bien todo lo contrario, en cuanto que el escasísimo número de resoluciones existente en la materia muestra un carácter altamente contradictorio<sup>250</sup>. Así, los tribunales han interpretado en diferentes ocasiones el sentido del art. 50 de nuestra Ley de arbitraje y, en general, las soluciones que proporcionan sobre el particular se caracterizan por su irregularidad. De esta suerte se cruzaría una posición mayoritaria favorable a la concesión de la tutela cautelar solicitada con otra que se niega a concederla.

Por lo que se refiere a las sentencias que de forma efectiva admiten la tutela cautelar destacan, por un lado, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de enero de 1994, donde al interpretar el sistema español de medidas cautelares contenido en la Ley de Arbitraje

---

<sup>248</sup> MUÑOZ SABATÉ, L.: "Medidas cautelares ...", art. cit., págs.199-202.

<sup>249</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 185. LORCA NAVARRETE, A.M.: *Manual de Derecho ...*, op. cit., pág. 145.

<sup>250</sup> Así, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª) de 25 de noviembre de 1994, *R.G.D.*, 1995, nº 605, págs. 5702-5703 y *R.C.E.A.*, 1995, págs. 289-292 con la nota de BARONA VILAR, S.; el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª) de 21 de julio de 1992, *R.G.D.*, 1993, nº 582, págs. 21340-2141; Auto AP de Oviedo (sección 5ª), de 19 de febrero de 1993; el Auto de la Audiencia provincial de Cádiz de 12 de junio de 1992, *R.C.E.A.*, 1992, pág. 221; Sent. AP de Oviedo, de 28 de abril de 1992, *R.J. Asturias*, 1993, nº 16, págs. 397-399; Sent. TS, de 14 de mayo de 1992, *R.A.*, 1992, págs. 5458-5460.

de 1988, afirma que puesto que “no existe prohibición legal expresa a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en nuestra Ley de arbitraje nada impide que se ordenen”<sup>251</sup>.

Asimismo, llama la atención el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de noviembre de 1994<sup>252</sup>, así como también en el mismo sentido encontramos el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de junio de 1992<sup>253</sup>. En ambos y en relación a la solicitud de medidas cautelares ante los jueces en apoyo de arbitrajes internos, el juez decide concederlas por analogía con la solución existente en el ámbito internacional. A tal efecto, el órgano jurisdiccional se apoya erróneamente, como ya se ha visto, en lo dispuesto en el artículo VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961. A pesar de que estos asuntos versan sobre el tráfico jurídico interno, sin duda alguna, manifiestan claramente la posición mantenida respecto del ámbito internacional. Esto es, partiendo de la admisión de la tutela cautelar en función del arbitraje en el plano internacional, traslada esta misma solución al plano interno.

En otra ocasión, la Audiencia Provincial de Barcelona no duda en admitir la adopción de medidas cautelares con carácter previo al arbitraje a pesar de la existencia de una cláusula arbitral<sup>254</sup>. También se muestran favorables a su admisión la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 1992<sup>255</sup>. Y, finalmente, el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 19 de marzo de 1993<sup>256</sup> donde se declara que, si está fuera de

---

<sup>251</sup> Auto AP de Barcelona (sección 16), de 25 de enero de 1994.

<sup>252</sup> Auto AP de Barcelona (sección 16), de 25 de noviembre de 1994, *R.G.D.* 1995, nº 605, págs. 5702-5703 y *R.C.E.A.*, 1995, págs. 289-292, con la nota de BARONA VILAR, S.

<sup>253</sup> Auto AP de Cádiz, de 12 de junio de 1992, *R.C.E.A.*, 1992, pág. 221.

<sup>254</sup> Auto AP de Barcelona (sección 16), de 21 de julio de 1992, *R.G.D.*, 1993, nº 582, págs. 21340-21341.

<sup>255</sup> Sent. TS, de 14 de mayo de 1992, *R.A.*, 1992, pág. 4124.

<sup>256</sup> Sent. AP de Oviedo (sección 5ª), de 28 de abril de 1992, *R.J. Asturias*, 1993, nº 16, pág. 4124.



toda duda que “se precisa la intervención judicial tanto para la ejecución del laudo, como para la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento del laudo impugnado, nada debe impedir que tales medidas, y con la misma finalidad, puedan adoptarse antes de que aquél se emita (...)”.

Junto a ello también encontramos resoluciones que se manifiestan en sentido contrario a esta admisibilidad. Tal es el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) de 25 de mayo de 1994 que entiende que la Ley de arbitraje no permite la adopción de medidas cautelares ni durante el procedimiento arbitral ni en una fase posterior, sino tan sólo durante la pendencia del recurso de anulación contra el laudo arbitral.

En este mismo sentido encontramos el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12ª) de 2 de septiembre de 1990 establece que “únicamente cabrá acordar medidas cautelares para garantizar la ejecución de una sentencia, pero no la de un laudo arbitral”<sup>257</sup>. En otros casos, la reticencia de los jueces en la adopción de medidas cautelares respecto un arbitraje se manifiesta a través de la interposición de obstáculos procesales<sup>258</sup>.

#### 2.1.2.1.c).- Valoración breve de la jurisprudencia existente

Desde un punto de vista práctico, el régimen existente con anterioridad a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y su interpretación por parte de la jurisprudencia daba lugar a situaciones totalmente injustas e inseguras, en cuanto que, la parte solicitante de la medida

---

<sup>257</sup> Auto AP de Barcelona (sección 12ª), de 2 de septiembre de 1990, en *R.G.D.*, 1991, págs. 1824-1829.

<sup>258</sup> Sent. TS, de 18 de febrero de 1993, C.C.J.C., Vol. 32, 1993, abril/agosto, Jurisprudencia, págs. 459-471 y comentario de ARTUCH IRIBERRI, E.: “Comentario a la Sentencia del T.S. de 18 de febrero de 1993”.

quedaba, a menudo en la más absoluta indefensión. Ello se debía, fundamentalmente, a que, como terminamos de ver, en ocasiones, la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción era aceptada y, en otros, rechazada sin más. En estos casos, aun cuando la parte recurría en apelación la denegación de la medida cautelar, el recurso se resolvía normalmente una vez se había dictado el laudo arbitral. Y, en ese momento, la medida cautelar solicitada carecía de sentido, por cuanto que el daño que se pretendía evitar con ella seguramente ya se había producido.

Así lo admitió expresamente la Audiencia Provincial de Barcelona en la ya mencionada decisión de 25 de noviembre de 1994<sup>259</sup>. Con ocasión de un procedimiento arbitral, una de las partes solicitó ante la jurisdicción estatal la adopción de un embargo preventivo, medida que fue denegada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona. A continuación, la parte recurrió dicha decisión ante la Audiencia Provincial alegando los mismos motivos que en Primera Instancia aunque añadió que, en el momento de celebración de la vista del recurso ya se había dictado el correspondiente laudo arbitral y, por tanto, dejaban de ser necesarias por haberse producido el daño que se trataba de impedir.

En efecto, si la medida cautelar tiene un carácter instrumental y accesorio al procedimiento arbitral, esto implica que al haber finalizado éste se ha producido un cambio sustancial, esto es, se ha originado una nueva situación. Razón por la que debía rechazarse el recurso, pues tal medida instrumental había perdido su razón de ser. El Tribunal era consciente de que dadas las circunstancias del caso y la lentitud del sistema procesal vigente, la mayor parte de los recursos que se formularan sobre esta cuestión estarían en esta misma situación. Y, el daño que se trataba de evitar con la medida ya se habría producido, con

---

<sup>259</sup> Auto AP de Barcelona, de 25 de noviembre de 1994, *Rev. Vas. Der. Pr. Arb.*, 1, 1996, págs. 313 y 314.

lo cual perdería su razón de ser.

2.1.2.1.d) La tendencia actual de la jurisprudencia española: la influencia ejercida por las soluciones de Derecho comparado y las sentencias en el ámbito comunitario

Afortunadamente, la tendencia de la jurisprudencia se ha modificado en los últimos años y ha pasado a ser más uniforme en sus decisiones. Así, a pesar de la ausencia de una normativa expresa en nuestro sistema que atribuye la competencia a los jueces en materia cautelar en apoyo de un arbitraje, la jurisprudencia más reciente ya se muestra más acorde con las soluciones de Derecho comparado y se define mayoritariamente en un sentido positivo, es decir, abogando por su admisión. En este sentido, estima igualmente competentes a los jueces españoles para la adopción de medidas cautelares en el curso de un proceso arbitral que se esté desarrollando en el extranjero.

Así, mientras en los casos que hemos analizado anteriormente los jueces se mostraban en general confusos a la hora de ordenar medidas cautelares respecto de un arbitraje, en el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, de 20 de junio de 1999<sup>260</sup> constituye un claro ejemplo de esta nueva línea jurisprudencial en España en cuanto que el tribunal se pronuncia con toda claridad admitiendo la posibilidad de solicitar la tutela cautelar de los jueces respecto de un proceso arbitral sin plantearse obstáculo alguno. Por otro lado, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 14ª) de 8 de marzo de 1999 aun cuando dice expresamente que “los árbitros no pueden adoptar dichas cautelas”<sup>261</sup>. Esta afirmación no impide que dichas medidas puedan ser acordadas por un juez. Esto es, si bien impide que sean adoptadas por

---

<sup>260</sup> Auto JPI núm. 69 de Madrid, de 20 de junio de 1999, *inédito*, Vid., el comentario que del mismo realiza ARTUCH IRIBERRI, E.: “La adopción de ...”, art. cit., pág. 149.

<sup>261</sup> *El Derecho*, rec. 937/1997.

los árbitros, no descarta en absoluto la posibilidad de que sean adoptadas por los jueces en apoyo de un procedimiento arbitral.

Distintas son las bases jurídicas utilizadas por los operadores jurídicos. Por un lado, los jueces se basan para mostrarse en esta línea en el artículo 22.5 de la L.O.P.J., que no especifica el tipo de proceso a que debe hacer referencia la medida cautelar, de ahí que nada impide su aplicación en estos casos. Junto a ello, esta posición se fundamenta en la necesidad de respetar el derecho a la tutela judicial efectiva de los que deciden recurrir a arbitraje<sup>262</sup>.

Este carácter tan controvertido que tenía en España la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el curso de un procedimiento arbitral chocaba con la tendencia seguida por prácticamente la totalidad de los sistemas de Derecho comparado, así como con los Reglamentos de las Instituciones de arbitraje más solventes y utilizadas.

La admisión de la tutela cautelar en función del arbitraje en todos los sistemas y Reglamentos de arbitraje internacionales refuerza todavía más la idea de la admisión en nuestro sistema a pesar de la falta de regulación. “Sostener la solución contraria en el caso español nos colocaría en una posición claramente opuesta a la de nuestro entorno”<sup>263</sup>. Y, por otro lado, supondría, como hemos visto, privar de eficacia en muchas ocasiones al procedimiento arbitral.

Como conclusión, la adopción de las medidas cautelares, tanto antes como durante el arbitraje, se dirigen a asegurar el cumplimiento del laudo. Por tanto, no tendría sentido admitirlas con posterioridad para asegurar la efectividad de la decisión arbitral final e impedir las antes

---

<sup>262</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 69 de Madrid, de 20 de junio de 1999, en ARTUCH IRIBERRI, E.: “La adopción de ...”, art. cit., págs. 150 y 151.

<sup>263</sup> CUCARELLA GALIANA, L.A.: “Medidas cautelares ...”, art. cit., pág. 313.

puesto que todas persiguen, en definitiva, la misma finalidad<sup>264</sup>. Aunque, en realidad, una vez dictado el laudo arbitral procede la ejecución provisional del laudo y no la adopción de medidas cautelares<sup>265</sup>.

### **2.1.3.- La regulación prevista en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**

Recordemos que la Ley de arbitraje española de 1988 únicamente admite en el artículo 50 de forma expresa la adopción de medidas cautelares, una vez dictado el laudo arbitral, siempre que éste no haya sido recurrido en anulación, siendo criticable porque como ya se vio, en dicha fase del procedimiento no se puede hablar propiamente de medidas cautelares, sino más bien de una ejecución anticipada del laudo.

El 9 de enero de 2001 entró en vigor en España la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que modifica el modelo cautelar español y, además, introduce, por primera vez en nuestro país, una norma en esta materia referida específicamente al ámbito arbitral. Esta regulación se incardina en el Libro Tercero, de los cuatro que la componen, bajo la rúbrica “de la ejecución forzosa y de las medidas cautelares”. Este libro, a su vez, consta de seis Títulos, los cinco primeros dedicados a la ejecución forzosa y el Título VI y último trata las medidas cautelares con el encabezamiento, “de las medidas cautelares”.

Esta cuestión se recoge en su artículo 722 donde atribuye competencia a la jurisdicción estatal para la adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje. La nueva norma resuelve en gran parte el problema existente con anterioridad, por cuanto que ya no cabe la menor duda de la admisión de la tutela cautelar de los jueces en

---

<sup>264</sup> CUCARELLA GALIANA, L.A.: “Medidas cautelares ...”, art. cit, pág. 314.

<sup>265</sup> LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A.: “Medidas cautelares en ...”, art. cit., pág. 4.

España, a pesar de la existencia de una cláusula arbitral. En este sentido, “define claramente que, el conocimiento del asunto en cuanto al fondo por parte de los árbitros es suficiente para garantizar el carácter provisional de la medida”<sup>266</sup>. Baste recordar el carácter tan contradictorio de la jurisprudencia y de la doctrina originado por el silencio de la normativa anterior<sup>267</sup>. Es por ello que este precepto no deja de ser digno de alabanza ya que, por un lado, pone fin a la inseguridad jurídica de las partes que opten por recurrir al arbitraje en España. Y, por otro, queda patente la necesaria colaboración entre los jueces y los árbitros, a fin de que sea una vía de resolución de conflictos plenamente eficaz.

En la actualidad, tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se permite expresamente la adopción de estas medidas, tanto antes del inicio del procedimiento arbitral, como durante el desarrollo del mismo. Respecto de las medidas solicitadas en la fase previa, la parte deberá acreditar razones de urgencia o necesidad, al igual que cuando se piden en un momento posterior. No actúa, empero, el requisito temporal del artículo 730.2º de la L.E.C., esto es, no se impone al solicitante ningún plazo para que inicie el procedimiento arbitral, so pena de quedar sin efecto la medida acordada<sup>268</sup>. Sin embargo, cuando la solicitud refiere a un procedimiento judicial, el mantenimiento de las medidas acordadas se hace depender de que *“la demanda se presente ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquellas en los 20 días siguientes a su adopción”*<sup>269</sup>. Por lo que respecta a las medidas instadas durante el

---

<sup>266</sup> ARTUCH IRIBERRI, E.: “La reforma del artículo 11 de la Ley 36/1988 Disposición final octava de la ley 1/2000, de 7 de enero de, de enjuiciamiento Civil”, texto de la ponencia pronunciada en Aranjuez el 19 de enero de 2001, con ocasión de las Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado.

<sup>267</sup> Vid. al respecto, el epígrafe 2.1.2 de este mismo Capítulo, págs. 136 y ss.

<sup>268</sup> El artículo 730 párrafo 3º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil dispone: *“El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional”*.

<sup>269</sup> Artículo 730 párrafo 2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Vid. asimismo, en el Capítulo I de este trabajo el epígrafe 1.3.2 donde se habla más ampliamente del requisito temporal previsto en el artículo 730.2.

desarrollo del procedimiento deberán reunir los requisitos del artículo 729 de la L.E.C., esto es, probar la concurrencia del *periculum in mora*, *el fumus boni iuris* y depositar una caución o fianza<sup>270</sup>.

A pesar de que hemos de valorar positivamente la introducción de esta norma, no está exenta de críticas. Así, en primer lugar, guarda silencio acerca de la posible competencia de los árbitros para ordenar medidas de este tipo, ¿significa ello que los árbitros carecen de poder para adoptar medidas cautelares? Es criticable que no se haya mencionado esta cuestión, sobre todo teniendo presente lo que ya veníamos anunciando anteriormente en cuanto que, prácticamente todos los sistemas estatales, así como Reglamentos institucionales de arbitraje optan por una competencia concurrente de ambos órganos en materia cautelar.

El legislador español se aparta, como ya viene siendo habitual en este ámbito, de la tendencia mayoritaria seguida en Derecho comparado. Algunos autores como GARCIMARTÍN ALFÉREZ han abogado por la inclusión de una cláusula en el convenio arbitral facultando expresamente a los árbitros para la adopción de las medidas cautelares que estime oportunas<sup>271</sup>. De este modo, cuando las partes manifiesten su voluntad al respecto no cabrá duda en cuanto a su legitimidad. Por el contrario, si éstas guardan silencio sobre el particular, desde luego parece que no ostentarán ninguna competencia. Esta opción parece aceptable teniendo en cuenta que estamos ante una institución basada fundamentalmente en la autonomía de la voluntad de las partes. De ahí que, en principio no debería existir impedimento alguno a esta posibilidad. Aunque, en la práctica, lo más común es que las partes no se pronuncien sobre este extremo.

---

<sup>270</sup> Vid., los presupuestos exigidos para la adopción de las medidas cautelares en el Capítulo I de este trabajo, epígrafe 2.1 y ss.

<sup>271</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit, pág. 186.

Tal y como se configura el sistema, desde un punto de vista teórico, la solicitud de auxilio jurisdiccional en función de un arbitraje es factible, tanto si se trata de un proceso arbitral pendiente en España como en el extranjero. Sin embargo, los condicionantes en un caso y en otro no son iguales, ni siquiera parecidos. Veamos cuáles son las dos posibilidades que se prevén para el solicitante de medidas cautelares en relación a un arbitraje, según estemos -siguiendo la sin duda criticable clasificación que utiliza nuestro legislador- ante un arbitraje nacional o extranjero.

A) En el primer caso, -arbitraje nacional-, se requiere acreditar “*ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial (...); o, en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento*”<sup>272</sup>. En definitiva, basta probar la participación en un proceso arbitral celebrado en España para poder solicitar la colaboración de los jueces españoles.

B) En el arbitraje extranjero, “*Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero (...)*”. En principio, parece que se permite, asimismo, solicitar auxilio judicial cuando el proceso arbitral se esté celebrando fuera de España. Sin embargo, tal y como está regulado planteará serios inconvenientes en la práctica. El legislador parece asimilar totalmente el proceso arbitral celebrado en el extranjero a la jurisdicción extranjera<sup>273</sup>, esto es, da un tratamiento idéntico cuando se trata de solicitar la colaboración judicial en materia cautelar respecto de un procedimiento judicial o arbitral celebrados en el extranjero. Esta equiparación conduce a resultados

---

<sup>272</sup> Párrafo 1º del artículo 722 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>273</sup> ARTUCH IRIBERRI, E.: “La reforma del ...”, art. cit., pág.



totalmente injustos en el caso del arbitraje extranjero según la ley española, pero no afecta en el caso del arbitraje nacional como veremos a continuación.

Para ver este efecto nocivo hay que hacer un inciso previo, así, por un lado, como afirma ARTUCH IRIBERRI, la arbitrabilidad de una materia no se ve limitada por el mero hecho de tratarse de una competencia exclusiva<sup>274</sup>, sino que ésta depende básicamente de que se trate de una materia incluida dentro de la esfera de la libre disposición de las partes<sup>275</sup>. Y, por otro lado, es de destacar que, alguna de las materias disponibles se configuran como competencias exclusivas de la jurisdicción estatal. Esto significa que algunas materias que son competencia exclusiva de la jurisdicción de un Estado sean susceptibles, sin embargo, de ser sometidas a arbitraje. Esto es precisamente lo que ocurre con la impugnación de los acuerdos societarios de personas jurídicas, materia sobre la que se atribuye la competencia, con carácter exclusivo, a los órganos jurisdiccionales del lugar donde estén domiciliadas.

Esta caracterización se prevé tanto en la L.O.P.J. (art. 22.1) como en el Convenio de Bruselas (art. 16) o el Reglamento Bruselas I (art. 22). Sin embargo, como también señala esta autora “el arbitraje societario es una realidad actual, no potencial, desde la Sentencia del T.S. de 18 de abril de 1998 que recordaba la disponibilidad para los socios acerca de los acuerdos sociales, dado su carácter negocial”<sup>276</sup>. Nada impide, pues, la celebración de un arbitraje en el extranjero relativo a la impugnación de un acuerdo de una sociedad domiciliada en España.

---

<sup>274</sup> ARTUCH IRIBERRI, E.: “La reforma del ...”, art. cit., pág.

<sup>275</sup> El artículo 1º de la Ley de arbitraje española de 1988 determina las materias que son susceptibles de ser sometidas a arbitraje de la siguiente forma: “*Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho*”.

<sup>276</sup> ARTUCH IRIBERRI, E.: “La reforma del ...”, art. cit., pág.

En consecuencia, esta asimilación absoluta produce efectos negativos porque limitará el auxilio judicial en materia cautelar respecto de un procedimiento arbitral celebrado fuera de España, por cuanto que se denegará tal colaboración cuando el arbitraje celebrado en el extranjero verse sobre alguna competencia exclusiva de la jurisdicción española –siempre que sea arbitrable, claro está-. En este sentido, condiciona la cooperación de los jueces a aquellos casos “*en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles*”. Tal limitación no existe respecto del arbitraje celebrado en España, esto es, el nacional. Situando, de este modo, el arbitraje extranjero en clara desventaja frente al nacional. Puede pensarse que el legislador está tratando de favorecer el arbitraje nacional frente al extranjero, potenciando asimismo el arbitraje celebrado en España.

De todo ello resulta que un arbitraje celebrado en otro país, aun cuando las partes sean españolas y todos los demás elementos de la relación se encuentren vinculados a nuestro país, será considerado desde el punto de vista de la Ley española como un arbitraje extranjero. Y, de conformidad con el artículo 722 de la L.E.C. no podrá solicitar auxilio judicial en materia cautelar, siempre que verse sobre una materia que sea competencia exclusiva de la jurisdicción española aun cuando sea perfectamente arbitrable. El carácter exclusivo de la materia actuará como límite a la colaboración jurisdiccional en el arbitraje extranjero.

Sin embargo, esta limitación no existe, si el mismo arbitraje se celebra en España, esto es, si se considera nacional a efectos de la Ley de arbitraje aunque todos los elementos de la relación estén vinculados a terceros países. Es decir, que aun cuando se tratara de una de las competencias atribuidas con carácter exclusivo a nuestra jurisdicción no impediría que los jueces colaborasen en la adopción de medidas cautelares respecto de un procedimiento arbitral celebrado en España. Cuando el arbitraje es nacional, el único límite que existe al auxilio

judicial en materia cautelar es la arbitrabilidad de la controversia.

#### **2.1.4.- La propuesta de reforma de la Ley española de arbitraje de 1996**

España no ha sido nunca un país con una importante tradición jurídica arbitral, más bien podemos afirmar que ésta ha sido prácticamente inexistente. Ello se debe, en gran medida, no sólo a la legislación que ha estado vigente con anterioridad -Ley de 1953-, sino también a la actual Ley de arbitraje de 1988. En efecto, la Ley de 1953, también conocida como “Ley Guasp”, fue calificada por algunos autores como una Ley anti-arbitraje. En este sentido, exigía unos condicionantes tales que hacía casi imposible que se iniciara un procedimiento arbitral al amparo de la misma.

Con la entrada en vigor de la Ley 36/1988 de arbitraje, de 5 de diciembre se esperaba un gran cambio, en el sentido de propiciar el arbitraje en España, así como de elaborar una Ley más acorde con los principios seguidos en el resto de los sistemas de Derecho comparado. Pero tampoco se consiguió convertir a España en una sede habitual del arbitraje internacional, fundamentalmente, por los problemas que planteaba dicha Ley desde su misma promulgación<sup>277</sup>. De hecho, fue objeto de muchas críticas<sup>278</sup>, entre otras razones porque hizo caso omiso de la Ley modelo UNCITRAL de 1985.

---

<sup>277</sup> Vid. los comentarios realizados a la Ley española de arbitraje de 1988 donde se ponen de relieve las deficiencias de que adolecía desde sus inicios, sobre todo, en los Títulos IX y X, relativos a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros y a las normas de Derecho internacional privado, respectivamente, en *Comentarios a la Ley ...*, op. cit.

<sup>278</sup> ESPLUGUES MOTA, C.: “Reflexiones en torno a una frustración: el Título IX de la nueva Ley española de arbitraje relativo a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros”, *R.C.E.A.*, 1988-1989, págs 158 y ss.

En consecuencia, la necesidad de una reforma urgente de la Ley española de arbitraje de 1988 se hacía ya patente. A tal efecto, en el año 1996 la Corte de Arbitraje Española realiza una propuesta de reforma que no llegó a buen puerto<sup>279</sup>.

Ya hemos anunciado los numerosos problemas que plantea el silencio de la vigente Ley de arbitraje en materia cautelar. Conscientes de ello se propone la modificación del artículo 44 incluyendo una regulación específica respecto de las medidas de protección asociadas a un arbitraje. La idea fundamental que inspira esta modificación es la de colaboración entre las instancias judicial y arbitral<sup>280</sup>. El contenido del artículo 44 queda del siguiente modo: *“1. Las partes en un arbitraje pueden solicitar medidas cautelares ante los jueces y tribunales, para el aseguramiento de los bienes objeto del litigio. En la decisión acerca de la medida los jueces aplicarán las normas vigentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. La solicitud de medidas cautelares ante el juez por una parte en un procedimiento arbitral no se considerará renuncia a la eficacia del convenio de arbitraje. 3. Podrán las partes, de común acuerdo, someterse a las medidas cautelares que dicten los árbitros en el curso del procedimiento arbitral”*.

Con este precepto se pretende poner fin a la incertidumbre jurídica provocada por la ausencia de regulación en nuestro sistema de arbitraje. Así, por un lado, se atribuye competencia tanto a los jueces como a los árbitros en materia cautelar respecto de cualquier fase del procedimiento. Y, por otro, se declara la compatibilidad entre un convenio arbitral y la solicitud de medidas cautelares ante los jueces.

---

<sup>279</sup> Vid. la propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de arbitraje, de 5 de diciembre, presentada por la Corte Española de Arbitraje, en *R.C.E.A.*, 1997, págs. 309 y ss. Vid., asimismo, el comentario realizado a la misma por FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - ARTUCH IRIBERRI, E., art. cit., págs. 303-357.

<sup>280</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - ARTUCH IRIBERRI, E.: “Propuesta de reforma ...”, art. cit., pág. 328.

Finalmente, este proyecto modificación de la Ley de arbitraje española de 1988 no llegó a aprobarse.

### **2.1.5.- El Proyecto de la nueva Ley de arbitraje española**

Los diferentes fracasos que ha habido en el intento de modernizar la legislación española en materia de arbitraje, han conducido en la actualidad a la creación de una Comisión con el objeto de reformar de una vez por todas la Ley 36/1988. Esta Comisión está presidida por los profesores OLIVENCIA y DÍEZ PICAZO. Esta pretendida reforma está inspirada en la Ley modelo UNCITRAL de 1985, de este modo se pretende conseguir una armonía de soluciones con el resto de sistemas de Derecho comparado, puesto que un número importante de éstos ha adoptado o seguido en su mayoría las pautas de la Ley modelo UNCITRAL.

No obstante, la intención de los redactores del proyecto de reforma es, incluso, más ambicioso que la propia Ley modelo UNCITRAL por cuanto que pretende incluir en su regulación tanto los arbitrajes internos como los internacionales, al igual que ha hecho la Ley alemana de arbitraje de 1998<sup>281</sup>. Así como también quiere abarcar los arbitrajes en materia de consumo, de arrendamientos, etc<sup>282</sup>.

Además, con la entrada en vigor de la nueva L.E.C. la reforma de la Ley de arbitraje se hace todavía más imprescindible, por cuanto que se han introducido novedades muy importantes en la misma que refieren directamente al arbitraje. A efectos de este trabajo, interesa resaltar los cambios trascendentes que se insertan en la adopción de medidas

---

<sup>281</sup> LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: "Comentario a la Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de 1998", *R.E.D.I.*, 1998, vol. 2, págs. 312-317.

<sup>282</sup> ESPINOSA CALABUIG, R.: "Nuevas perspectivas para el arbitraje en Europa", Ponencia presentada en el Fórum Brasil-Europa 2002, del 21 al 23 de noviembre de 2002, Florianópolis (Brasil).

cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral. En este sentido en los artículos 722 y siguientes, se permite, de una vez por todas, que se dicten medidas de protección en cualquiera de las fases del procedimiento, e incluso antes de que éste se inicie.

Esto choca frontalmente con lo dispuesto en la Ley de arbitraje, en cuanto que en su artículo 50 permite únicamente las medidas cautelares una vez el laudo ha sido dictado y se ha recurrido en anulación. Es por ello que resulta absolutamente necesario que se modifique la Ley de arbitraje con el fin de que exista coherencia entre ambos textos, sobre todo, a efectos de evitar los problemas de inseguridad jurídica que genera en la práctica el hecho de que existan dos regímenes jurídicos aplicables con regulaciones divergentes<sup>283</sup>.

### **3.- La incidencia de la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación del órgano competente en materia cautelar**

#### **3.1.- Introducción**

El hecho de que en el ámbito del Derecho comparado se afirme mayoritariamente la competencia concurrente de jueces y árbitros en la adopción de medidas cautelares, no debe, sin embargo, interpretarse como un principio de carácter absoluto. Existen, pues, una serie de límites a esta competencia concurrente. De entre ellos figura la autonomía de la voluntad de las partes al respecto. En este sentido,

---

<sup>283</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 211.

cabe que las partes restrinjan, en cierto modo, la competencia de unos u otros.

En efecto, el arbitraje se configura desde su comienzo como una institución basada en la voluntad de las partes. Son ellas quienes pueden decidir sobre casi todos los extremos del mismo: desde el lugar de celebración, al idioma en el que se va a desarrollar el procedimiento, pasando por las normas aplicables o el número de árbitros, etc. No en vano, el acuerdo de arbitraje constituye la principal fuente del poder de los árbitros.

Si las partes han optado por un arbitraje *ad hoc* remitiendo a un Derecho estatal, reglamento institucional, a la norma de procedimiento que ellos hayan fijado expresamente, se estará a lo que las partes hayan decidido. Para el caso que las partes opten por un arbitraje institucional, que suele ser lo habitual, será el Reglamento de la institución el que decida sobre todas las cuestiones que se planteen en el desarrollo del procedimiento arbitral, salvo que las partes se hayan manifestado sobre algún aspecto concreto, en cuyo caso prevalecerá su voluntad frente a la ley reguladora del arbitraje<sup>284</sup>. Obviamente, con el único límite de las normas imperativas de la sede del arbitraje y las del lugar de ejecución de las medidas.

Como consecuencia lógica de este fundamento contractual se impone, en primer lugar, acudir a la cláusula arbitral a efectos de poder conocer cuál es la voluntad de las partes respecto de la tutela cautelar, esto es, si se han pronunciado expresamente sobre la cuestión<sup>285</sup>. Si las partes atribuyen poder a los árbitros de forma explícita no se planteará ningún problema. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones las

---

<sup>284</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 189.

<sup>285</sup> BESSON, S.: *Arbitrage international et mesures provisoires. Étude de droit comparé*, Zurich, Études suisses de droit international, 1999, pág. 82; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit. pág. 188.

partes no hacen una referencia expresa a este asunto, sino que se limitan a elegir la normativa que regulará el procedimiento arbitral. Esta última será la que resuelva la cuestión, pudiendo ser un sistema nacional o un Reglamento institucional. A falta de elección de las partes, se estará generalmente a lo previsto en la ley del lugar de celebración del arbitraje. De manera que las partes, bien directamente o bien a través de la denominada incorporación por referencia, determinarán el órgano competente en materia cautelar.

Como decimos, aunque en la práctica en la mayoría de las ocasiones las partes no suelen pronunciarse acerca de esta cuestión, lo cierto es que no siempre guardan silencio. La realidad arbitral se hace eco de ello, así por ejemplo, en un arbitraje llevado a cabo en el marco de la C.C.I. de París en 1997 en el asunto nº 9301<sup>286</sup>, las partes atribuyeron expresamente poder a los árbitros para ordenar medidas cautelares en el Acta de Misión -“*Termes de Reference*”-, tal y como se prevé en el artículo 18 del Reglamento de esta Institución. Es decir, que aun cuando no sea lo habitual, sí que es posible que las partes se pronuncien al respecto.

El 1 de octubre de 1991 una compañía americana dedicada a prestar servicios de mensajería urgente contrató a una empresa de transporte alemana<sup>287</sup>. El contrato incluía, por un lado, una cláusula arbitral donde acordaban someter cualquier disputa que surja entre ellas al Reglamento de la C.C.I. de París, determinando Bruselas como la sede del arbitraje. Además, eligieron las leyes de dicho país para la interpretación del contrato, así como para regular el procedimiento. Las

---

<sup>286</sup> Laudo parcial núm. 9301/1997, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>287</sup> Los hechos que dan origen a este laudo se van exponer sin citar a ninguna de las partes, en primer lugar, porque es un laudo inédito y, por tanto, confidencial. Y, en segundo lugar, porque lo realmente interesante es la decisión del árbitro y los argumentos en que basa su decisión; Así como los motivos alegados por las partes para sostener y, en su caso, denegar las medidas cautelares solicitadas por una de ellas ante el árbitro. Puesto que la sentencia no ha sido publicada por deseo expreso de las partes interesadas omitiremos los datos de identificación de las mismas.



partes, insertaron otra cláusula en el contrato en virtud de la cual, la empresa alemana actuaría de forma independiente en la ejecución de los servicios de transporte contratados por la americana. Y, se señalaba que estos servicios se limitarían a un determinado territorio, en concreto, Bulgaria.

El 24 de julio de 1995, la empresa americana notificaba la intención de extinguir dicho contrato con un plazo de preaviso de tres meses, estableciendo que se daría por concluido el 1 de noviembre del mismo año. Con posterioridad, el 28 de octubre de 1996, la empresa alemana interponía una demanda de arbitraje ante la C.C.I. de París alegando su disconformidad con la ruptura del contrato. Iniciado el arbitraje y habiéndose nombrado un árbitro único aceptado por ambas partes, la empresa demandada contestó a la demanda y reconvino solicitando tres cosas distintas.

En primer lugar, se pedía una medida cautelar consistente en una orden prohibiendo a la empresa demandante, o a cualquier persona bajo su autoridad, a usar el logo y la marca de su empresa por cuanto que el contrato suscrito entre ambas ya había finalizado el 1 de noviembre de 1995 y, sin embargo, la demandante seguía utilizándolos indebidamente. En segundo lugar, solicitaba, asimismo, una sanción de 3.000 \$ USA para el caso que la empresa no cumpliera la medida cautelar ordenada. Y, finalmente, como última petición, le instó para que solicitara unos determinados documentos (correspondencia y folletos de publicidad) a la empresa demandante como prueba del uso indebido del logo y la marca de la empresa que reconvenía. Además, pidió que se dictara en forma de laudo arbitral *-partial award-*.

El tribunal arbitral afirmó que *“era generalmente admitido que un árbitro que actuara de conformidad con las Reglas de la C.C.I. tuviera poder para ordenar medidas cautelares, a falta de una disposición*

*imperativa que se lo prohibiese en la Ley de procedimiento aplicable*<sup>288</sup>; Y, en este sentido, declaraba no haber norma imperativa que se lo impidiera<sup>289</sup>. Además, sostuvo que la demandada estaba perfectamente legitimada para oponerse al uso de su marca y logo. Esta decisión tenía como fundamento los documentos aportados al proceso donde se ponía de manifiesto que después del 1 de noviembre de 1995 -fecha de extinción del contrato- se había seguido utilizando de forma injustificada, el logo y la marca de la empresa que instaba la medida cautelar. En consecuencia, el tribunal arbitral decidió ordenar la medida cautelar solicitada.

La parte contra la que se dirigió la medida presentó dos alegaciones, por un lado, que los documentos mencionados con el logo de la otra empresa se habían utilizado para uso meramente interno. Y, por otro, que la solicitud de medidas cautelares era inadmisibles por cuanto que ésta se basaba en el acuerdo de arbitraje el cual estaba sujeto a la Ley Belga de 1995, cuyo artículo 26 dispone que: *“cualquier disputa que surja sobre un acuerdo prescribe a los 12 meses desde que dicho acuerdo se dio por terminado”*. De ahí que, el contrato se diera por concluido el 1 de noviembre de 1995 y la solicitud de medidas cautelares realizada el 31 de diciembre de 1996, motivo por el cual ésta no puede ser aceptada. El tribunal no tuvo en cuenta las alegaciones presentadas y de acuerdo con el Acta de Misión, decidió resolver el proceso dividiéndolo en tres fases. En la primera, trataría la cuestión de la solicitud de medidas cautelares. En la segunda, abordaría todo lo relativo a la naturaleza del acuerdo, ley aplicable al mismo y validez de las cláusulas incluidas en él. Y, finalmente, resolvería la demanda principal.

---

<sup>288</sup> Laudo núm. 3540/1980, de la C.C.I., *J.D.I.*, 1981, pág. 914; Laudo núm. 4126/1983 de la C.C.I., *J.D.I.*, 1984, pág. 934, y la nota de JARVIN.

<sup>289</sup> Laudo parcial núm. 9301/1997, *inédito*; SCHWARTZ, E.: “The Practices and ...”, art. cit., pág. 45.

Siguiendo este orden, el árbitro respondió que era cierto que el acuerdo de arbitraje debía ser regulado por la Ley Belga de 13 de abril de 1995. Sin embargo, ello no afectaba al derecho de la otra parte a proteger su marca y logo, tal y como se reconocía en el *Uniform Benelux Trademarks Act* de 30 de junio de 1969 y el Tratado de París de 1883, así como también en el sistema belga sobre prácticas comerciales y de protección del consumidor de 1991. Sobre todo, porque la cuestión de las medidas cautelares debía resolverse con carácter previo a lo demás.

Por lo que respecta a la sanción solicitada, para el caso de incumplimiento de la medida, el tribunal rechazó dicha solicitud. Para ello se basó, principalmente, en que de conformidad con el derecho belga aplicable, el árbitro carecía de poder para imponer cualquier tipo de sanción. Y, además, añadió que no aparecía suficientemente justificada la necesidad de su imposición<sup>290</sup>. Resulta claro, pues, que el poder de los árbitros se encuentra limitado por las normas imperativas que rigen el proceso siendo una barrera infranqueable para ellos.

En último lugar la solicitud de documentos probatorios fue rechazada por el Tribunal por estimar que no era relevante en esa fase del procedimiento, pues exceder del objeto del arbitraje y, por tanto, no podía ser aceptada. No obstante, declaró que dicha petición sería resuelta en el laudo final<sup>291</sup>.

En definitiva, cuando exista una manifestación expresa de las partes atribuyendo competencia a los órganos arbitrales en materia cautelar, generalmente éstos se declararán competentes y la dictarán, salvo que la Ley aplicable al procedimiento se lo impida, así como también cuando no se permita en la ley del lugar donde deba ejecutarse la tutela solicitada.

---

<sup>290</sup> Fundamento nº 39 del laudo parcial núm. 9301/1997, de 27 de julio, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>291</sup> Fundamentos nº 43-44 y 45 del laudo parcial núm. 9301/1997, cit. supra.

---

### **3.2.- La cuestión del valor de la autonomía de la voluntad de la partes a efectos de la determinación de la competencia o incompetencia de los árbitros en materia cautelar**

Debemos plantearnos cuál es realmente la virtualidad de la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de la competencia de los árbitros en materia cautelar, esto es, ¿pueden las partes, efectivamente, decidir sobre la competencia o incompetencia de los árbitros o de los jueces en materia de medidas cautelares? o lo que es lo mismo, ¿pueden éstas realmente atribuir, o por el contrario, privar a los árbitros o a los jueces de competencia para adoptar medidas cautelares en función de un arbitraje?

Para saber si, efectivamente, las partes están legitimadas para acordar la competencia o incompetencia de los árbitros en materia cautelar hay que hacer referencia, necesariamente, a las distintas teorías existentes sobre la naturaleza del poder de los árbitros. Atendiendo a la condición jurídica que le atribuyamos al poder de los árbitros, la respuesta variará en uno u otro sentido. Básicamente, son tres las teorías que se han formulado al respecto, a saber, (A) la de los poderes implícitos<sup>292</sup>, (B) la teoría intermedia y, (C) la de los poderes inherentes. La adopción de una u otra implicará la admisión o rechazo de la posibilidad de que las partes puedan decidir sobre esta cuestión.

#### **3.2.1.- La teoría de los poderes implícitos**

La teoría de los poderes implícitos es defendida, sobre todo, por la doctrina alemana y tiene su origen en el fundamento convencional del arbitraje, afirmando que se presume la competencia del tribunal arbitral

---

<sup>292</sup> Por ello BESSON, S. hace referencia a la teoría de los poderes implícitos de los árbitros.

en materia cautelar puesto que deriva de la propia cláusula arbitral, salvo que las partes dispongan lo contrario<sup>293</sup>.

Precisamente, esta fue una cuestión muy debatida durante la redacción del artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL. El grupo de trabajo que la estaba llevando a cabo llegó a la conclusión de que el poder del tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares debe considerarse implícito en el convenio arbitral, salvo pacto en contrario de las partes<sup>294</sup>. Por tanto, si éstas atribuyen tal competencia de forma expresa en la cláusula arbitral, no cabe la menor duda que están perfectamente legitimados para ello<sup>295</sup>.

Sin embargo, *a contrario sensu*, si las partes la negaran expresamente, los árbitros carecerían de cualquier potestad para su adopción<sup>296</sup>, puesto que el punto de partida es, fundamentalmente, el carácter contractual del arbitraje. En definitiva, de existir una manifestación expresa de las partes, con independencia de los términos del acuerdo, parece que no se plantean dudas al respecto, ya que se estará a lo que ellas dispongan<sup>297</sup>.

El problema surge porque en la práctica, los acuerdos de arbitraje no suelen hacer una mención expresa a esta cuestión, limitándose bien a introducir una cláusula estándar en su contrato, sin especificar más, y desaprovechando, de este modo, algunas de las ventajas propias del arbitraje. O bien, aun cuando no se pronuncian expresamente, que,

---

<sup>293</sup> BESSON, S.: *Arbitrage International et ...*, op. cit., pág. 82. El fundamento convencional del arbitraje ha sido puesto de relieve en varias ocasiones por el propio Tribunal constitucional en algunas sentencias como la Sent. TC de 11 de noviembre de 1996, núm. 176/1996 (B.O.E. 17-12-96 núm. 303, suplemento). RAMOS MÉNDEZ, F.: "L'arbitrage international et mesures conservatoires", *Rev. Arb.*, 1985, vol. 1, pág. 56.

<sup>294</sup> Informe del 4º Grupo de trabajo, A/CN.9/245, párr. 71, pág. 259.

<sup>295</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 189.

<sup>296</sup> BESSON, S.: *Arbitrage International et ...*, op. cit., pág. 145; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 189

<sup>297</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 189.

como hemos dicho, suele ser lo más habitual, lo hacen de forma indirecta a través de una incorporación por referencia<sup>298</sup>. De modo que cuando las partes elijan un determinado Reglamento o Ley estatal de arbitraje que atribuya poder a los árbitros en materia cautelar se entiende que le han atribuido este poder de forma implícita. Así por ejemplo, los redactores de la Ley modelo UNCITRAL optaron por la atribución de poderes implícitos a los árbitros en materia cautelar. De ahí que, todos los sistemas que han adoptado esta Ley modelo se entiende que optan por esta misma solución.

En el primer caso, las partes acuerdan de forma explícita atribuir el poder a un determinado órgano arbitral pero con carácter general, esto es, sin entrar en cuestiones concretas. En el segundo supuesto, se limitan a designar unas reglas de arbitraje, ya sean estatales o institucionales, y serán ellas las que regulen la cuestión designando el órgano competente a tal efecto con sujeción, por supuesto, a las normas imperativas del lugar de celebración del arbitraje<sup>299</sup>.

Tanto en uno como en otro supuesto, a falta de manifestación expresa de las partes se estará subsidiariamente a lo que disponga la ley designada por ellas que, generalmente, se conoce como *lex arbitri*. Esto es, la competencia se atribuirá al órgano que establezca dicha Ley. En cierto modo, cuando esta norma considera competente al árbitro se interpreta que las partes han atribuido tal competencia de forma implícita, claro está. Como se verá a continuación, la mayoría de los textos -aunque no todos-, resuelven expresamente esta cuestión, por lo que no se plantearán mayores problemas.

Los inconvenientes pueden surgir cuando la *lex arbitri* elegida también guarda silencio sobre el tema. Aun cuando –como decimos- son

---

<sup>298</sup> BERNARDINI, P.: “The Powers of the Arbitrator”, *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, I.C.C. (ed.), 1993, pág. 29.

<sup>299</sup> LEW, J.D.M.: “Commentary on Interim ...”, art. cit., pág. 25.

muy escasos los textos que no se pronuncian sobre el órgano competente en materia cautelar, lo cierto es que existen. Cuatro ejemplos de ello pueden mencionarse entre Reglamentos y Convenios internacionales. A saber, el Reglamento del Instituto de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y las normas de arbitraje de la Cámara Federal de Comercio de Viena por lo que se refiere a los Reglamentos. Y en cuanto a los Convenios figuran, el antiguo Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje de 1923 y el Convenio Europeo de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961.

En estos casos, para los defensores de esta teoría, la competencia de los árbitros se mantiene a pesar de que, ni de la voluntad de las partes, ni de la ley que regula el estatuto arbitral se deduzca una respuesta clara al respecto, precisamente por el poder implícito de que disponen los árbitros. En esta línea se pronuncian autores como SCHWARTH o GARCIMARTÍN que apuestan por la competencia del árbitro, también en estas circunstancias<sup>300</sup>.

### 3.2.2.- La teoría intermedia

De conformidad con este segundo planteamiento teórico, la competencia de los árbitros para resolver la controversia derivada de la cláusula de arbitraje, no incluye el poder para ordenar medidas cautelares genuinas, esto es, medidas cautelares en sentido estricto<sup>301</sup>. En este sentido, la función de estas medidas no está conectada con la resolución de la controversia, sino que pretende, bien estabilizar las relaciones entre las partes, por ejemplo, a través de una orden de paralización o de continuación de unas obras, impedir la competencia

---

<sup>300</sup> SCHWARTH, E.: "The practices and ...", art. cit., pág. 60; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 192.

<sup>301</sup> LALIVE, P. - POUURET, J.F. - REYMOND, C.: *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, 1989, pág. 145.

desleal, etc, o bien asegurar la ejecución del laudo arbitral, por ejemplo, mediante una orden dirigida al demandado para que presente una garantía bancaria a favor el demandante, o un embargo de los bienes del demandado, etc. Éstas últimas, de alguna manera, suponen una anticipación de la resolución de la controversia.

Es por ello que el tribunal arbitral requiere de una fuente de poder adicional, a efectos de poder ordenar medidas de protección. Esta fuente de poder puede derivar tanto de la Ley, como de un acuerdo de las partes a tal efecto<sup>302</sup>. Salvo que la Ley de forma expresa les legitime o sean las partes quienes pacten su atribución también de forma expresa, se entiende que los árbitros carecen de poder para ordenar las medidas cautelares.

Algunos autores como BESSON niegan la competencia de los árbitros ante el silencio de las partes o de la Ley, por entender que se requiere, necesariamente, una manifestación expresa en el sentido que sea<sup>303</sup>. Este autor parte, al igual que en la teoría anterior, del fundamento convencional del arbitraje, en cuanto que deja en manos de las partes la determinación de la competencia o incompetencia de los árbitros. La diferencia entre una y otra estriba en que él niega la existencia de un poder implícito de los árbitros para la adopción de medidas cautelares. O lo que es lo mismo, rechaza la presunción de competencia. Es por ello que no cabe deducir la competencia del tribunal arbitral cuando la cláusula arbitral guarda silencio sobre el particular<sup>304</sup>. Ésta última será la que, en definitiva, decida sobre la cuestión.

Esta teoría se plasma perfectamente en la Ley de arbitraje inglesa de 1996, donde, en virtud de los párrafos 1º y 4º del art. 39, la

---

<sup>302</sup> STALEV, Z.: "Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration", en *International Arbitration in a Changing World*, VAN DEN BERG, J. (ed.), Netherlands, Kluwer, 1994, pág. 105.

<sup>303</sup> BESSON, S.: *Arbitrage international et ...*, op. cit., pág. 145.



competencia de los árbitros en materia cautelar depende, exclusivamente, de la voluntad de las partes<sup>305</sup>. Tanto es así que, si éstas no atribuyen, de forma expresa, la competencia a los árbitros, se entiende que éstos no la tienen. Por tanto, si las partes no hacen uso de esta facultad que les confiere la Ley, la competencia para adoptar estas medidas cautelares recaerá, subsidiariamente, en manos de los jueces.

En estos casos existe, sin duda alguna, un poder preferente en favor de los jueces en cuanto que, si las partes guardan silencio sobre la cuestión la competencia se les atribuye a ellos y, en la práctica, lo cierto es que las partes no suelen pronunciarse sobre esta cuestión. Generalmente, se limitan a insertar en el contrato una cláusula estándar de arbitraje escogiendo entre alguna de las previstas en cualquiera de los Reglamentos Institucionales de arbitraje.

En la misma línea se muestra el sistema holandés de arbitraje que solamente atribuye competencia a los árbitros cuando las partes lo han previsto expresamente. Así lo dispone el artículo 1051 de su Código de Procedimiento Civil: *“las partes podrán acordar atribuir poder al tribunal arbitral o a su presidente para dictar un laudo en procedimientos sumarios”*. De este modo, dependerá en exclusiva de la voluntad de las partes que los árbitros estén legitimados para ordenar medidas de protección. Si las partes guardan silencio, se entenderá que carecen del mismo. En ambos casos, pues, el silencio de las partes equivale a la incompetencia de los árbitros. La Ley de arbitraje española de 1988 no regula este aspecto. Este silencio se interpreta en este mismo sentido

---

<sup>304</sup> BESSON, S.: *Arbitrage international et ...*, op. cit., pág. 100.

<sup>305</sup> El art. 39, párrafos 1º y 4º de la Ley de arbitraje inglesa de 1996 dice: 1º.- *“Las partes pueden acordar que el tribunal tendrá poder para ordenar con carácter provisional cualquier medida que pueda garantizar en un laudo final (...)*. 4º.- *Salvo que las partes le hayan conferido este poder, el tribunal carece del mismo”*.

por parte de la doctrina española<sup>306</sup>. Pero, nada impide que las partes atribuyan esta facultad expresamente a los árbitros, en cuyo caso deberá respetarse dicha voluntad. Sin embargo, -insistimos- si las partes guardan silencio, que suele ser lo más habitual, debemos entender que carecen de legitimación para ello.

La teoría de los poderes implícitos y la teoría intermedia tienen algún punto en común. De hecho, coinciden en que si hay una voluntad manifiesta de las partes, hay que estar a lo que en ellas se haya dispuesto. La divergencia se produce cuando hay una laguna, bien porque las partes no se hayan pronunciado, bien porque la Ley elegida – *Lex arbitri*- guarda silencio. Mientras que la teoría de los poderes implícitos lo interpreta positivamente estimando competentes a los árbitros, en la intermedia se interpreta de forma negativa considerándolos, por tanto, incompetentes. En la primera, hay una presunción de competencia de los árbitros, mientras que en la segunda no.

Parece que la teoría de los poderes implícitos resulta más acorde, tanto con la voluntad de las partes como con la naturaleza propia del arbitraje. En este sentido, si las partes no se pronuncian sobre la competencia de los árbitros en materia cautelar debe entenderse que son competentes para ello. Resultaría un tanto paradójico interpretar que las partes los han elegido para decidir sobre el fondo del asunto y, sin embargo, pretenden excluir su competencia en materia cautelar. Esta idea se confirma fundamentalmente a la vista de la tendencia seguida por los distintos sistemas de arbitraje, donde en casi todos ellos se atribuye competencia a los árbitros en este punto, salvo que las partes dispongan lo contrario<sup>307</sup>.

---

<sup>306</sup> LORCA NAVARRETE, A.M. – SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de arbitraje ...*, op. cit., pág. 372; ORTELLS RAMOS, M.: “Comentario al art. 50 ...”, art. cit., pág. 258; ITURRIAGAGOITIA, P.: *Provisional ...*, op. cit., pág. 656.

<sup>307</sup> Vid. el epígrafe 2.1.1 del Capítulo III de este trabajo, págs. 198 y ss.

### 3.2.3.- La teoría de los poderes inherentes

La tercera de las tesis manejadas por la doctrina es la denominada teoría de los poderes inherentes, de origen anglo-americano. Se trata de una posición defendida por autores como HOELLERING, DONOVAN y, en España por RAMOS MÉNDEZ<sup>308</sup>. De acuerdo con la misma, el poder de los árbitros para dictar medidas cautelares, que emana del convenio arbitral, se considera un accesorio natural a la competencia para conocer del fondo del asunto. Esto es, la competencia del árbitro engloba todas aquellas cuestiones que son necesarias para resolver la controversia<sup>309</sup>.

Este poder que, sin duda alguna, actúa en el ámbito de la jurisdicción estatal ha sido, precisamente, el argumento esgrimido por algunos tribunales arbitrales para fundar su legitimidad en materia cautelar<sup>310</sup>. De acuerdo con esta teoría, el principio general en virtud del cual los tribunales estatales gozan de poder para ordenar medidas de protección respecto de un litigio se aplica con la misma intensidad para el caso de los tribunales arbitrales. Así lo han afirmado expresamente los propios tribunales arbitrales en algunas ocasiones. Un buen ejemplo lo encontramos en el asunto *E-systems, Inc. c. Republique Islamique*

---

<sup>308</sup> HOELLERING, M.F.: "Interim Measures and ...", art. cit., pág. 22; RAMOS MÉNDEZ, F.: "Arbitrage international et mesures conservatoires", *Rev. Arb.*, 1985, pág. 56; DONOVAN, F. D.: "Powers of the Arbitrators to Issue Procedural Orders, Including Interim Measures of Protection, and the Obligation of Parties to Abide by Such Orders", *Bull. C.C.I.*, vol. 10, nº 1, 1999, pág. 65; CRAIG, L. - PARK, W. - PAULSSON, J.: *International Chamber of ...*, op. cit., pág. 2605; SCHWARTZ, E.: "The Practices and ...", art. cit., págs. 57 y 58.

<sup>309</sup> El tribunal arbitral de la C.C.I. en el laudo núm. 6632/1993, alegó que son los árbitros quienes tienen que decidir en todas las cuestiones procesales y fácticas necesarias para resolver el fondo del asunto. De ahí que, sin duda alguna, tienen también poder para conocer de una demanda de tutela cautelar; en el Laudo núm. 7307/1993, de la C.C.I., *inédito*, el tribunal arbitral dictó una orden cautelar basándose en términos casi idénticos. CARON, D.D.: *Interim Measures of Protection: Theory and Practice in Light of the Iran-United States Claims Tribunal*, 1986, pág. 465; BESSON, S.: *Arbitrage international et ...*, op. cit., pág. 100; BROGGINI: "I provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale: analogie e differenze delle soluzioni italiana e svizzera", *Riv. dell'Arb.*, 1991, pág. 156.

<sup>310</sup> Por ejemplo, el Tribunal Iran-United States Claims, en el asunto *E-Systems, Inc. v. Islamic Republic of Iran*; DONOVAN, F. D.: "Powers of the ...", art. cit., pág. 65.

*d'Iran*. El Tribunal de resolución de conflictos irano-americano afirmaba disponer de un poder inherente ya fuera para ordenar cualquier medida necesaria dirigida a la protección de los derechos respectivos de las partes, ya fuera para asegurar la plena eficacia de su autoridad y de su competencia.

Este pretendido poder inherente de los árbitros para ordenar medidas cautelares se proclama únicamente respecto de las partes en el arbitraje y no respecto a terceros ajenos al acuerdo arbitral<sup>311</sup>. Lo cual es lógico, en cuanto que el acuerdo de arbitraje es la fuente de poder de los árbitros. De ahí que, obviamente, no va vincular a terceros que no hayan prestado su consentimiento.

Esta competencia emana directamente de la cláusula arbitral, pero no de la voluntad de las partes, pues lo consideran un poder intrínseco de la función arbitral. Los árbitros estarán legitimados y tendrán competencia para adoptar medidas cautelares, con independencia de la voluntad posterior de las partes, pues se entiende que éstas han consentido en atribuirles este poder cuando concluyen el convenio de arbitraje. Por el mero hecho de acordar su competencia para entrar a conocer del fondo del asunto, los árbitros disponen de poder en materia cautelar, pero no significa que éstas se lo hayan concedido indirectamente.

Desde el momento en que las partes pactan la cláusula arbitral y encomiendan a los árbitros la resolución de un determinado litigio, se interpreta que este compromiso les dota de poder para llevar a cabo todas las actuaciones procesales necesarias para resolver la controversia; incluida, por tanto, la adopción de medidas cautelares<sup>312</sup>.

---

<sup>311</sup> Laudo núm. 6998/1992, de la C.C.I., *inédito*, donde reconoce el poder inherente de los árbitros para ordenar medidas que impliquen una ejecución respecto de las partes.

<sup>312</sup> DONOVAN, F. D.: "Powers of the ...", art. cit., pág. 60; Vid. laudo núm. 6632/1993 de la C.C.I.; VAN HOUTTE, H.: "Provisional Measures in Arbitration", en VOSKUIL, CCA – WADE, J.A. (ed.): *Essays on the Law of International Trade. International*

En definitiva, la competencia se vincula directamente a la propia cláusula arbitral de la que emana. De hecho, algunos autores estiman incompatible la función arbitral o judicial de resolver la controversia con la ausencia de poder para ordenar medidas cautelares<sup>313</sup>.

En este caso, el poder inherente de los árbitros deriva de la función *cuasi* jurisdiccional que desempeñan para resolver el fondo del asunto. Esta legitimidad de los árbitros será una consecuencia necesaria de su poder para resolver de forma eficiente una disputa, al igual que ocurre con los jueces. Es decir, que será una parte integrante del contenido de su poder. Sin embargo, esta teoría no es defendida de forma unánime y, de hecho, puede ser objeto de algunas críticas:

1ª)- En primer lugar, no debemos olvidar que sistemas como el italiano<sup>314</sup> son un buen ejemplo de ellos, por cuanto que niegan expresamente la competencia de los árbitros en materia cautelar. Si realmente los árbitros tuvieran un poder inherente, no habría sistema alguno que pudiera privarles de esta potestad. Es por ello que no hay ningún sistema jurídico estatal que permita privar a los jueces de su autoridad, puesto que, sin duda alguna, disponen de un poder inherente.

2ª)- En segundo lugar, esta teoría de los poderes inherentes, a pesar de basarse aparentemente en el fundamento convencional del arbitraje resulta un tanto inconciliable con él<sup>315</sup>, en cuanto que priva a las partes de cualquier posibilidad de decisión al respecto. Son ellas quienes, de forma libre y voluntaria, deciden resolver sus diferencias a través de la vía arbitral. Sin embargo, no cabe la menor duda de que su

---

*Obligations. Choice of Law. Provisional Measures in Arbitration*, Netherlands, Maklu publishers, 1991, pág. 134.

<sup>313</sup> COLLINS: "Provisional and Protective measures in International Litigation", pág. 169.

<sup>314</sup> El art. 818 del Codice de Procedure Civile italiano prohíbe a los árbitros que adopten cualquier tipo de medida cautelar en un procedimiento arbitral. Se trata de una norma de carácter imperativo, por tanto, las partes no pueden disponer al respecto; BERNARDINI, P.: "L'Arbitrage en Italie ...", art. cit., pág. 493.

<sup>315</sup> BESSON, S.: *Arbitrage international et ...*, op. cit., pág. 102.

voluntad carece de cualquier virtualidad cuando nos encontramos ante un “poder inherente”. Es más, de conformidad con esta teoría, los árbitros tendrían poder para ordenar las medidas cautelares aun cuando las partes hubieran manifestado su voluntad en contrario. No deja de ser sorprendente que nos encontremos ante una institución que tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes y, sin embargo, éstas no puedan disponer.

3ª)- En tercer lugar, esta posición teórica toma como punto de partida la relación indisoluble entre el poder para dictar medidas cautelares y el poder para resolver el fondo del asunto. Pues bien, estas dos cuestiones son perfectamente separables. No debemos olvidar que el procedimiento cautelar tiene su propio objeto y, por consiguiente, distinto del procedimiento para poder para conocer del fondo del asunto<sup>316</sup> pudiendo ser, por ende, resuelto incluso por órganos distintos.

Efectivamente, las medidas cautelares no pueden darse al margen de un proceso, sino que van necesariamente unidas a un procedimiento principal, en cuanto que son instrumentales del mismo<sup>317</sup>. Sin embargo, nada impide que éstas sean acordadas por un órgano distinto del que está conociendo del asunto principal. Así se recoge expresamente en nuestro sistema cuando el art. 22.5 de la L.O.P.J. atribuye competencia a los juzgados y tribunales españoles para “(...) adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España”. Del tenor de este precepto cabe deducir que el legislador está pensando en aquellos litigios que están siendo resueltos por una jurisdicción extranjera.

En esta misma línea se muestra el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial,

---

<sup>316</sup> BERNARDINI, P.: “The Powers of ...”, art. cit., pág. 21; DIKA, M.: “The Taking of Provisional ...”, art. cit., pág. 168.

<sup>317</sup> Vid. el epígrafe 5.2.del Capítulo I de este trabajo, págs. 65 y ss.

el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en adelante, Reglamento de Bruselas I, donde, en su art. 31, se permite la solicitud de medidas cautelares a la autoridad judicial de un Estado incluso si, de conformidad con las normas del Convenio, fueran competentes los tribunales de otro Estado para conocer del fondo del asunto<sup>318</sup>. Igualmente, el art. 10.2 del Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de 28 de mayo de 1969, prevé la adopción de medidas cautelares por los tribunales de cualquiera de los dos Estados, con independencia del órgano que esté resolviendo del fondo del asunto<sup>319</sup>.

Admitir que la tutela cautelar va inseparablemente unida a la resolución del fondo del asunto, o lo que es lo mismo, que las medidas cautelares no pueden ser adoptadas por un órgano distinto del que está conociendo del litigio principal nos lleva a un absurdo en materia arbitral. Ello implicaría que los árbitros serían los únicos órganos legitimados para adoptar medidas cautelares en el arbitraje. Esto plantea problemas por varias razones.

A) Por un lado, porque es de sobra conocido que la mayor parte de los sistemas, incluso aquéllos que atribuyen la competencia al árbitro para su adopción, admiten de forma paralela la posibilidad de que las

---

<sup>318</sup> El art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968 y actual artículo 31 del Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, disponen en términos idénticos: *“Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de dicho Estado incluso si, en virtud del presente Convenio/Reglamento, un tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo”*. Si bien es cierto que el art.1º, tanto del Convenio de Bruselas de 1968, como del Reglamento 44/2001, excluyen de su ámbito material de aplicación el arbitraje nada impide que se utilice en este caso a efectos de determinar que el proceso cautelar y el principal tienen objetos diferentes y, por tanto, pueden ser conocidos también por órganos diferentes.

<sup>319</sup> El art. 10.2 del Convenio Hispano-Francés de 1969 establece lo siguiente: *“(…), los tribunales de cada parte contratante podrán, en caso de urgencia, decretar las medidas provisionales o cautelares, cualquiera que sea el tribunal que entienda del fondo del litigio”*.

partes se dirijan a los tribunales estatales para solicitarlas<sup>320</sup>. ¿Significa esto que la disposición contenida en la mayor parte de los sistemas atribuyendo competencia a la jurisdicción estatal en materia cautelar carece de sentido? Obviamente, la respuesta es negativa. B) Y, por otro, porque teniendo en cuenta los límites inherentes a la institución arbitral se hace imprescindible, en ocasiones, acudir a la jurisdicción estatal para que tal tutela cautelar sea efectiva.

Vistos todos estos inconvenientes, parecería que deberíamos descartar la teoría de los poderes inherentes de los árbitros y, consecuentemente, adoptar la de los poderes implícitos, en virtud de la cual la voluntad de las partes puede jugar un papel importante dado el fundamento convencional de esta institución.

#### **3.2.4.- A modo de conclusión**

En definitiva, cabría afirmar que las partes sí que pueden decidir sobre la competencia o incompetencia de los árbitros en materia cautelar. De todos modos, teniendo en cuenta las divergencias que derivan de la interpretación del silencio de las partes, sería recomendable que éstas otorgaran expresamente poder a los árbitros en la cláusula arbitral si realmente quieren asegurarse su competencia. No obstante, su libertad a la hora de atribuirle no es absoluta, sino que está sometida a una serie de restricciones, como veremos a continuación. De hecho, esta es la tendencia seguida en la mayor parte de los sistemas estatales de arbitraje así como en los Reglamentos Internacionales que atribuyen competencia a los árbitros, salvo que las partes manifiesten su voluntad en contrario. Estos límites a que se ha hecho referencia, vienen impuestos por los distintos ordenamientos jurídicos que pueden afectar al procedimiento arbitral. Tales normas pueden ser esencialmente: 1) la

---

<sup>320</sup> Vid. el epígrafe 2.2.1 del Capítulo III de este trabajo, págs. 210 y ss.



*Lex arbitri*, 2) la Ley del lugar de celebración del arbitraje que suele ser la Ley reguladora del procedimiento arbitral y 3) la Ley del lugar donde deba hacerse efectiva la medida cautelar en cuestión.

### **3.3.- La autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de la competencia de los jueces en materia cautelar: las cláusulas de exclusión de la intervención judicial en materia cautelar**

Hasta ahora hemos venido señalando cómo la voluntad de las partes puede jugar un papel importante en la determinación de la competencia de los árbitros. Veremos ahora si ocurre lo mismo respecto de la competencia de la jurisdicción estatal. El problema que se plantea es, en definitiva, si la voluntad de las partes puede derogar el poder de los jueces para adoptar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral.

La cuestión relativa a la posibilidad de excluir la competencia de los jueces en materia cautelar es bastante controvertida. Puede que las partes hayan previsto expresamente este asunto, pero es de señalar que, en la práctica, no es frecuente que se manifiesten sobre el particular; de hecho guardan silencio en la mayoría de los casos. Por su parte, la doctrina se halla dividida al respecto. Así, mientras algunos autores se inclinan por admitir la posibilidad de que se produzca tal derogación<sup>321</sup> afirmando su virtualidad incluso desde comienzos del siglo XX<sup>322</sup>. Otro sector de la doctrina, sin embargo, la niegan

---

<sup>321</sup> REINER, A.: "Les mesures provisoires ...", art. cit. pág. 884; BERNARDINI, P.: "The Powers of ...", art. cit., pág. 27; ANCEL, J.P.: "Comments and conclusions" en *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, C.C.I. Publications, 1993, pág. 116; FOUCHARD, Ph. - GAILLARD, E. - GOLDMAN, B.: *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, pág. 730; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 202.

<sup>322</sup> BERNARD, A.: *L'arbitrage volontaire de droit privé: L'arbitrage en droit interne belge et français, étude critique comparée, l'arbitrage en droit international privé, droit comparé*, Bruselas, Bruylant, 1937, pág. 199.

rotundamente<sup>323</sup>. Pero, incluso aquéllos que opinan que es admisible desde el punto de vista teórico, lo desaconsejan totalmente desde el punto de vista práctico, por cuanto que la colaboración judicial puede ser determinante para la eficacia de una medida de protección<sup>324</sup>.

En teoría, nada impide que las partes realicen tal pacto puesto que, en principio, tan sólo disponen del límite de la arbitrabilidad de la controversia. En este sentido, la posibilidad de eliminar la competencia de los jueces podría estimarse aceptable con la condición de que tal renuncia no se hubiera hecho de mala fe<sup>325</sup>. Cosa bien distinta es que tal acuerdo tenga validez.

De todos modos, esta solución no está exenta de problemas, puesto que se plantea una importante tarea de prueba y, además, muy difícil de resolver. Cómo llegar a tener la certeza absoluta de que ambas partes, o sólo una de ellas, pactó la exclusión con intención fraudulenta. O, por el contrario, lo hicieron simplemente para que el conflicto se resolviera en la vía arbitral con objeto de mantener la más estricta confidencialidad. A pesar de estas dificultades, sistemas como el francés o el suizo permiten que las partes pacten la exclusión de la competencia concurrente de los jueces en el arbitraje. De hecho, la jurisprudencia francesa ha admitido como válida en varias ocasiones una cláusula de arbitraje en la que las partes acordaban que no acudirían a los tribunales estatales para la adopción de medidas cautelares<sup>326</sup>.

---

<sup>323</sup> HAUSMANINGER, H.: "The I.C.C. Rules for a Pre-Arbitral Référé Procedure: A Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration?", *I.S.C.I.D. Rev.-For. Inv. Law Jour.*, 1992, pág. 87; ITURRIAGAGOITIA, P.: *Provisional ...*, op. cit., pág. 666.

<sup>324</sup> REINER, A.: "Les mesures provisoires ...", art. cit., pág. 884; BERNARDINI, P.: "The Powers of ...", art. cit., pág. 29.

<sup>325</sup> DE LEVAL, G.: "Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage", *Colloquium International Arbitration*, Liège, 9 de diciembre de 1988, págs. 7 y 8.

<sup>326</sup> *Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 18 de noviembre de 1986, en el asunto *Atlantic Triton v. República de Guinea*, *J.D.I.*, 1987, pág. 125, en *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1987,

### 3.3.1.- Argumentos a favor y en contra de la posibilidad de excluir la colaboración de los jueces en el arbitraje

Varios y diversos son los argumentos que conducen a algunos autores a admitir tal derogación de la competencia judicial figuran: a) en primer lugar, el hecho de que tratándose de una justicia privada, la posibilidad de adoptar medidas cautelares se ha creado, exclusivamente, en beneficio de las partes. De ahí que cabe que renuncien a este privilegio asumiendo, por supuesto, los riesgos que comporta dicha renuncia. b) En segundo lugar, si hay un interés legítimo en la no intromisión debe respetarse. c) Y, finalmente, se conseguiría de este modo una reducción de los costes procesales.

a) El primero de los argumentos no es convincente puesto que, desde el momento que el procedimiento arbitral y el judicial se consideran equivalentes, se ha de admitir la tutela cautelar como elemento integrante y necesario de aquél. Esto es, el hecho de que se trate de una justicia privada no debe implicar una renuncia al derecho a la tutela judicial efectiva<sup>327</sup>. La tutela cautelar forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, de ahí que no se permita privar a cualquier persona de este derecho, aun cuando sea por su propia voluntad. Estamos, pues, ante derechos irrenunciables y, por tanto, fuera de la capacidad de disposición de las partes. Todo ello, unido a que el poder de los árbitros, en ocasiones, es insuficiente para ordenar medidas cautelares o para hacerlas efectivas, nos lleva a rechazar la posibilidad de que las partes excluyan la intervención de los jueces en materia cautelar. De hecho, esta renuncia al poder de los

---

págs. 760-764, nota de B. Audit, en *Rev. Arb.* 1987, pág. 315; *Cour de Cassation*, (1<sup>a</sup> Ch. Civ), de 20 de marzo de 1989, *Rev. Arb.*, 1989, pág. 494.

<sup>327</sup> Vid. la Exposición de motivos de la Ley de arbitraje española de 1988, en AA.VV.: *Legislación básica de arbitraje interno e internacional*, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 42; Vid. el fundamento jurídico primero del Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 69 de Madrid de 20 de junio de 1999, (*inédito*), en ARTUCH IRIBERRI, E.: “La adopción de ...”, art. cit., pág. 150.

jueces podría conducir a una ineficacia del arbitraje, con lo cual, el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes podría verse menoscabado. La admisión de esta posibilidad no resulta, en absoluto, conveniente.

Así, aunque algunos autores opinan que sí es factible un pacto de este tipo, lo cierto es que será el derecho aplicable el que, en definitiva, decida sobre la cuestión<sup>328</sup>. No obstante, su admisión puede entrañar un gran número de riesgos. Puede ocurrir, por ejemplo, que se dé una situación de extrema urgencia en que se requiera la adopción de una medida de protección y el tribunal arbitral no esté todavía en condiciones de actuar por no estar constituido. En tal caso, no habrá forma de evitar el daño que, de no haberse pactado la exclusión de la intervención judicial, se hubiera podido evitar.

Es por ello que, en los pocos sistemas que permiten a las partes pactar la no intervención judicial, su admisión está condicionada a que exista algún mecanismo sustitutivo, como puede ser el *référé prearbitral* de la C.C.I. Hemos de señalar que, el hecho de que las partes hayan pactado en la cláusula arbitral el recurso al *référé* o cualquier otro instrumento similar no debe interpretarse en ningún caso como una cláusula de exclusión de la intervención judicial<sup>329</sup>.

Sin embargo, tampoco de este modo se solventa el problema, pues los mecanismos complementarios del arbitraje no son suficientes para garantizar la efectividad del procedimiento sin la necesidad de una intervención judicial. Desde el momento en que los tribunales arbitrales no pueden sustituir completamente a los jueces, sobre todo, a la hora de imponer sus órdenes, no se puede permitir que se elimine el poder de

---

<sup>328</sup> BÖSCH, A.: *Provisional Remedies* ..., op. cit., pág. 8.

<sup>329</sup> REINER, A.: "Les mesures provisoires ...", art. cit., pág. 885.

los jueces para intervenir<sup>330</sup>. Los árbitros no son una alternativa válida cuando se trata de adoptar determinadas medidas que conlleven una ejecución. En esas circunstancias, los jueces deben mantener su competencia para actuar<sup>331</sup>.

En consecuencia, si las partes hubieran pactado una de las vías complementarias al arbitraje se habría solucionado sólo parte del problema, por cuanto que sí existiría un órgano en condiciones de actuar a falta del tribunal arbitral, pero ya hemos visto que estos árbitros de emergencia adolecen de los mismos límites que la propia institución arbitral, con lo cual en el supuesto de requerirse una medida cautelar ejecutiva y, de negarse la parte a cumplirla, no habría forma alguna de hacerla efectiva.

Además, como se apuntó en repetidas ocasiones, si las partes no atribuyen ni derogan expresamente la competencia de los jueces estatales, que suele ser lo más habitual, puede que lo hagan de forma indirecta remitiéndose a un Reglamento de arbitraje o derecho nacional. En este caso se estará a lo previsto en dicha normativa. Cabe destacar que no hay reglamento arbitral alguno que excluya la competencia de los jueces en materia cautelar.

b) El segundo de los argumentos utilizados es perfectamente válido y convincente, pero tan sólo en determinadas situaciones muy concretas. Hay casos en los que se desaconseja el recurso a la autoridad estatal para evitar un posible desequilibrio entre las partes. En este sentido, puede resultar especialmente útil en contratos concluidos por particulares con un Estado o un ente público para prevenir de un uso abusivo del recurso a los tribunales estatales por parte de éstos últimos. Es por ello precisamente que, el Reglamento de la C.I.R.D.I., en su art. 39 párrafos 1, 2, 3 y 4, establece, como regla general, la competencia del tribunal

---

<sup>330</sup> VARADY, T.: "Provisional Measures in ...", art. cit., pág. 154.

arbitral en materia cautelar. La posibilidad de recurso a las autoridades estatales a tal efecto, queda limitada al supuesto en que las partes lo hayan previsto expresamente en el convenio arbitral. Si las partes no lo acuerdan se entiende que los jueces carecen de esta competencia<sup>332</sup>. Fuera de los supuestos en que interviene un Estado como parte en el arbitraje no resulta viable la exclusión de la intervención judicial.

c) El tercero de los argumentos hace referencia a la reducción de los costes procesales y no plantea problema alguno, por cuanto que sin lugar a dudas el hecho de que conozcan de todo el desarrollo del procedimiento los árbitros, en lugar de intervenir también los jueces, supone necesariamente una disminución de gastos para las partes.

### **3.3.2.- El silencio de los Convenios internacionales respecto de la cláusula de exclusión de los jueces**

La importancia práctica de esta cuestión contrasta con el escaso interés que se le presta en el ámbito convencional. De hecho, prácticamente ningún convenio internacional se ocupa expresamente de regular la posibilidad de pactar la exclusión de los jueces en el arbitraje. El Convenio de Nueva York de 1958 se limita a admitir el efecto negativo de la cláusula arbitral, esto es, a declarar la incompetencia judicial cuando existe una cláusula arbitral válida. Pero, ya se vio que esta incompetencia judicial no afecta, en absoluto, a la cuestión de las medidas cautelares. De esta forma, una cláusula en virtud de la cual las partes acuerden excluir el poder de los jueces para adoptar medidas de

---

<sup>331</sup> HAUSMANINGER, H.: "The I.C.C. Rules ...", art. cit., pág. 82.

<sup>332</sup> El art. 39.5 del Reglamento C.I.R.D.I. dispone: "*Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes de la iniciación del procedimiento, o durante la sustanciación del mismo, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses*".

protección no resultaría válida y eficaz al amparo de lo dispuesto en dicho Convenio por cuanto que no regula esta cuestión.

Tampoco el Convenio de Ginebra de 1961 aborda este aspecto siquiera indirectamente. Por tanto, ¿cómo se determina el efecto que produce una cláusula de exclusión de la intervención judicial? Subsidiariamente, en defecto de convenio internacional aplicable, se estará a lo que disponga la Ley de procedimiento del lugar de celebración del arbitraje<sup>333</sup>. Esta norma será la que, en definitiva, declare la validez o la nulidad de las mismas. Ya hemos adelantado con anterioridad que son muy pocos los sistemas que admiten una cláusula de este tipo.

Fuera del ámbito convencional, concretamente, por lo que se refiere a EE.UU. tampoco en esta ocasión hay unanimidad. Mientras las normas parecen apoyar la posibilidad de que se pacte esta exclusión<sup>334</sup>, hay sentencias que la rechazan<sup>335</sup>.

En definitiva, si bien es cierto que estamos ante una institución basada en la autonomía de la voluntad de las partes, lo cierto es que no cabe pactar la exclusión de la intervención judicial en función del arbitraje por cuanto que implicaría una renuncia al derecho a la tutela judicial efectiva. Nada impediría, sin embargo, que las partes pactaran la exclusión del poder de los jueces en materia cautelar siempre que existiera un mecanismo convencional, análogo al Convenio de Nueva York de 1958, que asegurase la efectividad de las órdenes de los árbitros, con independencia de que requieran del poder coercitivo o no.

---

<sup>333</sup> VARADY, T.: "Provisional Measures in ...", art. cit., pág. 155.

<sup>334</sup> En los EE.UU. también se permite a las partes que excluyan la intervención de los jueces, ver al respecto, MILLS: "State International Arbitration Statutes and the US Arbitration Act: Unifying the Availability of Interim Relief", 13 *For. Inter. Law Jour.*, 604 (1989-1990).

<sup>335</sup> Ver el asunto *Anaconda v. American Sugar Refining Co.*, 322 US, 42, 1944 donde el tribunal sostiene que las partes no pueden excluir la jurisdicción de los tribunales estatales.

Pero, incluso en este supuesto sería necesaria la intervención judicial para proceder a su ejecución, pues ya se ha apuntado que el poder para hacer ejecutar lo juzgado recae de forma exclusiva en manos de los jueces y tribunales. De modo que, podría evitarse su intervención en el procedimiento de adopción de la medida cautelar pero no en el de ejecución de la misma.

### **3.4.- Límites impuestos a la autonomía de la voluntad de las partes**

#### **3.4.1.- Límites impuestos por la *Lex arbitri***

Las partes pueden, en principio, decidir sobre la competencia o incompetencia de los árbitros en materia cautelar en virtud de la autonomía de la voluntad de que disponen. De modo que, el poder de los árbitros para ordenar medidas cautelares puede venir dado por el acuerdo de las partes o por imperio de la ley. También cabe que se le atribuya por ambas vías conjuntamente. Del mismo modo que pueden pactar atribuirle poderes especiales a los árbitros, también es posible que se le restrinjan<sup>336</sup>. Todo ello, respetando, por supuesto, los límites inherentes a la institución arbitral al igual que los impuestos por la *Lex arbitri*, entre otras.

Ya hemos visto el supuesto en que las partes guardan silencio sobre esta cuestión y la *Lex arbitri* también. Sin embargo, ahora estaríamos ante la situación inversa. Esto es, aquel supuesto en que las partes se han pronunciado sobre la competencia o incompetencia de los

---

<sup>336</sup> Esto fue precisamente lo que ocurrió en el asunto entre *el gobierno de Kuwait v. American International Oil Company*. Las partes acordaron un arbitraje *ad hoc* e incluyeron una cláusula en la que eliminaban el poder de los árbitros para ordenar medidas cautelares (y otras propiedades que había tomado posesión el gobierno de Kuwait).



árbitros y, paralelamente, la *Lex arbitri* regula la cuestión. Esta nueva situación puede dar lugar a diferentes hipótesis:

1ª.- que las partes y la *Lex arbitri* se pronuncien en el mismo sentido;

2ª.- que el acuerdo de las partes y la solución prevista en dicha Ley sean contradictorios.

Desde el punto de vista teórico, ambas hipótesis son perfectamente viables -siempre que las partes se manifiesten expresamente, claro está- en cuanto que, salvo contadísimas excepciones, prácticamente todos los textos normativos contienen una regulación sobre el tema. Cosa bien distinta es que el contenido de las normas pueda coincidir e, incluso, ser contradictorio con la voluntad de éstas. Sin embargo, desde el punto de vista práctico no será frecuente encontrarse ante una situación de este tipo porque las partes, generalmente, suelen guardar silencio al respecto, como ya se ha apuntado con anterioridad.

1ª).- La primera hipótesis anunciada no plantea problema alguno ya que las soluciones son coincidentes. De este modo, cuando las partes expresamente atribuyan poder a los árbitros en la cláusula arbitral o, en su defecto, en un acuerdo separado y la *Lex arbitri* legitime, asimismo, a estos mismos órganos para la adopción de medidas cautelares, no cabe la menor duda que éstos dispondrán de tal poder. A la inversa, si las partes pactan la exclusión del poder de los árbitros en materia cautelar y la *Lex arbitri* no les concede tal poder, bien porque guarda silencio bien porque expresamente descarta la competencia de los árbitros, tampoco dará lugar a problema alguno por cuanto que carecerán del mismo.

2ª).- Respecto de la segunda posibilidad pueden darse a su vez dos situaciones. En primer lugar, se cuestiona qué ocurre si las partes han atribuido esta facultad a los árbitros y la ley o reglamento que las partes han elegido los declara incompetentes. Y, en segundo lugar,

cuando las partes hayan privado de este poder a los árbitros y la ley elegida por ellas se lo atribuya. ¿Qué prevalecería en ese caso, la voluntad de las partes o lo previsto en la norma reguladora?

Para poder responder a esta cuestión se hace necesario determinar ante qué tipo de normas nos encontramos. Las disposiciones que regulan la tutela cautelar en materia de arbitraje pueden ser, como en cualquier otra materia, imperativas o dispositivas.

De este modo, la posibilidad para las partes de poder decidir sobre la competencia de unos órganos u otros, dependerá del tipo de norma ante el que nos encontremos<sup>337</sup>. Si la previsión de la *Lex arbitri* está contenida en una norma imperativa, la autonomía de la voluntad no tendrá ninguna posibilidad de modificar lo dispuesto por la misma. De ahí que, si es una norma imperativa la que excluye el poder de los árbitros en materia cautelar, la voluntad de las partes carecerá de cualquier virtualidad. Pero, si por el contrario, esta prohibición se contiene en normas dispositivas, prevalecerá la voluntad de las partes sobre lo dispuesto en la norma aplicable.

Esto es precisamente lo que se prevé en el artículo 1.2 del Reglamento UNCITRAL al señalar que: *“Este Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición”*<sup>338</sup>. Esto significa, en definitiva que, cuando la norma reguladora del procedimiento arbitral atribuya -mediante una norma imperativa- un poder exclusivo a los jueces para ordenar medidas de protección, los árbitros no dispondrán de tal poder, incluso en el supuesto de que las partes se lo atribuyeran mediante un pacto expreso.

---

<sup>337</sup> McDONELL, N.E.: “The Availability of ...”, art. cit., pág. 290.

<sup>338</sup> Artículo 1.2 del Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional –UNCITRAL-, de 15 de diciembre de 1976.

El problema surge porque la mayoría de los sistemas estatales, convenios internacionales, así como Reglamentos institucionales no indican el tipo de disposición ante el que nos encontramos. Tan sólo hay alguna excepción, como por ejemplo los sistemas alemán o el inglés donde sí que se especifica qué normas son imperativas y cuáles dispositivas. De hecho en este último, el propio texto anexa un listado de todas las disposiciones imperativas y que, por tanto, deberán ser observadas necesariamente. No figuran en la lista los artículos 38, 39, 41, 42 ni el 44 que son los que establecen el poder de los árbitros y de los jueces en materia cautelar.

Esto significa, por un lado, que las partes podrán pactar, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, el órgano al que le atribuyen tal poder. Y, por otro, que cuando las partes celebren el arbitraje en Inglaterra pero hayan elegido un Reglamento de arbitraje o una Ley de procedimiento distinta que atribuya poderes amplios a los árbitros en materia cautelar se aplicará ésta última por cuanto que no hay normas imperativas que obedecer.

Por lo que refiere a Alemania, siempre que las partes hayan elegido este país como lugar de celebración del arbitraje -dado que rige el principio de territorialidad de las leyes en materia procesal<sup>339</sup>- las partes no podrán excluir el poder de los jueces alemanes en materia cautelar cuando la ley así lo disponga por cuanto que se trata de normas imperativas. Por el contrario, las partes sí podrán pactar la exclusión del poder de los árbitros para dictar medidas provisionales por encontrarnos ante una norma dispositiva<sup>340</sup>.

Veamos, a título ejemplificativo, la incidencia de las normas dispositivas en esta materia. Se celebra un arbitraje en Londres, pero las partes han elegido las reglas alemanas para regular el procedimiento. En

---

<sup>339</sup> LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: "Comentario a la ...", art. cit., pág. 313.

Alemania, los árbitros gozan de un amplísimo poder en materia cautelar. Poder que viene atribuido por la ley, salvo que las partes dispongan otra cosa. Este poder *ex lege* incluye la adopción de medidas, como el *dinglichen Arrests* que, funcionalmente, equivale a la *mareva injunction*. En la práctica, esto significa que un árbitro cuyo arbitraje se está celebrando en Londres podrá adoptar medidas cautelares *ex parte* sin ningún problema. Cuestión distinta será la relativa a la ejecución por un juez inglés de una medida cautelar acordada por un tribunal arbitral en Londres, pero de conformidad con el ordenamiento jurídico alemán. No olvidemos que dicha medida está excluida del poder de los árbitros en Inglaterra, por lo que difícilmente llegará a hacerse efectiva.

En la práctica, a falta de certeza sobre el tipo de norma de que se trata, es recomendable para las partes que inserten una cláusula en el acuerdo de arbitraje pronunciándose acerca de la competencia o incompetencia de los árbitros. Esto es, actuando como si se tratara de normas dispositivas. Pues, aunque seguramente, los árbitros harán prevalecer lo dispuesto en la *Lex arbitri*, nada impide que ante el silencio de la ley, el tribunal que tiene que aplicarlas las interprete también en ese mismo sentido y, consecuentemente, dé validez a la cláusula de las partes<sup>341</sup>.

Sin embargo, cuando la Ley reguladora del arbitraje o *Lex arbitri* excluya o atribuya competencia a los árbitros a través de normas imperativas, éstas prevalecerán sobre la voluntad de las partes con independencia de los términos del acuerdo. De manera que, cualquier acuerdo en contrario a la misma será nulo ineficaz<sup>342</sup>. Esto significa, en definitiva, que, a pesar de encontrarnos ante una institución basada fundamentalmente en la autonomía de la voluntad de las partes, ésta no

---

<sup>340</sup> SCHAEFER, J.K.: “New Solutions for ...”, art. cit., pág. 23.

<sup>341</sup> McDONELL, N.E.: “The Availability of ...”, art. cit. pág. 290.

<sup>342</sup> BERNARDINI, P.: “The Powers of ...”, art. cit., pág. 26.

es ilimitada, sino que, como ya apuntamos en su momento, está sujeta a ciertas restricciones que vienen impuestas por el estatuto arbitral<sup>343</sup>.

En este mismo orden de cosas añadir que el Prof. GOLDMAN<sup>344</sup> ha expresado que si las partes eligen para regular el procedimiento arbitral una ley que no permite la solicitud de tales medidas ante la jurisdicción estatal durante la celebración del arbitraje. Si algún tribunal estatal es requerido para hacerlo aun cuando su *Lex fori* se lo permita debería, de conformidad con la ley elegida por las partes oponerse, esto es, negarse a adoptarlas. He aquí una prueba más de la relevancia de la *Lex arbitri* en el desarrollo del procedimiento arbitral.

### 3.4.2.- Límites impuestos por la *Lex loci arbitri*

Hipótesis diferente y perfectamente probable es aquella en que el acuerdo de las partes y la solución prevista en la *lex arbitri* son perfectamente compatibles, puesto que en ambos casos se otorga de forma expresa competencia a los árbitros. Sin embargo, supongamos que la ley del lugar de celebración del arbitraje, también denominada *lex loci celebrationis*, prohíbe esta posibilidad. Hay que determinar hasta qué punto el arbitraje se ve sometido o limitado por ella.

La influencia que ejerce en el arbitraje la ley del lugar de su celebración es una cuestión muy debatida por la doctrina. Tanto es así que tradicionalmente han existido dos teorías al respecto. De esta forma,

---

<sup>343</sup> BESSON, S.: *Arbitrage international et ...*, op. cit., pág. 82.

<sup>344</sup> GOLDMAN, B.: *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-5-1, nº 98; BRODY, K.: "An Argument for Pre-Award Attachment in International Arbitration under the New York Convention", 18 *Cornell Int. Law Jour.* 1985, págs. 122 y 123; RAMOS MÉNDEZ, F.: "Arbitrage International et Mesures Conservatoires", *Rev. Arb.*, 1985, págs. 63-67.

junto a (A) la teoría de la deslocalización del arbitraje, aparecen los defensores acérrimos de la llamada (B) teoría de la sede del arbitraje<sup>345</sup>.

A) Según la primera, el arbitraje aparece totalmente desvinculado de la *Lex loci celebrationis*, puesto que se trata de un lugar elegido, únicamente, para asegurar la neutralidad del proceso arbitral y, en ningún caso, podría interpretarse como una voluntad implícita de las partes de someterse a la misma<sup>346</sup>. El sistema que, por excelencia, opta por esta postura es el francés<sup>347</sup>.

B) De acuerdo con la segunda teoría, existe una necesaria vinculación entre ambos. Hasta el punto de que el arbitraje estará limitado por las disposiciones previstas en la ley del lugar de su celebración. Así se preveía expresamente en el art. 2 del Protocolo de Ginebra de 1923, sobre cláusulas de arbitraje al señalar que, “*El procedimiento de arbitraje, incluso la constitución del tribunal arbitral, se regirá por la voluntad de las partes y por la ley del país en cuyo territorio tenga lugar el arbitraje*”<sup>348</sup>.

Lógicamente, en función de la teoría que adoptemos la respuesta a esta hipótesis planteada será diferente. Esto es, según procedamos a estimar una u otra, el procedimiento arbitral estará vinculado por estas disposiciones o, por el contrario, no le afectarán.

---

<sup>345</sup> PARK, W. : “The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration”, 1983, *Int. Com. Law. Quar.*, pág. 21. Vid., asimismo, sobre esta teoría REDFERN, A - HUNTER, M.: *Droit et pratique ...*, op. cit., págs. 67 y ss; MANN, H.: “England Rejects Delocalised Contracts and International Commercial Arbitration”, 1984, *Int. Com. Law. Quar.*, pág. 193. PANCHAUD, A.: “Le siège de l’arbitrage international de droit privé”, *Rev. Arb.*, 1966, págs. 2 y ss.

<sup>346</sup> *Rev. Arb.*, 1980, pág. 524 y *Rev. Arb.*, 1985, pág. 415.

<sup>347</sup> FOUCHARD, Ph. – GAILLARD, E. - GOLDMAN, B.: *Traité de l’arbitrage ...*, op. cit., pág. 110.

<sup>348</sup> Art. 2 del Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje, de 24 de septiembre de 1923.

La problemática surgida en torno a la localización o deslocalización del arbitraje todavía hoy está lejos de ser resuelta. Sin embargo, actualmente existe una tendencia favorable a la teoría de la sede del arbitraje<sup>349</sup>. De hecho, la mayoría de los autores estiman que, salvo que se disponga otra cosa, la ley que regula el procedimiento arbitral suele ser la de la sede del arbitraje. Por lo que se refiere al arbitraje institucional, las partes eligen los diferentes centros de arbitraje, tales como la C.C.I. o la L.C.I.A. por tratarse de entes privados que no dependen de ninguna organización estatal. La falta de vinculación con el Estado donde radican evita, al menos en teoría, el riesgo de favoritismo hacia los intereses de un determinado país. Es por ello que, en principio, no tendrían porqué verse afectados por la ley del lugar de su celebración.

En cuanto al arbitraje *ad hoc* ocurre prácticamente lo mismo. Las partes eligen un determinado lugar como sede del arbitraje por su neutralidad, no por su normativa. Aunque, la regulación existente en un determinado país puede ser motivo suficiente para que se evite como sede del arbitraje.

Esto que parece indubitado en la teoría, en la práctica no es del todo cierto. En realidad, sí que influye la normativa de un país a la hora de elegirlo como sede del arbitraje. Buena prueba de ello la tenemos en el seno de la C.C.I., donde es una práctica constante y generalizada que la Secretaría General de la misma evite proponer determinados lugares para desarrollar el procedimiento arbitral por contener una normativa excesivamente estricta en algunas cuestiones. Así, por ejemplo, se evita litigar en lugares donde se exigen demasiados requisitos para la homologación de los laudos arbitrales.

---

<sup>349</sup> BESSON, S.: *Arbitraje internacional et ...*, op. cit., pág. 92.

En realidad, resulta lógico que cualquier actividad que se lleva a cabo dentro de las fronteras de un determinado Estado sea controlada de alguna manera. En este sentido, el arbitraje deberá estar sujeto, necesariamente, a las normas imperativas de la sede del arbitraje. En realidad, la ley del lugar de celebración tampoco afectará en exceso a esta cuestión, en cuanto que el arbitraje queda sometido únicamente a las normas imperativas o de orden público del foro. Por tanto, cuando un tribunal estatal sea requerido para cooperar en un proceso arbitral su respuesta dependerá no sólo de su *Lex fori* sino también de la ley aplicable al procedimiento arbitral.

La importancia del respeto a las normas imperativas del foro es indudable. Su incumplimiento puede llevar consigo la falta de eficacia del laudo arbitral o la denegación de su reconocimiento y ejecución en virtud de lo dispuesto en el artículo V.1.d) del Convenio de Nueva York de 1958, esto es, por la falta de adecuación del procedimiento a las normas imperativas del lugar de celebración del arbitraje.

Este riesgo implica que los árbitros respetarán siempre y en todo caso estas normas pues, en realidad, uno de los principales objetivos de los árbitros es obtener un laudo arbitral que sea ejecutable, amén de justo para las partes. No se debe olvidar que, además, está en juego su prestigio, así como la posibilidad de ser nombrado en futuros arbitrajes.

De este modo, cuando el Reglamento de la institución elegida por las partes esté en clara contradicción con lo dispuesto en la ley del lugar de celebración del arbitraje en materia cautelar, prevalecerá ésta última, aun cuando sea contraria a la voluntad de las partes. Esta hipótesis raramente se dará en la práctica, al menos en el caso del arbitraje institucional, ya que estos centros a la hora de elegir la sede del arbitraje analizan minuciosamente el contenido de las normas de cada país antes de decidirse por uno de ellos como sede del arbitraje. Y, difícilmente optarán por un país cuya normativa resulte incompatible con las disposiciones de su propio Reglamento. Si bien es cierto que estamos



ante una institución basada fundamentalmente en la autonomía de la voluntad de las partes, se justificaría en este caso en la necesidad de asegurar la efectividad del laudo. ¿De qué serviría realizar todo el procedimiento arbitral a sabiendas que, de no respetar las normas imperativas del lugar de celebración del arbitraje el laudo nunca podría ejecutarse?

Por todos estos motivos, en la práctica, la elección de un determinado lugar de celebración del arbitraje no suele ser fruto de la casualidad, sino que éste se elige precisamente porque su normativa imperativa es más permisiva que otras. Así, por ejemplo, se evitará la elección de países como Italia, Argentina o Grecia como sede de arbitrajes internacionales, precisamente porque prohíben expresamente el poder de los árbitros en materia cautelar.

En la práctica, el lugar de celebración del arbitraje no suele coincidir con el lugar donde deben adoptarse las medidas cautelares. Piénsese que las partes eligen la sede del arbitraje por su falta de vinculación con cualquiera de las partes en el arbitraje, de ahí que lo normal será que no exista ningún vínculo entre ellas y el lugar de celebración del procedimiento arbitral. Lógicamente, el patrimonio sobre el que pueda recaer la medida estará situado en un lugar diferente, que será donde ésta se adopte por razones de eficacia y rapidez. Se exige, pues, un triple respeto, por un lado, a las leyes del lugar de celebración en cuanto que, de lo contrario, se podrá anular o recurrir el laudo y no se haría efectivo. Y, por otro, la del lugar donde la medida deba adoptarse pues, de ello depende su efectividad.

Así, de nada serviría que un tribunal arbitral dictara una medida cautelar si, de conformidad con la ley del lugar donde están situados los bienes sobre los que ésta recaerá o con la ley del lugar de celebración del procedimiento, no se permite la adopción de este tipo de decisiones por dichos órganos. Y, finalmente, con el fin de asegurarse un laudo susceptible de ser ejecutado, sería conveniente que los árbitros

respetaran igualmente las normas imperativas del lugar donde se prevea que va a surtir efectos<sup>350</sup>.

---

<sup>350</sup> BÖSCH, A.: *Provisional Remedies* ..., op. cit., pág. 7.







### ***CAPÍTULO III***

#### **LA TEORÍA DE LOS PODERES CONCURRENTES EN LA DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE EN MATERIA CAUTELAR: EL ALCANCE DE LA POTESTAD DEL ÓRGANO LEGITIMADO JUEZ/ÁRBITRO**



## **1.- El cambio tendencial experimentado en los últimos años en materia cautelar en los diferentes sistemas estatales e institucionales de arbitraje**

### ***1.1.- De la competencia exclusiva de la jurisdicción estatal a la teoría de la competencia concurrente***

Tradicionalmente, la competencia para ordenar las medidas cautelares en apoyo de un arbitraje ha sido atribuida, en exclusiva, a los jueces estatales. Ello se debía, básicamente, a los supuestos problemas que se planteaban -y aún se plantean- en su ejecución cuando eran ordenadas por los tribunales arbitrales<sup>351</sup>. Y ello, por la falta de poder coercitivo de éstos últimos para hacerlas efectivas. Consecuentemente, la competencia para su adopción se hacía recaer, con carácter exclusivo, en manos de los jueces: ellos y sólo ellos son quiénes gozan de la prerrogativa propia del *imperium*, esto es, del poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Esto es lo que ocurría en algunos ordenamientos jurídicos que abordaban expresamente la cuestión como, por ejemplo, el suizo, de conformidad con el Concordato de 1969<sup>352</sup>, así como también el griego<sup>353</sup>

---

<sup>351</sup> LEW, J.D.M.: “Commentary on interim ...”, art. cit., pág. 24.

<sup>352</sup> El nombre originario en inglés es “International Arbitration Convention” de 1969, pero se le conoce comúnmente como “el Concordato”. El art. 26 dice expresamente que: “*Las autoridades judiciales son las únicas competentes para ordenar medidas cautelares (...)*”. Esta normativa fue elaborada para unificar el derecho en la materia dada la diversidad de normas existentes, puesto que cada cantón dispone de reglas propias reguladoras del procedimiento arbitral. Esta ley se aplicaría en todos los cantones que lo hubieran ratificado y, a excepción de Lucerna, todos lo ratificaron.

<sup>353</sup> Vid. el art. 658 del código de procedimiento civil griego.



y el argentino<sup>354</sup>. En Suiza, por ejemplo, según lo dispuesto en el artículo 26 del Concordato de 1969<sup>355</sup> se atribuía un poder exclusivo a los jueces para ordenar medidas cautelares en favor de un procedimiento arbitral. No obstante, se admitía la posibilidad de que los árbitros propusieran medidas de protección, siendo las partes libres de aceptarlas o rechazarlas. Este poder se limitaba únicamente a `proponer` careciendo, por ende, de cualquier fuerza vinculante.

La situación ha cambiado muy notablemente en los últimos tiempos hasta el punto de que, actualmente existe una tendencia generalizada a atribuir, asimismo, esta competencia a los tribunales arbitrales. Atribución, eso sí, que no se entiende exclusiva -dada su falta de *imperium*- sino que se establece, generalmente, una competencia compartida entre jueces y árbitros. Ello se plasma en la fijación de distintas modalidades de colaboración, entre unos órganos y otros, con el fin de obtener un resultado óptimo<sup>356</sup>. En definitiva, a través de este cambio se produce una alteración fundamental en el papel del juez, que pasa de tener un poder exclusivo a realizar una labor de apoyo o complemento en el arbitraje.

Siguiendo con el ejemplo anterior de Suiza, la entrada en vigor de la Ley Federal Suiza de Derecho internacional privado en 1989<sup>357</sup> -que no deroga al Concordato de 1969, aunque lo sitúa en un

---

<sup>354</sup> Vid. el art. 753 del código de procedimiento civil y comercial argentino

<sup>355</sup> Artículo 26 del *International Arbitration Convention* de 27 de marzo de 1969, denominado comúnmente, el Concordato de 1969.

<sup>356</sup> QUAKRAT, Ph.: "L'arbitrage commercial international ...", art. cit., pág. 251.

<sup>357</sup> La Ley Federal Suiza de Derecho internacional privado adoptada por el Parlamento el 18 de diciembre de 1987, aunque entró en vigor el 1 de enero de 1989. Esta Ley introduce, por vez primera en Suiza, una normativa específica en materia de arbitraje internacional, Vid. al respecto, BLESSING, M.: "The New International Arbitration Law in Switzerland. A Significant Step Towards Liberalism", *Jour. Int. Arb.*, vol. 5, nº 2, pág. 13.

segundo plano-<sup>358</sup>, introduce cambios importantes al respecto. Así, el art. 183 de esta Ley atribuye competencia de forma expresa al árbitro en materia cautelar, pero mantiene a la par la competencia de los jueces estatales<sup>359</sup>. Este cambio operado en el sistema suizo de arbitraje es una clara manifestación de las nuevas líneas de actuación que existen consistentes en legitimar al tribunal arbitral con vistas a la adopción de medidas cautelares. De hecho, ya es una realidad que está patente en la mayor parte de los sistemas de arbitraje. Como decimos, no se trata, sin embargo, de una posición unánime, no faltando excepciones a la misma. El ordenamiento jurídico italiano, en este sentido, constituye un buen ejemplo de ello por cuanto que, todavía hoy en día se prohíbe expresamente al árbitro la adopción de medidas cautelares<sup>360</sup>.

La cuestión suscita, en la práctica un problema de enorme calado jurídico. Se trata, en definitiva, de buscar un equilibrio entre, por un lado, la competencia exclusiva del árbitro para conocer del fondo del asunto, cuando las partes han acordado una cláusula arbitral. Y, por otro, la necesidad de dotar a la vía arbitral de una eficacia máxima, asumiendo la falta de *imperium* de los árbitros. Ello se logra a través de una intervención “limitada” del juez estatal para la adopción de las medidas cautelares, cuando las circunstancias así lo requieran<sup>361</sup>, esto es, cuando se estime imprescindible. Así, por ejemplo, el sistema alemán admite la intervención judicial únicamente en aquellos supuestos en que la ley lo

---

<sup>358</sup> Esta nueva Ley prevalece sobre la anterior, entre otras cosas, porque el Concordato había sido objeto de algunas críticas por haber quedado desfasado y no responder a las nuevas necesidades del arbitraje internacional. Sin embargo, no desplaza totalmente a la anterior, en cuanto que cabe igualmente su aplicación. Para ello, las partes deberán excluir expresamente la virtualidad de la Ley federal y, consiguientemente, acordar someterse a lo previsto en el Concordato, en BÖSCH, A.: *Provisional Remedies ...*, op. cit., págs. 691 y 692.

<sup>359</sup> El art. 183 de la Ley Federal Suiza de Derecho internacional privado dispone: “*Salvo acuerdo contrario de las partes, el tribunal arbitral puede, a instancia de parte, ordenar medidas provisionales (...)*”.

<sup>360</sup> Vid. el art. 818 del código de procedimiento civil italiano.

<sup>361</sup> QUAKRAT, Ph.: “L´arbitrage commercial international ...”, art. cit., pág. 251.

disponga expresamente<sup>362</sup>.

Asumiendo que es el árbitro, y no el juez, quien está conociendo del fondo del asunto se impone como consecuencia lógica, al menos en principio, la atribución al mismo órgano la tarea de resolver todas las cuestiones derivadas de la resolución de la controversia. Sólo se recurrirá a la vía judicial cuando sea imposible que el tribunal arbitral lo solviente, por ejemplo, porque éste todavía no se haya constituido, o bien porque se trate de una medida que lleve implícita una ejecución. De hecho, existen muchos argumentos que abogan por la conveniencia de que estas medidas sean adoptadas por los árbitros, aunque también hay motivos en contra<sup>363</sup>.

La competencia de los jueces puede obedecer a que la ley no aborde de forma expresa la cuestión de la adopción de medidas cautelares en el período previo a la iniciación de las actuaciones arbitrales, esto es, a la constitución de tribunal arbitral. Obviamente, si se requiere una medida cautelar en esta fase del procedimiento, tan sólo los jueces van a poder dictarlas, por cuanto que todavía no existe un tribunal arbitral al que dirigir la solicitud, puesto que éste se crea *a posteriori*. De ahí que, en principio, la posible competencia de los árbitros hay que planteársela a partir del momento en que éstos entran a conocer del fondo del asunto. O lo que es lo mismo, una vez que el tribunal arbitral ya esté perfectamente constituido.

No es sino en esta fase, cuando hay que determinar si la competencia del árbitro es exclusiva, alternativa o concurrente a la del juez. Todo ello sin dejar de lado los mecanismos complementarios que algunos organismos institucionales como la American Arbitration

---

<sup>362</sup> El artículo 1026 de la Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de 1998, al determinar el alcance y límites de la intervención judicial en el arbitraje declara que, *“en las materias reguladas por los artículos 1025 a 1061, ningún juez intervendrá, salvo que así se disponga expresamente”*.

<sup>363</sup> Vid. los epígrafes 5.2.1 y 5.2.2 del Capítulo III de este trabajo, págs. 256 y ss.

Association o la propia Cámara de Comercio Internacional de París, entre otros, han puesto al servicio del arbitraje para evitar el recurso a la jurisdicción estatal, antes de que el tribunal arbitral se haya constituido. Estas vías consisten en el nombramiento de unos árbitros de emergencia para actuar cuando el tribunal arbitral todavía no está en condiciones de hacerlo puesto que aun no existe. No obstante, esta cuestión será tratada más adelante en el epígrafe correspondiente<sup>364</sup>.

## **2.- La teoría de los poderes concurrentes de jueces y árbitros en materia cautelar**

En el Capítulo anterior hemos realizado un análisis de las diferentes soluciones existentes a la hora de determinar el órgano legitimado en materia cautelar. Ahora vamos a centrarnos en el estudio en profundidad de la teoría de los poderes concurrentes, esto es, aquella que atribuye competencia tanto a los jueces como a los árbitros para ordenar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral. Hecho que permite, en la práctica dirigirse de forma indistinta ante unos u otros para solicitar una medida de esta naturaleza. Si bien, veremos en qué casos debe actuar cada uno de ellos y estableceremos cuáles son las limitaciones existentes al poder de los jueces o de los árbitros. Y, además, señalaremos las ventajas de que sea uno u otro el que las adopte.

Hemos optado por esta teoría por dos razones fundamentalmente; la primera, por ser la solución que mayoritariamente se recoge en los diferentes textos, tanto estatales como institucionales. Y, en segundo lugar, porque, desde nuestro punto de vista, es la que mejor resuelve el problema en la práctica, por cuanto que permitirá presentar la solicitud de

---

<sup>364</sup> Vid. el epígrafe 5.2.2.2.b) del Capítulo III de este trabajo, págs. 294 y ss.

medidas cautelares ante cualquiera de ellos dependiendo de las circunstancias de cada caso.

## **2.1.- La competencia del tribunal arbitral**

### **2.1.1.- La fórmula de atribución de competencia al tribunal arbitral utilizada en Derecho comparado**

Veamos, pues, de qué modo se atribuye la competencia a los árbitros en aquellos sistemas que optan por una competencia concurrente de jueces y árbitros. Tomaremos como punto de partida lo previsto al respecto en el art. 17 de la Ley Modelo UNCITRAL, por ser la que ha servido de parámetro para más de treinta sistemas estatales de arbitraje<sup>365</sup>; dice como sigue: *“Salvo acuerdo contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio”*<sup>366</sup>.

---

<sup>365</sup> Numerosos sistemas estatales de arbitraje han adoptado la Ley Modelo CNUDMI de 1985. Algunos la han copiado casi de forma literal otros, sin embargo, introducen algunos cambios. Entre ellos destacan, la Ley de arbitraje de Nueva Zelanda de 1996 que entró en vigor el 1 de julio de 1997; la Ley de arbitraje alemana de 1998; el Arbitration Act 1997 de Irlanda; el International Arbitration Act de Sud África, que entró en vigor el 31 de marzo de 1997; la Ley de arbitraje y conciliación india de 1996, que entró en vigor el 25 de enero de 1996 (incorpora normas tanto de la Ley Modelo como de las reglas de arbitraje de la CNUDMI, como de reglas de Conciliación de la CNUDMI); la Ley de arbitraje inglesa de 1996 que entró en vigor el 31 de enero de 1997 (aun cuando no lo incorpora íntegramente desde luego sí que ha servido de modelo en su elaboración); la Ley de arbitraje de Taiwan de 1997 que entró en vigor en 1998 (adopta muchos de los principios de la Ley Modelo), Bolivia, México, Venezuela, Perú, Panamá, Australia, Barheim, Bermuda, Bulgaria, Canadá, Chipre, Egipto, Escocia, Guatemala, Hong Kong, Hungría, Kenia, Malta, Nigeria, Perú, Federación Rusa, Escocia, Singapur, Sri Lanka, Túnez, Ucrania, Zimbabwe, y en los EE.UU. la han adoptado los Estados de Conética, Oregón, Texas.

<sup>366</sup> La ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional fue aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985.

Esta misma solución y, además, en idénticos términos es la que se adopta también en sistemas como el alemán<sup>367</sup>, el indio<sup>368</sup> o el ruso<sup>369</sup>. En relación con el sistema alemán, es de señalar que la competencia de los árbitros es una novedad de la nueva Ley alemana de arbitraje de 1998, por cuanto que, con anterioridad, tan sólo los jueces gozaban de legitimidad para dictar medidas de este tipo<sup>370</sup>. Los sistemas indio o ruso, por su parte, no sólo incorporan el mismo tenor de la Ley modelo, sino que, además, introducen hasta la misma numeración de los artículos. En este sentido, en ambos se recoge esta disposición en el numeral 17 de los respectivos textos.

Con el mismo tenor literal de la Ley modelo -aunque esta vez sin coincidir la numeración- se pronuncia el art. 1433 de la legislación mexicana sobre arbitraje comercial internacional, determinando que: *“Salvo acuerdo contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a*

---

<sup>367</sup> La Ley de arbitraje alemana se recoge en el libro 10º ZPO alemana y entró en vigor el 1 de enero de 1998. El artículo 1041 dispone: *“Salvo acuerdo contrario de las partes, el tribunal arbitral puede, a solicitud de una parte, ordenar las medidas cautelares que considere necesarias en relación con el objeto del litigio (...)”*.

<sup>368</sup> La Ley de arbitraje y conciliación india de 1996, fue promulgada por el Presidente de la República India en el 46ª año de la República de India. De conformidad con la disposición Preliminar 3ª de la Ley, entraría en vigor cuando lo indicara el Gobierno Central en el Diario Oficial. Hecho que se produjo el 25 de enero de 1996. El artículo 17 de la misma establece: *“Salvo acuerdo contrario de las partes, el tribunal arbitral puede, a solicitud de una parte, ordenar a la otra la adopción de cualquier medida cautelar de protección que el tribunal arbitral considere necesaria en relación al objeto de la controversia”*.

<sup>369</sup> La Ley de la Federación Rusa N° 5338-1 sobre Arbitraje Comercial Internacional es de 7 de junio de 1993. Vid. el texto en español en R.C.E.A., 1996, págs. 231-237. Esta Ley toma en consideración las disposiciones de la Ley Modelo UNCITRAL, de ahí que se muestre en la misma línea. El artículo 17 dispone: *“Salvo que las partes acuerden otra cosa, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio (...)”*.

<sup>370</sup> SCHAEFER, J.K.: “New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German And Hong Kong Law Compared”, *Elec. Jour. Comp. Law.*, 1998, pág. 20; HABSCHEID, W.J.: “Il nuovo diritto dell’Arbitrato in Germania”, *Riv. dell’Arb.*, 1998, n° 2, pág. 185.

*petición de una de ellas, ordenar la adopción de providencias precautorias necesarias respecto del objeto del litigio (...)*<sup>371</sup>.

La Ley federal suiza de Derecho internacional privado en su artículo 183 también atribuye poder a los árbitros, pero no lo limita al objeto del litigio como hacen la mayoría, sino que le otorga al árbitro una mayor libertad: *“Salvo acuerdo contrario de las partes, el tribunal arbitral puede, a instancia de parte, ordenar medidas provisionales”*<sup>372</sup>. La Ley holandesa de arbitraje establece igualmente en el párrafo 2º del artículo 1022 que: *“El acuerdo arbitral no impedirá que una de las partes solicite del tribunal la aplicación de medidas provisionales de protección, o que solicite del Presidente del Tribunal del Distrito una decisión en procedimiento sumario (...)*<sup>373</sup>.

Una tendencia muy similar se sigue, a su vez, en numerosos Reglamentos de arbitraje. A título de ejemplo citaremos entre otros, las Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo<sup>374</sup> y el Reglamento de la London Court of International

---

<sup>371</sup> Artículo 1433 del Decreto de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial de los Estados Unidos Mexicanos por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del código de comercio federal de procedimientos civiles, regula también la cuestión de las medidas cautelares. Esta nueva legislación mexicana sobre arbitraje comercial fue publicada en el Diario Oficial de 22 de julio de 1993. Vid. El texto de la Ley en *R.C.E.A.*, 1994, pág. 327-339, así como el comentario a la misma de SIQUEIROS, J.L.: “Las reformas (1993) referentes al arbitraje comercial en México”; Vid., asimismo, “La nueva legislación mexicana sobre arbitraje comercial”, *R.C.E.A.*, 1994, págs. 363 y 364. Esta nueva Ley respeta el contenido esencial de la Ley Modelo UNCITRAL, si bien introduce algunas modificaciones.

<sup>372</sup> En este mismo sentido se pronuncia el artículo 183 de la Ley federal suiza de Derecho internacional privado que regula esta materia en el Capítulo 12º bajo la rúbrica “International Arbitration”. BUDIN, L.: “La nouvelle Loi suisse sur l’arbitrage international”, *Rev. Arb.*, 1988, págs. 58 y ss.; REYMOND, C.: “La nouvelle Loi suisse ...”, art. cit., págs. 404 y ss.; BUCHER, A.: *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Basilea, Helbing and Litchtenhahn, 1988, pág. 207.

<sup>373</sup> Artículo 1022 de la Ley holandesa de arbitraje es de 1 de diciembre de 1986 y se contiene en el Libro IV del Código de Procedimiento Civil bajo la rúbrica “el arbitraje”. Vid. el texto en, *R.C.E.A.*, 1988-1989, págs. 391-420.

<sup>374</sup> El Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo entró en vigor el 1 de abril de 1999, y el artículo 31 establece: *“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal arbitral puede, en el curso del procedimiento*

Arbitration (L.C.I.A.) que utilizan fórmulas muy parecidas. Concretamente en éste último, el artículo 25.1º establece que: “*salvo acuerdo por escrito en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral estará facultado para: (...)*”<sup>375</sup> y, en los párrafos sucesivos establece medidas de carácter provisional respecto de los bienes de las partes, así como para asegurar el objeto del litigio. Idéntica posibilidad se ofrece a los árbitros en las Reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio de Zurich en su artículo 28: “*Si las partes no lo han excluido expresamente, el tribunal arbitral puede ordenar, a instancia de parte, medidas cautelares o de protección de conformidad con el artículo 183 de la Ley Federal suiza de Derecho internacional privado*”<sup>376</sup>.

En términos análogos se pronuncian las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Italiana para el Arbitraje en el párrafo 1º del artículo 19: “*1º.- Salvo pacto en contrario de las partes, el árbitro podrá, a solicitud de la parte interesada y dentro de los límites impuestos por la ley, adoptar medidas urgentes respecto del objeto del litigio, y, en su caso, imponer una garantía a la parte solicitante, así como determinar una sanción para el caso de incumplimiento de la misma (...)*”<sup>377</sup>.

Finalmente, siguiendo una pauta semejante a las anteriores, aunque otorgando de forma expresa poderes mucho más amplios a los árbitros, se muestra el Reglamento de arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (H.K.I.A.C.) que prevé en su disposición 2GB entre los poderes generales ejercitables por el tribunal arbitral “*i) ordenar embargos ‘injunctions’ o cualquier otra medida de protección*”. Y, en el

---

*arbitral y a instancia de parte, ordenar que se preste una garantía con el fin de asegurar la petición realizada ante el tribunal arbitral (...)”.*

<sup>375</sup> Artículo 25. 1º de las Reglas de la London Court of International Arbitration que entraron en vigor el 1 de enero de 1998.

<sup>376</sup> Artículo 28 de las Reglas de Arbitraje Internacional de la Cámara de comercio de Zurich.

<sup>377</sup> Las Reglas para el arbitraje internacional de la Asociación Italiana para el Arbitraje de entraron en vigor el 15 de abril de 1994.



art. 2GC, de entre los poderes de los jueces respecto al procedimiento arbitral figura: “c) ordenar un embargo o cualquier otra medida de protección”. Es decir, que el árbitro goza del mismo poder que los jueces en materia cautelar<sup>378</sup>.

En otros Reglamentos de arbitraje, se establece también una competencia concurrente de ambos pero, a diferencia de los casos anteriores, no se plantea siquiera la posibilidad de que el acuerdo de las partes excluya la competencia de los árbitros. Esto es lo que sucede en el Reglamento UNCITRAL de arbitraje comercial internacional, el cual contiene en el artículo 26 párrafo 1º la siguiente disposición: “*A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos*”<sup>379</sup>. De este modo, todo dependerá del órgano ante el que las partes elijan interponer la solicitud de medidas de protección.

En similar sentido se manifiestan las reglas de arbitraje comercial internacional de la A.A.A. en cuyos artículos 36 a) y 43, respectivamente, se dispone que: “*el árbitro podrá adoptar cualquier medida cautelar que estime necesaria, incluyendo medidas de carácter ejecutivo o para la protección o conservación de bienes perecederos (...)*”. A continuación el artículo 43 añade: “*el árbitro podrá garantizar cualquier remedio que estime justo y que quede dentro del acuerdo de las partes incluyendo,*

---

<sup>378</sup> Artículo 2GB y artículo 2GC de la Ordenanza de arbitraje del Centro Internacional de arbitraje. Esta Ley fue preparada por el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong. La primera versión denominada Arbitration Ordinance era de 1996. Esta fue reformada por la Ordinance 1997 denominada Miscellaneous Provisions and Minor Amendments. La entrada en vigor se produjo el 27 de junio de 1997.

<sup>379</sup> La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI- aprobó el Reglamento de Arbitraje en su noveno período de sesiones, concretamente, el 15 de diciembre de 1976.

*pero no limitado, al cumplimiento del contrato*<sup>380</sup>. Asimismo, las Reglas de arbitraje de la O.M.P.I. prevén en el artículo 46 apartados a) y d) en términos casi idénticos que: *“A solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral puede ordenar o adoptar las medidas cautelares que considere necesarias (...)”*<sup>381</sup>.

Siguiendo con esta misma línea se encuentra el artículo 23.1º de las Reglas de mediación y arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (C.A.M.C.A.) el cual dispone que: *“A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias, inclusive medidas precautorias destinadas a la conservación de la propiedad”*<sup>382</sup>. Y, finalmente, las Reglas del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa prevén en el artículo 30 que: *“A solicitud de cualquiera de las partes el tribunal arbitral podrá ordenar que cualquiera de las partes adopte medidas de protección respecto del objeto del litigio, en la medida que estime necesarias (...)”*<sup>383</sup>.

---

<sup>380</sup> Artículos 36 y 43 de las Reglas de Arbitraje Comercial de la A.A.A. (Commercial Arbitration Rules) entraron en vigor el 1 de enero de 1999. El apartado a) del artículo 36 establece: *“El árbitro puede adoptar cualquier medida cautelar que estime necesaria, incluyendo medidas de ejecutivas y de medidas de protección y de conservación de la propiedad así como la disposición de bienes perecederos (...)”*. Y, el Art. 43 añade: *“El árbitro puede garantizar cualquier remedio o cautela que estime justo y equitativo, dentro del acuerdo de las partes, incluyendo pero no limitado al cumplimiento de un contrato”*; Vid. el texto completo en inglés, en *Year. Com. Arb.*, Vol. XXIV, 1999, págs. 366-380; CUCARELLA GALIANA, L.A.: *“Medidas cautelares ...”*, art. cit, pág. 313.

<sup>381</sup> Artículo 46 apartados a) y d) de las Reglas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (O.M.P.I.), de 1 de octubre de 1994.

<sup>382</sup> Párrafo 1º del artículo 23 de las Reglas de Mediación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (C.A.M.C.A.) que entraron en vigor el 15 de marzo de 1996. Vid. el texto en *R.C.E.A.*, 1997, págs. 501-519.

<sup>383</sup> Artículo 30 de las Reglas de la Corte de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa de 8 de diciembre de 1994.

### 2.1.2.- La interpretación y alcance de la norma que atribuye competencia al tribunal arbitral

Tras comprobar que el tenor de los preceptos previstos en los diferentes sistemas estatales e institucionales de arbitraje, a la hora de atribuir competencia a los árbitros en materia cautelar, es prácticamente el mismo; procederemos a determinar cuál es la intención del legislador con dicha norma. El punto de partida, en todos ellos, es el poder de los árbitros en materia cautelar, aunque las partes podrán privarles de esta competencia, previo acuerdo mutuo. No en vano, comienzan siempre diciendo: “*salvo acuerdo contrario de las partes (...)*”. El ejercicio de este poder por el tribunal arbitral estará, no obstante, sujeto a lo impuesto por las normas imperativas de la ley del lugar de ejecución de las medidas, así como a la ley reguladora del procedimiento arbitral<sup>384</sup>.

Como regla general, en los sistemas mencionados se atribuye competencia a los árbitros en materia cautelar. A primera vista, pues, sólo cabe una vía que es la arbitral para la adopción de medidas cautelares. Para excepcionar esta regla y, por tanto, privar de competencia a los árbitros se precisa el acuerdo mutuo de ambas partes. Y, todo apunta a que únicamente se podrá acudir a la vía judicial para obtener la tutela cautelar cuando éstas lo pacten expresamente. En un principio, parece que no cabe la posibilidad de que la parte interesada acuda directamente *motu proprio* a la autoridad judicial, a tal efecto. Esta opción parte, claramente, del fundamento contractual del arbitraje, de ahí que se de primacía a la autonomía de la voluntad común de las partes.

Es por ello que podría pensarse que se establece una presunción de competencia en favor de los árbitros, en cuanto que si las partes no han manifestado su voluntad en ningún sentido, el tribunal arbitral es quien está legitimado para su adopción.

---

<sup>384</sup> YESILIRMAK, A.: “Interim and Conservatory ...”, art. cit., pág. 31.

Sin embargo, tal y como están redactados los preceptos en los diferentes textos normativos no parece ser ésta la intención del legislador. La existencia de esta preferencia es bastante cuestionable, en cuanto que utilizan la siguiente fórmula: “*el tribunal arbitral podrá (...)*”. Se trata, pues, de un derecho para los árbitros y no de un deber.

De las normas citadas se deduce únicamente la legitimación de los árbitros en materia cautelar sin establecer una obligación para ellos. De ahí que, de no adoptarlas pese a la solicitud de las partes, no estarían infringiendo norma jurídica alguna, ni incumpliendo sus obligaciones. En definitiva, la utilización de esta expresión da a entender que no es la única vía posible en materia cautelar. En apoyo de esta interpretación hay que señalar que, la Ley suiza, como ya hemos visto, se pronuncia en los mismos términos que el art. 17 de la Ley Modelo y, sin embargo, la doctrina opina que no se concede al árbitro ni una competencia exclusiva, ni tampoco preferente respecto de los jueces<sup>385</sup>.

La pregunta que debemos hacernos entonces es, ¿a qué se está refiriendo realmente el legislador cuando dice: “*salvo acuerdo contrario de las partes (...)*”. ¿Significa que tienen que pactar, en el mismo momento en que surja la necesidad de una medida cautelar, ante qué órgano recurrirán en caso de solicitar medidas cautelares? Esta interpretación carece de sentido, pues si existe necesidad de dictar una medida cautelar lo lógico es que se pida inmediatamente, ya que el elemento sorpresa, consustancial a la cautela, puede ser esencial en muchos casos y, caso de entenderlo de ese modo, se perdería.

Se hace necesario determinar qué es lo que podrá ser objeto de pacto entre las partes. Según se extrae del mandato de la norma, las partes podrán acordar la exclusión de los árbitros para la adopción de las medidas cautelares. Este pacto en contrario hace referencia –aunque

---

<sup>385</sup> LALIVE, P. - POUURET, J.F. - REYMOND, C.: *Le droit de l'arbitrage ...*, op. cit., pág. 175.

indirecta- al recurso a la jurisdicción estatal. Obviamente, si se descarta la competencia de los árbitros es porque se va a optar por recurrir a los jueces. Pero, no es necesario que se pronuncien de forma expresa excluyendo el poder de los árbitros, sino que la mera solicitud de medidas cautelares por una de las partes ante los jueces ya se entenderá como un acuerdo en contrario en el sentido del precepto. Sobre todo, porque ya hemos visto que no existe un poder preferente de los árbitros sobre el particular.

Por lo que respecta a aquellos Reglamentos -como el de la CNUDMI- que no prevén expresamente la posibilidad de que las partes pacten la exclusión de la competencia de los árbitros; es de señalar que desde un punto de vista práctico, no existe diferencia alguna. Pues, el solo hecho de que la competencia en materia cautelar recaiga por igual en los jueces que en los árbitros implica admitir una libertad absoluta a las partes, pudiendo éstas dirigirse ante los órganos que estimen más conveniente. De modo que la presentación de la solicitud ante los jueces se entiende, en definitiva, como una exclusión de la competencia de los árbitros.

## ***2.2.- La competencia de la jurisdicción estatal***

### **2.2.1.- La fórmula de atribución de competencia a la jurisdicción estatal utilizada en Derecho comparado**

Las diferentes leyes estatales de arbitraje así como los Reglamentos institucionales incluyen también en sus articulados, - además de la norma que legitima a los árbitros- otros preceptos que posibilitan vías alternativas de solución en materia de medidas de protección. Así, prácticamente todos ellos permiten, asimismo, acudir a la vía judicial para la obtención de medidas de este tipo, a instancia de

una sola de las partes. A tal efecto, suelen utilizar una fórmula casi idéntica. A título ejemplificativo tomaremos también la norma prevista en la Ley modelo UNCITRAL en cuyo artículo 9 se dispone: *“No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un Tribunal [estatal]”*<sup>386</sup> la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas”.

Idéntica solución a la prevista en la Ley Modelo se ha incluido en otros sistemas como el alemán o el mexicano, en cuyos artículos 1033 y 1425 párrafo 2º respectivamente, se dispone en los mismos términos que: *“No es incompatible con el acuerdo de arbitraje la adopción por los jueces, antes o durante el procedimiento arbitral, de medidas cautelares de protección respecto del objeto del litigio, a solicitud de una parte”*<sup>387</sup>.

Todos estos preceptos legitiman a los jueces para colaborar en un procedimiento arbitral ordenando medidas de protección. Sin embargo, sólo prevén esta posibilidad en la fase previa al comienzo de las actuaciones arbitrales y durante el desarrollo del procedimiento arbitral. Pero, no menciona la viabilidad de ordenarlas una vez se ha emitido el laudo. Tal vez haya sido un silencio buscado intencionadamente por el legislador, por cuanto que, como ya hemos apuntado anteriormente, resulta bastante dudoso calificar de medidas cautelares a aquellas que se ordenan una vez finalizado el procedimiento y se ha emitido la decisión sobre el fondo. En este caso sería mucho más correcto hablar de la ejecución anticipada del laudo.

---

<sup>386</sup> El énfasis es nuestro.

<sup>387</sup> Artículo 1033 de la Ley de arbitraje alemana de 1998. Los términos en que está redactado el párrafo 2º del artículo 1425 de la Ley mexicana sobre arbitraje comercial internacional no varían en absoluto, disponiendo que: *“Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales”*.

A continuación, podemos citar la Ley india de arbitraje que, coincidiendo el mismo número de artículo que la Ley Modelo, por ser la que le ha servido de parámetro, manifiesta que: *“Una parte puede, tanto antes como durante el desarrollo del procedimiento arbitral o, en cualquier momento después de dictado el laudo arbitral, pero antes de que éste sea ejecutivo, solicitar de los jueces: 2.- una medida cautelar de protección respecto de cualquiera de las siguientes cuestiones: (...)”*<sup>388</sup>. A diferencia de lo que ocurre en los sistemas que terminamos de ver, aquí sí que regula expresamente la opción de dictar medidas de protección en la fase post-arbitral, esto es, cuando ya se ha dictado el laudo arbitral, siendo un tanto criticable por las razones que se han apuntado.

Utilizando una fórmula muchísimo más amplia y genérica, aunque con el mismo significado que las anteriores, se pronuncia la Ley rusa también en el artículo 9 diciendo que: *“El acuerdo de arbitraje no será incompatible con la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción estatal”*<sup>389</sup>.

Por lo que respecta a los Reglamentos de las diferentes instituciones arbitrales, hay que señalar que la gran mayoría se manifiesta expresamente en la misma línea. De hecho, la mayoría de ellos utiliza términos muy parecidos de ahí que nos limitaremos a citar sólo algunos de ellos para evitar ser reiterativos. A título de ejemplo, haremos referencia a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 26 del Reglamento UNCITRAL que dice como sigue: *“La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje,*

---

<sup>388</sup> Artículo 9 de la Ley de arbitraje y conciliación india; Supreme Court of India, Sentencia de 13 de enero de 1999, en el asunto SUJATA MANOHAR Giudice; *B.N. KIRPAL Giudice-Sundaram Finance Ltd. v. N.E.P.C. India Ltd.*, con el comentario de F. Pietrangeli, *Riv. dell'Arb.*, 2001, vol. 1, pág. 84.

<sup>389</sup> Artículo 9 de la Ley de la federación rusa sobre arbitraje comercial internaciona dispone: *“El acuerdo de arbitraje no resulta incompatible con la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción estatal, ya sea antes o durante el desarrollo del procedimiento arbitral”*.

*ni como renuncia a ese acuerdo*<sup>390</sup>. El párrafo 2º del artículo 21 del Reglamento de la American Arbitration Association (A.A.A.) dispone: *“La solicitud de medidas cautelares formuladas por una parte a la autoridad judicial no será incompatible con la cláusula arbitral (...)”*<sup>391</sup>.

Por su parte, las Reglas de Arbitraje comercial de la American Arbitration Association disponen en el apartado c) del artículo 36: *“Una solicitud de medidas cautelares formulada por una parte y dirigida a una autoridad judicial no será incompatible con el acuerdo de arbitraje”*<sup>392</sup>; el artículo 46 apartado d) del Reglamento de la O.M.P.I. dice. *“Una solicitud de una parte sobre medidas cautelares dirigida a una autoridad judicial no será incompatible con el acuerdo arbitral (...)”*<sup>393</sup>; y el Reglamento del Centro de Arbitraje y mediación Comercial para las Américas (C.A.M.C.A.) en su artículo 23 párrafo 3º dispone: *“La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes, no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje, ni como una renuncia a este acuerdo”*<sup>394</sup>.

Las Reglas del Instituto de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC Institute) recogen en su artículo 31 párrafo 2º: *“Una solicitud de medidas cautelares dirigida por una de las partes a una autoridad judicial no se estimará incompatible con el acuerdo arbitral o*

---

<sup>390</sup> Párrafo 3º del artículo 26 del Reglamento UNCITRAL.

<sup>391</sup> Párrafo 2º del artículo 21 del Reglamento de la American Arbitration Association (A.A.A.).

<sup>392</sup> Las Reglas de Arbitraje Commercial de la A.A.A. entraron en vigor el 1 de septiembre de 2000. El apartado 3º del artículo 21 dispone que: *“Una solicitud de medidas cautelares dirigida por una parte a la autoridad judicial no se estimará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni se entenderá como una renuncia al derecho de arbitrar”*.

<sup>393</sup> Apartado d) del artículo 46 de las Reglas de arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (O.M.P.I.).

<sup>394</sup> Párrafo 3º del art. 23 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (C.A.M.C.A.).



con estas Reglas<sup>395</sup>; y, por último, las Optional Rules for Emergency Measures of Protection de la A.A.A. en cuyo artículo 0-7 proclama que: *“Una solicitud medidas cautelares dirigida por una parte a los jueces no será incompatible con el acuerdo de arbitraje (...)”*<sup>396</sup>.

Vista la unanimidad con la que se expresan de la mayor parte de los textos, tanto estatales como institucionales, resta determinar cuál era la intención real del legislador con dicha redacción. Y, para ello, haremos referencia tan sólo a la Ley modelo, por los motivos citados anteriormente -esto es, por haber sido el punto de referencia de prácticamente todas ellas-.

No existe consenso en la doctrina en cuanto a cuál era el objetivo del legislador al redactar el artículo 9 de la Ley Modelo. No obstante, trataremos de darle una explicación lógica, que conjugue, por un lado, la exégesis de la norma y, por otro, su compatibilidad con la disposición que atribuye, al mismo tiempo, competencia al tribunal arbitral para la adopción de medidas cautelares asociadas a un arbitraje. Esto es, cómo podemos interpretar dos normas que se incluyen prácticamente en todos los sistemas y que legitiman indistintamente a jueces y árbitros para ordenar la tutela cautelar en apoyo de un procedimiento arbitral. Para ello, trataremos de determinar con qué finalidad fue elaborado este artículo 9 de la Ley modelo. Podemos afirmar que dicho precepto contempla dos objetivos básicos:

---

<sup>395</sup> El párrafo 2º del art. 31 del Reglamento del Instituto de Arbitraje de la cámara de Comercio de Estocolmo (Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute) dispone: *“Una solicitud de medidas cautelares dirigida por una parte a la autoridad judicial no se estimará incompatible con el acuerdo de arbitraje o con estas reglas”*, en *Year. Com. Arb.*, vol. XXIV, 1999, págs. 420-433.

<sup>396</sup> El art. 0-7 de las las Optional Rules for Emergency Measures of Protection de la A.A.A. establece: *“Una solicitud de medidas cautelares dirigida por una parte a un órgano judicial no será incompatible con el acuerdo de arbitraje, ni implicará la pérdida del derecho a acudir a arbitraje (...)”*.

- A) En primer lugar, declarar que la adopción de medidas cautelares por los tribunales estatales no es incompatible con el arbitraje<sup>397</sup> (epígrafe 3).
- B) Y, en segundo lugar, poner fin a toda la polémica que se había originado en torno a la interpretación del art. II.3 del Convenio de Nueva York de 1958 (epígrafe 4).

### **3.- La compatibilidad del arbitraje con la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción estatal**

La elaboración de la Ley Modelo UNCITRAL cumple una doble función complementaria. De un lado, sirve –como ya se ha visto- de parámetro para el resto de sistemas arbitrales estatales, de hecho, ya ha sido adoptada por más de treinta Estados. Y, de otro, pretende poner fin a ciertas polémicas planteadas en torno a la interpretación de determinados textos convencionales multilaterales, concretamente del Convenio de Nueva York de 1958. Así, el artículo 9 de la Ley Modelo declara expresamente la compatibilidad entre la cláusula de arbitraje y la solicitud de medidas cautelares ante los jueces. En este sentido, se podrá observar el cambio tendencial producido, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, desde la incompatibilidad hacia la ya generalmente admitida compatibilidad entre ambos.

---

<sup>397</sup> Vid. el informe del 1er. Grupo de trabajo de 23 de marzo de 1982, A/CN.9/216, párr. 39, págs. 336 y 337.

### **3.1.- La solicitud de medidas cautelares a los jueces en presencia de una cláusula arbitral no implica una sumisión tácita**

La cuestión principal que debemos plantearnos aquí es, si el hecho de que las partes recurran a un juez estatal para la adopción de medidas cautelares ante la presencia de un convenio arbitral, implica una sumisión tácita a dichos tribunales y, por ende, una renuncia al arbitraje<sup>398</sup>. La tensión que supuestamente existe entre el arbitraje y la jurisdicción se produce cuando la solicitud dirigida a los jueces, existiendo previamente un acuerdo arbitral válido se estima incompatible<sup>399</sup>.

Una aproximación al problema exige precisar, en primer lugar, cuando se produce una sumisión tácita a la jurisdicción estatal. Esta cuestión es fundamental a efectos de poder determinar si realmente podría considerarse la mera petición de medidas cautelares ante los jueces como una sumisión a los mismos. Y, en segundo lugar, en qué casos se entiende que las partes renuncian al arbitraje.

La parte demandante se somete a unos determinados tribunales estatales a través de la interposición de la demanda, quebrantando así su propio compromiso arbitral. En este sentido, el artículo 56 de la L.E.C. dispone que, el demandado “*se entenderá sometido tácitamente: (...). 2º.- (...) por el hecho de hacer, después de personado en el juicio tras la interposición de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria*”<sup>400</sup>. La sumisión tácita se produce respecto de una demanda contenciosa que suponga en su desarrollo personación en juicio pero no, en cambio, personación cautelar. Esto es,

---

<sup>398</sup> LORCA NAVARRETE, A.M.: *Manual de Derecho ...*, op. cit. pág. 801.

<sup>399</sup> REDFERN, A.: “Arbitration and the ...”, art. cit., pág. 72.

<sup>400</sup> El artículo 56 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil deja claro que, para que pueda existir una sumisión tácita a la jurisdicción estatal, se requiere necesariamente que se haya interpuesto una demanda entendida en sentido estricto.

el precepto se está refiriendo a la presentación de una demanda en sentido estricto. Dicho de otro modo, en trámite de adopción de una medida cautelar la L.E.C. no tipifica, en modo alguno, una sumisión tácita a la jurisdicción estatal, puesto que los términos de art. 56 de la misma no dejan la menor duda sobre el particular.

La jurisprudencia española se ha manifestado reiteradamente en este sentido. Conocido es el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz el 12 de junio de 1992, el cual afirma que, “la solicitud a un tribunal estatal de medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral no excepcionará dicho procedimiento a favor del jurisdiccional”<sup>401</sup>. Por tanto, no cabría en ningún caso entender que existe tal sumisión. Pero, incluso en el supuesto de que el juez ante el que se solicite la adopción de medidas cautelares entendiera que se ha producido un sometimiento tácito al mismo, tampoco tendría virtualidad en la práctica tal sumisión. En este caso, la parte interesada en hacer valer la cláusula arbitral siempre podría interponer la excepción de arbitraje y dirigirse al juez ante el que se ha presentado la solicitud de medidas cautelares, alegando la existencia del convenio arbitral para que lo hiciera efectivo, en virtud de lo dispuesto en el artículo II.3 del Convenio de Nueva York de 1958. Esto es, para forzar al cumplimiento de lo pactado, con la única condición de que dicha cláusula fuera válida<sup>402</sup>.

---

<sup>401</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (A.A.P.C.) de 12 de junio de 1992, R.C.E.A., 1992, págs. 221-224, con nota de BARONA VILAR, S., págs. 224-230 y R.E.D.I. 1994, págs. 391-393, con nota de ARTUCH IRIBERRI, E., págs. 393-395. (10 y 11).

<sup>402</sup> El párrafo 3º del art.II del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras dice: “*El Tribunal de cada uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*”.

### **3.2.- La solicitud de medidas cautelares ante los jueces no implica una renuncia al arbitraje**

Cabe preguntarse, asimismo, si la solicitud de medidas de protección puede ser entendida como un desistimiento del arbitraje. Por lo que se refiere a la posibilidad de renunciar al acuerdo de arbitraje, la jurisprudencia ha insistido en numerosas ocasiones declarando que, “no cabe una renuncia unilateral al arbitraje”<sup>403</sup>, sino que se requiere una manifestación común de ambas partes. Únicamente cabría admitirla de forma tácita siempre que quedara patente inequívocamente la voluntad común de dejar sin efecto el pacto arbitral<sup>404</sup>. Hay casos especiales como, por ejemplo, el derecho inglés, donde si una parte solicita una medida cautelar permanente es claro signo de que hay un desistimiento del arbitraje. Por el contrario, si tan sólo solicitan una medida temporal, no implica que abduquen al mismo.

En conclusión, la solicitud de medidas cautelares a los tribunales estatales no supone ni una sumisión tácita ni tampoco un abandono del arbitraje<sup>405</sup>. Así lo declaró expresamente el Tribunal Supremo español<sup>406</sup> cuando, con ocasión de la solicitud de un embargo preventivo dice que: “tal medida sólo tiene la consideración de precautoria o de aseguramiento para defenderse procesalmente y evitar los perjuicios inherentes a la duración normal de todo proceso”. Se trata, en realidad de la puesta en funcionamiento de esa necesaria colaboración de los

---

<sup>403</sup> Laudo parcial núm. 6566/1993, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>404</sup> Laudo núm. 8325/1996, de la C.C.I., *inédito*; BOISSÉSON, M.: *Le droit français ...*, op. cit., pág. 103.

<sup>405</sup> La Ley modelo UNCITRAL en su artículo 9 se muestra en este sentido al declarar que la solicitud de medidas cautelares ante los jueces no es incompatible con la existencia de una cláusula arbitral. Vid. MUÑOZ SABATÉ, L.: “Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral”, *Rev. Jur. Cat.*, 1991, pág. 734. Este autor considera que la solución dicotómica es posible desde un punto de vista técnico, esto es, la compatibilidad de ambos procesos -el cautelar y el arbitral-

<sup>406</sup> Sent. TS, de 20 de diciembre de 1945.

jueces, a menudo, requerida para la efectividad de esta vía alternativa de resolución de controversias.

### **3.3.- El efecto negativo de la cláusula arbitral y la tutela cautelar**

Con carácter general, no cabe la menor duda de que ante la existencia de una cláusula de arbitraje válida, los jueces deberán declararse incompetentes y abstenerse de conocer del fondo del asunto, remitiendo a las partes al arbitraje. Esto es lo que se conoce comúnmente como el efecto negativo de la cláusula arbitral<sup>407</sup>. Pero eso sí, resulta imprescindible que sea una parte la que alegue la existencia del pacto de arbitraje. La inhibición de la jurisdicción estatal se produce siempre a instancia de parte y nunca de oficio por el propio juez. El reconocimiento de tal efecto pone de manifiesto, en cierto modo, la consideración del arbitraje como una auténtica alternativa a la justicia nacional.

Este efecto negativo es generalmente admitido en la totalidad de los sistemas nacionales de arbitraje, así como en los Convenios internacionales. Así lo prevé expresamente el artículo II.3 del Convenio de Nueva York, que obliga a los tribunales estatales ante los que se haya interpuesto una demanda sobre la que exista un acuerdo arbitral a remitirlas al arbitraje *“a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”*<sup>408</sup>. La Ley española de arbitraje de 1988 recoge también este principio en el art. 11 y establece que *“el convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje*

---

<sup>407</sup> QUAKRAT, Ph.: “L´arbitrage commercial international ...”, art. cit, pág. 239.

<sup>408</sup> Artículo II.3 *in fine* del Convenio de Nueva York de 1958.

en el convenio (...)”<sup>409</sup>.

El hecho de que los jueces no estén legitimados para resolver la cuestión principal no es obstáculo para que puedan ordenar las medidas cautelares que estimen necesarias, es decir, que el efecto negativo no opera en materia cautelar<sup>410</sup>. Esta es la razón por la cual, en varias ocasiones, la práctica arbitral ha rechazado la excepción de incompetencia presentada por una de las partes contra una medida cautelar adoptada por un juez<sup>411</sup>. Nada impide, pues, que cualquiera de las partes se dirija a los juzgados y tribunales de un determinado Estado con el objeto de instar medidas de protección en apoyo de un procedimiento arbitral.

En algunos supuestos, habiéndose sometido las partes a las normas previstas en el Reglamento de la C.C.I., los jueces hicieron caso omiso del artículo 8.5 y se negaron a adoptar la tutela solicitada aduciendo la existencia de una cláusula arbitral. Esto es, entendieron que la existencia de una cláusula arbitral privaba de cualquier competencia a los jueces estatales, no sólo en cuanto al fondo, sino también por lo que se refiere a la tutela cautelar. Esta solución constituye un conflicto negativo de competencia que impide que las partes vean satisfechos sus intereses más legítimos. Sin embargo, la obligación que impone el artículo II.3 del Convenio de remitir a las partes a arbitraje afecta únicamente al fondo del asunto, no a la tutela cautelar. Es por ello que esta interpretación ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina<sup>412</sup>.

---

<sup>409</sup> Artículo 11 de la Ley de arbitraje española de 1988.

<sup>410</sup> *Cour de Cassation* (2ª Ch. Civ.), de 3 de julio de 1951, *Rev. Trim. Der. Civ.*, 1952, pág. 99; *Cour de Cassation* (3ª Ch. Civ.), de 7 de junio de 1979, en el asunto *Société d’exploitation du cinema REX v. Société Rex*, *Rev. Arb.*, 1980, pág. 78, *Bull. Civ.* 1980, III, pág. 93

<sup>411</sup> Laudo parcial núm. 6566/1993, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>412</sup> VAN DEN BERG, A.J.: *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, La Haya, Kluwer, 1981, pág. 139; FOUCHARD, Ph. –

La Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil mantiene inalterado este principio. Tan sólo introduce una modificación en lo que se refiere a las vías de que disponen las partes para impugnar la competencia de los jueces, cuando una de ellas haya interpuesto una demanda en cuanto al fondo -y no demanda cautelar- ante los tribunales estatales, a pesar de la existencia de una cláusula arbitral. Queda suprimida la inhibitoria, aunque esta vía de impugnación de la competencia sólo afectaba al ámbito interno, y ahora deja en vigor únicamente la declinatoria, tanto para el ámbito interno como internacional<sup>413</sup>.

### **3.4.- La admisión generalizada de la compatibilidad entre la cláusula arbitral y la demanda de medidas cautelares ante los jueces**

La compatibilidad del arbitraje con la solicitud de medidas cautelares ante los jueces es una cuestión generalmente aceptada de forma expresa en la inmensa mayoría de los sistemas estatales, Convenios internacionales y Reglamentos de arbitraje de las distintas instituciones<sup>414</sup>.

No obstante, hay algunos sistemas como el francés que guarda silencio en materia cautelar en apoyo de un procedimiento arbitral. Y, por tanto, no cuenta con una disposición expresa que declare la compatibilidad de la cláusula arbitral con la solicitud de medidas a los jueces. Pero, aun así, en la práctica los tribunales franceses sostienen de forma reiterada que *“la competencia de los árbitros no impide que un*

---

GAILLARD, E. - GOLDMAN, B.: *On international Commercial Arbitration*, Londres, Kluwer Law International, 1999, pág. 712; BROWER, C.: “What I Tell...”, art. cit., pág. 974.

<sup>413</sup> Vid. la disposición final octava de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil donde bajo la rúbrica de “Reforma de la Ley de Arbitraje” introduce una nueva redacción del artículo 11 de la misma.

<sup>414</sup> El Reglamento de la CNUDMI se pronuncia prácticamente en los mismos términos que el Convenio de Ginebra de 1961.



*juez adopte medidas cautelares incluyendo medidas ejecutorias - attachments-*<sup>415</sup>.

En otros casos, como el inglés tampoco se contiene una norma expresa que declare esta compatibilidad, pero cabe deducirla indirectamente de su articulado<sup>416</sup>. Concretamente, el artículo 44<sup>417</sup>, al regular la adopción de medidas cautelares asociadas a un procedimiento arbitral, prevé un detallado sistema de colaboración entre jueces y árbitros en la materia.

A nivel Institucional, Reglamentos como el de la American Arbitration Association o el de la London Court of Arbitration, no lo incorporan, sin embargo, un amplio sector doctrinal no duda en admitirlo<sup>418</sup>.

En contra de esta tendencia mayoritaria se muestra el Reglamento de la C.I.R.D.I. que, como regla general, estima incompatible la solicitud de medidas cautelares ante los tribunales estatales con la existencia de un procedimiento arbitral, salvo que las partes hayan dispuesto lo contrario<sup>419</sup>. No obstante, es cierto que en este caso está perfectamente

---

<sup>415</sup> *Cour de Cassation* (3ª Ch. Civ.), de 20 de diciembre de 1982, en el asunto *Société Immobilière Le Panorama v. Société Immobilière et Mobilière du Tertre*, en *Bull. Arr. C. Cass.*, 1983, pág. 195; *Cour de Cassation* (3ª Ch. Civ.), de 9 de julio de 1979, en el asunto *Société civile Immobilière La Lagune v. Sar Sercif*, *Rev. Arb.*, 1980, pág. 78.

<sup>416</sup> SCHAEFER, J.K.: "New Solutions for ...", art. cit., pág. 12.

<sup>417</sup> Los términos del artículo 44.1 de la Ley inglesa de arbitraje de 1996 no dejan duda acerca de la admisión de esta compatibilidad entre la cláusula arbitral y la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción estatal. El precepto dice como sigue: "*Salvo acuerdo en contrario de las partes, los jueces disponen respecto del procedimiento arbitral del mismo poder para dictar órdenes en las materia previstas a continuación que respecto de uno judicial*". De entre las materias previstas en el listado figuran las medidas de protección.

<sup>418</sup> HOELLERING, M. F.: "Mesures ...", art. cit., págs. 32-38.

<sup>419</sup> PARRA, A.R.: "Mesures ...", art. cit., págs. 36-49; DELAUME, G.: "Le C.I.R.D.I.", *J.D.I.*, 1982, págs. 775 y ss. y pág. 810; "I.S.C.I.D. Arbitration and the Courts", *Am. Jour. Com. Law*, 1983, págs. 784 y ss; GAILLARD, E.: "nota" a la decisión de la *Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 18 de noviembre de 1986, en el asunto *Atlantic Triton v. República de Guinea*, *J.D.I.*, 1987, pág. 125, en *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1987, págs. 760-764, nota de B. Audit; en *Rev. Arb.* 1987, pág. 315.

justificado, puesto que se trata de un Reglamento un tanto especial por el tipo de arbitrajes que regula. Nos encontramos ante procesos en los que interviene un Estado como parte. De ahí que se estime conveniente la inadmisión de esta compatibilidad con el objeto de mantener el equilibrio entre las partes involucradas. En esta misma línea se muestran los tribunales americanos<sup>420</sup>.

Desde un punto de vista práctico, la jurisprudencia española ha admitido generalmente la compatibilidad de ambos procesos. Los argumentos esgrimidos suelen ser dos; por un lado, la autonomía jurisdiccional que la L.E.C. le atribuye al procedimiento cautelar. Y, por otro, el reconocimiento expreso de la compatibilidad en el artículo VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961<sup>421</sup>. La clave radica en determinar si es posible dar un tratamiento autónomo a las medidas cautelares y al fondo del asunto.

En realidad, se trata de procedimientos perfectamente diferenciados que, además, se rige por normas distintas<sup>422</sup>. Precisamente, el carácter urgente, así como provisional de las mismas justifica que pueda dictar las medidas cautelares un órgano distinto del que está conociendo de la cuestión principal. Nada obsta que sea un árbitro el que esté resolviendo el caso, pero las medidas cautelares sean adoptadas por un juez. Es más, como veremos más adelante, no sólo es

---

<sup>420</sup> BECKER, J.D.: "Attachments in Aid of International Arbitration -the American Position-", *Arb. Int.*, 1985, vol. 40, pág. 45; PEW, V.E.-JARVIS, R.M.: "Pre-award Attachment in International Arbitration: the Law in New York", *Jour. Int. Arb.*, sept. 1990, págs. 31 y ss; BERNARDINI, P. – PILLITTERI, F.: "L'arbitrato commerciale internazionale negli Stati Uniti: recenti sviluppi giurisprudenziali", *Dir. Com. Int.*, 1991, págs. 23 y ss.

<sup>421</sup> Auto AP de Cádiz, de 12 de junio de 1992, *Rev. Vas. Der. Pr. Arb.*, nº 3, 1993, pág. 185; De la misma forma se resuelve en la Sentencia del TS de 14 de mayo de 1992, *R.A.J.*, 1992, nº 4124, págs. 5458-5460. En esta última se reconoce la eficacia de una cláusula arbitral para confirmar un embargo preventivo de un buque.

<sup>422</sup> VOSKUIL, CCA.: "The Taking of Provisional ...". art. cit., pág. 109.

posible que esto ocurra sino que en muchas ocasiones será necesario para su efectividad, sobre todo dependiendo del tipo de medida que se pretenda adoptar.

Por lo que se refiere a la práctica arbitral de la C.C.I., es de señalar que refleja esta misma solución, poniendo de manifiesto en numerosas ocasiones la compatibilidad entre uno y otro procedimiento. Concretamente, un tribunal arbitral de la C.C.I. confirma esta cuestión en el laudo dictado en 1989 en el asunto núm. 6023. En esta ocasión, el demandado alegó que el demandante había infringido la cláusula arbitral al solicitar una medida cautelar ante los jueces. El tribunal arbitral sostuvo que el actor con su solicitud no había vulnerado la cláusula de arbitraje, ni tampoco renunciado a su derecho a resolver el asunto por la vía arbitral. Sino que, tan sólo había ejercitado su derecho a obtener una medida cautelar, de conformidad con el artículo 8.5 del Reglamento de la C.C.I. de 1988<sup>423</sup>.

En la misma línea se pronuncia en el asunto núm. 6566 de 1993 otro tribunal arbitral de la C.C.I.. Los hechos que dan origen a esta decisión son los siguientes; mediante un contrato celebrado entre una empresa francesa -demandante- y una empresa egipcia -demandada-, la primera se compromete a suministrarle diseño, tecnología y material industrial diverso a la segunda a cambio del precio estipulado. Debido al retraso reiterado en el pago por parte de la empresa egipcia, habiendo sido requerida de pago en varias ocasiones, la empresa vendedora decide recurrir ante la C.C.I. con el objeto de reclamar las cantidades impagadas en los dos últimos años -según lo acordado en el contrato para el caso de conflicto-. No obstante, y *ad cautelam* solicita, asimismo, de los tribunales egipcios una orden de embargo de los bienes del deudor por el montante de la cantidad adeudada.

---

<sup>423</sup> Laudo parcial núm. 6023/1989, de la C.C.I., *inédito*.

Ante esta situación, la empresa egipcia alega la improcedencia de tal solicitud ante los jueces por cuanto que existía una cláusula de arbitraje válida entre las partes. El Tribunal de la C.C.I. contesta declarando la legitimidad de la empresa francesa de recurrir ante la jurisdicción estatal para solicitar una medida de protección en defensa de sus intereses<sup>424</sup>.

### **3.5.- La interpretación del artículo VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961**

El número de convenios internacionales en la materia no es muy abundante, y, además, dan un tratamiento muy sucinto a esta cuestión, lo que plantea dudas de interpretación. Así, el Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 del que España es parte desde 1975, tan sólo contiene una disposición al respecto, el art. VI.4. Precepto que se limita a declarar la compatibilidad entre la cláusula arbitral y la solicitud de medidas cautelares ante los órganos jurisdiccionales en apoyo de un arbitraje. Esto es, que no se entenderá como una renuncia al mismo, ni tampoco como una sumisión tácita a la jurisdicción estatal<sup>425</sup>. El artículo VI.4 dispone expresamente que, el hecho de solicitar medidas cautelares ante un determinado juez *“no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral, ni como un sometimiento del asunto al tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo”*.

La interpretación de esta norma ha planteado numerosos problemas en la práctica. De hecho, se ha dudado de cuál fuera su verdadero alcance. En realidad, se cuestiona si se limita a declarar un

---

<sup>424</sup> Laudo parcial núm. 6566/1993, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>425</sup> Laudo núm. 6709/1991, de la C.C.I., *Recueil des Décisions de Procédure dans l'Arbitrage C.C.I. 1991-1995*, págs. 435-442, con observaciones de D. Hascher.

principio de carácter general o, por el contrario, si afirma la competencia de los jueces en materia cautelar. Y, caso de sostener esta última hipótesis se discute, asimismo, si la competencia judicial prevista en este precepto comprende sólo la adopción de medidas cautelares, o también incluye la ejecución por los jueces de las medidas que hayan podido ser adoptadas por los propios árbitros<sup>426</sup>. Entendemos que el artículo VI.4 no cubre, de ningún modo, la cuestión de la ejecución.

Un análisis en profundidad de este precepto pone de manifiesto que el Convenio de Ginebra tan sólo establece lo que podríamos considerar un principio general en la materia. Y, por tanto, requiere de una regulación por la legislación interna de cada Estado. Este principio significa, en definitiva, que la solicitud de medidas cautelares por las partes al juez no debe entenderse como una renuncia al arbitraje, ni como una sumisión a la jurisdicción estatal en aquellos países en que su legislación interna prevea la posibilidad de que los jueces ordenen tales medidas en apoyo de un procedimiento arbitral<sup>427</sup>.

La doctrina considera que no parece que en ningún momento se esté atribuyendo expresamente competencia a los jueces para dictar medidas cautelares a favor de un arbitraje<sup>428</sup>, por cuanto que no se trata de una norma de competencia, sino que constituye la mera declaración de una regla general.

---

<sup>426</sup> Como el artículo 9 de la Ley modelo UNCITRAL y el VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961 recogen en términos casi idénticos esta compatibilidad. Podemos acudir a los informes del grupo de trabajo que elaboró aquella para conocer el sentido de éste. Vid. el Informe del 4º Grupo de Trabajo de 22 de septiembre de 1983, A/CN.9/245, párr. 188, pág. 340; el Informe del 5º Grupo de Trabajo, de 6 de marzo de 1984, A/CN.9/246, párr. 26, pág. 341-342; HOLTZMANN, H.M. – NEUHAUS, J.E.: *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Londres, Kluwer Law & Taxation, 1989, pág. 333.

<sup>427</sup> RAMOS MÉNDEZ, F.: "Arbitraje internacional y medidas cautelares", *Arbitraje y proceso internacional*, Barcelona, Bosch, 1987, págs. 183 yss.

<sup>428</sup> ARTUCH IRIBERRI, E.: "La adopción de ...", art. cit., pág. 150.

Aun cuando el Convenio de Ginebra no lo diga expresamente, “el régimen jurídico aplicable a la concesión de tales medidas es el que establezca el ordenamiento del foro”<sup>429</sup>, esto es, la Ley reguladora del procedimiento arbitral, que suele ser la del lugar de celebración del arbitraje. Será, pues, la legislación estatal correspondiente en cada caso la que regule expresamente la posibilidad efectiva o real de recurrir a los jueces y en qué forma<sup>430</sup>. Es decir, que si la mencionada legislación no reconoce expresamente la competencia de los jueces en estas situaciones no cabrá su adopción, aunque el Convenio de Ginebra haga tal previsión, por tratarse únicamente de una regla de carácter general.

Reflejo de la complejidad de esta cuestión, merece la pena destacar el carácter contradictorio, a la vez que un tanto arbitrario del Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de junio de 1992<sup>431</sup>. En este caso, basándose erróneamente en el artículo IV del Convenio de Ginebra, el juez atribuye competencia a la jurisdicción estatal española para ordenar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral celebrado en Suiza.

Para llegar a este resultado la Audiencia argumenta del siguiente modo. Por un lado, otorga un tratamiento diferenciado en el ámbito de la tutela cautelar, según estemos en el plano interno o internacional. A nivel interno, niega totalmente la posibilidad de que los jueces adopten medidas para asegurar la efectividad de un laudo arbitral. Se basa, para ello en que las partes acuerdan de forma expresa en la cláusula arbitral someter sus asuntos a arbitraje, pero no pactan atribuir a los jueces

---

<sup>429</sup> CHILLÓN MEDINA, J.M.-MERINO MERCHÁN, JF: *Tratado de arbitraje ...*, op. cit., pág. 887.

<sup>430</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 189.

<sup>431</sup> Auto AP de Cádiz, de 12 de junio de 1992, *Rev. Vas. Der. Priv. Arb.*, nº 3, 1993, pág. 432.

estatales competencia para adoptar medidas cautelares<sup>432</sup>.

Sin embargo, en el plano internacional, en aplicación del artículo VI.4 del Convenio de Ginebra, el juez accede a ordenar las medidas cautelares solicitadas en función de un arbitraje, aunque se celebre en el extranjero. De modo que, por un lado, se reconoce la compatibilidad entre el procedimiento arbitral y la solicitud de medidas de protección ante los jueces. Y, por otro, se califica el artículo VI.4 del Convenio de Ginebra como una norma de competencia. En consecuencia, la Audiencia confirma en apelación, la medida adoptada por un juez español de primera instancia respecto de un proceso arbitral llevado a cabo en Suiza para asegurar en España la efectividad de un laudo extranjero.

La solución del tribunal se estima correcta. De modo que, un juez español podrá adoptar medidas cautelares respecto de un procedimiento arbitral que se esté celebrando en el extranjero<sup>433</sup>. Sin embargo, el razonamiento que le lleva a tomar tal decisión resulta un tanto criticable. Así, sostiene que la admisibilidad de la tutela cautelar en el arbitraje internacional esta fuera de toda duda, basándose, para ello, en una interpretación incorrecta del artículo VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961.

Como ya hemos apuntado anteriormente, la finalidad del precepto no es regular esta cuestión a nivel internacional, atribuyendo competencia a los jueces en materia cautelar. Sino que, tan sólo pretende establecer una especie de enunciado de carácter general en la materia. Serán los distintos sistemas estatales de arbitraje, así como los Reglamentos institucionales aplicables en cada caso, los que lleven a esta conclusión. En definitiva, la admisión de la competencia de los

---

<sup>432</sup> Auto AP de Cádiz, de 12 de junio de 1992, *Rev. Vas. Der. Priv. Arb.*, nº 3, 1993, pág. 432.

<sup>433</sup> Auto AP de Cádiz, de 12 de junio de 1992, cit., pág. 433.

jueces en este caso estará en función de que la ley aplicable al procedimiento arbitral, que suele ser la del lugar de celebración del arbitraje, lo permita.

Por otra parte, esta norma trata de garantizar igualmente la efectividad del arbitraje, en cuanto que implícitamente hace referencia a la cooperación judicial en el arbitraje que, en ocasiones, es absolutamente necesaria. Y, por ende, hace referencia, siquiera de forma indirecta, a una cuestión de gran interés, puesto que parece impedir que las partes puedan acordar la exclusión de los jueces en materia cautelar. Esta cuestión será tratada en el epígrafe correspondiente<sup>434</sup>.

#### **4.- Fin de la polémica en torno a la interpretación del artículo II.3 del Convenio de Nueva York de 1958: La Ley Modelo UNCITRAL de 1985**

Los problemas surgidos en relación con el Convenio de Ginebra de 1961 se proyectan de alguna manera en el Convenio de Nueva York de 1958. En este sentido, la Ley Modelo UNCITRAL también persigue como segundo objetivo zanjar la problemática que se había planteado en torno a la interpretación del art. II.3 del Convenio de Nueva York de 1958 el cual establece que<sup>435</sup>: *“El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”*.

---

<sup>434</sup> Vid. el epígrafe 3.3 del Capítulo II de este trabajo, págs. 174 y ss.

<sup>435</sup> HOLTZMANN, H.M. – NEUHAUS, J.E.: *A guide to ...*, op. cit., pág. 332.



Este precepto plantea la cuestión de determinar si bajo los auspicios de este Convenio se permite la tutela cautelar de los jueces y tribunales en apoyo de un arbitraje o, por el contrario, queda prohibida. Ésta ha sido una cuestión ampliamente debatida, pero limitada, sobre todo, a los tribunales de Estados Unidos, como se verá a continuación.

El alcance de esta norma no ha sido pacífico en los diferentes Estados. Conviene, en primer término, determinar cuál era la intención del legislador y, a continuación, hacer mención a la hermenéutica que de ella ha hecho parte de la doctrina y también la jurisprudencia. Desafortunadamente, no cabe acudir a su historia legislativa, ya que fue elaborada e incluida en el texto del Convenio en la última sesión de la Conferencia de las Naciones Unidas<sup>436</sup>. Sin embargo, no resulta difícil conocer su verdadero objetivo, teniendo en cuenta que fue elaborado en el seno de las Naciones Unidas, al igual que La Ley Modelo CNUDMI o las Reglas de arbitraje de la CNUDMI. Bastará ver la finalidad de éstas últimas para conocer el sentido de aquella.

Efectivamente, tanto el artículo 9 de la Ley Modelo, como el art. 26. 3 de las Reglas de la CNUDMI, declaran expresamente que la solicitud de medidas cautelares a los jueces no será incompatible con la existencia de un acuerdo de arbitraje. Esto es, el hecho de que exista una cláusula de este tipo no debe impedir que las partes soliciten medidas cautelares a la jurisdicción estatal. Ya ha quedado suficientemente probado en el epígrafe anterior la compatibilidad entre la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción estatal y la posible existencia de una cláusula arbitral.

Por tanto, si el Convenio de Ginebra de 1961 afirma esta compatibilidad y dicho Convenio fue elaborado como complemento

---

<sup>436</sup> HOLMES, A.: "Pre-award Attachment Under the U.N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", *Vir. Jour. Int. L.*, 1981, vol. 21, págs. 790 y 791.; McDONELL, N.E.: "The Availability of ...", art. cit., pág. 289.

necesario del Convenio de Nueva York de 1958, carece de sentido extraer interpretaciones contrapuestas de ambos textos. De hecho, el Convenio de Nueva York no pretende restringir, en ningún momento, la intervención de los jueces en el arbitraje. Esta es, además, la posición seguida por la doctrina más solvente -VAN DEN BERG o BÖSCH- afirmándose que “el Convenio no prohíbe la tutela provisional por los jueces y tribunales estatales”<sup>437</sup>. Como colofón, hay que añadir que constituye la tendencia seguida en la gran mayoría de los sistemas jurídicos estatales.

Esta interpretación se corrobora también en diferentes textos convencionales multilaterales y bilaterales, así como en los distintos Reglamentos institucionales. A modo de ejemplo, citaremos el Convenio Hispano-Francés sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas, de 28 de mayo de 1969, en cuyo artículo 10.2 dispone: “(...), *los tribunales de cada parte contratante podrán, en caso de urgencia, decretar medidas provisionales o cautelares, cualquiera que sea el tribunal que entiende en el fondo del litigio*”. De ello se deduce que, con independencia de que el fondo del asunto esté en manos de un tribunal arbitral, los jueces de cualquiera de los dos Estados podrán adoptar una medida cautelar, cuando las circunstancias así lo requieran.

Se impone ahora, pues, determinar el verdadero sentido del citado artículo II.3 del Convenio de Nueva York que hace referencia también al efecto negativo de la cláusula arbitral. De acuerdo con el mismo, la existencia de un acuerdo de arbitraje implica necesariamente la incompetencia de la jurisdicción estatal para conocer del fondo del

---

<sup>437</sup> JAN VAN DEN BERG, A.: *The New York Arbitration Convention of 1958*, Países Bajos, Kluwer, 1981, pág. 140; BÖSCH, A.: *Provisional Remedies ...*, op. cit., pág. 13; JAN VAN DEN BERG, A.: “Court Decisions on the 1958 New York Convention”, *Year. Com. Arb.*, 1987, vol. XII, págs. 443-445; SHENTON, D.W.: “Reports on England”, *Int. Bus. Law.*, marzo, 1984, pág. 101; QUAKRAT, Ph.: “L’arbitrage commercial international ...”, art. cit., pág. 240.

asunto<sup>438</sup>. Sin embargo, y a diferencia de los que algunos tribunales han considerado, este efecto negativo no opera respecto de las medidas cautelares<sup>439</sup>. Esto es, consagra la exclusividad de la competencia del tribunal arbitral sobre el fondo del asunto pero, en ningún caso, respecto de la tutela cautelar.

Así, el hecho de que no se les permita a los jueces estatales inmiscuirse en el fondo del asunto no impide que, en determinadas situaciones, su intervención sea necesaria a fin de asegurar el buen desarrollo del procedimiento arbitral. Es más, hemos visto como se trata de dos procedimientos perfectamente diferenciados y con finalidades también distintas. Precisamente, por el hecho de encontrarnos ante procedimientos separados no se benefician de la especial protección y apoyo previsto en el Convenio de Nueva York de 1958.

En efecto, una rígida aplicación del efecto negativo de la cláusula arbitral dejaría al arbitraje inoperante, en cuanto que hay determinados momentos donde existe una imposibilidad absoluta de actuación por parte de los árbitros, por ejemplo, en la fase previa a la constitución del tribunal arbitral. Privar de competencia a los jueces respecto del arbitraje, siempre y en todo caso, lo convertiría en una vía de resolución de controversias ineficaz en un gran número de supuestos.

En definitiva, los objetivos básicos del Convenio de Nueva York de 1958 son dos. Por un lado, asegurar el reconocimiento de los acuerdos de arbitraje a nivel internacional. Y, por otro, garantizar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. En este sentido, pone de manifiesto que corresponde a los jueces el cerciorarse de que la

---

<sup>438</sup> *United States Court of Appeals, First Circuit*, de 1982, Asunto *Ledee v. Ceramiche Ragno*, 684 F. 2d 184; BROWER, C.H.: "What I tell ...", art. cit., pág. 981.

<sup>439</sup> Vid. Seventh Secretariat note, Analytical Commentary on Draft Text, de 25 de marzo de 1984, A/CN.9/264, en HOLTZMANN, H.M. – NEUHAUS, J.E.: *A Guide to ...*, op. cit., pág. 343; McDONELL, N.E.: "The Availability of ...", art. cit., pág. 284; JAN VAN DEN BERG, A.: *The New York ...*, op. cit., págs. 139-141.

libertad de los árbitros para ejercer su función jurisdiccional está protegida y será respetada. Son ellos quienes tienen que remitir a las partes a arbitraje cuando, a pesar de la existencia de una cláusula arbitral, una de ellas opta por interponer la demanda ante la jurisdicción estatal. Pero, el Convenio de Nueva York en ningún momento está regulando la cuestión de la tutela cautelar, sino que guarda silencio sobre el particular. Por tanto, los jueces deberán determinar su competencia para actuar en apoyo del arbitraje, de conformidad con la ley reguladora del procedimiento arbitral, que suele ser la ley del foro, aunque no necesariamente<sup>440</sup>.

#### **4.1.- La errónea y problemática interpretación del artículo II.3 del Convenio de Nueva York de 1958 por parte de la jurisprudencia americana**

La interpretación más problemática e incorrecta del artículo II.3 del Convenio de Nueva York de 1958 ha sido efectuada por los tribunales de algunos Estados americanos. Un análisis extremadamente rígido de esta norma les ha llevado, en ocasiones, a denegar la colaboración judicial solicitada en materia cautelar por una de las partes. En consecuencia, eran remitidas a arbitraje alegando la existencia de una cláusula arbitral válida. En esta línea se pronuncia la jurisprudencia al afirmar que “cuando hay una cláusula arbitral los jueces se tienen que abstener y declararse incompetentes”<sup>441</sup>.

---

<sup>440</sup> GOLDMAN, C.: “Mesures provisoires et ...”, art. cit., pág. 7. JAN VAN DEN BERG, A.: *The New York ...*, op. cit., pág. 139; BOISSÉSON, M.: *Le droit français ...*, op. cit., nº 756, pág. ; GAILLARD, E.: *J.-Cl. Dr. Int.*, fascículo 586-8-2, nº 151.

<sup>441</sup> Se trata de los asuntos: *McCreary Tire & Rubber Co. v. CEAT*, 501 F. 2d 1032 (3rd Circuit 1974); *Metropolitan World Tanker Corp. v. P.N. Pertamina Minjakdangas Buni National* 427 F. Supp. 2 (S.D.N.Y. 1975); *I.T.A.D. Assocs. v. Podar Bros.*, 636 F. 2d 75, (4th Cir. 1981); *Cooper v. Ateliers de la Motobecane S.A.*, 456 N.Y.S. 2d 728 (1982).

Esta negativa a cooperar se fundaba en que, en el hipotético supuesto de hacerlo, supondría someter a los jueces un asunto que, en principio, debía conocer un tribunal arbitral<sup>442</sup>. Entre alguno de los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia americana para denegar su cooperación figura que “el Convenio prevé expresamente este tipo de medidas ejecutivas pero únicamente cuando se trate de ejecutar un laudo. De ahí que se ha de evitar cualquier interferencia hasta que el árbitro emita su decisión final”<sup>443</sup>. Se mostraban bastante reticentes a anticipar, en cierto modo, la decisión sobre un asunto que, en realidad no era de su incumbencia, por cuanto que las partes habían acordado resolverlo en un foro neutral como es el arbitraje<sup>444</sup>.

Sin duda alguna, esa interpretación es errónea, pues, como veremos, la propia existencia de unos límites inherentes a la institución arbitral obliga a la necesaria intervención de los jueces, en algunos supuestos. Carecería de sentido entender la solicitud de cooperación judicial como una renuncia al arbitraje. De hecho, ya se ha visto como esta idea aparece superada actualmente. Es por ello que se ha plasmado en muchos textos normativos la compatibilidad entre el procedimiento arbitral y la solicitud de medidas cautelares ante los jueces.

En el primero de los asuntos planteados en 1974 –*McCreary Tire & Rubber Co. v. CEAT*-<sup>445</sup> se rechaza la adopción de medidas cautelares.

---

<sup>442</sup> *United States Court of Appeals, 8<sup>th</sup> Circuit*, de 1984, en el asunto *Merril Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Hovey*, 726 F.2d, 1286; BROWER, C.: “What I Tell...”, art. cit., pág. 978; STEWART MACCLEDON – EVERARD GOODMAN, R.: *International Commercial Arbitration in New York*, Nueva York, Transnational Publishers, 1986, pág. 99.

<sup>443</sup> *United States District Court, Southern District of New York (S.D.N.Y.)*, de 1982, Asunto *Cooper v. Ateliers de la Motobecane S.A.*, 456 2d 728; BROWER, C.: “What I Tell ...”, art. cit., pág. 983.

<sup>444</sup> WAGONER, D.: “Interim Relief in International Arbitration: Enforcement is a Substantial Problem”, *Diput. Res. Jour.*, octubre, 1996, vol. 51, pág. 68.

<sup>445</sup> *United States Court of Appeals, 3<sup>rd</sup> Circuit*, de 1974, en el asunto *McCreary Tire & Rubber Co. v. CEAT*, 501 F. 2d 1038; BROWER, C.: “What I Tell...”, art. cit., pág. 981.

Esta decisión marcará un precedente importante que servirá de apoyo en otros muchos supuestos<sup>446</sup>. En este caso, una empresa americana obtuvo una medida cautelar de un tribunal de Pensilvania y ejercitó, asimismo, una acción de resolución de contrato contra una compañía italiana por razones que no vienen al caso. Ésta última llevó el asunto ante el Tribunal federal y, alegando la existencia de una cláusula arbitral en el contrato, solicitó el sobreseimiento del asunto, así como la anulación de la medida cautelar obtenida.

El Tribunal del distrito denegó ambas peticiones. Finalmente, en apelación el Tribunal del Tercer Circuito las concedió, esto es, declaró el sobreseimiento del asunto y la anulación de la medida cautelar acordada previamente. La argumentación seguida en este caso giraba en torno a que la remisión a arbitraje impuesta por el Convenio de Nueva York impedía la adopción de medidas cautelares por los jueces. Y, además, añadía que dicha solicitud implicaba un intento de eludir la cláusula arbitral.

Varios han sido los asuntos que han asumido esta misma decisión, si bien a veces añaden algún argumento nuevo. En ocasiones, no referían directamente a las medidas cautelares, pero se podía deducir de forma indirecta una respuesta a esta cuestión en la misma línea que el asunto anterior. Concretamente, los Tribunales federales americanos en el asunto *Ledee v. Ceramiche Ragno* tras remitir a las partes a arbitraje, de conformidad con el artículo II.3 del Convenio, por existir una cláusula arbitral válida, declararon que la jurisdicción estatal no conservaba ningún tipo de jurisdicción sobre el asunto<sup>447</sup>.

---

<sup>446</sup> *United States District Court, Eastern District of New York (E.D.N.Y.)*, de 1989, en el asunto *Astor Chocolate Corp. v. Mikroverk*, 704 F. Supp., 30, 35; *United States District Court, Northern District*, de 1989, en el asunto *Marchetto v. DeKalb Genetics Corp.*, 711 F. Supp. 936, 937; BROWER, C.: "What I Tell...", art. cit., págs. 992 y 996.

<sup>447</sup> *United States Court of Appeals, First Circuit*, de 1982, Asunto *Ledee v. Ceramiche Ragno*, 684 F. 2d 184; *United States Court of Appeals, 2<sup>nd</sup> Circuit*, de 1991, en el asunto *David L. Threlked & Co. v. Metallgesellschaft Ltd.*, 923, F. 2d, 245, 253, nº 2; BROWER,

Otras veces afirman que la adopción de medidas cautelares por parte de los jueces, no sólo va en contra de los términos del Convenio neoyorquino, sino también del acuerdo de las partes de someter el asunto a arbitraje<sup>448</sup>. Incluso han llegado a decir que no tenían alternativa a la declaración de incompetencia ante la presencia de una cláusula arbitral válida, por cuanto que resulta totalmente incompatible remitir a las partes a arbitraje y, al mismo tiempo, ordenar una medida cautelar<sup>449</sup>. El Tribunal Supremo de Nueva York vuelve a pronunciarse de forma similar en 1988 en el asunto *Drexel Burnham Lambert Inc. v. Heinz Ruebsamen, Jr. And Werner Ruebsamen*. Afirma que, de conformidad con el Convenio de Nueva York, la adopción de medidas cautelares por parte de los jueces está prohibida. Y, además, añade que la intención de los redactores del Convenio era precisamente de excluir la intervención de los jueces hasta que el laudo arbitral fuese emitido<sup>450</sup>.

Afortunadamente, no fue ésta la tónica general seguida por todos los tribunales americanos, pues hay otros casos en los que en las mismas circunstancias se admite la adopción de tales medidas. El asunto en el que se acuerda, por vez primera, la adopción de este tipo de medidas en absoluta contradicción, por tanto, con la línea de interpretación iniciada por el caso anterior, es en 1977 entre *-Carolina Power & Light Company v. Uranex*<sup>451</sup>-. De hecho, el asunto “*McCreary*” y

---

C.: “What I tell...”, art. cit., págs. 987 y 993. Si bien, en el último caso el tribunal es perfectamente consciente de la problemática que existe en torno a dicha cuestión y la pone de manifiesto en el propio texto de la sentencia.

<sup>448</sup> *United States Court of Appeals, Forth Circuit*, de 1981, asunto *I.T.A.D. Assoc. v. Podar Bros.*, 636 F. 2d, 75, 76; BROWER, C.: “What I Tell ...”, art. cit., pág. 988.

<sup>449</sup> *United States District Court, Eastern District of Mo.*, de 1985, en el asunto *McDonnell Douglas Corp. v. Kingdom of Denmark*, 607, F. Supp. 1016; BROWER, C.: “What I Tell ...”, art. cit., pág. 989.

<sup>450</sup> Sent. TS de Nueva York, de junio de 1988, Apellate Division, en el asunto *Drexel Burnham Lambert Inc. v. Heinz Ruebsamen, Jr. And Werner Ruebsamen*, en *Mealey Int. Arb. Rep.*, 1988, pág. 17.

<sup>451</sup> *United States District Court Northern District of California*, de 30 de noviembre de 1977, en el asunto *Carolina Power & Light Company v. Uranex*, 451 F. Supp.; BROWER, C.: “What I Tell ...”, art. cit., pág. 985.

éste son los hitos más importantes, por cuanto que son los primeros que resuelven sobre esta cuestión e inician dos líneas jurisprudenciales totalmente contrapuestas.

Los hechos que dan lugar a esta decisión tienen su origen en un contrato de suministro por diez años de duración celebrado entre una empresa de servicio público de Carolina del Norte y otra de abastecimiento de uranio de nacionalidad francesa. En dicho contrato insertan una cláusula arbitral para cualquier conflicto que pueda surgir en la ejecución o interpretación del mismo, y determinan como sede del arbitraje Nueva York. Durante el desarrollo de la relación contractual se produce un incremento espectacular del precio del uranio en el mercado. Razón por la cual, la empresa francesa estima que, dadas las nuevas circunstancias, resulta imposible mantener las condiciones pactadas.

Ante esta nueva situación, las partes inician el arbitraje en Nueva York, tal y como se había previsto. No obstante, el temor de la empresa americana a que no pudiera ser ejecutado el laudo arbitral en Estados Unidos, le lleva a solicitar ante la jurisdicción estatal de California, como medida cautelar, el embargo de 85 millones de dólares de la empresa francesa con el fin de asegurarse el cumplimiento de la decisión final. Ésta última se opuso a tal medida citando, por un lado, el asunto *McCreary* como precedente y, por otro, alegando que dicha orden iba en contra de lo dispuesto en el artículo II.3 del Convenio de Nueva York de 1958. El Tribunal acordó finalmente conceder tal medida cautelar apartándose de la línea de interpretación iniciada por el caso anterior.

Los argumentos utilizados para defender la posibilidad de adoptar medidas cautelares en apoyo de un arbitraje fueron diversos. Entre ellos cabe destacar, en primer lugar, la inexistencia de una prohibición expresa al respecto en el propio Convenio de Nueva York al igual que tampoco cabía deducir de forma implícita que el recurso a los jueces estatales estaba excluido. En segundo lugar, el hecho de que el artículo II.3 obligara a los jueces a remitir a las partes a arbitraje no implicaba,



en absoluto, que la adopción de medidas cautelares quedase prohibida. A partir de esta sentencia, muchas han sido las que se han dictado basándose en esta misma solución<sup>452</sup>.

Finalmente, también es posible que los jueces acuerden ordenar las medidas cautelares solicitadas apoyándose en razonamientos distintos, por ejemplo, por estimarse necesarias para mantener el *statu quo* de las partes en el proceso arbitral<sup>453</sup>, o bien por entender que constituyen una ayuda al arbitraje y no un intento de evasión del mismo<sup>454</sup>. Este es, más o menos, el argumento seguido por un tribunal americano en apelación en el asunto *Sauer-Getriebe KG v. White Hydraulics, Inc.* para conceder la medida denegada por el tribunal que conoció en la instancia previa.

El conflicto tenía su origen en un contrato de distribución exclusiva celebrado entre una empresa americana -productora- y otra alemana -distribuidora-. La controversia se inició cuando ésta última tuvo conocimiento de que la productora iba a vender mercancía también a una tercera empresa, incumpliendo, por tanto, los términos del contrato. De inmediato, la empresa distribuidora solicitó, como medida cautelar, que se paralizara la entrega de la mercancía al tercero hasta que se

---

<sup>452</sup> Los tribunales americanos se pronuncian más correctamente en estos dos casos al aceptar la adopción de medidas cautelares por un juez estatal aun cuando existía un acuerdo de arbitraje. Vid. los asuntos: *United States District Court, Eastern District of Washington*, de 1984, en el asunto *Matrenord, S.A. v. Zokor International Ltd.*, N° 84-1639, ship. op. (ED. Ill. dec., 19, 1984); así como *United States District Court, Southern District of New York (S.D.N.Y.)*, de 1984, en el asunto *Rogers, Burgun, Shahine & Deschler, Inc. v. Dongson Constr. Co.*, 598 F. Supp. 754; SCHWARTZ, E.: "The Practices and ...", art. cit., pág. 48; *United States Court of Appeals, Second Circuit*, de 1990, en el asunto *Menthal v. Merrill Lynch*, 910 F. 2d 1049; Asunto *Castelan v. M/V/ Mercantil Parati* No. 91-1351, 1991 U.S. District LEXIS 6472; *United States Court of Appeals, 9<sup>th</sup> Circuit*, de 1988, en el asunto *PMS Distrib. Co. v. Huber & Shuner, A.G.*, 863, F. 2d., 639; BROWER, C.: "what I Tell ...", art. cit., pág. 991 y 992.

<sup>453</sup> *United States Court of Appeals, Second Circuit*, de 1984, en el asunto *Roso-Lino Beverage Distrib., Inc. v. Coca-cola Bottling Co. de Nueva York*, 749 F.2d, 124, 125; BROWER, C.: "What I Tell ...", art. cit., pág. 978.

<sup>454</sup> *United States Court of Appeals, 2<sup>nd</sup> Circuit*, de 1990, en el asunto *Borden, Inc. v. Meiji Milk Prods. Co.*, 919, F. 2d, 822, 825-826; BROWER, C.: "what I Tell ...", art. cit., pág. 991 y 992.

resolviera en el procedimiento arbitral. El tribunal denegó la adopción de la medida solicitada en primera instancia, sin embargo, en apelación el juez la concedió<sup>455</sup>.

A la vista de lo que hemos señalado, se percibe lo erróneo de las soluciones mantenidas por los tribunales americanos. Se hace necesario, pues, introducir en EE.UU. una disposición que, por un lado, facilite el acceso a los tribunales estatales en materia cautelar, a pesar de la existencia de una cláusula arbitral. Y, por otro, declare la compatibilidad entre uno y otro procedimiento.

#### **4.1.1.- Los motivos que originan la errónea interpretación del art. II.3 del Convenio de Nueva York de 1958 por los tribunales americanos**

Esta enorme falta de uniformidad en la jurisprudencia de EE.UU., relativa al artículo II.3 del Convenio de Nueva York de 1958, se debe fundamentalmente a dos factores. El primero de ellos, al hecho de que el *Federal Arbitration Act* -F.A.A.- guarde silencio sobre la competencia de los tribunales estatales en materia cautelar. De hecho, únicamente admite expresamente la adopción de medidas cautelares en los arbitrajes en materia marítima. Seguramente, la doctrina y la jurisprudencia debieron interpretar que se excluía su adopción en el resto de los supuestos, esto es, cuando no se tratare de cuestiones de esta naturaleza.

En efecto, la jurisprudencia muestra un conjunto de supuestos en los que se ordenaron medidas cautelares advirtiendo del carácter

---

<sup>455</sup> *United States Court of Appeals, Seventh Circuit*, en el asunto *Sauer-Getriebe KG v. White Hydraulics, Inc.*, 715 F. 2d. 348; BROWER, C.: "What I Tell ...", art. cit., pág. 994.

excepcional que revestía en esos casos su admisión<sup>456</sup>. En la práctica, los tribunales estimaban que en el sector marítimo, la adopción de medidas de protección no contravenía los términos del Convenio<sup>457</sup>. Esta argumentación no es defendible, desde el punto de vista de la lógica jurídica, ya que el Convenio no distingue en ningún momento entre arbitrajes comerciales y marítimos<sup>458</sup>. De ahí que, o bien debemos entender que las admite en ambos casos o las prohíbe en los dos. Pero no cabe hacer una diferenciación entre la solución dada para uno y otros, al menos, basándose en los términos del Convenio.

El segundo factor que origina esta falta de uniformidad hace referencia a la falta de participación activa, así como de información por parte de la doctrina y la jurisprudencia americana, tanto de los antecedentes del Convenio, como de sus trabajos preparatorios<sup>459</sup>. Desconocimiento que provocó la incorrecta interpretación del artículo II.3 del mismo. Esta falta de homogeneidad y de claridad dejaba a las partes en una situación muy delicada e incómoda, por cuanto existía una incertidumbre absoluta respecto de cuál iba a ser la actitud de los jueces ante la solicitud de una medida cautelar en apoyo de un arbitraje. Hecho que, sin duda alguna, influiría negativamente en la elección del arbitraje como la vía de resolución de controversias, llevando a las partes a acudir mayoritariamente a la vía jurisdiccional.

Es de esperar que los tribunales americanos acepten ya de forma universal la compatibilidad entre la adopción de medidas cautelares por

---

<sup>456</sup> *United States Court of Appeals, 5<sup>th</sup> Circuit*, de 1989, en el asunto *E.A.S.T., Inc. Of Stamford, Conn. v. M/V ALAIA*, 876 F. 2d, 1168; BROWER, C.: "What I Tell ...", art. cit., pág. 990.

<sup>457</sup> *United States District Court for the Southern District of New York (S.D.N.Y.)*, de 23 de septiembre de 1977, en el asunto *Andros Compania Maritima, S.A. v. Andre & Cie, S.A.*, 430 F. Supp.; BROWER, C.: "What I Tell ...", art. cit., pág. 999.

<sup>458</sup> McDONELL, N.E.: "The Availavility of ...", art. cit., págs. 286-287; PEW, C.E. – JARVIS, R.M.: "Pre-Award Attachment ...", art. cit., pág. 33.

<sup>459</sup> BROWER, C.: "What I Tell ...", op. cit., pág. 1020.

los jueces en función de un arbitraje comercial internacional<sup>460</sup>.

#### **4.2.- Propuestas doctrinales de modificación del Convenio de Nueva York de 1958**

Algunos autores como JARVIN o CREMADES se han planteado la conveniencia de introducir una modificación en el Convenio de Nueva York de 1958 en el sentido de excluir la competencia concurrente de los jueces en la adopción de medidas cautelares durante el desarrollo de un arbitraje<sup>461</sup>. Esta idea tiene por objeto, precisamente, evitar que la incorrecta interpretación del artículo II.3 del mencionado Convenio lleve, en algunos casos, a una denegación de justicia como ha ocurrido en numerosas ocasiones. Sin embargo, la respuesta a esta cuestión no puede ser más que negativa. Esta idea se fundamenta en que, a menudo, el recurso a los jueces en la materia puede tener por objeto únicamente retrasar el procedimiento arbitral haciéndolo más costoso y difícil para la parte adversaria.

Este argumento, si bien es relevante, no es motivo suficiente para introducir una modificación de tal magnitud en el Convenio de Nueva York de 1958, por cuanto que la solicitud de medidas cautelares ante una autoridad estatal, aunque en algún caso puede pretender tal finalidad, no siempre tiene la intención de retrasar el proceso, sino más bien todo lo contrario. Es más, a veces, las partes recurren a los jueces en busca de una mayor efectividad y rapidez. Especialmente, cuando se trata de una medida que lleva aparejada una ejecución o bien, si se requiere una medida cautelar en la fase previa a la constitución del tribunal arbitral, -cuestión que suele ser muy habitual en la práctica-. Y,

---

<sup>460</sup> BROWER, C. – TUPMAN, W.M.: “Court-Ordered Provisional ...”, art. cit., pág. 25.

asimismo, cuando la medida se dirige contra terceras partes ajenas al acuerdo de arbitraje, por cuanto que el árbitro carece de cualquier autoridad sobre ellas por ser ajenas al acuerdo de arbitraje.

De todo ello se debe concluir que resulta imprescindible un cierto grado de cooperación de los jueces en el arbitraje. Consecuentemente, carecería de sentido modificar el Convenio de Nueva York de 1958 denegando el poder de los jueces en materia cautelar en función de un arbitraje, pues ésta se estima imprescindible en algunos casos<sup>462</sup>. Una modificación del Convenio en el sentido apuntado supondría aumentar todavía más, si cabe, la complejidad de la cuestión, pues no todos los sistemas atribuyen poder a los árbitros para su adopción. La denegación del poder de los jueces para intervenir en materia cautelar en apoyo de un arbitraje implicaría, en algunos casos, la vulneración de la tutela judicial efectiva de alguna de las partes. Es por ello, que en lugar de hacerse este tipo de planteamientos, sería preferible desarrollar más la idea de cooperación entre unos órganos y otros, modificando la legislación en materia arbitral a tal efecto<sup>463</sup>.

#### **4.3.- La tónica seguida en otros sistemas jurídicos nacionales**

Afortunadamente, la interpretación realizada por gran parte de la jurisprudencia americana no ha sido seguida por los tribunales del resto del mundo. En Europa, por ejemplo, la cuestión se ha suscitado ante el Tribunal de Casación italiano en el asunto *Scherk Entreprises A.G. v. Société des Grandes Marques*. En el mismo, el Alto Tribunal manifestaba expresamente que un juez tiene poder para ordenar medidas cautelares

---

<sup>461</sup> JARVIN, S.: "Is the Exclusion of Concurrent Court's Jurisdiction Over Conservatory Measures to be Introduced by a Revision of the Convention?", *Jour. Int. Arb.*, vol. 6, 1989, págs. 171-180. CREMADES, B.M.: "Is the Exclusion ...", art. cit., pág. 111.

<sup>462</sup> JARVIN, S.: "Is the Exclusion ...", art. cit., pág. 178.

<sup>463</sup> CREMADES, B.M.: "Is the Exclusion ...", art. cit., págs. 111 y 112.

en el curso de un procedimiento arbitral<sup>464</sup>. Asimismo, en Inglaterra se ha declarado en la práctica totalidad de los supuestos la competencia de los jueces en relación con un arbitraje cuando se estime necesario para asegurar la efectividad del laudo arbitral. Y los jueces ingleses en ningún momento han dudado acerca de su legitimidad por el hecho de existir una cláusula arbitral<sup>465</sup>.

De hecho, incluso antes de entrar en vigor la Arbitration Act de 1996, esto es, cuando todavía estaba vigente la Arbitration Act de 1950 no existía duda alguna acerca de que, de conformidad con el artículo 12.6 de la misma, cuando los jueces remitían a las partes a arbitraje por existir una cláusula arbitral válida, seguían conservando exactamente los mismos poderes para la adopción de medidas cautelares<sup>466</sup>. Concretamente, este precepto atribuía competencia a los jueces para ordenar la custodia, la venta o el embargo de los bienes que fueran objeto de arbitraje<sup>467</sup>.

Esta línea se ha mantenido también en la práctica arbitral. En este sentido, las decisiones de la C.C.I. tampoco han planteado problemas puesto que han diferenciado perfectamente, entre la labor exclusiva del árbitro para conocer del fondo del asunto, y la posibilidad simultánea de que el juez intervenga para la adopción de medidas cautelares. Concretamente, en el laudo dictado en 1983 en el seno de la C.C.I. en el asunto núm. 4156, la parte contra la que se había solicitado la medida alegó la imposibilidad de que el juez interviniera en la adopción de una medida cautelar por tratarse de una cuestión que afectaba al fondo del

---

<sup>464</sup> *Corte di Cassazione*, Sent. de 1978, en el asunto *Scherk Entreprises A.G. v. Société des Grandes Marques*, *Year. Com. Arb.*, 1979, pág. 286.

<sup>465</sup> *Court of Appeal* de Londres, de 1983, en el asunto *Astro Éxito Navegacion S.A. v. Chase Manhattan Bank N.A.*, *Will. Law Rev.*, 1983, vol. 3, pág. 130, en *Year. Com. Arb.*, 1979, págs., 323-326; BROWER, C.: "What I Tell ...", art. cit., pág. 975.

<sup>466</sup> BROWER, C. – TUPMAN, W.M.: "Court-Ordered Provisional Measures Under the New York Convention", *Am. Jour. Int. Law*, vol. 80, 1986, pág 35.

<sup>467</sup> Artículo 12.6 de la Ley de arbitraje inglesa de 1950.

litigio, siendo ésta competencia exclusiva de los árbitros. El tribunal declaró que la intervención del juez en esas circunstancias no afectaba, en absoluto, a la validez de la cláusula arbitral puesto que eran perfectamente compatibles<sup>468</sup>.

La escasa práctica arbitral que hay en España también interpreta el Convenio de Nueva York de 1958 en el mismo sentido, en cuanto que si se solicitan medidas cautelares ante un juez estatal existiendo una cláusula de arbitraje, éste deberá adoptarlas aunque esté obligado a remitir a las partes a arbitraje en cuanto al fondo del asunto, en virtud de lo dispuesto en el artículo II.3 del citado Convenio<sup>469</sup>.

#### ***4.4.- Una situación paralela: El Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965***

Una situación similar a la que hemos analizado en relación con el Convenio de Nueva York de 1958 se ha originado también en torno al Convenio de Washington de 1965. Si bien es cierto, que no estamos ante situaciones idénticas –pues, en este caso no se trata de un arbitraje celebrado entre particulares, sino que interviene un Estado como parte-, puede servir, sin embargo, de referencia para la cuestión que estamos tratando. El art. 26 del Convenio C.I.A.D.I. dispone que: “*Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso (...)*”.

---

<sup>468</sup> Laudo núm. 4156/1983, de la C.C.I., *J.D.I.*, 1984, pág. 937.

<sup>469</sup> CREMADES, B.M.: “Is the Exclusion ...”, art. cit., pág. 110.

Esta disposición también ha sido interpretada por los tribunales, especialmente por los belgas y suizos, como excluyente de la competencia de los jueces en materia cautelar<sup>470</sup>. Estas soluciones han sido duramente criticadas por un sector doctrinal<sup>471</sup> y defendidas por otro<sup>472</sup>.

La jurisprudencia francesa también se ha pronunciado sobre esta disposición declarando que “si del texto del Convenio de la C.I.R.D.I. resulta que el tribunal arbitral tiene competencia para recomendar medidas cautelares de conservación, no por ello esta competencia tiene que ser exclusiva”<sup>473</sup>. Es más, el propio artículo 47 legitima al tribunal arbitral para la recomendación de las medidas cautelares, salvo que las partes dispongan otra cosa<sup>474</sup>. Nada impedirá, pues, de conformidad con este Convenio, que las partes convengan expresamente que la tutela provisional recaerá en manos de los jueces. Por tanto, el hecho de que, en principio, los árbitros sean competentes en materia cautelar no debe

---

<sup>470</sup> QUAKRAT, Ph.: “L’arbitrage commercial international ...”, art. cit., pág. 257.

<sup>471</sup> EBB, L.: “Flight of Assets from the Jurisdiction in the Twinkling of a Telex: Pre and Post Award Conservatory Relief in International Commercial Arbitration”, *Jour. Int. Arb.*, 1990, pág. 9; BROWER, C.- TUPMAN, .W.M.: “Court-Ordered Provisional Measures Under the New York Convention”, *Am. Jour. Int. Law*, 1986, pág. 24; BECKER, J.D.: “Attachments in Aid ...”, art. cit., págs. 44-48; MCDONELL: “The Availability of ...”, art. cit., pág. 273.

<sup>472</sup> PARRA, M.: “Mesures conservatoires et provisoires dans l’arbitrage international. L’expérience du C.I.R.D.I.”, *Rapport au neuvième colloque C.I.R.D.I./A.A.A./C.I.R.D.I. sur l’arbitrage international*; MARCHAIS, B.: “Mesures provisoires et autonomie de l’arbitrage C.I.R.D.I.”, *Dr. Pr. Com. Int.*, 1988, pág. 275. GOLDMAN, C.: “Mesures provisoires et ...”, art. cit., pág., 8.

<sup>473</sup> *Cour de Cassation*, (1<sup>a</sup> Ch. Civ), de 18 de noviembre de 1986, en el asunto *Atlantic Triton v. República de Guinea*, *J.D.I.*, 1987, pág. 125, en *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1987, págs. 760-764, nota de B. Audit, en *Rev. Arb.* 1987, pág. 315.

<sup>474</sup> *El artículo 47 del Convenio C.I.A.D.I. dispone: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes”.*



implicar la prohibición de acudir a la jurisdicción estatal para solicitar medidas de protección<sup>475</sup>.

El sentido en el que debe interpretarse el mencionado artículo 26 del Convenio de la C.I.A.D.I. es exactamente igual que el art. II.3 del Convenio de Nueva York de 1958. De este modo, se limitaría a reconocer el efecto negativo de la cláusula arbitral, es decir, la incompetencia de los jueces para conocer del fondo del asunto; más esta falta de legitimidad no afecta en materia cautelar. Si bien, no debemos olvidar que para que los jueces puedan adoptar medidas cautelares en un arbitraje de este tipo deberán pactarlo expresamente en la propia cláusula arbitral o en acuerdo separado *a posteriori*.

El hecho de que los jueces carezcan de competencia en este tipo de arbitrajes no implica que exista una incompatibilidad entre la existencia de la cláusula arbitral y la solicitud de medidas cautelares ante ellos, ya que las partes pueden atribuirles expresamente el poder para hacerlo en el convenio arbitral. Y, no debemos olvidar que en este tipo de arbitrajes interviene un Estado como parte, es por ello que, la solución que finalmente se ha dado en este caso no puede ser utilizada como argumento para defender la misma posición respecto del Convenio de Nueva York de 1958. Tan injusto resulta, a la postre, tratar dos casos iguales de forma desigual, como dos casos desiguales de igual forma.

No obstante, esta interpretación no siempre ha sido en este mismo sentido. De hecho, en alguna ocasión los jueces estatales han sido requeridos para adoptar una medida cautelar en función de un arbitraje sometido a la C.I.R.D.I y se han negado a colaborar. Este fue el caso en el que la empresa "MINE" pactó con el Gobierno de Guinea el transporte

---

<sup>475</sup> ORREGO VICUÑA, F.: "The binding nature of procedural orders in international arbitration", *Bull. C.C.I.*, vol. 10, nº 1, primavera 1999, pág. 45.

de un cargamento de bauxita. En el contrato incluyeron una cláusula arbitral en virtud de la cual acuerdan someter sus posibles conflictos futuros al Reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (C.I.R.D.I.).

En la ejecución del contrato surge un conflicto y la empresa “MINE” acude a la C.I.R.D.I., pero con carácter precautorio solicita una medida cautelar relativa al embargo de determinados bienes y dinero ante los jueces de Antwerp. El juez denegó la concesión de tal medida por estimarse incompetente amparándose en que, de conformidad con el artículo 26 de Convenio de Washington, se excluye tal posibilidad<sup>476</sup>. Así, el citado artículo dispone: *“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso (...)”*. No conforme la parte solicitante con la decisión, opta por solicitarla de nuevo, pero esta vez ante los jueces suizos, que vuelven a rechazarla alegando los mismos motivos que en el supuesto anterior<sup>477</sup>. Finalmente, vuelve a intentarlo ante la jurisdicción francesa, y el Tribunal de Casación francés declara en su Sentencia de 18 de noviembre de 1986, que el artículo 26 del Convenio C.I.R.D.I. no excluye la obtención de una orden de embargo de los jueces<sup>478</sup>.

Las argumentaciones del tribunal giraban en torno a la posibilidad de que las partes pudieran pactar de forma explícita o implícita tal exclusión, a tenor de lo dispuesto en la norma. Fue precisamente con posterioridad a esta sentencia cuando se modifica finalmente la normativa del Reglamento C.I.R.D.I. para clarificar esta cuestión y se

---

<sup>476</sup> Sent. Tribunal de Antwerp, de 27 de septiembre de 1985, *R.W.* (1987-88), pág. 290.

<sup>477</sup> *Cour de Cassation*, (1<sup>a</sup> Ch. Civ), de 18 de noviembre de 1986, en el asunto *Atlantic Triton v. República de Guinea*, *Year. Com. Arb.*, 1987, vol. 13, pág. 183.

declara expresamente que, los jueces carecen de competencia, salvo que las partes se la atribuyan expresamente<sup>479</sup>.

## **5.- La legitimidad del tribunal arbitral para adoptar medidas cautelares: ventajas e inconvenientes de la competencia de los árbitros**

En principio, cuando un tribunal arbitral acepta el nombramiento para un arbitraje determinado asume el compromiso de resolver el conflicto dictando una decisión que será vinculante para las partes. De modo que, con el fin de cumplir correctamente esta misión que se le ha encomendado, se hace necesario que el tribunal arbitral disponga de poder para dictar dos categorías de mandamientos. Por un lado, debe estar legitimado para ordenar cualquier medida que le permita conducir el procedimiento arbitral. De forma que cada una de las partes pueda presentar sus alegaciones y el tribunal arbitral se pueda informar de todos los elementos de hecho y de derecho que serán determinantes para poder resolver el litigio. Y, por otro lado, todas aquellas medidas destinadas a preservar el objeto del litigio y a evitar que éste se agrave<sup>480</sup>. En definitiva, el árbitro debe tener competencia desde el mismo comienzo del procedimiento respecto de todas aquellas cuestiones que son imprescindibles para mantener su capacidad de dictar una decisión equitativa y eficaz.

---

<sup>478</sup> *Cour de Cassation*, (1<sup>a</sup> Ch. Civ), de 18 de noviembre de 1986, en el asunto *Atlantic Triton v. República de Guinea*, *J.D.I.*, 1987, pág. 125, en *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1987, págs. 760-764, nota de B. Audit, en *Rev. Arb.* 1987, pág. 315.

<sup>479</sup> Artículo 39.5 del Reglamento de la C.I.R.D.I. establece: “*Nada en esta regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales (...)*”.

<sup>480</sup> DONOVAN, D.F.: “Powers of the ...”, art. cit., pág. 59.

Sin embargo, lo cierto es que la posibilidad real de que los árbitros puedan adoptar medidas cautelares depende del llamado “estatuto arbitral”<sup>481</sup>, que es en última instancia la norma reguladora del arbitraje. Dicho de otro modo, cuando se dirige una solicitud de medidas cautelares a un árbitro, éste tendrá que comprobar si efectivamente está o no legitimado para adoptarlas en ese caso concreto. El estatuto arbitral será el que resuelva la cuestión y se configura, en primer término, por la voluntad de las partes que vendrá expresada en el propio acuerdo de sometimiento<sup>482</sup>, puesto que estamos ante una institución de base contractual. En este sentido, el tribunal tendrá que examinar, tanto los pactos que las partes hayan incluido en el convenio y que hagan referencia al órgano competente en materia cautelar, como las Reglas de arbitraje elegidas expresamente por las partes. Y, finalmente, también la Ley aplicable al procedimiento, que suele ser habitualmente la ley del lugar de su celebración, así como la ley del lugar donde deba ejecutarse la medida solicitada<sup>483</sup>.

Este es, de hecho, el *iter* seguido habitualmente por los tribunales arbitrales de la C.C.I. ante una solicitud de medidas cautelares. En primer lugar, analizan el acuerdo de las partes, a continuación las Reglas de Arbitraje y, en último lugar, la ley del lugar de celebración del arbitraje, con el fin de conocer si disponen de poder para emitirlos o no. En efecto, el poder de los árbitros para adoptar medidas cautelares estará sujeto también a las normas imperativas de la ley del lugar de celebración del arbitraje<sup>484</sup>, tanto si es la ley del procedimiento, como si es una ley distinta. Tanto es así que, las partes no podrán infringir dichas normas por no ser disponibles para ellas.

---

<sup>481</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 188.

<sup>482</sup> BESSON, S.: *Arbitrage international et mesures provisoires. Étude de droit comparé*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1998, pág. 82; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 188.

<sup>483</sup> LEW, J.D.M.: “Commentary on Interim ...”, art. cit., pág. 25.

La viabilidad de la obtención de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje, ya sea de los jueces, ya sea de los árbitros, dependerá, dado el silencio de los Convenios internacionales existentes, de las posibles reglas de arbitraje que sean de aplicación, así como de la legislación del lugar donde dichas medidas sean solicitadas y de la ley del lugar en que deban hacerse efectivas tales medidas<sup>485</sup>.

### **5.1.- El fundamento teórico de la legitimidad de los árbitros en materia cautelar**

Conviene determinar, con carácter previo, si desde un punto de vista teórico, los árbitros están legitimados para adoptar medidas cautelares. O, por el contrario, si esta competencia debe corresponder tan sólo a los jueces estatales. Todo ello sin olvidar, como ya se ha apuntado que, en la práctica, la adopción por unos órganos u otros vendrá afectada por lo previsto en el estatuto arbitral.

La posibilidad de adoptar medidas cautelares por el tribunal arbitral ha sido una cuestión ampliamente debatida por la doctrina y, aunque todavía hoy no existe una respuesta unánime al respecto, parece que finalmente un sector mayoritario, no sólo se ha inclinado por admitirla, sino que la consideran una cuestión innegable<sup>486</sup>. No obstante, sigue existiendo una minoría de autores que se muestran contrarios a esta postura. Y, lógicamente, no faltan argumentos en favor de una y otra posición.

A) Con vistas a la solución de esta aparente controversia, en primer lugar, y desde un punto de vista que podríamos calificar de

---

<sup>484</sup> Laudo núm. 9301/1997, de la C.C.I, *inédito*.

<sup>485</sup> JARVIN, S.: "Is Exclusion of ...", art. cit., pág. 172.

<sup>486</sup> REINER, A.: "Les mesures provisoires ...", art. cit., pág. 882.

'lógica' arbitral, habrá que atender al fundamento contractual del arbitraje para resolver el problema. Así, por un lado, teniendo en cuenta que las partes, de forma libre y voluntaria, pueden decidir someter sus controversias a arbitraje, en lugar de acudir a la vía judicial. Y, por otro, el hecho de que las partes participen en la elección de los árbitros<sup>487</sup>, ya sea de forma directa o indirecta, según estemos ante un arbitraje *ad hoc* o institucional, constituyen elementos decisivos en la determinación del órgano competente en esta materia.

Las partes son quienes han confiado a los árbitros la resolución del fondo del asunto, por considerarlos los más apropiados. Es por ello que, deberían ser también los más idóneos para ordenar las medidas cautelares necesarias durante el desarrollo del procedimiento arbitral. Admitir lo contrario, supondría la paradoja de someter a las partes a unos órganos que expresamente habían descartado *a priori*. De acuerdo con esto, la intervención de los jueces parece que debería quedar excluida. O, en todo caso, limitarse a aquellos casos en que su colaboración es, realmente, imprescindible<sup>488</sup>. Esto, además, coadyuvaría a la consecución del objetivo de "rapidez" inherente al arbitraje.

B) En segundo lugar, el otro factor determinante a la hora de determinar el órgano competente en materia cautelar es la urgencia. Hay que plantearse, pues, quién podría actuar con mayor rapidez y efectividad. Y esto nos lleva necesariamente a atribuir la competencia a los árbitros, por ser los órganos que se encuentran en mejores condiciones para actuar, por estar conociendo del fondo del asunto y, por ende, contar con toda la información sobre el litigio.

C) Finalmente, la legitimidad de los árbitros deriva de la voluntad de las partes, que constituye la fuente de poder para adoptar decisiones

---

<sup>487</sup> REINER, A.: "Les mesures provisoires ...", art. cit., pág. 860.

definitivas en cuanto al fondo del asunto. Así, los árbitros resultan exclusivamente competentes para dictar un laudo arbitral final y obligatorio para las partes que pone fin a una controversia cuando exista una cláusula arbitral válida. Es por esta misma razón por la que un tribunal arbitral debería poder adoptar también medidas cautelares que, al fin y al cabo, son decisiones provisionales<sup>489</sup>. Nada impide, al menos en principio, que gocen de esta competencia.

Si a efectos de decidir tienen el mismo poder que un juez, ¿por qué no van a estar igualmente legitimados para ordenar medidas cautelares? Medidas de las que, en última instancia, va a depender la correcta solución del litigio planteado. Qué duda cabe que quien puede lo más, puede lo menos<sup>490</sup>.

En el arbitraje partimos de dos hechos sobre los que existe un amplio consenso en el plano comparado. Por un lado, la competencia del árbitro sobre el fondo del asunto. Y, por otro, el efecto de cosa juzgada del laudo arbitral que, desde el momento en que se dicta, tiene el mismo valor que una sentencia. Así, por ejemplo, lo dispone expresamente el artículo 37 de la Ley de Arbitraje española “*el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada (...)*”<sup>491</sup>.

Los árbitros son perfectamente competentes para dictar un laudo arbitral final que no podrá ser revisado en cuanto al fondo por ninguna instancia superior, con la lógica excepción del orden público. Sin embargo, se desconfía de su capacidad para adoptar una medida que es

---

<sup>488</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 206.

<sup>489</sup> DONOVAN, F. D.: “Powers of the ...”, art. cit., pág. 64; MUSTILL, V.M.: “Comments and conclusions”, *Conservatory and Provisional Measures...*, art. cit., pág. 121; ANCEL, J.P.: “Comments and Conclusions”, *Conservatory and Provisional Measures...*, art. cit., pág. 113; LUISO: “Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile”, *Riv. dell’Arb.*, 1991, pág. 254; CARLEVARIS, A.: “Les pouvoirs des ...”, art. cit., pág. 5.

<sup>490</sup> VARADY, T.: “Provisional Measures in ...”, art. cit., pág. 160.

<sup>491</sup> Artículo 37 de la Ley española de Arbitraje de 1988.

incidental a la vez que accesoria al proceso principal y, además, provisional. En efecto, resulta incongruente el hecho de que los árbitros estén perfectamente capacitados para resolver la controversia, pero no puedan resolver las cuestiones incidentales que surjan durante la resolución de la misma. La propia naturaleza provisional lleva necesariamente a que devengan contingentes siendo sustituidas por una decisión definitiva sobre el fondo.

a) Una de las razones que se aducen en contra del poder de los árbitros, y que veremos en el epígrafe siguiente, es que están sujetos a una serie de limitaciones que son inherentes a la propia institución, básicamente la tantas veces mencionada falta de poder de coerción - entre otras- para hacer efectivas las medidas cautelares. No obstante, esto no constituye un argumento suficiente para negarles el poder para adoptar medidas cautelares, puesto que el árbitro tampoco tiene poder para ejecutar el laudo arbitral y, sin embargo, nadie pone en duda su competencia para dictarlo.

b) Otro de los motivos que se alegan en contra del poder de los árbitros en materia cautelar, refiere a que mientras las decisiones de los jueces en la materia siempre podrán ser revisadas en apelación, no cabe tal posibilidad respecto de las decisiones arbitrales. Así, una vez dictada la orden cautelar por los árbitros, ya sea bajo la forma de orden o de laudo parcial, en principio, no podrá ser recurrida ni modificada siempre que concurren las mismas circunstancias que existían en el momento de su otorgamiento<sup>492</sup>. No obstante, lo cierto es que sí que cabrá su modificación por parte de los árbitros cuando se produzca *a posteriori* una alteración sustancial de alguno de los elementos determinantes que dieron lugar a la adopción de tal medida. En definitiva, cuando concurren

---

<sup>492</sup> Laudo núm. 9154/1997, de la C.C.I., *inédito*.



hechos tales que aconsejen, en consecuencia, la revisión o, incluso, la revocación de la medida acordada<sup>493</sup>.

Asimismo, sería conveniente que existiera una especie de control por parte de los jueces a la hora de proceder a la ejecución de una medida cautelar dictada por un árbitro. Ello supondría unas garantías suficientes para evitar cualquier abuso o irregularidad en su adopción. En este sentido, se propone la realización de una especie de *exequatur* para la ejecución de las medidas acordadas por un tribunal arbitral ampliando el poder de los jueces no sólo a la ejecución sino también a la modificación o revocación, en su caso<sup>494</sup>, tal y como ocurre en Alemania<sup>495</sup>.

En este sentido, el artículo 1041.3 de la Ley de arbitraje alemana permite que los jueces modifiquen las medidas ordenadas por los árbitros en dos supuestos. 1º.- Por un lado, cuando sea necesario a efectos de su ejecución por los jueces alemanes, esto es, para adaptarla alguna de las medidas previstas en su sistema. 2º.- Y, por otro, cabe en todo momento que el juez las anule o las modifique si lo considera oportuno.

Parece que, en principio, nada impide que los árbitros puedan adoptar medidas cautelares. Existen argumentos suficientes para sostener esta posición, al menos desde un punto de vista teórico. El problema que se plantea ahora es cómo conseguir que éstas se hagan efectivas, especialmente, cuando la parte contra la que se dictó la medida se niega a cumplirla de forma voluntaria. En este sentido, debemos realizar una distinción entre el poder para ordenar medidas y el

---

<sup>493</sup> Laudo núm. 9154/1997, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>494</sup> CARPI, F.: "I provvedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del codice de procedure civile: la competenza e il procedimento", *Riv. Trim. Dir. Prov. Civ.*, 1990, pág. 129; CARLEVARIS, A.: "Les pouvoirs des ...", *op. cit.*, pág. 5.

<sup>495</sup> Artículo 1041.3 de la Ley alemana de arbitraje de 1998.

poder para ejecutarlas. Ciertamente, los árbitros disponen del primero, esto es, del poder declarativo para dictarlas, pero carecen del poder ejecutivo para hacerlas efectivas. No obstante, esta cuestión la estudiaremos en otra parte de este trabajo<sup>496</sup>.

En la práctica no cabe la menor duda de que, cada vez con más asiduidad, los árbitros adoptan este tipo de medidas en apoyo de un arbitraje<sup>497</sup>. Hasta el punto de que, por ejemplo, en el seno de la C.C.I., salvo aquellos casos en que el tribunal estime que la solicitud no cumple los requisitos objetivos legalmente exigidos<sup>498</sup>, el tribunal arbitral se declara en la mayoría de las ocasiones competente para dictar una medida de protección. En este sentido, hay que señalar que aparte de los requisitos de carácter objetivo requeridos y que ya se han analizado, -*fumus boni iuris, periculum in mora*,..., etc- el tribunal arbitral goza de una amplia discreción a la hora de determinar si la medida solicitada por una parte es apropiada a las circunstancias del caso, así como necesaria<sup>499</sup>. No obstante, cada vez los argumentos en que los árbitros basan su competencia son más breves y generales<sup>500</sup>.

---

<sup>496</sup> Vid. el epígrafe 6.1 del Capítulo III de este trabajo, págs. 313 y ss.

<sup>497</sup> Laudo núm. 7544/1996; Laudo núm. 7692/1995; Laudo parcial núm. 8113/1995, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, pág. 65; Laudo núm. 8223/1995, de la C.C.I., *inédito*; Laudo núm. 8786/1996; Laudo núm. 9301/1997; Laudo núm. 6632/1993, de la C.C.I., *inédito*; Laudo núm. 6697/1990, de la C.C.I., *inédito*; Laudo núm. 7047/1994, de la C.C.I., *Bulletin A.S.A.*, 1995, pág. 301; Laudo núm. 7289/1996, de la C.C.I., *inédito*; Laudo núm. 7489/1992, en *J.D.I.*, 1993, pág. 1078; Laudo núm. 7589/1994; Laudo núm. 8223/1995; Así como las órdenes en materia cautelar dictadas en los siguientes casos: orden cautelar dictada en el asunto núm. 6998/1992; orden cautelar dictada en el asunto núm. 7303/1993; Laudo núm. 7388/1993, de la C.C.I., *inédito*; Laudo núm. 8479/1995, de la C.C.I., *inédito*; Laudo núm. 9058/1997, de la C.C.I., *inédito*; Laudo núm. 9278/1997, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>498</sup> Vid. Laudo núm. 7081/1992, de la C.C.I., *inédito*, donde precisamente el tribunal arbitral no concede la medida cautelar solicitada por estimar que no se cumplía el requisito de la urgencia.

<sup>499</sup> MARCHAC, G.: "Interim Measures in International Commercial Arbitration under the I.C.C., A.A.A., L.C.I.A., and UNCITRAL Rules", *Am. Rev. Int. Arb.*, vol. 10, nº 1, pág. 129. Vid. los artículos 23.1 del Reglamento de la C.C.I.; 25.1 a) del Reglamento de la L.C.I.A.; 26.1 del Reglamento UNCITRAL y el 23.1 de Reglamento de la A.A.A.

<sup>500</sup> REINER, A.: "Les mesures provisoires ...", art. cit., pág. 876.

Por otra parte, en el marco de la C.C.I., el árbitro se estima generalmente legitimado siempre que no haya una norma imperativa en la ley que regula el procedimiento arbitral que se lo impida. Este es precisamente el argumento seguido por el tribunal arbitral para ordenar una medida cautelar bajo la forma de laudo parcial *-interim award-* en el asunto de la C.C.I. núm. 9301, de 24 de julio de 1997<sup>501</sup>. Esto hace pensar inevitablemente que, al menos en el ámbito de la C.C.I., su legitimidad para adoptarlas es incuestionable.

Las dudas en cuanto a su competencia surgen, sobre todo, cuando el hecho de ordenar una determinada medida cautelar implica resolver anticipadamente el fondo del asunto. De hecho, en la práctica los árbitros se muestran reticentes a decidir previamente a favor de una de las partes.

En conclusión, teniendo en cuenta que, por un lado, son las partes quienes optan, expresamente, por el arbitraje con exclusión de la vía judicial. Y, por otro, que el árbitro es quien tiene atribuido un poder exclusivo para resolver el fondo del asunto, mientras las partes no manifiesten su voluntad en contrario, parece que lo más aconsejable es que sea el árbitro quien actúe en primera instancia y, sólo como último recurso, se recurra a los jueces estatales.

### **5.2.- Ventajas y límites inherentes a la institución arbitral en la adopción de medidas cautelares**

La adopción de las medidas cautelares por los árbitros implica una serie de ventajas frente a su adopción por los jueces, así como también conlleva una serie de inconvenientes que son consustanciales a la institución del arbitraje.

---

<sup>501</sup> Laudo parcial núm. 9301/1997, de la C.C.I., *inédito*.

### 5.2.1.- Ventajas de la adopción de las medidas cautelares por los árbitros

Varias son las ventajas que supone. A todas ellas dedicaremos las páginas siguientes:

1) En primer lugar, como ya hemos apuntado en algún momento, está fuera de toda duda que los árbitros son quienes están en mejores condiciones de decidir si procede, o no, adoptar una medida cautelar. Son ellos quienes están conociendo del fondo del asunto y, por tanto, tienen toda la información del caso objeto de controversia, de ahí que estén más familiarizados con el asunto y conozcan sus pormenores técnicos<sup>502</sup>.

2) En segundo lugar, y como consecuencia lógica de lo anterior, la adopción por los árbitros permitirá conocer, de forma mucho más rápida, la medida cautelar adecuada para cada supuesto concreto<sup>503</sup>. Su adopción por un juez supondría retrasar enormemente el proceso, ya que sería necesario ponerle previamente en antecedentes del asunto con objeto de estar en condiciones de decidir sobre la conveniencia, o no, de adoptar una concreta medida cautelar. El tiempo necesario para llevar a cabo esta tarea podría convertir dicha medida en ineficaz, y perder por lo tanto, toda su razón de ser. Teniendo en cuenta que las partes utilizan también en el arbitraje tácticas dilatorias, no es de extrañar que la solicitud de medidas cautelares ante los jueces pueda pretender, precisamente, dilatar el proceso de forma fraudulenta.

---

<sup>502</sup> SCHWARTZ, E.: "The Practices and ...", art. cit., pág. 60; LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A.: "Medidas cautelares en ..." art. cit., pág. 4; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 188; Asamblea General de NN.UU, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de trabajo sobre arbitraje, 32º período de sesiones, Viena, 20 a 31 de marzo de 2000, A/CN.9/WP.108, 14 de enero de 2000, pág. 19.

<sup>503</sup> KNOEPFLER, F. – SCHWEIZER, Ph.: "Les mesures provisoires et l'arbitrage", *Rev. Trav. Suis. Arb. Int.*, 1984, pág. 231.

Ello plantea un difícil problema de prueba, puesto que se ha de evidenciar que una de las partes se dirigió a los jueces para la solicitud de la tutela cautelar con el fin de dilatar el proceso arbitral. ¿Cómo tener la certeza necesaria de que existe una intención fraudulenta por la parte solicitante o, por el contrario, que el recurso a los jueces lo utiliza simplemente en defensa de sus intereses más legítimos? Esto es, para asegurarse la efectividad de la medida cautelar solicitada.

En realidad, resultará muy difícil en la práctica acusar a la parte solicitante de utilizar una maniobra de este tipo, sobre todo, si se tiene en cuenta que actualmente la solicitud de medidas cautelares ante los árbitros no ofrece una total garantía de efectividad debido a los límites inherentes a los que está sometido. Es por ello que, este razonamiento ni puede ni debe ser tenido en cuenta como causa de admisión o rechazo de la posibilidad de solicitar medidas cautelares ante la jurisdicción estatal, salvo que, claro está, quede probado fehacientemente que la parte lo hizo conscientemente con la finalidad de prolongar de forma injustificada el procedimiento.

En definitiva, no se puede hacer depender la tutela efectiva de una de las partes en el proceso o de sus derechos ante los jueces, de la existencia o no de buena fe, sobre todo por tratarse de un concepto versátil y subjetivo. Algunos autores proponen como forma de evitar que una de las partes trate de dilatar el proceso, bien teniendo que solicitar a los árbitros permiso para acudir a los jueces, bien incluso pactando la exclusión de la posibilidad de acudir a los jueces<sup>504</sup>. Sin embargo, estas soluciones resultan un tanto incompatibles con la actual tendencia a la complementariedad, confianza y respeto entre jueces y árbitros.

No cabe, pues, la menor duda acerca de la ventaja que supone la adopción por los árbitros frente a los jueces. Sobre todo, si se recuerda

---

<sup>504</sup> SCHAEFER, J.K.: "New Solutions for ...", art. cit., pág. 8.

que la urgencia es una de las notas más características de las medidas cautelares<sup>505</sup>.

3) En tercer lugar, la utilización del mismo órgano que está conociendo del fondo del asunto para la adopción de las medidas cautelares, implica una considerable reducción de los costes procesales<sup>506</sup>. De lo contrario, se estaría sometiendo el examen de una misma cuestión a dos instancias diferentes con el consecuente incremento del gasto que ello conllevaría. Razón de gran interés teniendo en cuenta los elevados costes que lleva aparejados para las partes la resolución de un litigio.

4) En cuarto lugar, una ventaja muy importante de la posible adopción de medidas cautelares por los árbitros es que permite, asimismo, mantener la privacidad que caracteriza al arbitraje. Privacidad que, seguramente, se perdería caso de ser adoptadas por la jurisdicción estatal, en cuanto que este tipo de procesos suelen ser abiertos al público<sup>507</sup>. Las empresas cuidan al máximo su reputación e imagen frente al exterior de ahí que valoren, ante todo, la discreción. Por ello, la mera amenaza de que la otra parte solicite una medida cautelar ante la jurisdicción estatal, con todo lo que ello supone, puede ser motivo suficiente para forzarla a resolver la disputa en otros términos.

5) En quinto lugar, hay que destacar el carácter altamente especializado de los árbitros, en cuanto que serán elegidos, precisamente, por ser especialistas de reconocido prestigio en la materia de que se trate. En este sentido, la solución se estima, en principio, más adecuada al caso concreto que la que pueda dar un juez.

---

<sup>505</sup> Vid. el epígrafe 5.4 del Capítulo I de este trabajo, págs. 68 y ss.

<sup>506</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, cit., pág. 188.

<sup>507</sup> BÖSCH, A.: *Provisional Remedies ...*, op. cit., pág. 5; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 207.

6) Finalmente, merece especial atención la mayor flexibilidad de que los árbitros disponen frente a los jueces, a la hora de concretar la medida cautelar a adoptar en un determinado caso. En este sentido, no están vinculados a ninguna Ley estatal en cuanto que son órganos privados e independientes de cualquier sistema estatal. Los jueces, por el contrario, por su propia naturaleza son estatales, de ahí que, en la mayor parte de los sistemas están limitados por una lista de medidas cautelares que, en la mayoría de los casos, no responden a los intereses del comercio internacional.

No obstante, esto no significa que los árbitros gocen de una libertad absoluta y no estén sujetos a ninguna ley, puesto que deberán respetar, por un lado, lo previsto en la ley reguladora del procedimiento arbitral elegida por las partes y la ley del lugar de celebración del arbitraje. Asimismo, tendrán en consideración la ley del lugar de ejecución de la medida cautelar. Y, por supuesto, también la Ley del lugar donde deba ser efectivo el laudo, ya que de lo contrario, se dificultaría enormemente la ejecución del mismo<sup>508</sup>.

Hay autores que, sin embargo, estiman que los árbitros no se encuentran limitados o vinculados por la ley aplicable al proceso<sup>509</sup>. Esta variedad de sistemas le permitirá, sin duda alguna, un amplio abanico de posibilidades en cuanto a la posible medida a adoptar. De manera que, podrá elegir la medida cautelar que mejor se adapte a las particularidades del caso concreto. Es más, autores como GOLDMAN opinan que los árbitros pueden adoptar el tipo de medida que consideren apropiada sin que exista, en principio, ningún tipo de restricción por cuanto que técnicamente el árbitro carece de *lex loci*.

Estas indudables ventajas atribuidas a los árbitros en materia cautelar se ven apoyadas, de un lado, por la práctica arbitral, puesto que

---

<sup>508</sup> REINER, A.: "Les mesures provisoires ...", art. cit., pág. 856.

los árbitros adoptan habitualmente medidas cautelares a lo largo del desarrollo del procedimiento arbitral<sup>510</sup>. Y, de otro, por la legislación de la mayor parte de los sistemas estatales de arbitraje, -Ley alemana, Ley india, la holandesa, la inglesa- así como por los Reglamentos de las distintas instituciones arbitrales y otros textos normativos como la Ley Modelo UNCITRAL que, -como ya se ha visto anteriormente- salvo contadas excepciones, atribuyen competencia a los árbitros para que las adopten.

Como conclusión, si los árbitros pudieran adoptar de forma efectiva medidas cautelares en función de un procedimiento arbitral, al igual que los jueces respecto de uno judicial, no cabe la menor duda que no existiría ninguna razón que justificase el recurso a la jurisdicción estatal a tal efecto<sup>511</sup>. Además, todo hace pensar que la posibilidad de un recurso ilimitado a la jurisdicción estatal puede suponer una reducción e incluso una pérdida de las indudables ventajas que implica el arbitraje frente a aquella -rapidez, privacidad o confidencialidad, entre otras-<sup>512</sup>. Y suelen ser precisamente estas características las que inducen a las partes a elegir el arbitraje frente a la vía judicial.

### 5.2.2.- Límites inherentes a la institución arbitral

La atribución de competencia a los árbitros en materia cautelar también presenta una serie de inconvenientes. De hecho, más que propiamente inconvenientes, se trataría de una serie límites que son inherentes a la propia institución arbitral. Restricciones que impedirán,

---

<sup>509</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales ...*, op. cit., pág. 301.

<sup>510</sup> GOLDMAN, B.: "Mesures provisoires et ...", art. cit., págs. 3 y ss.

<sup>511</sup> SCHAEFER, J.K.: "New Solutions for ...", art. cit., pág. 7.

<sup>512</sup> CUARTERO RUBIO, M<sup>a</sup>.V.: *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997, págs. 24 y 25; REQUEJO ISIDRO, M.: "Sobre tutela cautelar ...", art. cit., pág. 93.



en algunos casos, que la adopción de medidas cautelares por parte de los árbitros sea efectiva.

A modo de resumen, podrían sintetizarse de la siguiente manera. A) En primer lugar, el árbitro carece de poder ejecutivo o coercitivo. Poder que recae de forma exclusiva en manos de los jueces y tribunales estatales. B) En segundo lugar, los árbitros no pueden proceder contra terceros ajenos al acuerdo arbitral, cuando, a veces, es imprescindible para la efectividad de una medida cautelar. C) En tercer lugar, les falta legitimación para adoptar medidas provisionales *ex parte*. D) Y, en último lugar, hay un límite de carácter material, puesto que el tribunal arbitral no existe hasta que el arbitraje se inicia, por tratarse de un órgano que no existe *a priori* como tal sino que se crea *ad hoc*, esto es, *a posteriori*.

Pasaremos, pues, a continuación, a analizar cada uno de estos límites, para ver en qué medida impiden, en ocasiones, la adopción de medidas cautelares por los árbitros requiriendo, por ende, la colaboración judicial.

#### 5.2.2.1.- Límites de carácter jurídico

##### 5.2.2.1.a).- Imposibilidad de proceder contra terceros ajenos al acuerdo arbitral

El poder de los árbitros deriva de la cláusula arbitral, que es una manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, en virtud de la cual se atribuye jurisdicción al árbitro o árbitros. En cambio, el poder de los jueces emana directamente de la soberanía del Estado. Esto tiene una consecuencia muy importante en materia de medidas cautelares, y es que el tribunal arbitral sólo está legitimado para adoptar medidas cautelares respecto de las personas que han prestado su consentimiento para el arbitraje. Esto es, que los poderes del árbitro se limitan única y

exclusivamente a las partes en el convenio arbitral<sup>513</sup>.

Es por ello que, un árbitro nunca podrá adoptar una medida cautelar imponiendo una obligación a un tercero ajeno a dicho acuerdo de sumisión<sup>514</sup>. Así se ha puesto de manifiesto expresamente en numerosas ocasiones por los propios tribunales arbitrales<sup>515</sup>. Dicho de otro modo, el poder de los árbitros es limitado *ratione personae*.

Debemos realizar una distinción importante, según la medida se dirija contra terceras personas, esto es, ajenas al acuerdo arbitral, o contra alguna de las partes en el arbitraje o sus bienes. La práctica arbitral, así como la doctrina, se muestran, con buen criterio a nuestro juicio, contrarias a reconocer el poder de los árbitros en materia cautelar frente a terceros. Así se manifiesta el propio tribunal arbitral de la C.C.I. en el laudo núm. 5721 dictado en 1990 donde se declara incompetente para ordenar al banco que deniegue una determinada garantía bancaria por tratarse de un tercero ajeno al acuerdo arbitral<sup>516</sup>. Asimismo, el tribunal de primera instancia de Hong Kong, pone de manifiesto que cuando se trata de medidas cautelares frente a terceros, tan sólo los tribunales estatales pueden ordenarlas<sup>517</sup>.

---

<sup>513</sup> JARVIN, S.: "Is the Exclusion of Concurrent Courts Jurisdiction Over Conservatory Measures to be Introduced by a Revision of the Convention?", *Jour. Int. Arb.*, vol. 6, 1989, pág. 179.

<sup>514</sup> AUDIT, B.: "Nota ...", art. cit., pág. 764; QUAKRAT, Ph.: "L'arbitrage commercial international ...", art. cit., págs. 247 y 254-255; REINER, A.: "Les mesures provisoires ...", art. cit., pág. 883.

<sup>515</sup> Vid. Laudo parcial núm. 8113/1995, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, pág. 65, entre una empresa siria y una alemana, cuyo arbitraje se celebró en Suiza, *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, pág. 65; Laudo núm. 9324/1998, de la C.C.I., en un contrato celebrado entre un vendedor de nacionalidad turca y un comprador de nacionalidad egipcia, en *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, pág. 103.

<sup>516</sup> Laudo núm. 5721/1990, de la C.C.I., en *J.D.I.*, 1990, pág. 1020; Laudo núm. 3896/1982, de la C.C.I., en *J.D.I.*, 1983, pág. 914; Laudo parcial núm. 8113/1995, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, pág. 65.

<sup>517</sup> Sent. JPI de Hong Kong (H.K.C.), de 1998 en el asunto *Leviathan Shipping Co. Ltd. v. Sky Sailing Overseas Ltd.*, en *Int. Arb. Law Rev.*, vol. 1, 1997-1998, pág. 114.

Por el contrario, cuando esta medida va dirigida contra alguna de las partes en el arbitraje, no sólo se admite sin mayores problemas, sino que, se ha llegado a calificar, en ocasiones, como un poder inherente del tribunal arbitral. Esto es precisamente lo que ha declarado también el mismo Tribunal de Primera Instancia de Hong Kong al afirmar que, “cuando se trate de una medida cautelar que vaya dirigida a las partes en el arbitraje son los árbitros y no los jueces los órganos competentes para ordenarlas”<sup>518</sup>.

Esta restricción respecto de terceras partes impedirá, a menudo, la efectividad de la medida. Es por este motivo, precisamente, por lo que los tribunales arbitrales admiten que, en ocasiones, las medidas cautelares adoptadas por ellos pueden resultar en algunos aspectos menos protectoras para las partes que las dictadas por los jueces<sup>519</sup>. Los ejemplos que existen al respecto son amplios. Así ocurre cuando se trata de proceder contra los bienes de una persona depositados en una entidad bancaria. En este caso, el banco es un tercero ajeno a la relación arbitral y, por tanto, no ha prestado su consentimiento, por lo que no se podrá proceder contra él.

Así se pronuncia expresamente la práctica arbitral de la C.C.I. en el laudo dictado en 1994 en el asunto núm. 7589<sup>520</sup>. En este caso, una empresa alemana había celebrado un contrato con otra italiana, por tiempo indeterminado, en virtud del cual la primera se comprometía a promocionar la venta de los productos de la segunda a cambio de una comisión por las ventas realizadas. Asimismo, pactaron que, en caso de conflicto, se someterían al Reglamento de arbitraje de la C.C.I. de París. Tras nueve años de vinculación contractual surge una controversia

---

<sup>518</sup> Laudo núm. 6998/1992, de la C.C.I.; Sent. JPI de Hong Kong (H.K.C.), de 1998, en el asunto *Leviathan Shipping Co. Ltd. v. Sky Sailing Overseas Ltd.*

<sup>519</sup> Vid. el laudo parcial núm. 5835/1988, en *Bull. C.C.I.*, vols. 6-10, 1995-1999, vol. 8, nº1, mayo de 1997, pág. 69.

relativa a las comisiones pagaderas. En consecuencia, la empresa promotora interpuso una demanda de reclamación de cantidad ante los tribunales arbitrales. No obstante, solicitaba, asimismo, de los jueces alemanes e italianos la adopción de medidas cautelares para asegurar el cumplimiento de su reclamación, medidas que fueron concedidas. Éstas consistieron básicamente en el embargo de depósitos bancarios del deudor.

A continuación, la empresa deudora reconvino solicitando al tribunal arbitral que sancionara a la otra parte por haber instado dichas medidas ante la jurisdicción estatal existiendo una cláusula arbitral y, además, pedía una compensación por los daños causados por la concesión injustificada de las mismas. El tribunal arbitral declaró que tratándose de medidas cautelares que afectaban a terceras partes ajenas al acuerdo de arbitraje, sólo los jueces estaban legitimados para su adopción.

Por tanto, si bien en el supuesto de que se hallen implicadas terceras personas, el árbitro no tiene ningún poder. No ocurre así respecto de las partes en el arbitraje. En esta ocasión, la situación es distinta, puesto que son ellas quiénes han atribuido la competencia a los árbitros. Por tanto, con mayor motivo debe corresponder a éstos su adopción.

*i) Posibles soluciones ante la falta de poder de los árbitros frente a terceros*

El hecho de que los árbitros carezcan de poder frente a terceros no implica, necesariamente, que no puedan ordenar medidas cautelares que, de forma indirecta les afecten. Dicho de otro modo, cabe obtener el mismo resultado frente a ellos actuando contra una de las partes. No

---

<sup>520</sup> Laudo núm. 7589/1994, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, págs. 60-61.

cabe la menor duda de que, en ocasiones, se hace necesario dirigirse a terceras partes para lograr la eficacia de una medida cautelar. Pero, hay que decir que no siempre es imprescindible pues, a veces, puede bastar una orden dirigida contra una de las partes para conseguir su efectividad frente a terceros.

Imaginemos un supuesto en el que se trata de impedir a una de las partes que solicite una garantía bancaria o que haga efectiva una ya existente. Está claro que el árbitro no tiene ningún poder frente al banco, por ser un tercero ajeno al acuerdo arbitral. Sin embargo, tal vez no sea necesario, pues bastará con prohibirle a la parte afectada que solicite o haga efectiva dicha garantía. Además, una vez el banco sea conocedor de la existencia de esta medida lo lógico es que la rechace o, en su caso, suspenda todas las actuaciones bien sea hasta que la medida sea cancelada, bien sea hasta que se dicte la decisión final.

Es por ello que, la falta de legitimación del árbitro frente a terceros no ha impedido que, a menudo, éstos se hayan visto afectados por una orden dirigida a una parte. Se podría decir que no están vinculados por ellas, pero sí pueden quedar afectados, tal y como lo establece el laudo arbitral núm. 5721, dictado en el marco de la C.C.I. en 1990<sup>521</sup>. En este caso, el tribunal se pronuncia diciendo que, si bien es cierto que los árbitros no pueden emitir una orden contra el banco para impedirle que otorgue una determinada garantía bancaria, por tratarse de un tercero ajeno al acuerdo arbitral. Lo cierto es que éste sí que podrá incurrir en responsabilidad, en caso de dictarse una medida impidiendo a la parte solicitar dicha garantía y el banco la conceda, teniendo conocimiento de la existencia de dicha medida cautelar.

El problema básico que se plantea en este supuesto es naturaleza probatoria, ya que el banco para eximirse de tal responsabilidad siempre

---

<sup>521</sup> Laudo núm. 5721/1990, *J.D.I.*, 1990, pág. 1020; REINER, A.: “Les mesures provisoires ...”, art. cit., pág. 865.

podrá alegar que desconocía de la existencia de tal orden. Una posible solución para evitar este tipo de situaciones sería poner en conocimiento de los posibles afectados por la medida de protección acordada. De todos modos, cabe preguntarse, hasta qué punto está legitimado el tribunal arbitral para imponer esta responsabilidad a una persona que no está vinculada por el acuerdo de arbitraje.

Queda claro, pues, que el árbitro carece de cualquier poder frente a personas ajenas al acuerdo de arbitraje por la propia naturaleza contractual de la institución. Sin embargo, a menudo, se hace imprescindible proceder contra ellas. Esta imposibilidad de los árbitros únicamente puede ser cubierta por los tribunales estatales y se puede articular de dos formas distintas. Bien, declarando como únicos competentes a los jueces estatales para este tipo de supuestos, como hace el sistema suizo. Bien manteniendo la competencia de los árbitros, pero previendo la colaboración de los jueces estatales<sup>522</sup>. Dicho de otro modo, declarando una competencia exclusiva de los jueces o, por el contrario, estableciendo una competencia concurrente.

En la práctica, la mayoría de los sistemas y Reglamentos de arbitraje optan, como veremos, por instaurar un sistema, no sólo de competencia concurrente entre jueces y árbitros, sino también de colaboración entre ambas autoridades, con el objeto de que el arbitraje pueda desarrollarse con toda normalidad y sea efectivo cuando afecta a terceras personas ajenas al acuerdo de arbitraje.

En este sentido, hay algunos sistemas como el inglés, cuya Ley de arbitraje de 1996 prevé en su artículo 42<sup>523</sup> la intervención del juez en

---

<sup>522</sup> REDFERN, A. – HUNTER, M.: *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, pág. 250.

<sup>523</sup> El artículo 42 de la Ley inglesa de arbitraje de 1996 dice como sigue: “1.-Salvo acuerdo en contrario de las partes, el juez puede dictar una orden requiriendo a la parte el cumplimiento de la orden emitida por el tribunal arbitral. 2.- La solicitud de una actuación de este tipo podrá hacerse: a) por el propio tribunal arbitral previa notificación a las partes (...)”.

apoyo del árbitro para forzar a los terceros a participar activamente en el arbitraje, por ejemplo, para que aporten documentos que obran en su poder<sup>524</sup>. El sistema suizo establece, igualmente, una norma similar en el art. 27 del código de procedimiento, en cuanto que prevé la cooperación del juez tanto para la realización de las pruebas, como para la solicitud de medidas cautelares. Además, incluso el tribunal arbitral podrá solicitar de los jueces que dicten medidas obligatorias dirigidas contra terceros ajenos al acuerdo arbitral en el supuesto de que un testigo se niegue a prestar declaración<sup>525</sup>.

El sistema francés, por su parte, no permite a los árbitros que soliciten directamente la cooperación de los jueces para obtener, por ejemplo, un documento que está en manos de un tercero. Será el árbitro quien, a iniciativa propia, cite a los testigos o solicite los documentos de terceras partes. Pero, si alguno de ellos se resiste a comparecer o a aportar la documentación requerida, se tendrá que recurrir al juez para que sea éste quien lo haga en su lugar, puesto que los árbitros no pueden forzar dicha comparecencia<sup>526</sup>.

Con carácter general, si bien es cierto que los árbitros carecen de cualquier poder frente a terceros, no lo es menos que los sistemas estatales parten, generalmente, de la competencia de los árbitros en materia cautelar o, más exactamente, de una competencia concurrente entre jueces y árbitros. Obviamente, esta competencia refiere, exclusivamente, a las partes que son las únicas vinculadas por el acuerdo de arbitraje, no a los terceros. De hecho, en la mayoría de los sistemas se recurre a los jueces con el fin de forzar la comparecencia de este tercero.

---

<sup>524</sup> QUAKRAT, Ph.: "L'arbitrage commercial international ...", art. cit., pág. 255.

<sup>525</sup> PARODI, P. G.: "Interim Measures in ...", art. cit., pág. 490.

De todos modos, desde un punto de vista teórico, nada obsta a que el árbitro se dirija directamente contra los terceros, sin desconocer, por supuesto, que carece de cualquier poder frente a ellos. Otra cosa bien diferente es que resulte eficaz a efectos prácticos. Suponiendo que los terceros cumplan voluntariamente la medida cautelar por él ordenada no se requerirá la intervención de los jueces. Sólo será imprescindible acudir a los jueces estatales para que le fuercen a actuar, para el caso en que el tercero se oponga a su cumplimiento<sup>527</sup>.

Como conclusión, tanto los sistemas con una tendencia más intervencionista como los que presentan una actitud más flexible, coinciden en la necesidad de recurrir al poder de los jueces cuando se trata de realizar alguna actuación frente a terceros.

#### 5.2.2.1.b).- Ausencia de poder coercitivo

De acuerdo con el párrafo tercero del artículo 117 de la Constitución española de 1978, el poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde, en exclusiva, a los jueces y tribunales españoles<sup>528</sup>. Los árbitros, pues, no gozan del poder soberano del Estado y, por ende, carecen de los mecanismos legales suficientes para imponer sus decisiones por la fuerza, a falta de cumplimiento voluntario.

En efecto, los laudos arbitrales son *self executing*, esto es, tienen eficacia de cosa juzgada, al igual que ocurre con las sentencias

---

<sup>526</sup> DERAIS, Y.: "Expertise technique et référé arbitral", *Rev. Arb.*, 1982, pág. 235.

<sup>527</sup> RAMOS MÉNDEZ, F.: "Arbitrage international et mesures conservatoires", *Rev. Arb.*, 1985, pág. 189.

<sup>528</sup> Artículo 117 de la Constitución Española de 1978: "(...) 3. *El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes (...)*"; FOUCHARD, Ph.: "Les institutions permanentes ...", art. cit., págs. 225 y ss.



judiciales<sup>529</sup>. Sin embargo, en caso de que una parte se muestre reticente a cumplir con lo dispuesto en el fallo, será necesario acudir a los jueces para que procedan a su ejecución, ya que son los únicos órganos legitimados para ello.

Si esto es así respecto de los laudos arbitrales finales, se plantea todavía un problema mayor en el caso de las medidas dictadas por los árbitros en materia cautelar, en cuanto que éstas no constituyen títulos directamente ejecutables, a diferencia de lo que ocurre con aquellas que dictan los jueces<sup>530</sup>. De ahí que, en caso de incumplimiento, con mayor razón se necesitará la asistencia judicial para su efectividad. Incluso, en algunos casos habría que plantearse si no sería más conveniente que fueran adoptadas por los jueces para asegurar su eficacia, sobre todo, en función del tipo de medida de que se tratase.

Esto implica que en el estado actual de las cosas, si una parte se niega a cumplir la medida cautelar ordenada, el tribunal arbitral carece de poder, así como de instrumentos para forzarla coactivamente a su cumplimiento en contra de su voluntad. Esta ausencia de poder de coerción es el motivo que precisamente llevó al legislador italiano a excluir el poder de los árbitros en materia cautelar<sup>531</sup>.

Cabe plantearse si sería posible delegar en los árbitros el poder de ejecución. Evidentemente, caso de admitirse, debería realizarse de forma expresa por parte de un tribunal estatal y, además, en virtud de una disposición legal concreta que, por supuesto, no existe. De todos modos, en la actualidad se trata de un imposible, por cuanto que la Constitución española atribuye con carácter exclusivo esta competencia a los jueces y tribunales. No puede ser de otra manera, pues la fuente de

---

<sup>529</sup> El artículo 37 de la Ley española de Arbitraje de 1988 dispone que: “*El laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada (...)*”.

<sup>530</sup> SCHWARTZ, E.: “The Practices and ...”, art. cit., pág. 59.

<sup>531</sup> PUNZI, C.: *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, CEDAM, 2000, pág. 623.

poder de los árbitros deriva de la voluntad de las partes y éstas no están legitimadas para atribuir a los árbitros estos poderes, pues no pueden transmitir algo que no tienen<sup>532</sup>.

*i) La ausencia de poder coercitivo como posible causa de la incompetencia de los árbitros en materia cautelar*

Esta ausencia de poder coercitivo es, precisamente, lo que impide que, en algunos sectores tan importantes como el bancario, se recurra habitualmente al arbitraje. Efectivamente, la falta de poder coercitivo de los árbitros es un argumento relevante para negarles la competencia a los árbitros en materia cautelar por cuanto que, muchas medidas cautelares llevan implícita una ejecución. Sin embargo, este factor no se presenta, en absoluto, como decisivo y, de hecho, está perdiendo relevancia en los últimos años por varias razones:

A) En primer lugar, porque se debe tener presente que, existe cierto tipo de medidas cautelares que no necesariamente llevan aparejada una ejecución para ser eficaces. De ahí que no sea necesario recurrir a la jurisdicción estatal, sino que, en muchas ocasiones, se limitan únicamente a proteger el objeto del litigio, por ejemplo, una medida relativa a una obligación de hacer o de no hacer algo. Piénsese, por ejemplo, en una orden cautelar consistente en autorizar al jefe de obras a paralizar las obras o bien ordenar que se pida una garantía bancaria. En este caso, no cabe la menor duda de que el tribunal arbitral está legitimado para su pronunciamiento<sup>533</sup> siempre que, claro está, la ley que regula el arbitraje lo permita. Y ya se ha visto como la gran

---

<sup>532</sup> Laudo parcial núm. 6553/1991, de la C.C.I., *Recueil des Décisions de Procédure dans l'Arbitrage C.C.I. 1991-1995*, pág. 525, con observaciones de J.J. Arnaldez.

<sup>533</sup> KNOEPFLER, F. – SCHWEIZER, Ph.: "Les mesures provisoires et l'arbitrage", *Rev. Trav. Suis. Arb. Int.*, 1984, pág. 231.

mayoría de los sistemas atribuyen competencia, tanto a los árbitros como a los jueces.

B) En segundo lugar, porque un juez de un Estado tampoco tiene poder coercitivo en otro país, y no por ello carece de legitimidad para adoptar medidas cautelares que deban hacerse efectivas fuera de sus fronteras<sup>534</sup>. En consecuencia, otra opción perfectamente admisible sería aquella en que las partes pactaran en la cláusula arbitral que la competencia para determinar el contenido de las medidas cautelares corresponde al árbitro, mientras que su ejecución a los jueces. Es más, como dice GARCIMARTÍN, cabría, incluso, que esta competencia se les atribuyera a los árbitros con carácter exclusivo<sup>535</sup>.

C) En tercer lugar, debemos partir de un principio de carácter general en virtud del cual el poder de los árbitros para dictar medidas cautelares se corresponde con una correlativa obligación de las partes de cumplir lo ordenado por ellos. Esta obligación de las partes surge de la misma fuente de poder que la autoridad de los árbitros, esto es, del acuerdo de arbitraje<sup>536</sup>. Pues, desde el momento en que las partes insertan una cláusula arbitral en un contrato, no sólo están atribuyendo poder a los árbitros, sino que se comprometen a cumplir las decisiones que dicho órgano pueda emitir en el desarrollo del procedimiento.

De hecho, la Ley española de arbitraje de 1988 obliga a las partes a “*expresar la obligación de cumplir tal decisión*”<sup>537</sup>. Este precepto está haciendo referencia a la sentencia pero debe hacerse extensible por analogía a cualquier otra decisión que se emita en el curso del procedimiento. Asimismo, el artículo 40 de la Ley inglesa de arbitraje de

---

<sup>534</sup> GROSSEN, J.M.: “Comments and Conclusions”, *Conservatory and Provisional Measures*. ..., art. cit., pág. 115.

<sup>535</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 186.

<sup>536</sup> DONOVAN, D.F.: “Powers of the ...”, art. cit., pág. 70.

<sup>537</sup> Artículo 5.1 *in fine* de la Ley española de arbitraje de 1988.

1996, al determinar las obligaciones generales de las partes dispone que *“deben hacer todo lo necesario para facilitar el rápido desarrollo del procedimiento arbitral y esto incluye el cumplimiento sin retraso alguno de cualquier orden del tribunal arbitral ya sea procedimental o de cualquier otro tipo”*. Dentro de estas obligaciones debemos entender incluidas las órdenes emitidas en materia cautelar<sup>538</sup>.

D) En último lugar, porque empiezan ya a existir sistemas estatales e institucionales de arbitraje que permiten, expresamente, la ejecución forzosa de este tipo de decisiones en materia cautelar. Pero, ciertamente todavía son muy pocos, a saber, la Ley suiza de Derecho internacional privado, y la Ley alemana<sup>539</sup>. Por lo que se refiere a los reglamentos de arbitraje, tan sólo el de la O.M.P.I.<sup>540</sup>, de momento, se muestra en esta misma línea. Es de esperar que cada vez sean más los sistemas tanto estatales como institucionales que opten por esta misma solución. No obstante, y a pesar de ello, se requiere la existencia de un sistema convencional multilateral que permita obtener la eficacia de estas medidas en otros Estados y no sólo en el país en que se dictan.

En realidad, de nada serviría que una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral en Alemania o incluso fuera de aquél país, e incumplida por la parte, pudiera hacerse efectiva coactivamente por los tribunales alemanes en Alemania si, por ejemplo, los bienes objeto de embargo están situados en Italia, cuya ley no permite la ejecución forzosa por la jurisdicción estatal para este tipo de decisiones arbitrales. Es decir, que la medida cautelar se reconocería y ejecutaría en Alemania pero no en cambio en Italia. Y, desde luego, lo lógico en ese caso sería que esa medida pudiera ejecutarse en Italia, tanto por razones de

---

<sup>538</sup> LEW, D.M.J.: “Commentary on Interim...”, art. cit., pág. 29.

<sup>539</sup> Vid. el art. 183.1 de la Ley suiza de Derecho internacional privado y el art. 1041 de la Ley alemana de arbitraje de 1998.

<sup>540</sup> Vid. el art. 46.d) del Reglamento de la O.M.P.I. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual).

economía procesal, como de rapidez, pues, de lo contrario de nada serviría su adopción.

Es cierto que, en ocasiones, la orden cautelar dictada por el árbitro puede quedar sin efecto por no constituir un título ejecutivo, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias o los laudos arbitrales finales. E incluso, puede que la decisión tenga fuerza ejecutiva en el país en que se ha emitido, pero resulte muy difícil, por no decir imposible, hacerla efectiva en los otros Estados implicados en la relación jurídica.

Este obstáculo únicamente podría salvarse a través del establecimiento de un mecanismo de reconocimiento y ejecución por vía convencional de carácter multilateral, análogo al Convenio de Nueva York de 1958 para los laudos arbitrales finales, que permitiera la ejecución por los jueces de este tipo de decisiones. Esto es, que vía convencional se permitiera el recurso a los jueces pero, únicamente, a efectos de la ejecución de las medidas cautelares ordenadas por los árbitros.

De ser así, no sólo nada impediría que la competencia para adoptar medidas cautelares recayera en manos del tribunal arbitral, sino que incluso sería conveniente, sobre todo, atendidas las ventajas que hemos mencionado con anterioridad<sup>541</sup>. De hecho, el árbitro tampoco puede ejecutar el laudo arbitral y, sin embargo, nadie cuestiona su legitimidad para dictarlo<sup>542</sup>.

A falta del citado sistema convencional que permita la ejecución directa de las medidas ordenadas por un tribunal arbitral en otro país, las posibilidades de la parte beneficiada por la orden en materia cautelar, en caso de desobediencia por la otra, se reducen a dos. A) La primera, que

---

<sup>541</sup> Vid. el apartado 5.2.1 del Capítulo III de este trabajo, págs. 256 y ss.

<sup>542</sup> REINER, A.: "Les mesures provisoires ...", art. cit., pág. 860.

la normativa aplicable al arbitraje en cuestión prevea la posibilidad de que los árbitros soliciten la colaboración de los jueces a tal efecto, en cuyo caso, los árbitros se dirigirán directamente a los jueces para solicitar su apoyo. Así, si el país en el que se pretende hacer efectiva la medida considera este tipo de decisiones un título directamente ejecutable –aunque ya hemos visto que sólo dos sistemas tienen este tratamiento–, la asistencia consistirá en ejecutar dicha medida en el citado país. El problema seguirá existiendo, no obstante, para ejecutar estas medidas en terceros Estados implicados siendo la Ley de estos últimos la que determine el alcance de la colaboración judicial.

B) En segundo lugar y, a falta de tal previsión, el solicitante de la medida será quien acuda directamente a los tribunales estatales para solicitarla de nuevo. En este último supuesto, la orden del árbitro se podrá utilizar como prueba de mejor derecho o *“fumus boni iuris”* al instarla ante los jueces. Esta vía supone, sin duda alguna, una importante pérdida de tiempo siendo que la rapidez es un elemento esencial en esta materia.

El eje central del problema radica, pues, en cómo conseguir la ejecución de las órdenes de los árbitros en materia cautelar en otro país cuando la parte afectada se niega a cumplirla de forma voluntaria. Cuestión ésta de indudable relevancia práctica y que será objeto de análisis en el Capítulo V de este trabajo.

#### *ii) Los instrumentos de coerción indirecta propios del arbitraje*

La falta de poder coercitivo de los árbitros no parece ser un gran obstáculo a su competencia en materia cautelar, en cuanto que, en la práctica, las partes suelen cumplir de forma voluntaria los laudos arbitrales. En principio, pues, nada hace suponer que las partes no vayan a obedecer, asimismo, las órdenes dictadas en materia cautelar.

A pesar de ello, lo cierto es que el arbitraje cuenta con instrumentos o mecanismos propios que, si bien no pueden forzar coactivamente a las partes, sí que consiguen de forma indirecta, motivarlas para que cumplan las órdenes arbitrales. Cosa bien distinta es que sean suficientes para lograr su cumplimiento.

A) En primer lugar, y por lo que respecta a las medidas cautelares que impliquen una ejecución, el tribunal puede indirectamente obligar a su cumplimiento sin necesidad de recurrir al uso de la fuerza, -entre otras cosas porque carece de este poder- del siguiente modo: por ejemplo, si se ordena a las partes el pago de las costas procesales por adelantado o bien, que se efectúe un depósito para asegurar que las costas queden cubiertas. En realidad, los árbitros no pueden forzar a la observancia de esta medida. Sin embargo, nada impide que condicionen el comienzo del proceso a que dicho pago se haya efectuado, consiguiendo, en definitiva, el resultado esperado. Con este mecanismo no se soluciona el problema respecto de todas las medidas cautelares, aunque sí en relación a algunas de ellas.

B) En segundo lugar, no se debe olvidar que uno de los motivos que lleva a las partes a acudir a la vía arbitral es la discreción que la caracteriza. De ahí que, con el objeto de mantener esta privacidad, las partes son conscientes de la conveniencia de cumplir de forma voluntaria las órdenes de los árbitros en materia cautelar. El incumplimiento de estas decisiones puede tener consecuencias negativas para ellas, en cuanto que se produce un descrédito frente a otras empresas, con el consiguiente perjuicio económico que puede suponer<sup>543</sup>. En este sentido, la publicidad que lleva aparejada su ejecución forzosa por la jurisdicción estatal podría perjudicarles enormemente<sup>544</sup>.

---

<sup>543</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J.F.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 189.

<sup>544</sup> KNOEPFLER, F. – SCHWEIZER, Ph.: “Les mesures provisoires et l’arbitrage”, *Rev. Trav. Suis. Arb. Int.*, Zurich, Schulthen, 1984, pág. 231.

C) Finalmente, las partes temen ponerse en contra a los árbitros negándose a cumplir una medida ordenada por ellos<sup>545</sup> y, como consecuencia, incurrir en responsabilidad por incumplimiento de una obligación dirigida a paliar daños o a evitar que la disputa se agrave todavía más<sup>546</sup>. Puesto que, el árbitro es quien en última instancia decide, se plantea la necesidad de determinar si el tribunal arbitral puede tener en cuenta en el laudo la desobediencia de la parte. Las partes tienden, en general, a cooperar con los árbitros cumpliendo las órdenes dictadas por ellos, en cuanto que su negativa a cumplirla podría ser interpretada como existencia de mala fe reduciendo la credibilidad de la parte incumplidora frente al árbitro hecho que podría repercutir de forma negativa en la decisión final sobre el fondo, aunque fuera de forma inconsciente<sup>547</sup>.

*iii) Posibilidad de imponer sanciones a la parte incumplidora por parte de los árbitros*

La falta de poder coercitivo de los árbitros para hacer cumplir sus órdenes en materia cautelar no implica necesariamente que éstas carecen de utilidad o valor alguno. En caso de incumplimiento, cabe perfectamente sancionar a la parte incumplidora en forma de

---

<sup>545</sup> GROSSEN, J.M.: “Comments and Conclusions”, *Conservatory and Provisional Measures...*, art. cit., pág. 115. Si bien es cierto que, los árbitros tienen que resolver con absoluta neutralidad y objetividad, no lo es menos que se trata de seres humanos y, por tanto, inconscientemente se verán influidos en la decisión final por la actitud de las partes durante el desarrollo del procedimiento.

<sup>546</sup> VAN HOUTTE, H.: “Provisional Measures in Arbitration”, en VOSKUIL, CCA - WADE, J.A. (ed.): *Essays on the Law of International Trade. International Obligations. Choice of Law. Provisional Measures in Arbitration*, Países Bajos, Maklu publishers, 1991, pág. 139.

<sup>547</sup> CRAIG, L. - PARK, W. – PAULSSON, J.: *International Chamber of ...*, op. cit., pág. 416.



responsabilidad por daños y perjuicios<sup>548</sup>, tal y como ocurre cuando no se observan los términos de un contrato. Incluso, se permite que las partes atribuyan poder a los árbitros para que impongan correctivos en caso de desobediencia como forma de obligar indirectamente a las partes a obedecer las medidas acordadas<sup>549</sup>.

De hecho, actualmente se advierte en algunos sistemas la posibilidad de que los árbitros impongan sanciones ante la negativa a cumplir de una parte. Este es, por ejemplo, el caso del sistema holandés de arbitraje de 1986, cuyo artículo 1056 dispone que: *“el tribunal arbitral tiene poder para imponer una sanción por incumplimiento en aquellos casos en que el juez disponga de tal poder”*<sup>550</sup>. Por tanto, atribuye poder al árbitro para imponer una sanción a la parte que no cumpla la medida cautelar ordenada, siempre y cuando los jueces pudieran hacerlo. El poder de los árbitros se equipara, en cierto modo, al de los jueces. El precepto está redactado de un modo muy general, sin hacer distinción alguna entre las medidas que hayan adoptado la forma de laudo o la de recomendación u orden.

Las dudas surgen, por tanto, porque los jueces no adoptan medidas en forma de recomendación. Caben dos posibles interpretaciones. A) Por un lado, entender que la naturaleza de la decisión cautelar es razón suficiente para legitimar a los árbitros a imponer una sanción, con independencia de la forma que adopte, por cuanto que el juez siempre estará legitimado en caso de inobservancia de una medida cautelar.

---

<sup>548</sup> Vid. el informe del Secretariado de la Comisión, A/CN.9/264 al artículo 18.5 de la Ley modelo CNUDMI, reproducida en HOLTZMANN, H.M. – NEUHAUS, J.: *A Guide to ...*, op. cit., pág. 543.

<sup>549</sup> SMIT, H.: “Provisional Relief in International Arbitration: the I.C.C. Rules and Other Proposed Rules”, *Am. Rev. Int. Arb.*, 1991, pág. 399.

<sup>550</sup> El artículo 1056 del Netherlands Arbitration Act de 1986.

B) Por otro lado, cabe, asimismo, deducir que el poder de los árbitros para imponer sanciones resultará un tanto dudoso en el caso de las recomendaciones, debido al carácter no vinculante de este tipo de resoluciones, con lo que no pueden ser objeto, en ningún supuesto, de *exequatur*. No olvidemos que este poder de imponer sanciones de los árbitros queda limitado a aquellas ocasiones en que los jueces también dispongan de ellos. No obstante, algunos autores son partidarios de admitirlo, incluso cuando el árbitro la ha pronunciado bajo la forma de recomendación<sup>551</sup>.

En este mismo sentido, la Secretaría General de la CNUDMI, con ocasión de la preparación de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional -a su vez- puso de manifiesto que un tribunal arbitral está legitimado para tener en cuenta, en la decisión final, el incumplimiento por las partes de una medida cautelar por él ordenada. Sugiere, como forma de sancionar esta desobediencia, pedir una cantidad como indemnización por daños y perjuicios<sup>552</sup>.

En definitiva, el tribunal arbitral puede sancionar la desobediencia de las partes en forma de responsabilidad por daños y perjuicios, pero este incumplimiento no deberá influir en la decisión sobre el fondo del asunto<sup>553</sup>. Por tanto, no cabe dictar una sentencia desfavorable contra la parte incumplidora, por el mero hecho de desobedecer su orden. Teóricamente, cabría la posibilidad de que los árbitros tuvieran en cuenta el incumplimiento de la parte en la decisión final, pero en la

---

<sup>551</sup> VAN HOUTTE, H.: "Provisional Measures in ...", art. cit., pág. 134.

<sup>552</sup> Laudo núm. 9593/1998, de la C.C.I. en 1998, *inédito*, Seventh Secretariat Note. Analytical Commentary on Draft Text, A/CN.9/264 (25 de marzo de 1985); SCHWARTZ, E.: "The Practices and ...", art. cit., pág. 59. HOLZTMANN, H.M. - NEUHAUS, J.E.: *A Guide to ...*, op. cit., pág. 531; RAMOS MÉNDEZ, F.: "Arbitrage international et ...", art. cit., pág. 57.

<sup>553</sup> CRAIG, L. - PARK, W. - PAULSSON, J.: *International Chamber of ...*, op. cit., pág. 460; BOND, A.: "La nature des mesures conservatoires et provisoires", en *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage commercial international*, Bull. C.C.I., *Special Supplement*, nº 519, 1993, págs. 16 y 17.

práctica sería sumamente arriesgado porque el árbitro podría ser acusado de parcialidad y, en consecuencia, el laudo ser anulado por ir en contra del orden público. Asimismo, también sería posible su recusación y, además, se juega la posibilidad de un próximo arbitraje y su prestigio frente a los demás. Es más, podría, incluso, incurrir en responsabilidad extracontractual y hasta ser acusado de un *cuasi* delito.

Para algunos autores, la cuestión del poder de los árbitros para imponer sanciones resulta bastante controvertida, así como también la forma en que se sancionará la desobediencia<sup>554</sup>, Aunque parece que, en el laudo dictado en 1998, en el asunto núm. 9593 en el seno de la C.C.I.<sup>555</sup> el tribunal arbitral consideró la posibilidad de imponerlas ante un supuesto de incumplimiento. De hecho, la Ley inglesa de arbitraje de 1996, prevé en su artículo 41.7.b) que, *“Si una parte incumple una orden del tribunal, entonces, (...) el tribunal arbitral puede: b) “sancionar a la parte incumplidora, si las circunstancias lo requieren“*. Asimismo, las Reglas de Arbitraje de la Asociación Italiana para el Arbitraje dispone en el párrafo 1º del artículo 19 que: *“Salvo pacto en contrario de las partes, el árbitro podrá, a solicitud de la parte interesada y dentro de los límites impuestos por la ley, adoptar medidas urgentes respecto del objeto del litigio y, en su caso, imponer una garantía a la parte solicitante, así como determinar una sanción para el caso de incumplimiento de la misma (...)”*<sup>556</sup>.

A nuestro parecer, el tribunal arbitral debería estar legitimado para imponer sanciones por el incumplimiento de una medida cautelar, en el sentido de castigar en forma de responsabilidad por daños y perjuicios o condenando a la parte incumplidora al pago de las costas pudiendo ser

---

<sup>554</sup> REDFERN, A. - HUNTER, M.: *International Commercial Arbitration ...*, op. cit., págs. 361-363.

<sup>555</sup> Laudo núm. 9593/1998, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>556</sup> Artículo 19 apartado 1º de las Reglas de Arbitraje de la Asociación Italiana para el Arbitraje.

incluidos en el laudo arbitral final y, por tanto, ejecutables por vía de *exequatur*. No obstante, se ha señalado que hay muchos casos en los que se hace caso omiso de las medidas cautelares impuestas y que los incentivos mencionados pueden no ser suficientes o eficaces.

5.2.2.1.c).- Imposibilidad de adoptar medidas cautelares *ex parte* o *inaudita altera parte*

La Ley española de arbitraje de 1988 exige, en su artículo 21, que el procedimiento arbitral se ajuste a los principios esenciales de “(...) *audiencia, contradicción e igualdad* (...)”. Estos valores fundamentales también se proclaman en la gran mayoría de los sistemas de nuestro entorno y parecen impedir que los árbitros adopten medidas cautelares sin audiencia de una de las partes. Sin embargo, algunas de estas órdenes para ser efectivas tienen que ser adoptadas *inaudita altera parte*. Sobre todo, en relación con las medidas de aseguramiento<sup>557</sup>, pues, precisamente, su efectividad depende, además de la rapidez que todas exigen, del desconocimiento por la parte contra la que se va a proceder. De lo contrario, se podría tratar de frustrar dicha tutela, por ejemplo, haciendo desaparecer los bienes sobre los que recaerá la ejecución.

Conviene determinar, pues, si efectivamente los árbitros pueden adoptar medidas cautelares en presencia de una sola de las partes, -entendiendo presencia en el sentido de participación- sin vulnerar los principios fundamentales básicos de todo proceso. O si, por el contrario, se requiere la presencia de ambas para que éstos sean respetados.

Si entendemos que por el hecho de adoptar una medida cautelar *inaudita altera parte*, estos principios no quedan infringidos, no existe obstáculo alguno, al menos en teoría, para que los árbitros adopten

---

<sup>557</sup> QUAKRAT, Ph.: “L’arbitrage commercial international ...”, art. cit., pág. 271.

medidas cautelares de forma efectiva. Cuestión distinta es que la medida acordada se incumpla y no exista vía alguna para hacerlas cumplir por la fuerza. Sin embargo, si se exige, en todo caso, la audiencia de las dos partes no concurrirá el elemento “sorpresa” que, a menudo, es necesario para la efectividad de un determinado tipo de medidas<sup>558</sup>. En este último caso, será necesario acudir a la jurisdicción estatal para obtenerla.

En definitiva, cabe plantearse si, en caso de urgencia, que suele ser lo habitual en estos casos, el tribunal arbitral puede adoptar medidas *inaudita altera parte*. Para algunos autores como BERNARDINI o RAMOS MÉNDEZ resulta bastante dudoso, cuando no, inadmisibles<sup>559</sup>. Alegan como argumentos que los derechos fundamentales de una parte se verían violados al no tener la posibilidad de ser oídas. Además, añaden que contra la decisión del árbitro no cabe recurso alguno, de modo que en caso de concesión injustificada o incorrecta de la medida la parte perjudicada no se podría defender.

Desde nuestro punto de vista, esta afirmación no es del todo correcta ya que existen sistemas, tales como el alemán, que permiten la modificación *a posteriori* de las medidas cautelares dictadas por los árbitros, siempre que, claro está, se haya producido un cambio en las circunstancias que dieron lugar a la necesidad de ordenar dicha medida que lo justifiquen o, más bien, lo aconsejen. Por el contrario, cuando es un tribunal estatal quien las ordena no cabe duda de la posibilidad de apelar dicha decisión con el objeto de subsanar los errores que se hayan podido cometer<sup>560</sup>. Estos autores afirman que, a efectos de rapidez, sí se precisa en todo caso oír a ambas partes, conllevará bastante más tiempo su adopción por un árbitro que por un juez, por cuanto que la necesaria

---

<sup>558</sup> BERNARDINI, P.: “The Powers of ...”, art. cit., pág. 21; RAMOS MÉNDEZ, F.: “Arbitrage international et ...”, art. cit., pág. 57.

<sup>559</sup> BERNARDINI, P.: “The Powers of ...”, art. cit., pág. 25.

<sup>560</sup> RAMOS MÉNDEZ, F.: “Arbitrage international et ...”, art. cit., pág. 64.

audiencia de la parte contra la que se dirige la medida supondrá alargar el proceso<sup>561</sup>.

El problema surge, sobre todo, porque prácticamente ningún sistema, ni estatal ni institucional, se manifiesta expresamente sobre esta cuestión. Es por ello que algunos autores interpretan, como hemos visto, el silencio como una prohibición y se inclinan por negar directamente dicha posibilidad<sup>562</sup>.

En el supuesto de que el tribunal arbitral ordene una medida con audiencia de una sola parte, veremos si aquella contra la que se dirige queda realmente indefensa o si, por el contrario, tiene posibilidad efectiva de defenderse. En realidad, el sujeto pasivo de la medida no precisa del citado recurso de apelación contra la misma, puesto que le bastará con negarse a su cumplimiento sin que el árbitro pueda obligarle a ejecutarla por carecer de poder coercitivo. Si bien nada impide que la parte interesada en el cumplimiento, o el árbitro, solicite la colaboración de las autoridades judiciales para hacerla efectiva. Siempre y cuando la norma reguladora del arbitraje prevea tal cooperación o asistencia.

La parte beneficiada por la medida acudiría en este caso a la jurisdicción estatal, bien para que la ejecutara, bien para que la ordenase de nuevo. En estas circunstancias, lo más probable es que el tribunal estatal declarase nula la medida cautelar por vulnerar el principio de audiencia y contradicción que rigen el proceso<sup>563</sup>, por lo que no se plantearían mayores problemas. Sin embargo, esto supondrá una enorme pérdida de tiempo que haría incluso que el daño que se pretende evitar ya se hubiera producido e incluso pudiera ser irreparable.

---

<sup>561</sup> VAN HOUTTE, H.: "Provisional Measures in ...", art. cit., pág. 138.

<sup>562</sup> VAN DEN BERG, A.: "The New 1998 I.C.C. Rules of Arbitration", *Bull. C.C.I., Special Supplement*, noviembre 1997, pág. 111. FOUCHARD, Ph., nota a la Sentencia de la *Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 28 de junio de 1983, *Rev. Arb.*, 1989, pág. 653.

<sup>563</sup> BERNARDINI, P.: "The Powers of ...", art. cit., pág. 27.

*i) Nuevas tendencias: La admisión de la posibilidad de que los árbitros adopten medidas cautelares inaudita altera parte*

En la actualidad, hay un sector doctrinal importante que sostiene que no constituye una vulneración del principio de contradicción el hecho de que el árbitro adopte una medida cautelar, a solicitud de una de las partes, sin haber oído a la otra, siempre que las circunstancias así lo requieran. Ahora debemos resolver la cuestión de cómo se subsanará dicho defecto o la supuesta infracción del mencionado principio de audiencia de ambas partes en el proceso. Ello se lograría concediendo a la otra parte la posibilidad de ser oída en una fase ulterior, es decir, que tal audiencia se realizara una vez adoptada la medida. Esto permitiría que la parte perjudicada pudiera, bien oponerse a dicha medida, bien obtener la revocación o, simplemente, solicitar al tribunal que reconsiderase su decisión<sup>564</sup>. Es decir, que tan sólo se impone como condición que esta audiencia se realice en una fase posterior<sup>565</sup>.

Sería posible eximir al tribunal arbitral de este requisito en el momento de su adopción con el objeto de acelerar el procedimiento, sin que ello implicara, en ningún caso, la vulneración de uno de los principios fundamentales de todo proceso, en cuanto que éste se cumpliría *a posteriori*<sup>566</sup>. No debemos olvidar que la urgencia, así como la rapidez, constituyen elementos esenciales de este tipo de medidas, por ello, para asegurar su eficacia debe permitirse su adopción sin

---

<sup>564</sup> BLESSING, M.: "La procédure devant le tribunal arbitral", *Bull. C.C.I.*, vol. 3, n° 2, noviembre, 1992, pág. 30; LAVIVE, P.- POUDRET, J.F. - REYMOND, C.: *Le droit de l'arbitrage ...*, op. cit., pág. 362.

<sup>565</sup> GROSSEN J. M.: "Comments and Conclusions", *Conservatory and Provisional Measures...*, cit., pág. 116. LOPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A.: "Medidas cautelares en ...", art. cit., pág. 4. BERGER, P.: *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer & Taxation, 1993, pág. 337; REINER, A.: "Les mesures provisoires...", art. cit., pág. 864. BUCHER, A. - TSCHANZ, P.Y.: *International Arbitration in Switzerland*, Basle, Helbing and Lichtenhahn, 1989, pág. 90.

<sup>566</sup> VAN HOUTTE, H.: "Provisional Measures in ...", art. cit., pág. 137.

audiencia previa de la parte perjudicada, por cuanto que su realización podría retrasar su adopción o, incluso, frustrarla.

Esta posibilidad se admite en algunos sistemas procesales estatales como el francés, el inglés, el suizo y el alemán, así como en algunos Reglamentos institucionales y, no por ello constituye una vulneración del principio de audiencia y contradicción.

Merece la pena que analicemos las soluciones mantenidas en los mismos. Así, por ejemplo, en Francia para solicitar este tipo de medidas de carácter urgente existe el llamado *juez référé*, que es un órgano especial que actúa en casos de necesidad. Estos jueces de emergencia no están legitimados para resolver el fondo del asunto, sino que únicamente actuarán cuando el órgano encargado de conocer de la cuestión principal no está en condiciones de hacerlo<sup>567</sup>. Como regla general, no cabe su adopción *inaudita altera parte*, por cuanto que se trata de procedimientos de urgencia en que las partes deberán ser oídas o habrán sido emplazadas. No obstante, de forma excepcional, y sólo si concurren circunstancias especiales que lo exijan, se permitirá su adopción *ex parte*<sup>568</sup>.

El mero hecho de admitirse su adopción *ex parte*, aunque sólo sea de forma excepcional, es una prueba suficiente de que no se produce vulneración alguna de los principios fundamentales de todo proceso, pues de ser así, no se permitiría en ningún caso.

En Alemania, por ejemplo, los árbitros gozan de una amplia libertad a la hora de determinar la medida cautelar más conveniente. ¿Significa esto que también pueden adoptar medidas *inaudita altera parte*? En principio, parece que esta posibilidad está excluida, ya que el

---

<sup>567</sup> *Cour de Cassation* (3ª Ch. Civ.), de 7 de junio de 1979, en el asunto *Société d'exploitation du cinema REX v. Société Rex*, *Rev. Arb.*, 1980, pág. 78, *Bull. Civ.* 1980, III, pág. 93.

<sup>568</sup> Vid. los artículos 812 y 875 del *Nouveau Code de Procedure Civile*.



párrafo 1º del artículo 1042 de La ley alemana de arbitraje al establecer las reglas generales del procedimiento exige que se respete el principio de audiencia y contradicción de las partes en el proceso. Asimismo, el artículo 103 párrafo 1º de la Constitución alemana exige que ambos principios sean observados. Sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán ha afirmado en una sentencia de 1999 que, “una medida ordenada *ex parte* no infringe la citada disposición, si su adopción fuera necesaria para evitar que los derechos de una parte se vieran perjudicados. De este modo, se configura como una excepción a la regla general, en aras de la efectividad del proceso. La realización de una audiencia previa podría frustrar el efecto sorpresa imprescindible para este tipo de medidas”<sup>569</sup>.

Es más, hay otra disposición en la propia Ley de arbitraje alemana que apoya la posibilidad de que el tribunal arbitral pueda ordenar medidas *ex parte*. Se trata del artículo 1063.3.1 el cual establece que: “*El Presidente de la Cámara civil competente puede dictar, -sin oír previamente a la parte contraria-, una orden antes de que sea decidida su demanda principal de ejecución forzosa de la sentencia o la ejecución de medidas provisionales o de conservación dictadas de conformidad con el artículo 1041 (...)*”. Sin duda alguna, cabe que una medida cautelar dictada *ex parte* por un tribunal arbitral sea ejecutada por el juez competente. Esta disposición dota de sentido a las medidas acordadas por el árbitro sin audiencia previa de las partes. Además, el precepto añade que, “*la ejecución forzosa quedará limitada a las medidas conservatorias y la parte demandada por la medida podrá evitar dicha ejecución constituyendo una garantía equivalente al montante de la misma*”<sup>570</sup>.

---

<sup>569</sup> Sent. TC Alemán –the Bundesssverfassungsger-, *BverfGE* 57, págs. 346-359.

<sup>570</sup> Artículo 1063.3.*in fine* de la Ley alemana de arbitraje de 1998.

En el ámbito institucional, el Reglamento de la Asociación Suiza de Arbitraje dispone en el artículo 183 que el árbitro puede adoptar medidas cautelares *ex parte*. Pero, añade el párrafo 3º del mismo que el derecho a ser oído exige que la otra parte tenga la oportunidad de rechazar la solicitud, revocarla o, incluso, modificarla<sup>571</sup>. Es decir, que la clave radica en su posible modificación posterior tras la audiencia de la otra parte.

De todos modos, aun cuando estos autores se mantienen favorables a su admisión estiman -a su vez- que, dependiendo de las circunstancias, puede que sea imprescindible oír previamente a las partes. Sobre todo, cuando la medida cautelar solicitada sea tan gravosa para la parte afectada que, incluso solicitando el depósito de una caución o fianza no quedaría cubierto el potencial riesgo de adoptarse indebidamente<sup>572</sup>. Esto es, que no bastaría dicha cantidad para mantener el *statu quo* de las partes en los mismos términos en que estaba en el momento previo a su adopción.

No obstante, no faltan Reglamentos de instituciones arbitrales como el de la Cámara de Comercio Internacional de París<sup>573</sup>, el *Pre-Arbitral Referee Rules*<sup>574</sup> o el de la C.I.R.D.I. que excluyen la posibilidad de que se adopten medidas cautelares con audiencia de una sola de las partes. Concretamente, este último hace depender la competencia de los árbitros para recomendar medidas cautelares, modificarlas o revocarlas de que se haya dado a cada parte la oportunidad de que presente sus observaciones<sup>575</sup>. Esto es, sólo se permite que el tribunal arbitral

---

<sup>571</sup> BLESSING, M.: *The New Swiss Law on International Arbitration*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1999, 1990, pág. 163.

<sup>572</sup> BERGER, P.: *International Economic Arbitration*, op. cit., pág. 338.

<sup>573</sup> El artículo 21.3 dispone: “El tribunal arbitral tendrá la plena dirección de las audiencias, en las cuales todas las partes tienen derecho a estar presentes (...)”.

<sup>574</sup> Vid. el art. 3.2. de las Pre-arbitral Referee Rules

<sup>575</sup> El Reglamento de la C.I.R.D.I. (Centro Internacional de Resolución de Diferencias relativas a Inversiones) establece en el art. 39 párrafo 4º que: “El tribunal sólo podrá

recomiende medidas cautelares si ha existido una previa audiencia de las partes. De este modo, en aras a la salvaguarda de la justicia se pierde el efecto sorpresa que, a menudo resulta imprescindible.

Si bien el Reglamento de la C.C.I. de París de 1998 no trata expresamente esta cuestión cabe deducirla de lo dispuesto en el artículo 21.3 en el que, después de atribuir al tribunal arbitral “(...) *la plena dirección de las audiencias*” añade que “(...) *todas las partes tienen derecho a estar presentes [en las audiencias]*”<sup>576</sup> con lo cual, queda descartada la posibilidad de adoptar una medida *inaudita altera parte* al amparo de dicho Reglamento.

#### *ii) Conclusión*

El poder de los árbitros de dictar medidas de protección en audiencia de una sola de las partes se hace depender, en la mayoría de los sistemas, de la verificación de que efectivamente se haya dado a las partes la posibilidad de ser oídas. Qué duda cabe que los principios de audiencia y contradicción se respetan perfectamente si a la parte afectada se le da la posibilidad de ser oída, aunque sea *a posteriori*, es decir, una vez se haya dictado ya la tutela solicitada. En definitiva, se pretende que los árbitros pudieran acordar una orden cautelar, sin necesidad de oír a ambas partes para evitar que ésta quede frustrada y, en un momento posterior, se les otorgue esta posibilidad con el fin de observar los requisitos procesales de audiencia y contradicción. La exigencia de respeto a los mismos pone en duda la virtualidad práctica de las medidas en cuanto que desaparece el elemento sorpresa que, a menudo es necesario.

---

*recomendar medidas provisionales, o modificará o revocará sus recomendaciones, después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones”.*

<sup>576</sup> El énfasis es nuestro.

No obstante, y a pesar de todo lo que hemos apuntado hasta el momento, en la práctica la posibilidad real de adoptarlas dependerá de la ley aplicable al procedimiento arbitral. Pero, teniendo en cuenta que son muy pocos los sistemas que lo prevén, hay que concluir diciendo que todavía no constituye una práctica generalizada, Pero sería deseable y, sobre todo, conveniente, que el resto de ordenamientos jurídicos fueran modificándose poco a poco en el sentido de no interpretar la ordenación de una cautela sin audiencia previa de ambas partes como una vulneración del derecho fundamental a ser oídas.

En efecto, el hecho de que la mayoría de los sistemas no admitan que los árbitros puedan adoptar medidas cautelares *ex parte* impide que puedan actuar, en ocasiones, de forma eficaz. Mientras tanto, este tipo de medidas deberán ser adoptadas por los jueces a instancia de parte en los procedimientos arbitrales cuya ley aplicable impida este tipo de actuaciones por parte de los árbitros.

#### *5.2.2.2.- Límites de carácter material*

5.2.2.2.a).- Imposibilidad de adoptar medidas cautelares por los árbitros antes de la constitución del tribunal arbitral

Asumiendo que el árbitro está legitimado para poner fin a un conflicto sobre el que las partes han acordado una cláusula arbitral, la intervención de los jueces, a instancia de parte o del propio tribunal arbitral, únicamente estará justificada cuando éste último no pueda hacer frente a una determinada situación, como puede ser que se requiera una medida cautelar y no pueda actuar por no estar constituido<sup>577</sup>.

Los tribunales arbitrales no son órganos permanentes, a diferencia de los tribunales estatales. Esto es, que no existen como tales, sino que se crean *a posteriori* en función de un litigio determinado. Es más, generalmente, se constituyen una vez la controversia ya ha surgido<sup>578</sup>. Por este motivo, desde que se inicia la contienda, hasta que se crea efectivamente el tribunal arbitral, transcurre un lapso de tiempo que puede ser más o menos largo dependiendo de las incidencias que se produzcan<sup>579</sup>.

En general, hay que destacar la lentitud de los procedimientos de constitución de los tribunales arbitrales que pueden durar incluso meses. Basta, por ejemplo, que se impugne el nombramiento de algún árbitro por falta de imparcialidad o independencia<sup>580</sup>. Esta larga duración también puede deberse a la utilización de tácticas dilatorias por la parte solicitante de la medida, por ejemplo, si se niega a nombrar el árbitro, siendo ésta su obligación, o se opone al que ha nombrado la otra parte.

Durante el período de formación del tribunal arbitral, puede que los derechos de alguna de las partes en el proceso o sus bienes se pongan en peligro o, sin más, sus expectativas de derecho, precisándose una actuación rápida y urgente, esto es, una medida cautelar. Evidentemente, existe una imposibilidad absoluta de que éstas sean adoptadas por los árbitros, pues todavía no existe ningún órgano arbitral al que poder dirigirse.

La práctica del arbitraje comercial internacional pone de manifiesto que el mayor número de demandas en materia cautelar se produce en la fase inicial del procedimiento, esto es, antes de la constitución del

---

<sup>577</sup> QUAKRAT, Ph.: "L'arbitrage commercial international...", art. cit., pág. 265.

<sup>578</sup> QUAKRAT, Ph.: "L'arbitrage commercial international...", art. cit., pág. 245.

<sup>579</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FJ.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 186; ORTELLS RAMOS, M. "Comentario al art. 50 ...", art. cit., págs. 254 y 255.

<sup>580</sup> TOMMASEO, F.: "Lex fori e tutela ...", art. cit., pág. 9.

tribunal arbitral, de ahí la importancia de determinar cuál es el órgano competente para ordenar las medidas cautelares en este momento inicial del arbitraje<sup>581</sup>. El tipo de medidas que habitualmente se solicitan al inicio del procedimiento arbitral suele ser de instrucción, como puede ser, entre otras, el nombramiento de expertos, o alguna tendente a conservar las pruebas, etc.

Resulta necesario analizar cómo se resuelve generalmente la cuestión de la tutela cautelar cuando el tribunal arbitral todavía no se ha constituido en los diferentes sistemas estatales e institucionales de arbitraje. Así, por ejemplo, en Francia existe una categoría de jueces llamados *référé* que tienen por objeto dictar a instancia de parte una orden cautelar, en casos de urgencia, cuando las circunstancias lo requieran. El poder de estos órganos deriva de la Ley y su actuación se limita a casos muy concretos como es el de la adopción de medidas cautelares<sup>582</sup>. Es por ello que, en Francia las partes recurren a estos jueces en casos de necesidad, esto es, cuando el tribunal todavía no está constituido. La limitación que presentan estos jueces es que, como regla general, no pueden adoptar medidas *inaudita altera parte*, salvo que ese trate de una situación de extrema urgencia.

Estos jueces gozan de un amplio poder ya que podrán actuar cuando las partes sean extranjeras, cuando la sede del arbitraje esté fuera de Francia e, incluso, cuando la ley aplicable al arbitraje sea extranjera. En consecuencia, cabe recurrir a ellos cuando el único vínculo que exista con dicho país sea que los bienes objeto del embargo están situados en él<sup>583</sup>.

---

<sup>581</sup> SCHAEFER, J.K.: “New Solutions for ...”, art. cit., pág. 8.

<sup>582</sup> BROWER, C. – TUPMAN, W.M.: “Court-Ordered Provisional Measures Under the New York Convention”, *Amer. Jour. Int. Law*, vol. 80, 1986, pág. 40.

<sup>583</sup> PARODI, P. G.: “Interim Measures in Respect to Arbitration in the Construction Business”, *ICCA Stockholm Arbitration Congress 1990*, Working Group II, Kluwer, 1990, pág. 489.

En el ámbito institucional, el Reglamento de la C.C.I., en el párrafo 1º del art. 23, atribuye competencia al tribunal arbitral para adoptar medidas cautelares, “(...) una vez le ha sido entregado el expediente (...)”, o lo que es lo mismo, una vez éste se ha constituido<sup>584</sup>. Sin embargo, el párrafo 2º permite a las partes que dirijan esta solicitud ante los tribunales estatales, “(...) antes de que el expediente haya sido entregado al tribunal arbitral (...)”, es decir, antes de que éste se haya constituido. A continuación, añade que también podrán acudir a las autoridades judiciales, una vez constituido el tribunal arbitral, pero únicamente “(...) en circunstancias apropiadas (...)”.

En definitiva, antes de la constitución del tribunal arbitral, la competencia para adoptar medidas cautelares corresponde, en exclusiva, a los jueces. Ahora bien, una vez éste se ha constituido, la competencia se atribuye a los árbitros, salvo que, claro está, concurren circunstancias especiales que aconsejen acudir también, en esta ocasión, a los jueces. La nueva versión del Reglamento de la C.C.I. de 1998 ha introducido algunos cambios al respecto, si bien no suponen una alteración sustancial.

Con carácter general, cuando se solicita una medida cautelar antes del comienzo del procedimiento arbitral se requiere, prácticamente en todos los sistemas, que éste se inicie en breve o, al menos, que tenga apariencia de iniciarse lo antes posible. Tanto es así que si la parte beneficiada por la medida cautelar no lleva a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral en un breve período de tiempo, la medida cautelar acordada quedará sin efecto<sup>585</sup>.

---

<sup>584</sup> Ya que el art. 13 dice que “La Secretaría entregará el expediente al tribunal arbitral tan pronto como éste sea constituido (...)”, significa que, una vez el expediente le ha sido entregado al tribunal arbitral, es porque éste ya se ha constituido.

<sup>585</sup> SCHWARTZ, E.: “The Practices and ...”, art. cit., pág. 54.

Curiosamente, y a diferencia de lo que ocurre respecto de las medidas cautelares previas al procedimiento judicial en España donde la Ley fija un plazo máximo de 20 días<sup>586</sup>, la L.E.C., no sólo no impone ningún plazo para el caso del arbitraje, sino que, además, excluye expresamente la aplicación del plazo de 20 días previsto respecto del procedimiento judicial. Así, en relación con el procedimiento arbitral, la L.E.C. se limita a decir en el párrafo 3º del artículo 730 que, “(...) *para que la medida cautelar se mantenga será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral*”<sup>587</sup>. Aun cuando no prevé plazo alguno, entendemos que estas actuaciones dirigidas a iniciar el procedimiento arbitral, deberán realizarse a la mayor brevedad posible, por analogía con el supuesto anterior. Y, por supuesto nunca superar el plazo de 20 días.

A diferencia de la solución española, el sistema italiano sí que prevé un plazo preclusivo en el que las partes deberán poner en funcionamiento el procedimiento arbitral, de lo contrario, las medidas quedarán sin efecto. El plazo previsto es de 30 días y, en un principio, iba referido únicamente a las medidas adoptadas en función de un procedimiento judicial. Sin embargo, en 1994 se introduce una reforma donde expresamente se hacía extensible esta misma condición al inicio de un procedimiento arbitral<sup>588</sup>.

Como conclusión, antes de que se inicie el procedimiento arbitral, si existe algún peligro para las partes que exige la adopción inmediata de una medida cautelar, la única vía posible será acudir a los tribunales estatales. En esta fase del proceso arbitral, la adopción de una medida de protección puede ser determinante en el desarrollo posterior del

---

<sup>586</sup> Vid. el párrafo 2º del art. 730 de la L.E.C.

<sup>587</sup> Art. 730 párrafo 3º de la L.E.C.

<sup>588</sup> Art. 669 último párrafo introducido por la Ley italiana nº 25/1994.



procedimiento, de ahí su importancia. Y, salvo que las partes hayan pactado algún mecanismo alternativo o, más bien, complementario al arbitraje, como puede ser el “*Pre-Arbitral Referee Procedure*” o las reglas para “*Emergency Measures of Protection*”, que veremos a continuación, los jueces serán los únicos competentes para adoptar medidas cautelares en el momento inicial del procedimiento arbitral.

#### 5.2.2.2.b).- Mecanismos complementarios al arbitraje

Durante el período de formación del tribunal arbitral existe una lógica imposibilidad absoluta de actuación por su parte, dado que técnicamente todavía no existe. Así, en caso de requerirse una medida cautelar con urgencia no existirá ningún órgano arbitral capaz de actuar de forma inmediata. Es por ello que en esta fase del procedimiento arbitral la competencia recaiga, en principio, en manos de la jurisdicción estatal. No obstante, no deja de ser paradójico que se someta a las partes a unos órganos que *a priori* han descartado, aun cuando su intervención quede limitada a la adopción de medidas cautelares.

Esta es precisamente la razón que justifica que, tanto en el plano convencional como en el institucional, se haya buscado remedios para superar estas situaciones. Se trata de un mecanismo complementario al arbitraje, dirigido a evitar la intervención de la jurisdicción estatal cuando el tribunal arbitral todavía no se ha constituido. Generalmente, consiste en el nombramiento de una especie de “árbitros de emergencia” que actuarán de forma inmediata en casos de necesidad<sup>589</sup>. Así, por ejemplo, la Asociación Francesa de Arbitraje prevé un procedimiento urgente de constitución del tribunal arbitral. En esta misma línea la C.C.I. ha creado otro instrumento llamado “referee arbitral”, así como también la L.C.I.A. o la O.M.P.I. que cuentan con mecanismos similares.

---

<sup>589</sup> DONOVAN, D.F.: “The Powers of the ...”, art. cit., pág. 60.

Cabe, por tanto, la posibilidad de que las partes hayan acordado alguno de estos mecanismos complementarios al arbitraje. De este modo, quedaría, en principio, garantizada la competencia de los árbitros en todos los estadios del procedimiento arbitral. Si bien, veremos como esta vía tampoco resuelve todos los problemas que se pueden plantear, por cuanto que no logrará evitar o, mejor, sustituir totalmente la intervención judicial.

*i) El Referee Pre-Arbitral de la C.C.I.*

En el seno de la C.C.I. de París se ha elaborado un Reglamento llamado *Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure* que está en vigor desde el 1 de enero de 1990. Se trata de un procedimiento que complementa al Reglamento de Arbitraje de la C.C.I. de 1998 y que se pone a disposición de los operadores del comercio internacional. Fue elaborado por la Comisión de Arbitraje Internacional de esta Institución a petición de aquéllos. A través de este mecanismo se permite la adopción de una medida cautelar de forma rápida por un tercero imparcial denominado *'Referee'* cuando el tribunal arbitral todavía no se ha constituido.

Como regla general, de conformidad con el artículo 23.1 del citado Reglamento de 1998, las partes podrán solicitar medidas cautelares al tribunal arbitral una vez éste se haya constituido. Sin embargo, antes de su constitución si una de las partes quiere solicitar una medida de este tipo deberá dirigirse a los jueces estatales según lo dispuesto en el párrafo 2º del mismo precepto. Desde el 1 de enero de 1990 se ofrece a las partes la posibilidad de pactar expresamente la utilización de este mecanismo complementario con el fin de evitar la intervención de los jueces en la fase previa a la formación del tribunal arbitral para obtener una medida de protección.

El recurso a este mecanismo complementario al arbitraje se hace depender necesariamente de que las partes lo hayan previsto de forma expresa, ya sea en la cláusula arbitral o en cualquier otro documento separado. Generalmente, el *‘referee’* es nombrado por las partes de común acuerdo o por el Presidente del tribunal arbitral<sup>590</sup>.

El *‘referee’* está legitimado para adoptar cualquier medida cautelar en caso de urgencia. Ya sea para prevenir un daño inmediato o una pérdida irreparable, ya sea para salvaguardar los derechos de alguna de las partes en el proceso, cuando el tribunal arbitral todavía no se ha formado. Asimismo, se le atribuye competencia para ordenar el pago a una de las partes y para acordar cualquier medida necesaria con el objeto de asegurar la posible futura realización de pruebas. En definitiva, se trata de un mecanismo de apoyo al arbitraje que se crea, precisamente, para evitar acudir a la jurisdicción estatal cuando existe una imposibilidad para actuar por parte del órgano arbitral por no estar constituido.

La atribución de competencia al *‘referee’* en modo alguno significa que el tribunal arbitral se desentienda del asunto, sino más bien todo lo contrario, en la medida en que aquél complementa a éste. Tanto es así que, el propio Reglamento obliga en el art. 23.2 a que este tipo de actuaciones se notifiquen de inmediato a la Secretaría de la C.C.I., con el fin de que ésta informe al tribunal arbitral una vez constituido<sup>591</sup>. Cabe preguntarse, qué ocurre si las partes no ponen en conocimiento de la Secretaría de la C.C.I. este tipo de actuaciones o, de hacerlo, lo hacen

---

<sup>590</sup> Así lo dispone el artículo 4 en sus párrafos 1º y 2º del Reglamento de Referee Pre-Arbitral de la C.C.I. 1º: *“El tercero que actúa en refere puede ser designado por acuerdo mutuo de las partes, antes o después de la presentación de la demanda (...), el Presidente después de haber constatado la existencia de dicho acuerdo de las partes procederá al nombramiento de ese tercero”*. Sin embargo, el párrafo 2º del mismo artículo señala que expirado el plazo para su designación por las partes sin que haya habido acuerdo al respecto el Presidente procederá de inmediato a su nombramiento.

<sup>591</sup> Artículo 23.2 del nuevo Reglamento de la C.C.I.

con retraso. Hay algunos casos en que, a pesar de haberse infringido esta obligación, el tribunal arbitral no ha impuesto ningún tipo de sanción<sup>592</sup>.

El *‘réferee’ prearbitral* presenta sin lugar a dudas ventajas, pero también algún inconveniente. Respecto de las primeras, es de señalar que se puede obtener una orden cautelar en un plazo muy breve de tiempo, de ahí que, en cuanto a la rapidez, sí que supone una ventaja importante. El problema se plantea porque estos árbitros de emergencia adolecen prácticamente de las mismas limitaciones que la propia institución arbitral, esto es, ausencia de poder coercitivo y falta de poder frente a terceros, entre otros. En definitiva, a través de este mecanismo complementario al arbitraje se trata de salvar el límite de carácter material a que está sometido la institución arbitral, a saber, la imposibilidad de adoptar medidas cautelares hasta la constitución del tribunal arbitral. La misión de estos árbitros de emergencia consiste en actuar de forma inmediata en sustitución del tribunal arbitral que ha de conocer en cuanto al fondo por no estar, todavía, en condiciones de hacerlo<sup>593</sup>.

Pero, ni siquiera el acuerdo de las partes de recurrir a este instrumento complementario conseguirá evitar totalmente la, a menudo necesaria asistencia judicial. En efecto, si la parte afectada la incumpliera habría que acudir a los jueces para que la hiciesen efectiva. Obviamente, los poderes de este árbitro de emergencia no tienen porqué ser mayores que los del propio tribunal arbitral.

En realidad, las órdenes de estos árbitros de urgencia, a la hora de ser ejecutadas, plantearán problemas similares a las dictadas por el propio tribunal arbitral, es decir, que si no se cumplen voluntariamente se

---

<sup>592</sup> Laudo núm. 2444/1976, en *J.D.I.*, 1977, pág. 932; Laudo núm. 4415/1984, en *J.D.I.*, 1984, pág. 530; Laudo núm. 5103/1988, en *J.D.I.*, 1988, pág. 1207.

<sup>593</sup> Vid. el epígrafe 5.2.2.2.b) del Capítulo III de este trabajo, págs. 294 y ss.

requerirá la cooperación o asistencia judicial<sup>594</sup>. En este sentido, la ejecución de las órdenes dictadas por el 'referee' depende de la voluntad de las partes, (art. 6.6) aunque se prevén medidas dirigidas a forzar su cumplimiento, al igual que ocurre con las órdenes de los árbitros. Pero, en todo caso, respecto de estas decisiones se plantea exactamente el mismo problema que en relación con las emitidas por los árbitros, esto es, al no constituir habitualmente un título ejecutivo no pueden ser directamente ejecutables por la jurisdicción estatal. Sin olvidar la existencia de sistemas como el alemán o el suizo que sí que atribuyen a las medidas dictadas por el tribunal arbitral el carácter de título directamente ejecutable por los jueces.

Hasta el año 1993 no hubo ningún caso en el que se hubiera aplicado este Reglamento, sin embargo, mucho se ha escrito sobre el tema<sup>595</sup>. Su escaso éxito se debe, fundamentalmente, a que las partes prefieren, en estas circunstancias, acudir a la jurisdicción estatal con el objeto de obtener un remedio que pueda ser ejecutado más fácilmente.

---

<sup>594</sup> GOLDMAN, C.: "Mesures provisoires et ...", art. cit., pág. 15.

<sup>595</sup> ARNALDEZ, J.J. - SCHAEFER, J.K.: "Le Règlement de référé pré-arbitral de la C.C.I.", *Rev. Arb.*, 1990, pág. 83; DAVIS, B.: "The I.C.C. Pre-Arbitral Referee Procedure in Context With Technical Expertise, Conciliation and Arbitration", *Int. Constr. Law Rev.* 1992, pág. 218; DERAIS, Y.: "Expertise technique et référé arbitral", *Rev. Arb.*, 1982, pág. 239; HAUSMANINGER, H.: "The I.C.C. Rules ...", art. cit., pág. 82; PAULSSON, J.: "A Better Mousetrap: 1990 I.C.C. Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure", *Int. Bus. Law.*, mayo, 1990, pág. 214; SMIT, H.: "Provisional Relief in International Arbitration: The I.C.C. and Other Proposed Rules", *Am. Rev. int. Arb.*, 1991, pág. 388; LÉCUYER-THIEFFRY: "Examination of I.C.C.'s New Pre-Arbitral Referee Procedure", *World Arb. & Med. Rep.*, pág. 13, 1990; LÉCUYER-THIEFFRY: "The I.C.C. Pre-Arbitral Referee Procedure: An Innovation in Dispute Resolution", *Bull. C.C.I.*, junio, 1990, pág. 18. Este procedimiento se ha incorporado en una International Bar Association como una forma de garantía en los contratos internacionales de construcción, ver al respecto, *Int. Bus. Law.*, mayo 1992, pág. 243.

ii) *Optional Rules for Emergency Measures of Protection en el seno de la Asociación Americana de Arbitraje.*

En el seno de la A.A.A. se ha creado también un mecanismo similar llamado *Optional Rules for Emergency Measures of Protection*<sup>596</sup> y, aunque está pensado exclusivamente para supuestos internos, analizaremos su funcionamiento de un modo general con el objeto de valorar hasta qué punto es factible la extensión de este mecanismo al ámbito internacional.

Con estas normas se pretende resolver las situaciones de emergencia dentro del estricto marco arbitral, sin necesidad de recurrir a la colaboración judicial. Para ello, la A.A.A. ha designado a un grupo de árbitros de emergencia con la finalidad de que puedan actuar de inmediato en casos de necesidad. La aplicación de estas normas depende, por un lado, de que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea en la cláusula arbitral, o en un acuerdo separado. Y, por otro lado, de que se trate ciertamente de una emergencia. Nos encontraremos ante una situación de este tipo, por ejemplo, cuando se requiera una medida cautelar porque el tribunal arbitral todavía no se haya constituido.

El funcionamiento de este procedimiento es relativamente sencillo. La parte interesada en obtener una medida cautelar debe notificarlo por escrito, tanto a la A.A.A. como a la otra parte/s, especificando el tipo de medida que solicita, así como los motivos en los que basa su petición<sup>597</sup>. Una vez recibido por la A.A.A., ésta nombra un árbitro en el plazo de un día. Si el árbitro fuera objeto de recusación por algún motivo, deberá notificarlo inmediatamente y se resolverá también en el plazo de un día,

---

<sup>596</sup> Estas reglas entraron en vigor el 1 de enero de 1999, vid el texto de las *Optional Rules for Emergency Measures of Protection* en, *Year. Com. Arb.*, vol. XXIV, 1999, págs. 385-388.

<sup>597</sup> Art. 0-1 de las *Optional Rules for Emergency Measures of Protection* de la A.A.A.

a contar desde que el nombramiento fuera conocido por las partes<sup>598</sup>. A continuación, el árbitro dará audiencia a las partes en el plazo máximo de dos días desde su designación<sup>599</sup>.

Este mecanismo no resuelve todas las posibles situaciones de emergencia, puesto que ya se ha visto que en muchos casos se requiere el desconocimiento de la parte contra la que se va a proceder a efectos de que tal medida sea efectiva. Y, sin embargo, el art. 0-1 exige la notificación, no sólo a la A.A.A., sino también a la/s parte/s implicada/s. No cabe, pues, al menos en principio, la adopción de una medida *inaudita altera parte*.

*iii) Emergency Relief Rules en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (O.M.P.I.)*

En el seno de la Organización Mundial de la propiedad Intelectual se elaboraron unas normas denominadas *Emergency Relief Rules* que entraron en vigor en 1996. La razón que llevó a la creación de las mismas fue el hecho de que, en ocasiones, se producían retrasos en la constitución efectiva del tribunal arbitral. Retrasos que unas veces derivaban del tiempo necesario requerido para su formación, pero que en otros casos eran buscados por las propias partes, en el sentido que es una de ellas la que trataba de paralizar dicho procedimiento por la ventaja que le podía reportar<sup>600</sup>. Fue precisamente esta última circunstancia la que condujo a la formulación de las normas de emergencia en materia cautelar. Con el mismo objetivo ya se habían

---

<sup>598</sup> Art. 0-2 de las Optional Rules for Emergency Measures of Protection de la A.A.A.

<sup>599</sup> Art. 0-3 de las Optional Rules for Emergency Measures of Protection de la A.A.A.

<sup>600</sup> HORNING, R.: "Interim Measures of Protection; Security for Claims and Costs; and Commentary on the W.I.P.O. Emergency Relief Rules", *Am. Rev. Int. Arb.*, vol. 9, 1998, pág. 170.

creado, como hemos visto, unas normas similares como complemento del Reglamento de la C.C.I. de París.

Estas reglas de emergencia pretenden otorgar a las partes la posibilidad de obtener medidas de protección en la fase previa a la constitución del tribunal arbitral, sin necesidad de recurrir a la jurisdicción estatal. En definitiva, se trata de conseguir una actuación efectiva por parte de los árbitros en materia cautelar, en todas las fases del procedimiento. Hasta su elaboración, si surgía la necesidad de solicitar una medida cautelar durante el período de formación del tribunal arbitral, la parte interesada debía acudir necesariamente a la jurisdicción estatal, por cuanto que no existía ningún otro órgano en condiciones de intervenir. En el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual este obstáculo al poder de los árbitros queda salvado ahora con la posibilidad de nombrar unos árbitros de emergencia para que actúen en lugar del tribunal arbitral cuando las circunstancias así lo requieran.

La utilización de esta vía depende exclusivamente de la voluntad de las partes, es decir, que éstas deberán establecer de forma expresa en la cláusula de arbitraje su intención de someterse a dichas reglas, en caso de que resulte indispensable adoptar una medida cautelar cuando el tribunal arbitral no se halle constituido. Por tanto, el hecho de que las partes hayan pactado el sometimiento al Reglamento de la O.M.P.I. para resolver las controversias que se planteen en el ámbito de la propiedad intelectual no implica de forma automática que quedarán sometidas, asimismo, a estos procedimientos de emergencia en materia cautelar, sino que tendrán que pactarlo expresamente.

De conformidad con este mecanismo urgente de adopción de medidas cautelares, cabe la posibilidad de ordenarlas, tanto en



presencia de ambas partes, como *inaudita altera parte*<sup>601</sup>. Aunque esta última opción queda supeditada a la concurrencia de circunstancias excepcionales, como veremos a continuación. Esto resulta especialmente ventajoso en materia cautelar, por cuanto que no será necesario oír previamente a ambas partes cuando existan indicios suficientes que hagan suponer que la parte perjudicada intentará hacer desaparecer los bienes sobre los que puede recaer la medida cautelar pretendida. Asimismo, al amparo de estas reglas, los árbitros gozan de poderes muy amplios, en el sentido de estar legitimados para adoptar cualquier tipo de medida que estimen conveniente.

Con carácter general, el modo de funcionamiento de estos órganos de emergencia es prácticamente el mismo que el de cualquier otro árbitro que actúe en circunstancias normales pudiendo, asimismo, condicionar la concesión de la medida cautelar a que la parte beneficiada por el laudo parcial preste las garantías pertinentes<sup>602</sup>. Su actuación es limitada en el tiempo. Así, mantienen su poder para dictar medidas cautelares así como también para modificarlas, hasta el momento en que el tribunal arbitral quede constituido de forma efectiva<sup>603</sup>. A partir de ese instante, cesarán en sus actuaciones. Esto es lógico teniendo en cuenta que el nombramiento de estos árbitros de emergencia se produjo precisamente para actuar provisionalmente hasta que el tribunal arbitral estuviera en condiciones de intervenir.

Como ya hemos apuntado antes, en el marco de estas Reglas de emergencia en materia cautelar cabe la posibilidad de solicitar medidas

---

<sup>601</sup> HORNING, R.: “Interim Measures of ...”, art. cit., pág. 170; BLESSING, M.: “The Conduct of Arbitral Proceedings under the Rules of Arbitration Institutions: The W.I.P.O. Arbitration Rules in a comparative Perspective”, Conferencia presentada en el marco de las reglas sobre el arbitraje Institucional y la mediación, en 1995, en la sede de la O.M.P.I.

<sup>602</sup> Artículo XIV.a) de las Emergency Relief Rules de la O.M.P.I.: “La solicitud de medidas cautelares podrá estar condicionada al previo pago de un depósito del solicitante de la misma en concepto de anticipo de las costas del proceso (...)”.

<sup>603</sup> Artículo III.a) (i) de las Emergency Relief Rules de la O.M.P.I.

cautelares tanto previa audiencia de ambas partes, como *inaudita altera parte*. En ambos casos, previa solicitud de una parte, el Centro de arbitraje procederá a constituir el panel de árbitros en un plazo máximo de 24 horas<sup>604</sup>. En el supuesto que las partes hubieran acordado previamente quién actuaría en calidad de árbitro de emergencia, será éste último quien se nombre a tal efecto<sup>605</sup>. A falta de una previsión de las partes en este sentido será el Centro el encargado de proceder al nombramiento<sup>606</sup>. En caso de recusación de alguno de sus miembros, se procederá a su sustitución en un plazo no superior a 24 horas<sup>607</sup>. El establecimiento de unos plazos tan breves pone de manifiesto el carácter urgente de este procedimiento.

Sin embargo, el procedimiento a seguir es distinto según la medida se pretenda dictar en audiencia de ambas partes o *ex parte*. A) En el primer supuesto, el solicitante deberá transmitir dicha solicitud al Centro de arbitraje, así como también al sujeto pasivo de la medida<sup>608</sup>. Si bien, sería conveniente informar con carácter previo al Centro de arbitraje la intención de instar una determinada medida cautelar con el fin de facilitarle la preparación de las actuaciones pertinentes<sup>609</sup>. Desde el momento en que el demandado recibe la solicitud, dispone de un plazo de 60 horas para contestar<sup>610</sup>. Pero, en todo caso, el árbitro de emergencia dictará y comunicará a las partes la correspondiente medida cautelar, que adoptará la forma de parcial, en el plazo más breve posible y no más tarde de 24 horas desde que se terminaron las correspondientes audiencias. Salvo que, por concurrir circunstancias

---

<sup>604</sup> Artículo VI.a) de las Emergency Relief Rules de la O.M.P.I.

<sup>605</sup> Artículo VII.a) de las Emergency Relief Rules de la O.M.P.I.

<sup>606</sup> Artículo VII.b) de las Emergency Relief Rules de la O.M.P.I.

<sup>607</sup> Artículo VIII de las Emergency Relief Rules de la O.M.P.I.

<sup>608</sup> Artículo IV a) de las Emergency Relief Rules de la O.M.P.I.

<sup>609</sup> Artículo IV.b) de las Emergency Relief Rules de la O.M.P.I.

<sup>610</sup> Artículo V.a) de las Emergency Relief Rules de la O.M.P.I.

excepcionales, el árbitro solicite una ampliación de dicho término al Centro<sup>611</sup>.

B) La segunda posibilidad consiste en solicitar una medida cautelar *ex parte*. En este supuesto, el solicitante deberá acreditar suficientemente la existencia de razones que aconsejan su adopción sin la notificación previa a la otra parte por existir un alto riesgo de quedar frustrada la medida<sup>612</sup>. Por tanto, esta vía se hace depender de la concurrencia de circunstancias excepcionales que serán valoradas por el árbitro de emergencia en cada caso. No obstante, el hecho de acordar una medida *ex parte* no implica una vulneración de los derechos de defensa de la parte perjudicada, ya que tendrá la opción de ser oída *a posteriori*.

Todo lo expuesto no significa necesariamente que las medidas que emanan de estos árbitros de emergencia vayan a ser efectivas siempre y en todo caso. En realidad, son órganos arbitrales los que van a ordenarlas, de modo que estarán sometidos exactamente a las mismas limitaciones que cualquier otro tribunal arbitral, a saber, la falta de poder coercitivo, entre otras. Es por ello que, el legislador perfectamente consciente de esta circunstancia reconoce expresamente la necesidad que puede existir de recurrir al poder coercitivo de los jueces estatales para lograr su efectividad cuando la medida resulte incumplida<sup>613</sup>. Así, la gran amplitud de poderes concedidos a dichos órganos a la hora de dictar las medidas cautelares no soluciona el problema de su eficacia extraterritorial cuando la parte no cumpla de forma voluntaria. Se plantean exactamente los mismos problemas de ejecución que respecto de cualquier otra medida cautelar dictada por el tribunal arbitral una vez constituido.

---

<sup>611</sup> Artículo XII.a) y b) de las Emergency Relief Rules de la O.M.P.I.

<sup>612</sup> Artículo XIII.a) y b) de las Emergency Relief Rules de la O.M.P.I.

<sup>613</sup> HORNING, R.: "Interim Measures of ...", art. cit., pág. 163.

Asumiendo este punto de partida, se opta por la búsqueda de posibles vías de ejecución de estas medidas cautelares, a falta de cumplimiento voluntario de la parte perjudicada. Cuestión que será tratada en el Capítulo IV de este trabajo, por cuanto que este tipo de órdenes no presentan diferencia alguna respecto del resto de medidas acordadas por cualquier otro tribunal arbitral nombrado siguiendo el procedimiento ordinario de constitución.

Como conclusión, si el objetivo pretendido con estas Reglas de emergencia es eliminar la intervención judicial en el arbitraje en materia cautelar, desde luego, no se consigue. Y, además, ya hemos visto que es imposible suprimir totalmente la cooperación judicial en el arbitraje por las limitaciones inherentes a que está sometida esta institución. De modo que, siempre que la parte se muestre reticente a cumplir una medida cautelar ordenada por un árbitro de emergencia deberá acudir necesariamente a la jurisdicción estatal. No obstante, es cierto que se consigue evitar que los jueces intervengan en la fase previa del procedimiento, esto es, antes de la constitución del tribunal arbitral. Por tanto, más que eliminar la intervención judicial en apoyo del arbitraje se consigue limitarla en cierto modo.

#### *iv) Asociación Italiana para el Arbitraje*

Las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Italiana para el arbitraje también prevén un mecanismo alternativo a la jurisdicción estatal con vistas a la adopción de las medidas cautelares con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral. La competencia se atribuye, en este caso, al Comité Permanente<sup>614</sup>. El funcionamiento y

---

<sup>614</sup> El artículo 19 párrafo 3 dispone que: "*Si el Tribunal Arbitral todavía no se ha constituido las medidas cautelares pueden ser adoptadas por el Comité Permanente y podrán ser modificadas o revocadas en cualquier momento por el citado Comité y, después de la constitución del tribunal arbitral, por éste último*".

finalidad de estas normas son idénticos a los casos que terminamos de ver.

## **6.- El papel complementario o de asistencia de los jueces: su legitimidad para intervenir en la adopción de medidas cautelares**

El desarrollo del arbitraje comercial internacional a lo largo de la historia se ha caracterizado por el constante intento de ganar independencia frente a la jurisdicción estatal. El objetivo último es convertirlo en una vía de resolución de controversias autónoma, al igual que ocurre con la vía judicial. Tanto es así que, el mayor o menor desarrollo del arbitraje se mide generalmente en función del grado de emancipación respecto de la jurisdicción estatal, el cual se plasma en la menor interferencia posible por parte de los jueces<sup>615</sup>.

Varios y de muy distinta naturaleza son los logros conseguidos en este ámbito. A saber, la autonomía de la cláusula arbitral, el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, la reducción del número de recursos frente al laudo arbitral, la existencia de un limitado número de causas tasadas estrictamente por la ley para denegar la ejecución de un laudo, etc. Sin embargo, el mayor grado de autonomía en el arbitraje no es sinónimo de exclusividad arbitral<sup>616</sup>. Esto es, a pesar de todos estos avances, en la práctica todavía se precisa la colaboración de los jueces. No se ha conseguido todavía, ni parece que se logrará alguna vez eliminar totalmente la necesidad de asistencia de la jurisdicción estatal.

---

<sup>615</sup> VARADY, T.: "Provisional Measures in ...", art. cit., pág. 150.

<sup>616</sup> HIGGINS, C.: "Interim Measures in Transnational Maritime Arbitration", *Tul. Law Rev.*, vol. 65, pág. 1522.

En este sentido lo manifiesta expresamente KERR diciendo que “debe ser aceptado como un hecho indiscutible que el arbitraje internacional no puede funcionar sin la asistencia de la jurisdicción estatal. Sólo ellos disponen de poder coercitivo para hacer efectivas las cláusulas de arbitraje, así como los laudos arbitrales. Sin la intervención y asistencia de los jueces el arbitraje internacional sería totalmente inefectivo”<sup>617</sup>.

Ciertamente, hay determinadas fases o momentos del proceso arbitral en que es factible evitar la intervención de los jueces, no así en otras. Por ejemplo, la formalización judicial del nombramiento de los árbitros podría evitarse a través de una absoluta institucionalización del arbitraje, esto es, eligiendo siempre el Reglamento de una determinada institución arbitral que será el que actúe en defecto de las partes a falta de acuerdo, nombrando a una autoridad a tal efecto.

Este poder de los jueces, sin embargo, no puede quedar sustituido totalmente por las instituciones de arbitraje, puesto que sólo ellos gozan de la prerrogativa del poder estatal de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De modo que cuando se requiera una actuación de los árbitros que implique la utilización de poder coercitivo si la parte no cumple de forma voluntaria, tan sólo los jueces podrán forzar el cumplimiento. A pesar de ello, algunos centros de arbitraje han intentado sustituir a los jueces en sus tareas creando unos mecanismos complementarios que actúan cuando el tribunal arbitral no está en condiciones de hacerlo. Pero, ya se ha visto como tampoco así lograrán eliminar totalmente la necesidad de colaboración de los jueces.

La vía arbitral debe concebirse, pues, como un método habitual de resolución de controversias en el que la cooperación de ambas instituciones ha de verse como un elemento necesario y absolutamente

---

<sup>617</sup> KERR, M.: “Concord and Conflict in International Arbitration”, *The Keating Lecture*, Londres, octubre 1996, pág. 29.

natural<sup>618</sup>. Desde el mismo comienzo del procedimiento arbitral, o incluso antes, hasta que este finaliza puede requerirse la colaboración de las autoridades estatales. Tanto es así que, a falta de esta relación de complementariedad entre ambos órganos, prácticamente nadie optaría por el arbitraje en caso de conflicto. Es, precisamente, esta colaboración la que la convierte en una alternativa sumamente atractiva para las partes, por cuanto que la dota de eficacia y seguridad jurídica<sup>619</sup>.

En principio, cuando las partes introducen una cláusula arbitral en un contrato internacional esperan, generalmente, que cualquier disputa que surja entre ellas sea resuelta de forma privada y en un foro neutral, esto es, al margen de la jurisdicción estatal. Esto no significa, en modo alguno, que estemos ante instituciones incompatibles. Es más, actualmente, la concepción del arbitraje como una institución opuesta a los tribunales estatales carece de sentido. Más bien debemos considerar que esta vía de resolución de conflictos llega a buen término gracias a la cooperación entre unos y otros.

De hecho, en la práctica resulta inevitable que, en determinadas ocasiones, se produzca una intervención judicial o mejor dicho, una colaboración judicial en el curso del arbitraje, dadas las limitaciones inherentes a que hemos visto está sujeta la institución arbitral. El arbitraje presenta unas lagunas que han de ser cubiertas necesariamente mediante el recurso a los jueces estatales. En definitiva, no es sino la jurisdicción estatal la que dota de eficacia al laudo arbitral<sup>620</sup>.

La intervención de los jueces en el arbitraje puede verse desde una doble perspectiva. Por un lado, puede ser considerada como una

---

<sup>618</sup> ARTUCH IRIBERRI, E.: “La adopción de medidas...”, art. cit., pág. 149.

<sup>619</sup> BROWER, C.: “What I tell ...”, art. cit., pág. 971.

<sup>620</sup> ROCA AYMAR, J.L.: “Las medidas cautelares en materia de arbitraje internacional: su eficacia según la ley española”, *R.C.E.A.*, 1994, pág. 101.

ayuda indispensable sin la cual el arbitraje no puede llegar a buen término. Y, por otro, esa misma asistencia puede interpretarse como una interferencia de los jueces que obstaculiza el poder de los árbitros<sup>621</sup>. En un primer momento, el arbitraje era visto con cierto recelo, desconfianza y escepticismo por los jueces, de ahí que ejercieran un verdadero control sobre el mismo. Pero, una vez demostrada su eficacia y generalizada utilización práctica, la cooperación de los jueces en el arbitraje tiene un carácter complementario, y nunca supone una injerencia o intromisión en el mismo.

En ocasiones, los jueces en su labor de asistencia pueden correr el riesgo de resolver anticipadamente el fondo asunto. Por este motivo, a la hora de intervenir deberán tratar de conciliar, en la medida de lo posible, el conflicto de intereses existente entre unos órganos y otros, por cuanto estas medidas son, por su propia naturaleza, provisionales. De ahí que los jueces no puedan, o mejor no deban, inmiscuirse en el fondo de la controversia, especialmente porque esta función ha sido encomendada en exclusiva a los árbitros<sup>622</sup>. Es por ello que, los jueces deberían tener en consideración todas estas cuestiones antes de emitir su decisión en materia cautelar.

Ya se ha visto como la mayor parte de los sistemas estatales de arbitraje, así como los diversos Reglamentos Internacionales optan por la competencia concurrente de jueces y árbitros en materia cautelar. Las partes, pues, podrán solicitar protección indistintamente ante unos u otros. Pero, no cabe la menor duda que, aun cuando los árbitros sean competentes, en ocasiones, se requerirá la colaboración de los jueces. Sobre todo, si tenemos en cuenta que no hay casi ningún sistema estatal

---

<sup>621</sup> VARADY, T.: "Provisional Measures in...", art. cit., pág. 150.

<sup>622</sup> PLUYETTE, G.: "A French Perspective of the Role of the Courts and Problems Related to the Execution of Conservatory and Provisional Measures", *Conservatory and Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Bull. C.C.I. Special Supplement, 1993, pág. 72.



ni institucional que atribuya idénticos poderes a los árbitros que a los jueces, al menos en lo que respecta a la fuerza ejecutiva de estas decisiones y el tipo de medidas a adoptar.

Queda a salvo, por supuesto, el sistema alemán que es uno de los pocos que confiere poder a los árbitros para dictar cualquier tipo de medida de protección y, además, las órdenes dictadas por ellos en el ejercicio de este poder gozarán de fuerza ejecutiva. Sin embargo, no faltan autores que se muestran contrarios a la atribución de fuerza ejecutiva a este tipo de decisiones y, en este sentido, estiman que supondría dotarles de una competencia en esta materia que sería incompatible con la propia naturaleza contractual de la institución arbitral<sup>623</sup>. Pero, dado el escasísimo número de sistemas que optan por esta solución no nos queda más que abogar por la intervención judicial en el arbitraje.

En virtud del principio de autonomía de la voluntad que rige en materia arbitral, nada impide que las partes, con el objeto de evitar la intervención de los jueces, pacten en el convenio de arbitraje atribuir poderes a los árbitros para dictar medidas cautelares. Esta posibilidad se admite sin mayor problema<sup>624</sup>, aunque tampoco se evita totalmente la intervención del juez. Pues, si bien el árbitro estará legitimado para adoptarlas, esto es, para determinar su contenido, lo cierto es que carecerá de poder coercitivo para hacerlas efectivas. De ahí que, si las partes no cumplen de forma voluntaria se requerirá del auxilio judicial para forzar a su cumplimiento<sup>625</sup>.

La cooperación de los jueces en el arbitraje sería necesaria incluso en el supuesto de que los árbitros pudieran adoptar medidas

---

<sup>623</sup> STALEV, Z.: "Interim Measures of...", art. cit., pág. 107.

<sup>624</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 178.

cautelares con valor de título ejecutivo, es decir, que fueran órdenes o laudos arbitrales parciales directamente ejecutables. Esto es lo que sucede en el sistema alemán donde los árbitros dictan decisiones con valor de cosa juzgada. Pero, en última instancia, y en caso de incumplimiento voluntario de la parte afectada, sólo los jueces podrán hacerlas cumplir por la fuerza. De hecho, estaríamos exactamente ante la misma situación que se da ante un laudo arbitral que, como es bien sabido, tiene desde el mismo momento de su pronunciamiento idéntica eficacia a la de una sentencia y, no por ello, se excluye la asistencia judicial a efectos de su ejecución. Por tanto, con independencia del poder de los árbitros para dictar medidas cautelares, los jueces conservarán en todo momento el poder ejecutivo sobre las mismas<sup>626</sup>.

Si bien es cierto que los árbitros carecen de poder coercitivo, no debemos olvidar que el arbitraje cuenta con mecanismos propios que, de forma indirecta, disuaden a las partes de que incumplan las órdenes de aquéllos. No obstante, a veces, resultan insuficientes para asegurar la efectividad de estas medidas, en caso de incumplimiento voluntario. Este motivo es el que, con buen criterio, lleva a algunos autores a sostener que las medidas cautelares adoptadas por los árbitros, nunca pueden llegar a sustituir completamente a las de los tribunales estatales<sup>627</sup>. De ahí que, para asegurar la eficacia del proceso arbitral se hace necesaria, en determinadas ocasiones, la cooperación de los tribunales estatales e, incluso, hay quien habla de *partnership*<sup>628</sup>. Es más, la cooperación entre

---

<sup>625</sup> Vid. la Sent. TC 288/1993, de 20 de julio de 1993, donde se pone de manifiesto la necesidad de colaboración de los jueces en el arbitraje; RAMOS MÉNDEZ, F.: "Arbitrage International et ...", art. cit., pág. 189.

<sup>626</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international", *R. des C.*, 2001, tomo 290, pág. 156; REQUEJO ISIDRO, M.: "Sobre tutela cautelar ...", art. cit., pág. 168.

<sup>627</sup> HAUSMANINGER, H.: "The I.C.C. Rules ...", art. cit., págs. 87-91.

<sup>628</sup> HOLZTMANN, H.M.: "Arbitration and the Courts: Partners in a System of International Justice", *I.C.C.A. VI International Arbitration Congress*, México, 13-16 de marzo de 1978 (Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México 1980), pág. 197; STALEV, Z.: "Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration", en

jueces y árbitros en el ámbito de la tutela cautelar se estima absolutamente necesaria<sup>629</sup>. Sobre todo, por cuanto que permite que el arbitraje siga conservando las ventajas que se le atribuyen frente a la jurisdicción estatal y, a la vez, que constituya en la práctica una vía eficaz y rápida de resolución de conflictos.

La legitimación de los jueces para intervenir como complemento en la adopción de las medidas cautelares puede derivar de varias situaciones: 1ª.- de la existencia de una limitación de carácter jurídico por parte de los árbitros; 2ª.- de la existencia de un obstáculo material al ejercicio del poder del árbitro. Tanto en un caso como en el otro, la legitimidad de los órganos jurisdiccionales vendrá determinada por la ley que regule el procedimiento arbitral, que suele ser el Derecho estatal del lugar donde se está desarrollando el arbitraje, así como también por el Derecho del Estado donde deba ejecutarse el laudo arbitral<sup>630</sup>. No en vano, constituyen los ordenamientos jurídicos que regulan las relaciones entre los jueces y los árbitros.

Como conclusión, la eficacia del arbitraje depende en gran medida de la colaboración de los jueces estatales. De ahí que el buen funcionamiento del arbitraje no puede entenderse sin la cooperación entre unos y otros. Carece, por lo tanto, de sentido rechazar la intervención de los jueces por la mera existencia de un acuerdo arbitral<sup>631</sup>. De modo que, cabe plantearse qué es preferible, si apoyar una intervención judicial limitada en el arbitraje para lograr su máxima eficacia o, por el contrario, ¿descartar esta intervención para respetar la integridad del procedimiento arbitral? Lógicamente, las partes recurren al

---

*International Arbitration in a Changing World*, ed. JAN VAN DEN BERG, A., Netherlands, Kluwer, 1994, pág. 112.

<sup>629</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Le rôle des juridictions ...”, art. cit., pág. 156; REQUEJO ISIDRO, M.: “Sobre tutela cautelar ...”, art. cit., pág. 93.

<sup>630</sup> REDFERN, A. - HUNTER, M.: *Droit et pratique ...*, op. cit., pág. 249.

<sup>631</sup> GROSSEN, J.M.: “Comments and Conclusions”, en *Mesures Provisoires et Conservatoires...*, art. cit., pág. 117.

arbitraje por considerarla una vía eficaz de resolución de controversias y, si tal eficacia depende, en algunos casos, de la intervención judicial, deben asumirla como parte necesaria del procedimiento<sup>632</sup>.

Es por ello que prácticamente todos los sistemas admiten la intervención judicial en el arbitraje en materia de medidas cautelares. El grado de efectividad máxima que pueden alcanzar las decisiones del tribunal arbitral en materia cautelar es a través de la solicitud de asistencia de los jueces. La solución más efectiva sería que esta intervención quedara limitada a la ejecución de las mismas. Pero, desgraciadamente, no siempre es así. Habrá que esperar a que todos los sistemas fijen un régimen similar al previsto en la Ley alemana de arbitraje de 1998 para conseguir la eficacia de las órdenes cautelares de los árbitros. Mientras tanto, se precisa la asistencia judicial, no sólo para ejecutarlas sino también en muchas ocasiones para su propia adopción.

### ***6.1.- La distinción entre el poder declarativo y el poder ejecutivo en la adopción de medidas cautelares***

En la práctica, ya hemos visto en repetidas ocasiones que los árbitros no pueden garantizar, por sí mismos, el cumplimiento de las medidas cautelares que lleven aparejada una ejecución puesto que, obviamente no disponen del poder ejecutivo del Estado. Así ha sido declarado expresamente por la práctica arbitral de la C.C.I. en múltiples ocasiones<sup>633</sup>.

Como excepción a esta regla general está el Decreto nº 2279 que regula el arbitraje en Colombia. El artículo 32 de este texto reconoce al

---

<sup>632</sup> MUSTILL, V.M.: : “Comments and Conclusions”, art. cit., pág. 119.

<sup>633</sup> Vid. Laudo parcial núm. 7828/1996, de la C.C.I., *inédito*.

árbitro una especie de *imperium*<sup>634</sup>. El cual implica que el tribunal arbitral no precisa del juez estatal para la ejecución de las medidas cautelares por él ordenadas, sino que podrá hacerlas efectivas él mismo. Pero, este poder lo dispone sólo respecto de los bienes muebles e inmuebles y, además, se trata en todo caso de medidas de protección del objeto del litigio<sup>635</sup>.

Llegados a este punto, debe realizarse una distinción. Por un lado, está el aspecto declarativo de las medidas cautelares y, por otro, el aspecto ejecutivo de las mismas. Esto es, una cosa es determinar el contenido de la medida cautelar y, otra bien distinta, ejecutarla<sup>636</sup>.

Cabe preguntarse, pues, si es posible que el árbitro decida el contenido de la medida cautelar o provisional a adoptar. Y, para el caso de que no sea cumplida de forma voluntaria por la parte, se recurra al juez para proceder a su ejecución. Autores como GARCIMARTÍN responden afirmativamente a esta cuestión, siempre que las partes lo hayan acordado expresamente en la cláusula arbitral, esto es, le hayan atribuido poder a los árbitros<sup>637</sup>.

Suponiendo que la ley reguladora del arbitraje no prevea la competencia de los árbitros al respecto, no cabe la menor duda de que la tienen siempre que las partes se hayan pronunciado al respecto. Otros autores, sin embargo, se muestran contrarios a la posibilidad de disociar

---

<sup>634</sup> Vid. el texto del art. 32 del Decreto nº 2279 de arbitraje colombiano en, *Rev. Arb.*, 1992, págs. 169 y ss. “(...) el tribunal [arbitral] podrá adoptar las medidas cautelares siguientes: a) la inscripción del procedimiento de arbitraje de conformidad con aquellos bienes susceptibles de ser registrados (...) b) el secuestro de los bienes muebles podrá ser efectuado en el curso de la instancia a petición de una de las partes (...)”.

<sup>635</sup> LORCA NAVARRETE, A.M.: *Manual de Derecho ...*, op. cit., págs. 799-800.

<sup>636</sup> *Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 18 de noviembre de 1986, en el asunto *Atlantic Triton v. República de Guinea*, *J.D.I.*, 1987, pág. 125, en *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1987, págs. 760-764, nota de B. Audit, en *Rev. Arb.* 1987, pág. 315; ANCEL, J.P.: “Comments and Conclusions”, en *Mesures provisoires et Conservatoires ...*, art. cit., pág. 117.

<sup>637</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op cit., pág.188.

el poder de ordenar la medida y el poder de ejecutarla. Alegan que, el *imperium* se compone de elementos que están inseparablemente unidos a la *jurisdictio*, de ahí que no quepa separarlos<sup>638</sup>.

El hecho de que el poder ejecutivo recaiga exclusivamente en manos de la jurisdicción estatal<sup>639</sup> no impide, al menos desde un punto de vista teórico, que los árbitros puedan determinar su contenido aun cuando tengan que ser los tribunales estatales quienes procedan a su ejecución<sup>640</sup>. En este sentido se pronuncia un tribunal de la C.C.I. en un laudo dictado en 1985 en el asunto núm. 4998, donde dice textualmente que “(...) los árbitros pueden proponer las medidas cautelares o provisionales (...)”<sup>641</sup>. Desde el momento que habla de “proponer” entendemos que está haciendo referencia a la distinción entre ambos poderes.

No existe obstáculo alguno en la mayoría de los sistemas para que el órgano judicial ejecute una medida cautelar aunque el conocimiento sobre el fondo corresponda a un órgano distinto. Es decir, que en principio nada debe impedir que los árbitros ordenen las medidas cautelares aun cuando deban ser ejecutadas por los jueces. Esto implicará necesariamente que, en la adopción de toda medida cautelar haya una fase declarativa –solicitud y adopción– y una ejecutiva. Es perfectamente posible atribuir la competencia para cada una de estas fases a un órgano distinto. La fase declarativa atribuírsela a los árbitros y la ejecutiva a los jueces. Más, la existencia de un doble procedimiento, declarativo y ejecutivo supone, sin duda alguna, un retraso en la

---

<sup>638</sup> JARROSSON, Ch.: “Réflexions sur l’imperium”, *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, págs.265 y 267.

<sup>639</sup> *Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 18 de noviembre de 1986, en el asunto *Atlantic Triton v. República de Guinea*, *J.D.I.*, 1987, pág. 125, en *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1987, págs. 760-764, nota de B. Audit, en *Rev. Arb.* 1987, pág. 315.

<sup>640</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 186.

<sup>641</sup> Laudo núm. 4998/1985, de la C.C.I., en *J.D.I.*, 1986, pág. 1139, nota de JARVIN, S.; ROCA AYMAR, J.L.: “Las medidas cautelares ...”, art. cit., pág. 102.

efectividad de la medida, en caso de incumplimiento voluntario, claro está.

A todo ello debemos añadir que los árbitros tampoco tienen poder para ejecutar el laudo arbitral y, sin embargo, no cabe la menor duda de que están perfectamente legitimados para resolver el fondo del asunto, pues, no por ello se les priva de competencia para dictar la decisión final. Por tanto, en un principio, no existe obstáculo para que se actúe respecto de las medidas cautelares igual que si se tratara del fondo del asunto, atribuyendo poder a los árbitros para ordenarlas del mismo modo que dictan la decisión que pone fin al conflicto.

La diferencia entre uno y otro supuesto estriba en que no es posible dar el mismo tratamiento a las órdenes en materia cautelar que a los laudos arbitrales, ya que éstos últimos tienen eficacia de cosa juzgada por sí mismos, desde el mismo momento en que se dictan, a diferencia de las órdenes provisionales dictadas por un tribunal arbitral, con la excepción, claro está del sistema alemán de arbitraje. Además, tampoco existe un sistema análogo al Convenio de Nueva York de 1958 que permita la ejecución por los jueces de las órdenes dictadas por los árbitros en materia cautelar, posibilidad limitada a los laudos arbitrales finales.

Centrándonos en la solución prevista en los diferentes textos normativos, las disposiciones de la Ley Federal Suiza de Derecho internacional privado relativas al arbitraje internacional reconocen expresamente poder al árbitro para determinar el contenido de las medidas cautelares, a petición de alguna de las partes. Pero se prevé la posibilidad de que el árbitro solicite la cooperación o asistencia de los jueces para el caso de que la parte afectada se muestre reticente a cumplir la medida acordada por el tribunal arbitral. De manera que si la parte cumple voluntariamente, la cuestión se resuelve dentro del estricto marco arbitral. Sin embargo, si ésta se opone a su cumplimiento el tribunal arbitral puede solicitar el auxilio judicial: *“Si la parte afectada no*

*cumple la medida de forma voluntaria, el tribunal arbitral podrá solicitar asistencia al juez estatal (...)*<sup>642</sup>.

La nueva Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de 1998 se pronuncia en términos similares en el artículo 1041 previendo expresamente la posibilidad de que la parte interesada solicite del juez nacional la ejecución de la medida acordada por un tribunal arbitral. Qué duda cabe que está admitiendo el poder declarativo del árbitro en materia cautelar. Además, la competencia del juez se considera bastante amplia en cuanto que cabría que modificara la medida a efectos de su ejecución<sup>643</sup>. Aunque no debemos olvidar que de conformidad con este sistema, las medidas cautelares adoptadas por los árbitros, tanto en un arbitraje celebrado en Alemania como en cualquier otro Estado distinto serán directamente ejecutables en aquél país. Así se recoge expresamente: *“Los jueces pueden, a solicitud de una parte, permitir la ejecución de una medida de las previstas en el párrafo 1º, a menos que la correspondiente medida haya sido ya adoptada por el tribunal estatal (...)*<sup>644</sup>.

También reciente, la Ley brasileña de Arbitraje, en vigor desde el 23 de septiembre de 1996, permite que el tribunal arbitral recurra a la autoridad judicial para la ejecución de las medidas cautelares<sup>645</sup>. De ello se deduce, aunque no lo diga expresamente, que el poder para dictarlas

---

<sup>642</sup> Art. 183 párrafo 2º de la Ley suiza de Derecho internacional privado.

<sup>643</sup> CARLEVARIS, A.: “Les pouvoirs des ...”, art. cit, pág. 10.

<sup>644</sup> La Ley alemana de arbitraje se recoge en el libro 10º del Código Alemán de Procedimiento Civil (Zivilprozeßordnung, ZPO) y entró en vigor el 1 de enero de 1998.

<sup>645</sup> AMIGO ROMÁN, C.: “El arbitraje en Brasil y Mercosur”, *Rev. Vas. Der. Proc. Arb.*, 2002, vol. 1, pág. 14.



recae en manos de los árbitros y, para el caso que las partes no cumplan voluntariamente, se recurrirá a los jueces para su ejecución<sup>646</sup>.

En todos ellos se pone de manifiesto la diferencia entre, por un lado, el poder declarativo de los árbitros para ordenar las medidas cautelares. Y, por otro, el poder ejecutivo de los jueces para hacerlas efectivas, recayendo el primero de ellos en los árbitros, mientras que el segundo lo hace en los jueces.

Por lo que se refiere a los Reglamentos, las Reglas de Arbitraje Internacional de Cámara de Comercio de Zurich, por ejemplo, disponen que, para el caso que la parte no cumpla voluntariamente la medida cautelar ordenada por el tribunal arbitral, éste puede solicitar la colaboración de los tribunales estatales a efectos de su ejecución. Se deduce claramente la disociación entre ambas fases, a saber, la declarativa y la ejecutiva. Así, el Reglamento de la C.I.R.D.I., por su parte, también presume el poder declarativo de los árbitros en el art. 39 párrafos 1º y 3º:

*“1º.- En cualquier etapa del procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguarda de sus derechos.*

*3º.- El tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento”.*

El caso de la C.I.R.D.I. es especial en cuanto que, en este tipo de disputas interviene un Estado como parte en el arbitraje. De ahí que el

---

<sup>646</sup> Esto está previsto en el párrafo 4º del art. 22 de la Ley brasileña de arbitraje de 1996, la cual dice: “(...) Los árbitros podrán solicitar a los jueces que hubieran sido originariamente competentes para conocer del caso, la ejecución de las medidas de protección”. PALAO MORENO, G.: “Comentario a la Ley brasileña núm. 9307, de 23 de septiembre de 1996, sobre Arbitraje”, R.C.E.A., 1997, pág. 392.

propio Reglamento excluya expresamente, como regla general, la intervención de las autoridades estatales a fin de asegurar la igualdad de ambas partes en el proceso y evitando, a la vez, cualquier posibilidad de favoritismo hacia los intereses del Estado parte.

En este supuesto concreto se estima perfectamente correcto evitar en la medida de lo posible la intervención judicial. No obstante, se admite pacto en contrario, esto es, cabe que las partes pacten la posibilidad de recurrir a los mismos<sup>647</sup>. Los arbitrajes realizados al amparo de este Reglamento estimarán competentes a los árbitros en materia cautelar, salvo que las partes dispongan otra cosa, previendo la asistencia de los jueces en vistas a su ejecución. De este modo, se presupone el poder de los árbitros para recomendar medidas cautelares mientras las partes guarden silencio al respecto. Se aparta así de la regla general seguida en la mayoría de textos en cuanto que suelen atribuir una competencia concurrente a ambos órganos.

En la práctica, lo cierto es que los árbitros se mostrarán bastante reticentes a determinar el contenido de una medida de este tipo cuando no puedan asegurar su eficacia, por ejemplo, porque la ley del lugar de celebración del arbitraje o la ley del lugar donde deba surtir efectos no prevea esta colaboración judicial en apoyo de un arbitraje<sup>648</sup>.

Pero, no todos los sistemas se pronuncian en el mismo sentido. Así, hay algunos sistemas como el chino que niega el poder declarativo de los árbitros en materia cautelar, aunque lo cierto es que esta solución es minoritaria. La Ley de Arbitraje de la República de China de 1 de

---

<sup>647</sup> El art. 39.5 del Reglamento y Reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), conocida igualmente con las siglas C.I.R.D.I. por su denominación en inglés dispone: *“Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes de la iniciación del procedimiento, o durante la sustanciación del procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses”*.

septiembre de 1995 en el art. 28.2º dispone que, cuando una de las partes solicite una medida cautelar al tribunal arbitral, éste deberá remitir dicha petición a los jueces estatales de conformidad con las normas de procedimiento civil<sup>649</sup>.

Ahora bien, una cosa es que podamos distinguir perfectamente entre el poder declarativo de los árbitros para dictar medidas cautelares y el proceso ejecutivo por parte de los jueces. Y, otra cosa bien distinta es que las medidas dictadas por los árbitros vayan a ser efectivamente ejecutadas de forma directa y sin problema alguno por los jueces, -en caso de incumplimiento, claro está-. Aquí nos adentramos en un problema distinto y, además, bastante complejo que es el atinente a la ejecución de las medidas acordadas por los árbitros. Cuestión que será objeto de estudio en el Capítulo IV de este trabajo.

## **6.2.- Ventajas de la adopción por los jueces**

La adopción de las medidas cautelares por los jueces acarrea una serie de ventajas frente a su adopción por los árbitros. En primer lugar, el órgano jurisdiccional existe con carácter permanente, de ahí que no es necesario esperar a su constitución para poder instarlas. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional puede ejecutar directamente la medida cautelar acordada ante el incumplimiento voluntario de la parte afectada. Si bien hay que matizar esta ventaja, por cuanto que su eficacia se limitará, en principio, al territorio del Estado en que se ha dictado.

A pesar de la existencia de un acuerdo arbitral, suele ser muy tentador para las partes acudir ante la jurisdicción estatal para solicitar la

---

<sup>648</sup> REINER, A. : "Les mesures provisoires ...", art. cit., pág. 860.

<sup>649</sup> El art. 28.2º de la Ley de Arbitraje de la República de China, que entró en vigor el 1 de septiembre de 1995 dispone: "(...) Si una parte solicita medidas de protección de la

adopción de medidas cautelares, sobre todo, si llevan aparejada una ejecución, dados todos los inconvenientes que plantea su interposición ante los árbitros, desde el punto de vista de la eficacia. Las dificultades que puede acarrear su ejecución, unidas a la rapidez requerida en este tipo de actuaciones, abogan por la conveniencia de solicitarlas ante los jueces.

Así, mientras una medida cautelar solicitada ante el *juge des référés* puede ser obtenida en cuestión de dos días, se necesitará mucho más tiempo para que sea emitida por un tribunal arbitral. No olvidemos que los árbitros que se nombran para un asunto determinado suelen ser de una nacionalidad y residencia habitual distinta de la de cualquiera de las partes en conflicto, precisamente para asegurar la imparcialidad. Esto implica que se requerirá un tiempo para poder fijar una fecha determinada, y un lugar, para que se reúna el tribunal arbitral y estudie la conveniencia de adoptar la medida solicitada. Las apretadas agendas de estos especialistas de reconocido prestigio hacen difícil en ocasiones estos encuentros.

Es por ello que respecto de las medidas cautelares que llevan implícita una ejecución, y que van dirigidas contra una de las partes en el proceso, algún tribunal arbitral ha reconocido expresamente que las decisiones de los jueces pueden ser, no sólo más eficaces sino también más rápidas que las de los árbitros<sup>650</sup>.

Este es precisamente el motivo que ha llevado a varios autores a plantearse la siguiente cuestión; caso de tratarse de un conflicto que debe ser resuelto por un órgano colegiado, en lugar de un árbitro único, las decisiones sobre la conveniencia de la adopción, así como el tipo de medida ¿deben ser acordadas de forma colectiva por todos los miembros

---

*propiedad, la Comisión de arbitraje remitirá la solicitud de la parte al tribunal popular de conformidad con las disposiciones de la ley de procedimiento civil”.*

del tribunal? ¿o cabría la posibilidad de que fueran adoptadas únicamente por su Presidente?<sup>651</sup>. Desde el punto de vista práctico, sería útil admitir esta segunda posibilidad, principalmente por la dificultad de consultar de forma rápida al resto de los miembros del tribunal. No obstante, teniendo en cuenta las enormes facilidades que ofrecen en la actualidad los medios de comunicación -vídeo conferencia, telefax, fax, email- sería conveniente que se les consultara con carácter previo.

No faltan sistemas como el suizo que admiten que a tal efecto los árbitros deleguen en el Presidente<sup>652</sup>. Asimismo, el Reglamento de la UNCITRAL también permite la posibilidad de que los árbitros, y no las partes, autoricen al Presidente del tribunal a ordenar medidas cautelares, con la condición de que puedan ser objeto de revisión *a posteriori* por parte del resto de los miembros<sup>653</sup>. Cosa distinta será a efectos formales si es necesario que conste la firma de todos ellos o se permite que aparezca tan sólo la del Presidente.

También se pronuncia al respecto el sistema belga de arbitraje autorizando al Presidente del tribunal arbitral para que dirija todo el procedimiento oral<sup>654</sup>. En otros ordenamientos, como el holandés, se permite esta posibilidad, pero serán las partes quienes lo acuerden y no los árbitros, como ocurre en los modelos anteriores. En este sentido, el artículo 1051 del Código de Procedimiento Civil holandés prevé la posibilidad de que *“las partes autoricen al Presidente del tribunal arbitral*

---

<sup>650</sup> Vid. el laudo parcial núm. 5835/1988, en *Bull. C.C.I.*, 1995-1999, vol. 8, nº 1, mayo de 1997, pág. 69.

<sup>651</sup> VAN HOUTTE, H.: “Provisional measures in ...”, art. cit., pág. 134.

<sup>652</sup> BUCHER, A. – TSCHANZ, P.Y.: *International Arbitration in ...*, op. cit., pág. 90.

<sup>653</sup> MARCHAC, G.: “Interim Measures in International ...”, art. cit., pág. 135; El artículo 31.2 del Reglamento de la CNUDMI dispone: *“En lo que se refiere a cuestiones de procedimiento, si no hubiere mayoría, o si el tribunal arbitral hubiese autorizado al árbitro presidente a hacerlo, éste podrá decidir por sí solo, a reserva de una eventual revisión por el tribunal arbitral”*.

<sup>654</sup> Artículo 1693 párrafo 3º contenido en el título VI del Código judicial belga, relativo al arbitraje, produciéndose la última modificación el 19 de mayo de 1998.

*a dictar un laudo en procedimientos sumarios*<sup>655</sup>. De modo que, si las partes no se manifiestan de forma expresa en torno a la atribución de competencia al Presidente, entendemos que no se permitirá por cuanto que no se prevé *ex lege*.

En principio, tratándose de un órgano colegiado nombrado directa o indirectamente por las partes, parece más lógico que sean todos sus miembros los que intervengan en la toma de la decisión. En esta línea se manifiesta el sistema belga de arbitraje que exige que participen en la deliberación todos los miembros del tribunal<sup>656</sup>. No obstante, en caso de que las partes le hayan atribuido expresamente este poder únicamente al Presidente, no cabe la menor duda de que él será el competente para hacerlo, puesto que estamos ante una institución de base contractual.

Sin duda alguna, cuando se trata de adoptar una medida cautelar antes de la constitución del tribunal arbitral, más que una ventaja es una necesidad que sean adoptadas por la jurisdicción estatal. Generalmente, la formación de este órgano suele durar varios meses. Así, por ejemplo, de conformidad con el Reglamento de la UNCITRAL, se requiere un plazo de 90 días, para el caso de árbitro único y de 120, si se trata de un órgano colegiado<sup>657</sup>.

La media de tiempo requerida para la constitución del tribunal arbitral, en los primeros arbitrajes celebrados al amparo del Reglamento de la C.I.R.D.I. era de ocho o nueve meses, aunque ahora se ha reducido considerablemente. En el ámbito de la C.C.I. en circunstancias normales, se requiere un plazo aproximado de tres meses, pero que

---

<sup>655</sup> El párrafo 1º del artículo 1051 contenido en el Libro IV del Código de Procedimiento Civil dedicado al arbitraje en Holanda dispone: “*Las partes pueden acordar atribuir competencia al tribunal arbitral o a su presidente para dictar un laudo en un procedimiento sumario (...)*”.

<sup>656</sup> Artículo 1679 párrafo 3º de la Ley belga de arbitraje.

<sup>657</sup> BROWER, C. – TUPMAN, W.M.: “Court-Ordered Provisional ...”, art. cit., pág. 24; Estos plazos pueden deducirse del artículo 26 de la Ley Modelo UNCITRAL.

puede ser mucho mayor en el caso de que sean las partes las que deban nombrar a los árbitros. En especial, cuando una de ellas pretende utilizar esta vía como táctica dilatoria. Durante todos estos meses, la parte que actúe de mala fe puede haber hecho desaparecer todos sus bienes y derechos evitando así la efectividad del laudo. De ahí que una medida cautelar adoptada por los jueces durante este período inicial podría resolver y evitar muchos de estos problemas<sup>658</sup>.

Sin embargo, no sólo se plantearán inconvenientes de carácter temporal a la hora de dictar medidas de protección por parte de los árbitros. También existen inconvenientes a efectos de su ejecución forzosa, por cuanto que no existe ningún mecanismo convencional que asegure la efectividad de una medida acordada por un árbitro, incluso cuando adopte la forma de laudo arbitral provisional. Y, tampoco a nivel estatal se admite de forma generalizada la ejecución de las mismas, salvo en Alemania.

### ***6.3.- Inconvenientes que plantea la adopción de medidas de protección por los jueces***

A menudo, las medidas cautelares implican, inevitablemente, una resolución previa del fondo del asunto. Si bien es cierto que se trata, como su mismo nombre indica, de medidas provisionales, no cabe la menor duda de que, en ocasiones, la concesión de la tutela cautelar no hace sino anticipar la propia resolución sobre el fondo. Se puede decir que en algunos casos el órgano que dicte la medida correspondiente es el que, en definitiva, va a poner fin a la controversia. Esto no ocurre siempre y en todo caso, sino que todo depende, claro está, del tipo de protección que se solicitada.

---

<sup>658</sup> BROWER, C. – TUPMAN, W.M.: “Court-Ordered Provisional ...”, art. cit., pág. 25.

Este factor constituye uno de los motivos fundamentales que tan a menudo lleva a los árbitros a negarse a adoptar algunas medidas cautelares, pues son reacios a pronunciarse sobre el fondo con carácter previo, y se declaran, en consecuencia, incompetentes. Asimismo, también es una de las razones que induce a que los jueces manifiesten su incompetencia y recomienden a las partes que, en la medida de lo posible, sean los árbitros y no ellos quienes las adopten.

Este riesgo se agrava todavía más en el caso del arbitraje comercial internacional pues, como se ha visto, la competencia en esta materia concurre habitualmente en jueces y árbitros. La decisión de instarlas ante unos u otros dependerá de forma exclusiva de la voluntad del solicitante. Suponiendo que la petición de medidas cautelares se haya dirigido al propio tribunal arbitral -a efectos de la cuestión que estamos tratando aquí y con independencia de su posterior eficacia- no se planteará mayor problema pues, al fin y al cabo, resolverá el mismo órgano que las partes han elegido para conocer del fondo del asunto.

Sin embargo, cuando la solicitud se haya dirigido ante la jurisdicción estatal estaremos ante una situación un tanto paradójica. Y ello, por cuanto que, por un lado, las partes han manifestado expresamente su deseo de que el conflicto se resuelva al margen de los jueces Y, sin embargo, van a ser precisamente éstos los que decidan una cuestión incidental del asunto, pero especialmente relevante. El sujeto pasivo de la medida se verá inmerso en un proceso ante los jueces estatales, aunque en teoría sea con carácter provisional. En la práctica cuando se solicita una medida ante la jurisdicción estatal que supone anticipar la resolución del fondo de la controversia, la cláusula arbitral corre peligro de quedar sin efecto<sup>659</sup>. Y ello no porque se entienda como una renuncia al arbitraje, o como una sumisión a la jurisdicción nacional ni tampoco porque la decisión sea final, pues no lo

---

<sup>659</sup> BÖSCH, A.: *Provisional Remedies* ..., op. cit., pág. 5.



es. Sin embargo, se someterá a tal presión a la otra parte que preferirá resolverla en el momento antes que continuar.

Así, por ejemplo, puede ordenarse que se embarguen los bienes del demandado sobre los que versa el litigio hasta que se resuelva el mismo, o que se bloqueen sus cuentas bancarias. En este caso lo más probable es que éste prefiera acceder a las peticiones del demandante, que prolongar la situación hasta el fin del conflicto que puede durar meses o incluso años con el consiguiente perjuicio que puede suponer<sup>660</sup>. De ahí que existe el riesgo de utilizar el recurso a la jurisdicción estatal con carácter abusivo cuando, a pesar de la existencia de una cláusula arbitral las partes recurren a la misma<sup>661</sup>.

Otro de los inconvenientes que plantea la solicitud de medidas cautelares ante los jueces es que éstos tan sólo podrán conceder aquellas medidas previstas en su ordenamiento jurídico, mientras que el árbitro goza de una mayor libertad.

Una razón más que desaconseja el recurso a la jurisdicción estatal para la adopción de medidas cautelares es la dificultad que puede acarrear el hecho de que los tribunales del lugar del arbitraje no tengan competencia sobre los bienes o derechos de las partes objeto de la medida. No olvidemos que los arbitrajes se desarrollan con frecuencia en un Estado que suele ser neutral y, por tanto, tiene poco o nada que ver con el litigio. En consecuencia, puede ser necesario dirigirse ante el tribunal de otro Estado para su solicitud, y resulta muy frecuente en la práctica que las leyes de éste último país no prevean la adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje celebrado en el extranjero, sino únicamente cuando el arbitraje se celebra en su territorio.

---

<sup>660</sup> DEVOLVÉ, J.: "L'intervention du juge", *Rev. Arb.*, 1980, vol. 607, pág. 615.

<sup>661</sup> BÖSCH, A.: *Provisional Remedies* ..., op. cit., pág. 5.

Además, la adopción de una medida cautelar por la jurisdicción estatal requerirá más tiempo que si es adoptada por el tribunal arbitral por dos razones. En primer lugar, porque necesitarán analizar toda la información sobre el asunto –totalmente desconocido para ellos- así como argumentos que justifiquen su necesidad. En este sentido es de señalar que los jueces tendrán un conocimiento muy escaso del asunto, a diferencia de los árbitros que son quienes resolverán sobre el fondo. Y, en segundo lugar, porque puede que la decisión del juez sea apelable y se alargue el proceso de adopción de la medida solicitada.

#### **6.4.- El carácter subsidiario de la colaboración de los jueces en materia cautelar**

A pesar de la existencia de los límites a que está sometida la institución arbitral -que hemos visto-, nada impide, en principio, que el árbitro pueda adoptar medidas cautelares en el curso de un procedimiento arbitral. Pero, en ocasiones, precisará de la cooperación del juez para que lleguen a buen término. Aquí vemos, una vez más que, la intervención de los tribunales, como complemento del arbitraje, es necesaria e inevitable, a efectos de que ésta sea considerada una vía eficaz de resolución de controversias.

Sin embargo, esta actuación judicial debería limitarse a aquellos casos en que realmente el poder de los árbitros es insuficiente y, por tanto, resulta estrictamente necesario<sup>662</sup>. Es por ello que la mayor parte de los sistemas actuales en materia de arbitraje prevén la posibilidad de intervención del juez en este ámbito, aunque mantienen a la par la competencia concurrente de los árbitros<sup>663</sup>.

---

<sup>662</sup> QUAKRAT, Ph.: "L'arbitrage commercial international ...", art. cit., pág. 271.

<sup>663</sup> QUAKRAT, Ph.: "L'arbitrage commercial international ...", art. cit., pág. 251.

Esta colaboración judicial ha de entenderse en términos de complementariedad nunca de competitividad o rivalidad<sup>664</sup>. No obstante, el papel del juez es de subordinación respecto de los árbitros<sup>665</sup>. En este sentido, el juez será llamado a cooperar sólo cuando los árbitros no puedan actuar por sí mismos, de ahí que su intervención quede limitada a la concurrencia de circunstancias especiales<sup>666</sup>. De este modo, se evita que el arbitraje caiga bajo la supervisión de la jurisdicción estatal<sup>667</sup>. Así, por ejemplo, constituye una práctica habitual en Francia que un juez sólo esté llamado a intervenir en el arbitraje cuando la situación creada únicamente pueda ser resuelta por él<sup>668</sup>. Lo mismo ocurre de conformidad con el sistema alemán que instaura una colaboración judicial limitada. La asistencia de los jueces en el arbitraje queda excluida, como regla general, salvo en los supuestos en que la ley así lo prevea expresamente<sup>669</sup>.

Parece, pues, sin lugar a dudas que la tendencia actual en la mayor parte de los sistemas arbitrales se manifiesta en el sentido de que la intervención del tribunal estatal sea subsidiaria y, además, restringida en el sentido de que deben darse unos condicionantes de excepción<sup>670</sup>. Es por ello que a pesar de esta competencia concurrente, hoy en día

---

<sup>664</sup> ANCEL, J.P.: "Comments and ...", art. cit., pág. 111; GOLDMAN, B.: "The Complementary Roles ...", art. cit., pág. 271.

<sup>665</sup> MUSTILL, V.M.: "Comments and Conclusions", art. cit., pág. 119. En contra, LALIVE, P. - POUURET, J.F. - REYMOND, C.: *Le droit de l'arbitrage* ..., op. cit., pág. 369; REINER, A.: "Les mesures provisoires ...", art. cit., pág. 883.

<sup>666</sup> *Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 6 de marzo de 1990, en el asunto *Horeva v. Sitas*, *Rev. Arb.* 1991, pág. 137; *Cour d'appel de París*, de 13 de febrero de 1990, *Dalloz-Sirey*, 1990, pág. 593, comentario de Peyrard.

<sup>667</sup> ANCEL, J.P.: "Comments and ...", art. cit., pág. 110.

<sup>668</sup> ANCEL, J.P.: "Comments and ..." art. cit., pág. 111.

<sup>669</sup> Artículo 1026 de la Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de 1998. Al determinar el alcance y límites de la intervención judicial en el arbitraje declara que, "en las materias reguladas por los artículos 1025 a 1061, ningún juez intervendrá, salvo que así se disponga expresamente".

<sup>670</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., nº 171; REQUEJO ISIDRO, M.: "Sobre tutela cautelar ...", art. cit., pág. 93.

asistimos a un proceso de judicialización limitada en el arbitraje<sup>671</sup>. Esto es, la intervención judicial en el curso del procedimiento arbitral debe producirse, únicamente, cuando sea estrictamente necesario. De esta manera el poder de los jueces se estima subsidiario al de los árbitros.

En este sentido, la jurisprudencia ha declarado en alguna ocasión que no debe producirse una injerencia de los jueces en el arbitraje<sup>672</sup>. Esto no significa que se excluya la cooperación de los jueces, sino más bien que su papel debe calificarse de complementario respecto de los árbitros, actuando con carácter subsidiario y sólo en defecto de éstos<sup>673</sup>. Así, por ejemplo, desde la perspectiva francesa, la acción complementaria de los jueces en el arbitraje debe limitarse a aquellos supuestos en que se requiera su cooperación de forma natural, bien porque el tribunal arbitral todavía no se haya constituido, bien cuando la adopción de la medida implique el uso de poderes soberanos que recaen de forma exclusiva en manos de los jueces y tribunales estatales<sup>674</sup>. De lo contrario, se estaría usurpando el poder de los árbitros concedido por las partes para resolver el conflicto existente entre ellas.

Todo ello deriva de la propia naturaleza de la institución arbitral que se basa en la autonomía de la voluntad de las partes. Éstas han optado libremente por resolver sus diferencias ante un órgano arbitral en lugar de acudir a la jurisdicción estatal. Con objeto de respetar esta voluntad sería conveniente que la incompetencia de la jurisdicción estatal fuera la regla general, mientras que su competencia la

---

<sup>671</sup> CHECA MARTÍNEZ, M.: “La armonización del derecho de arbitraje comercial internacional: La nueva Ley alemana de arbitraje”, *R.C.E.A.*, 1998, pág. 356.

<sup>672</sup> *Cour d’Appel de Paris*, de 4 de marzo de 1988, en el asunto “*Atlantic Triton v. République de Guinée*”, *Rev. Arb.*, 1988, nota de Ph. Fouchard.

<sup>673</sup> PLUYETTE, G.: “Une vue française ...”, art.cit., págs. 89 y 91; CARLEVARIS, A.: “Les pouvoirs des ...”, art. cit., pág. 7.

<sup>674</sup> MOREAU, J: “L’intervention du tribunal au cours de la procedure arbitrale en Droit française et Droit comparé”, *Rev. Arb.*, 1978, págs. 323-340; PLUYETTE, G.: “Une vue française...”, art. cit., pág. 73.

excepción<sup>675</sup>. Este principio básico también se proclama en la Ley Modelo UNCITRAL y, por tanto, en todos los sistemas que la siguen en mayor o menor medida –que han sido muchos-, la ley alemana, la Ley rusa<sup>676</sup>, la Ley inglesa,...etc. Concretamente, la Ley modelo dispone que la intervención de los jueces se limita a los supuestos expresamente previstos en la Ley<sup>677</sup>. Fuera de ellos, no cabrá, pues, ningún tipo de cooperación judicial.

La English Arbitration Act de 1996 pone de manifiesto igualmente que los jueces sólo actuarán cuando los árbitros carezcan de dicho poder, pero, en la medida que éstos puedan actuar los jueces deberán ceder. En este sentido, los artículos 38 y 44.2 atribuyen *ex lege* unos poderes a los árbitros y a los jueces, respectivamente. Poderes de los que gozarán, salvo que las partes acuerden lo contrario. Los dos órganos están provistos, en principio, de las mismas competencias, salvo que las partes dispongan otra cosa. Sin embargo, el artículo 44.5 dispone que *“los jueces sólo actuarán cuando el tribunal arbitral no tenga poder para hacerlo o sea incapaz de actuar de forma eficaz”*.

Otra manifestación más del principio de subsidiariedad que rige en la materia la encontramos en el artículo 44.6 de la Ley inglesa de arbitraje, donde permite que el juez declare que la orden dictada por él deje de surtir efectos una vez el árbitro entre a conocer del asunto.

La regla general en Inglaterra es, pues, que los jueces actuarán siempre en la medida en que los árbitros no puedan hacerlo. Pero, como toda regla general, tiene algunas excepciones:

---

<sup>675</sup> GOLDMAN, C.: “Mesures provisoires et ...”, art. cit., pág. 5.

<sup>676</sup> El art. 5 de la Ley de la Federación Rusa sobre arbitraje comercial internacional, de 7 de julio de 1993, prevé en su art. 5, bajo la rúbrica: “Los límites de la intervención de los jueces” que: *“No se permitirá la intervención judicial en las cuestiones reguladas por esta Ley, excepto cuando así lo prevea expresamente”*.

<sup>677</sup> El art. 5 de la Ley Modelo UNCITRAL de 21 de junio de 1985 dice: *“En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún Tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga”*.

A) por un lado, los árbitros nunca podrán ordenar ni *Mareva injunctions* ni *Anton piller*, por tratarse de medidas que llevan implícita una ejecución. De modo que, cuando la medida susceptible de ser adoptada sea alguna de éstas, actuará directamente el juez y no será de aplicación la regla de la subsidiariedad.

B) Y, por otro, se prevé otra excepción en el artículo 44.3 del Arbitration Act 1996 cuando concurra una situación de urgencia, ya que en estas *circunstancias* “los jueces podrán, a instancia de una parte, ordenar las medidas que estime oportunas para preservar las pruebas o los bienes” sin necesidad de un acuerdo por escrito de las partes. Sin embargo, si no concurre una situación de urgencia los jueces no podrán hacerlo. Entre las medidas que podrá adoptar el juez en casos de necesidad figuran precisamente las *Mareva injunctions* y las *Anton Piller*. Cabe deducir de todo lo visto que, la premura es la clave del sistema, por cuanto que los jueces únicamente podrán adoptar medidas *ex parte* cuando concurra esta particularidad. El eje central de la asistencia judicial en el arbitraje, según el sistema inglés, es la efectividad del mismo.

Otra prueba de ello la tenemos también en algunos Reglamentos como las Reglas de Arbitraje Internacional de la A.A.A. que fue modificado el 1 de abril de 1997, precisamente para otorgar mayores poderes a los árbitros en materia cautelar.

Esta tendencia a limitar la intervención judicial sobre el arbitraje no resulta, en absoluto, incompatible con la idea de que, en determinados aspectos, los tribunales nacionales puedan prestar al arbitraje la asistencia necesaria<sup>678</sup>. En efecto, nos encontramos ante una situación paradójica. Por un lado, existe una tendencia hacia una restricción de la colaboración de los jueces en el arbitraje, y, por tanto, partidaria de que,

---

<sup>678</sup> CHECA MARTÍNEZ, M.: “La armonización ...”, art. cit., pág. 357.

en la medida de lo posible, sean los árbitros quienes adopten o, al menos, acuerden las medidas cautelares necesarias. Y, por otro, esta intervención judicial se estima imprescindible en muchos casos, especialmente cuando se trata de una medida que lleva implícita una ejecución, dada la falta de poder coercitivo de los árbitros. El poder de los jueces y de los árbitros en materia cautelar debe estar equilibrado en aras de la consecución de la efectividad de una buena administración de justicia. Por tanto, no resulta en absoluto incompatible la judicialización limitada en el arbitraje.

#### ***6.5.- El respeto de los árbitros hacia las órdenes en materia cautelar dictadas previamente por los jueces***

Asumiendo que los árbitros disponen de competencia para ordenar medidas de protección, cabe preguntarse si tienen, asimismo, poder para modificar o anular una orden cautelar dictada previamente por un juez estatal. De hecho, en la práctica viene siendo muy habitual que los árbitros reciban solicitudes de esta índole. En principio, y a la vista de la jurisprudencia arbitral analizada, no hemos encontrado ni un solo caso en el que un árbitro accediera a tales peticiones. Esto es lo que ocurrió en el laudo dictado en el asunto núm. 7536 de la C.C.I., en 1995, donde una de las partes solicitó a los árbitros que declararan que el embargo acordado por la jurisdicción estatal no tenía razón de ser<sup>679</sup>.

A nuestro parecer está fuera de lugar que un tribunal arbitral ordene, ya sea renunciar ya sea únicamente desobedecer una medida ordenada previamente por la jurisdicción estatal, aun cuando estime que el juez no era el órgano más apropiado para concederla. Esta es, además, la posición dominante en la práctica, por cuanto que los árbitros se muestran expresamente reticentes a ir en contra de una medida

previamente acordada por un juez<sup>680</sup>. De hecho, cuando la parte ha formulado una solicitud de este tipo, generalmente, el tribunal arbitral se ha declarado incompetente para anular o invalidar tal medida<sup>681</sup>. E igualmente, los árbitros se negarán a adoptar una medida cautelar cuando dicha solicitud se haya dirigido con carácter previo a la jurisdicción estatal y ésta no haya estimado conveniente su adopción, más que nada por respeto, así como por no interferir en la actividad jurisdiccional del Estado<sup>682</sup>.

Esto es precisamente lo que ocurrió en el laudo arbitral dictado en 1984 en el asunto núm. 4126 de la C.C.I., en el que un constructor solicita ante los árbitros el reembolso de las cantidades pagadas al ingeniero, así como el bloqueo de las garantías bancarias solicitadas por éste último por considerarlas abusivas. El árbitro rechaza tales peticiones argumentando que son idénticas a las formuladas previamente ante los jueces y que ya habían sido denegadas por éstos, por lo que está fuera de lugar someter el mismo asunto ante instancias diferentes.

No cabe, por tanto, posibilidad de que un árbitro modifique o anule una medida dictada por un juez pero, ¿es posible que ordene una medida que sea contraria a aquella? En aras de respeto al principio de seguridad jurídica, resulta necesario que exista una cierta coherencia entre el criterio de jueces y árbitros en materia cautelar. Partiendo de la base del carácter fundamental que reviste, en ocasiones, la labor complementaria de los jueces en el arbitraje a fin de que constituya un mecanismo eficaz de resolución de controversias, salvo que concurren circunstancias sobrevenidas que justifiquen un cambio de criterio, las

---

<sup>679</sup> Laudo núm. 7536/1995, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>680</sup> Laudo núm. 4126/1984, *J.D.I.*, 1984., pág. 934.

<sup>681</sup> Laudo núm. 4998/1986, *J.D.I.*, 1986, pág. 1139.

<sup>682</sup> Laudo núm. 4126/1984, *cit.*, pág. 934.



soluciones en propuestas en uno y otro caso deberían ir en la misma línea pues, en definitiva, ambos persiguen el mismo objetivo<sup>683</sup>.

Llama la atención la posición mantenida por un sector doctrinal, aunque minoritario<sup>684</sup>, que basándose en una decisión dictada en el seno de la C.I.R.D.I.<sup>685</sup>-, se ha mostrado partidaria de admitir que los árbitros no se encuentran vinculados por las decisiones dictadas con anterioridad por los jueces en materia cautelar Y, de este modo, han abogado por la posibilidad de que un árbitro pueda dirigirse a una parte y ordenarle que incumpla o rechace una medida cautelar dictada previamente por un juez<sup>686</sup>.

Como conclusión, hay una tendencia generalizada de respeto por parte de los árbitros, hacia las medidas cautelares previamente adoptadas por un tribunal estatal. Es más, cuando una parte se dirige ante un juez para solicitar una medida cautelar en apoyo de un arbitraje y éste la deniega, si las partes se dirigen de nuevo, pero esta vez ante los árbitros lo más probable es que dicha medida sea también denegada por considerarse vinculado por la decisión judicial previa. Por esta misma razón, si el juez concede la medida solicitada será muy difícil que un árbitro la modifique.

#### **6.6.- Determinación del juez competente para adoptar las medidas cautelares o provisionales**

A partir de la Sentencia dictada por el T.J.C.E. en el asunto Van Uden, no cabe la menor duda de que un juez de un Estado comunitario

---

<sup>683</sup> REINER, A.: "Les mesures provisoires ...", art. cit., pág. 882.

<sup>684</sup> SCHWARTZ, E.: Rapport au neuvième colloque C.C.I./A.A.A./C.I.R.D.I. sur l'arbitrage international.

<sup>685</sup> Sent. Asunto *Amco Asia v. República de Indonesia*, J.D.I., 1987, pág. 145.

<sup>686</sup> GAILLARD, E.: *J-Clas. Dr. Int.*, Fasc. 586-8-2, nº 164.

puede ordenar una medida cautelar en apoyo de un proceso arbitral celebrado en otro país con base en el artículo 24 del Convenio de Bruselas de 1968, actual artículo 31 del Reglamento 44/2001. En consecuencia, deberíamos acudir también a las reglas de competencia previstas en el mismo para poder concretar el juez legitimado. Sin embargo, el mencionado artículo 24 del Convenio de Bruselas remite a las normas de cada Estado para establecer el juez competente a tal efecto<sup>687</sup>. Esto es, la determinación del juez competente para adoptar medidas cautelares en apoyo de un arbitraje deberá efectuarse de conformidad con las normas procesales del país donde se pretende solicitar dicha medida.

Ello nos obliga a acudir a lo dispuesto en nuestro sistema autónomo, habiéndose introducido una norma sobre el particular en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Así, los artículos 723 y 724 de la L.E.C. contemplan los criterios de competencia objetiva y territorial para la adopción de las medidas cautelares. El primero de ellos determina el tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas asociadas a procedimientos judiciales, no siendo de aplicación al supuesto que nos ocupa. No obstante, introduce el artículo 724 bajo la rúbrica "*Competencia para casos especiales*" en el que fija la competencia de los jueces para adoptar medidas cautelares cuando esté pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje.

De conformidad con este precepto se considera competente, a tal efecto, "*el juez del lugar en el que el laudo deba ser ejecutado*"<sup>688</sup>. Por tanto, serán competentes los jueces españoles siempre que éste deba ser ejecutado en España. "*Y, en su defecto, legitima al juez del lugar*

---

<sup>687</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Medidas Cautelares de ...*, op. cit., pág. 199; Sentencia T.J.C.E., de 17 de noviembre de 1998, en el asunto C-319/95, Van Uden Maritime BV v. Deco-Line, *Rev. Arb.* 1999, nº 1, pág. 148.

<sup>688</sup> Artículo 724 párrafo 1º de la L.E.C.

donde las medidas cautelares deban producir su eficacia<sup>689</sup>. En este caso, para que pueda conocer un juez español será necesario que los bienes o derechos sobre los que recae la medida estén situados en nuestro territorio. Se ha criticado por la doctrina el establecimiento de dos criterios de competencia que actúan de forma subsidiaria, en lugar de ser alternativos<sup>690</sup>, por cuanto que sólo se podrá acudir al segundo de ellos en el supuesto de que el laudo vaya a ser ejecutado en el extranjero.

En Derecho comparado, se utilizan criterios como el del lugar de situación de los bienes o personas sobre los que se dirige la medida, o el del lugar de celebración del arbitraje<sup>691</sup>, aunque parece, sin duda, preferible el primero.

El sistema italiano por su parte estima que la demanda de medidas cautelares, antes de la constitución del tribunal arbitral, deberá dirigirse al juez que habría sido normalmente competente para conocer del fondo del asunto, de no haber existido tal cláusula de arbitraje. De este modo, coinciden en un mismo órgano la competencia sobre el asunto principal y la tutela cautelar.

El Reglamento de la C.C.I. de París establece que las partes podrán acudir a cualquier “(...) *autoridad judicial competente* (...)”<sup>692</sup>, ¿y cuál es ésta? La respuesta estará en función tanto de la ley de procedimiento que la parte haya elegido, como de la Ley del lugar de celebración del arbitraje.

---

<sup>689</sup> Artículo 724, párrafo 1 *in fine* de la L.E.C.

<sup>690</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *El arbitraje en ...*, op. cit., págs. 203 y 204.

<sup>691</sup> BOND, A.: “La nature des mesures ...”, art. cit., págs. 12-15; GROSSEN, J.M.: “Comments and Conclusions”, en *Mesures conservatoires ...* art. cit., pág. 120; RAMOS MÉNDEZ, F.: “Arbitrage international et ...”, art. cit., pág. 63.

<sup>692</sup> El artículo 23.2 del Reglamento de la C.C.I. de 1998 dispone: “*Las partes podrán, antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral y en circunstancias apropiadas aún después, solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares (...)*”.

Merece la pena prestar especial atención al famoso caso del *Channel Tunnel Group Ltd. y France Manche S.A. v. Balfour Beatty Construction Ltd. y otros*<sup>693</sup>. Esta sentencia tiene su origen en un contrato celebrado entre una empresa de nacionalidad inglesa y la otra de nacionalidad francesa. El contrato tenía por objeto la construcción de un túnel en el Canal de la Mancha entre Francia e Inglaterra. Las partes insertaron una cláusula arbitral en virtud de la cual, en caso de conflicto, se someterían al Reglamento de Arbitraje de la C.C.I. de París fijando como sede del mismo Bruselas.

Iniciado el contrato los contratistas ponen en conocimiento del promotor su intención de paralizar las obras hasta que se cumplan determinadas condiciones previstas en el contrato. Ante esta situación, el promotor decide, con carácter previo al arbitraje, interponer una demanda de medidas cautelares ante el Tribunal de Comercio de Londres, consistente en que se ordenara al contratista a abstenerse de paralizar las obras. El Tribunal decidió que, si los contratistas se comprometían mediante un escrito a no suspender las obras no resultaría necesaria la medida cautelar. Esta decisión fue recurrida por el promotor -solicitante de la medida- ante el tribunal de apelación de Londres, el cual rechazó la solicitud alegando que, puesto que las partes habían elegido como sede del arbitraje Bruselas, la competencia en materia cautelar correspondía a la jurisdicción belga y no a la inglesa, a pesar de que dicha medida debía ser ejecutada parcialmente en Inglaterra.

El tribunal de apelación añadía que, dado que las partes optaron por Bruselas como lugar de celebración del arbitraje y no en cambio Inglaterra, los tribunales ingleses no tenían jurisdicción para dictar medida alguna. A tal efecto, interpretó el artículo 8.5 como que “(...) la

---

<sup>693</sup> Sent. Tribunal de Apelación de Londres, de 22 de enero de 1992 en el asunto *The Channel Tunnel Group, Ltd. & France Manche v. Balfour Beatty Construction, Ltd. y otros*, en *Lloyd's Mar. & Com. Law Quar.*, 1992, págs. 310-317.

*autoridad competente (...)*” sería la jurisdicción belga, esto es, la del lugar de celebración del arbitraje.

En esta misma línea se muestra el Convenio de Bruselas de 1968 -aun cuando, en principio, no es aplicable al caso, sí que puede servirnos de parámetro- donde en su art. 24 permite que se solicite la adopción de medidas cautelares a la autoridad judicial de un Estado incluso, si según las normas de este Convenio fueran competentes los tribunales de otro Estado para conocer del fondo del asunto.

En conclusión, el juez competente no será necesariamente el del lugar donde se está celebrando el arbitraje sino que lo realmente necesario para que un tribunal esté legitimado es que tenga jurisdicción según sus propias normas de Competencia judicial internacional, con independencia de que sea o no el tribunal del lugar de celebración del arbitraje.

### **6.7.- Conclusiones**

Es precisamente en el ámbito de las medidas cautelares donde los jueces y los árbitros deben llevar a cabo una estrecha colaboración para que esta vía de resolución de controversias sea verdaderamente efectiva<sup>694</sup>.

De todos modos, el tema de las medidas cautelares en apoyo del arbitraje es muy difícil de resolver de forma global. Una solución sería, por un lado, limitar la intervención de los jueces en el mismo o bien atribuir la competencia por igual a ambos, pero eso sí estableciendo un sistema que garantice la efectividad de las órdenes de los árbitros para el caso de reticencia de una de las partes. Es por ello que lo más sensato sea actuar de forma casuística y en función de las necesidades del caso

concreto, determinando si en una situación concreta la intervención del juez facilitará o, por el contrario, entorpecerá el desarrollo del consiguiente procedimiento arbitral<sup>695</sup>. Por ejemplo, si existe una mercancía percedera y el tribunal arbitral todavía no se ha constituido y las partes tampoco han acordado un procedimiento complementario, ¿cómo puede un tribunal estatal declararse incompetente ante una solicitud de medidas cautelares? Debemos tratar de evitar este tipo de situaciones para garantizar, asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva.

## **7.- Mecanismos para evitar una posible duplicidad de decisiones en materia cautelar**

Con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral, ya hemos visto como el órgano competente en materia cautelar es la autoridad judicial, por cuanto que, todavía no existe ningún órgano arbitral al que dirigirse. Queda a salvo el supuesto en que las partes hayan optado expresamente por alguno de los mecanismos complementarios existentes. Pero, a partir de la formación del tribunal, la competencia corresponde de forma concurrente a jueces y árbitros en la mayor parte de los sistemas tanto estatales como institucionales de arbitraje, Esto implica que las partes podrán dirigirse indistintamente ante unos u otros, con el fin de instar una medida de protección -tal es el caso de la L.C.I.A.-, lo que hace posible la existencia de una duplicidad de solicitudes.

En consecuencia, cabe la posibilidad de que se formulen solicitudes idénticas de protección cautelar, pero ante órganos

---

<sup>694</sup> GOLDMAN, B.: "The Complementary Roles ...", art. cit., págs. 276 y ss.

<sup>695</sup> McDONNELL, N.E.: "The Availavility of ...", art. cit., pág. 289.

diferentes, esto es, ante jueces y árbitros. Esta hipótesis supone el consiguiente riesgo de obtener decisiones que pueden ser contradictorias<sup>696</sup>, a la vez que implica un incremento innecesario de los costes procesales.

Con el fin de evitar esta posible situación, el artículo 25.3 *in fine* del Reglamento de la L.C.I.A. impone al solicitante de la medida ante la jurisdicción estatal la obligación de dar traslado de dicha solicitud y, en su caso, de la providencia concediéndolas, tanto al tribunal arbitral como al sujeto pasivo de la misma<sup>697</sup>.

Asimismo, también queda recogida esta obligación de informar sin dilación a la Secretaría General de la C.C.I. de cualquier “*solicitud, así como de cualquier medida adoptada por la autoridad judicial*”<sup>698</sup>. Este Reglamento, sin embargo, no establece una competencia en igualdad de condiciones de jueces y árbitros en materia cautelar, sino que una vez el tribunal arbitral se ha constituido los árbitros intervienen en la adopción de medidas cautelares con carácter preferente a los jueces. En este sentido, los jueces estarán legitimados únicamente cuando concurren “*(...) circunstancias apropiadas ( ...)*” que lo aconsejen. De ahí la necesidad de informar al tribunal arbitral de la intención de solicitar una medida de este tipo ante la jurisdicción estatal una vez el tribunal ya está formado, con el fin de que los árbitros valoren si concurren las circunstancias que justifican esta actuación judicial.

Por lo que respecta a la fase previa a la constitución del tribunal arbitral, las partes deberán dirigirse necesariamente a los jueces para instar una providencia de esta índole por cuanto que, en principio, ellos son los únicos órganos legitimados para actuar. Sin embargo, el mencionado artículo 23.2 del Reglamento C.C.I. impone, asimismo, la

---

<sup>696</sup> MARCHAC, G.: “Interim Measures in ...”, art. cit., pág. 135.

<sup>697</sup> Artículo 25.3 del Reglamento de la L.C.I.A.

obligación del solicitante de comunicar estas actuaciones. Cabe preguntarse el porqué de esta obligación, si hemos visto que tan sólo el juez podrá intervenir antes de que el tribunal se constituya. Esta obligación es lógica por dos razones fundamentalmente. Por un lado, porque el tribunal en cuanto órgano competente para conocer del fondo del asunto debe estar informado en todo momento de las actuaciones relacionadas con el caso. Y, por otro, por cuanto que también en este supuesto se podría producir esta duplicidad de peticiones. Pensemos en la hipótesis de que las partes hayan acordado alguno de los mecanismos complementarios al arbitraje que prevén la actuación de árbitros de emergencia cuando el tribunal todavía no se ha formado.

Para finalizar, cabe preguntarse, si existe algún tipo de sanción cuando el solicitante de la medida no informa “(...) *sin dilación* (...)” a la Secretaría General de la C.C.I. de este tipo de actuaciones o lo hace, pero con retraso. En la práctica no parece ser una cuestión de obligado cumplimiento por cuanto que hay algunos casos en que, a pesar de haberse infringido esta comunicación, el tribunal arbitral no ha impuesto ningún tipo de castigo<sup>699</sup>.

---

<sup>698</sup> Artículo 23.2 del Reglamento de la C.C.I. de París.

<sup>699</sup> Laudo núm. 2444/1976, en *J.D.I.*, 1977, pág. 932; Laudo núm. 4415/1984, de la C.C.I., en *J.D.I.*, 1984, pág. 530; Laudo núm. 5103/1988, en *J.D.I.*, 1988, pág. 1207.









## *CAPÍTULO IV*

### **LA PROBLEMÁTICA DE LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS ÓRDENES DICTADAS EN MATERIA CAUTELAR: LOS TRABAJOS DE LA UNCITRAL EN MATERIA CAUTELAR**



## 1.- La eficacia extraterritorial de las órdenes en materia cautelar

Los problemas teóricos y prácticos que se suscitan en torno a la posibilidad de solicitar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral, así como su eficacia extraterritorial han sido objeto de numerosos estudios doctrinales. En este sentido, destaca la labor realizada por un grupo de expertos en el seno de la Asociación de Derecho Internacional (I.L.A.), elaborando unos “principios sobre las medidas provisionales y cautelares para los litigios internacionales” que fueron aprobados en 1996 por la Asociación<sup>700</sup> y que tienen por objeto prestar asistencia a los reformadores del derecho a nivel nacional e internacional en materia cautelar con el fin de asegurar el cumplimiento del fallo definitivo.

Si bien estos principios refieren a las medidas cautelares ordenadas por los tribunales estatales, nada impide que sean de aplicación igualmente a las medidas cautelares ordenadas por los tribunales arbitrales. En este sentido, la I.L.A. recomienda expresamente que sean tenidos en cuenta por la UNCITRAL, la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, así como en las reformas legislativas nacionales.

Habitualmente, en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales las medidas cautelares deben adoptarse en un país diferente de aquél en que se está celebrando el procedimiento arbitral. Ello es lógico por cuanto –como ya hemos tenido oportunidad de

---

<sup>700</sup> Principios aprobados en la 67ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional (I.L.A.) celebrada en Helsinki (Finlandia), del 12 al 17 de agosto de 1996, publicado por la Asociación de Derecho Internacional, Londres, 1996, págs.

señalar- la sede del arbitraje se elige por varias y distintas razones: ya sea por cuestiones de neutralidad, de mutua conveniencia para las partes o de los árbitros, ya sea por la disponibilidad de determinados servicios y no por su eventual conexión con el objeto de la controversia.

De modo que los arbitrajes suelen llevarse a cabo en lugares donde ninguna de las partes dispone de bienes o derechos, tampoco realiza operaciones comerciales, ni mantiene una vinculación relevante con dicho Estado. En consecuencia, la mayoría de las medidas cautelares ordenadas en este tipo de arbitrajes deberán ejecutarse fuera del Estado en que el procedimiento se está celebrando o va a celebrarse. Es más, incluso, en el supuesto en que el arbitraje tuviera lugar en el Estado donde se encontraran los bienes objeto de la controversia podría resultar imprescindible decretar una medida que tuviera que adoptarse en un Estado distinto.

Se plantea la necesidad de determinar las vías existentes para obtener la eficacia de estas medidas cautelares o de protección, no sólo en el país en que la medida cautelar va a dictarse, sino también en aquel en que el arbitraje se está desarrollando o en un tercero. Y, todo ello, con independencia de que hayan sido adoptadas por los árbitros o por los jueces.

En principio, la eficacia transnacional de las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral no plantearía mayores problemas si estas decisiones constituyeran un título con fuerza ejecutiva. En tal supuesto, su reconocimiento y ejecución podría venir determinado por las normas convencionales existentes en la materia, concretamente por el Convenio de Nueva York de 1958 –amén de las discusiones doctrinales respecto a la inclusión o exclusión de estas decisiones en su ámbito de aplicación-. Y, en defecto de instrumento convencional

---

202-204. Estos principios se reproducen, asimismo, en A/CN.9/WG.II/WP. 108, págs. 25 y 26.

aplicable, se acudiría subsidiariamente a las normas relativas al reconocimiento y la ejecución autónomas del Estado donde se pretendiera hacer efectiva<sup>701</sup>.

En la mayoría de los sistemas estas decisiones cautelares carecen de valor ejecutivo, no pudiendo entenderse incluidas en el ámbito de aplicación del citado Convenio de Nueva York. Surge así, la necesidad de buscar alguna vía que permita su ejecución, tanto en el Estado en que tenga lugar el arbitraje como fuera de éste.

La precisión de asegurar la eficacia de las órdenes cautelares asociadas a un arbitraje se basa, con carácter general, en que el valor del laudo que pone fin a la controversia puede desvanecerse cuando la parte contra la que se ordenó la medida cautelar se niega a cumplirla o hace desaparecer los bienes o derechos sobre los que presumiblemente éste debía recaer. En tal caso, el resultado del procedimiento se carecería ya de sentido<sup>702</sup>, por cuanto que en muchas ocasiones la efectividad del laudo arbitral puede depender del resultado obtenido en el proceso cautelar.

### ***1.1.- La eficacia de las medidas cautelares dictadas por la jurisdicción estatal***

Nada impide, como hemos visto, que los jueces dicten medidas cautelares en función de un arbitraje, puesto que prácticamente todos los sistemas admiten la competencia concurrente de jueces y árbitros en esta materia. Además, se acepta de forma generalizada la compatibilidad entre una cláusula arbitral y la demanda de medidas cautelares ante la

---

<sup>701</sup> CREMADES, B.M.: "The Need for Conservatory and Preliminary Measures", *Int. Bus. Law.*, vol. 27, nº 6, mayo, 1999, pág. 230.



jurisdicción estatal. De manera que, cuando exista un pacto que legitime a los órganos estatales o, simplemente las partes dirijan su solicitud ante ellos, éstos dictarán una decisión de obligado cumplimiento, aun cuando sea por la fuerza, por cuanto que son los únicos órganos dotados de poder ejecutivo.

En este sentido se manifiesta expresamente el párrafo 1º del artículo 738 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil española: *“acordada la medida cautelar y prestada la caución se procederá, de oficio, a su inmediato cumplimiento empleando para ello los medios que fueran necesarios, incluso los previstos para la ejecución de las sentencias”*<sup>703</sup>.

En nuestro sistema, estas decisiones adoptan la forma de Auto, de conformidad con el artículo 735 de la L.E.C. y tienen fuerza vinculante por sí mismas, sin necesidad de ningún procedimiento especial de ejecución. Sin embargo, lo cierto es que la efectividad de estas medidas queda limitada al territorio del juez que las ha dictado. No olvidemos que la jurisdicción por definición es estatal y, por ende, no tiene poder de actuación en otros Estados. ¿Qué ocurre entonces si la medida cautelar debe ejecutarse en otro país? O lo que es lo mismo, si debe surtir efectos en un Estado diferente de aquél en que se ha dictado.

---

<sup>702</sup> A/CN.9/WG.II.108 de 14 de enero de 2000, 32º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Nueva York, de 20 a 31 de marzo de 2000, pág. 18.

<sup>703</sup> Artículo 738 párrafo 1º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

### **1.1.1.- Problemática planteada en torno a la ejecución de las medidas cautelares ordenadas por un juez en apoyo de un procedimiento arbitral: La ausencia de un régimen convencional aplicable**

En principio, las medidas cautelares ordenadas por los tribunales estatales únicamente podrán ser ejecutadas en el lugar de celebración del arbitraje<sup>704</sup>, siempre que, claro está, se hayan respetado sus normas imperativas. Desde un punto de vista práctico, no bastará con que las medidas de protección sean eficaces en dicho lugar, sino que tienen que surtir efectos necesariamente en el resto de los Estados involucrados en la relación.

Esta limitación de la eficacia a la sede del arbitraje plantea serios inconvenientes en el ámbito del comercio internacional, pues, por excelencia en este tipo de conflictos están implicadas partes pertenecientes a distintos países. Y, además, en la mayoría de los casos los bienes sobre los que deban recaer estas medidas radicarán en terceros Estados, pues la sede del arbitraje suele ser un lugar neutral sin conexión a ninguna de las partes.

Una posible solución en aras de conseguir en un Estado la ejecución de las medidas acordadas por un juez de otro país en apoyo de un arbitraje sería que estas órdenes judiciales se beneficiaran del régimen de reconocimiento y ejecución previsto en el Convenio de Bruselas de 1968, sustituido actualmente por el Reglamento 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. No obstante, y teniendo en cuenta que este Reglamento -al igual que hacía el Convenio de Bruselas- excluye expresamente de su ámbito material de aplicación el arbitraje, no supone una solución

---

<sup>704</sup> SCHAEFER, J.K.: “New Solutions for ...” art. cit., págs. 9.

exenta de problemas<sup>705</sup>.

Sin embargo, en la actualidad, tras el pronunciamiento de la Sentencia del T.J.C.E. en el conocido asunto *Van Uden*, no parece que esta cuestión pueda plantearse en los mismos términos, por cuanto que, el Tribunal Comunitario acuerda la adopción de medidas cautelares, con base en el artículo 24 del Convenio de Bruselas de 1968, a pesar de que la acción principal está en manos de los árbitros. De todos modos, esta cuestión será tratada en el epígrafe correspondiente de este trabajo.

Aun cuando entendamos incluidas estas decisiones dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas a raíz de la mencionada Sentencia del Tribunal Comunitario, no olvidemos que se trata de un Convenio/Reglamento de carácter regional y, por tanto, limitado a los países miembros de la Unión Europea. Con lo cual, tampoco quedaría resuelto el problema para todos los casos ya que, ¿cómo hacer efectiva en EE.UU., Canadá o en un país asiático una orden judicial en materia cautelar dictada por un juez de un país comunitario?

La ausencia de un sistema convencional multilateral en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales fuera del ámbito de la Unión Europea. Y, salvo que exista un régimen convencional bilateral que vincule a los países implicados en la relación jurídica, nos obliga a acudir subsidiariamente al sistema de reconocimiento y ejecución previsto en cada Estado. Y, todo ello dependerá de que las normas del Estado donde se pretende esta ejecución atribuyan a las decisiones judiciales en materia cautelar procedentes de otro país fuerza ejecutiva o, al menos que no pongan muchos impedimentos.

En efecto, no resultará fácil hacerlas efectivas en otro Estado en caso de incumplimiento. De ahí que, si el sistema autónomo en materia

---

<sup>705</sup> ANCEL, J.P.: "Comments and Conclusions", *Conservatory and Provisional Measures* ..., art. cit., pág. 111.

de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales del Estado receptor no prevé la posibilidad de eficacia de las medidas acordadas por la jurisdicción de otro Estado, no habrá ninguna vía legal que le obligue a hacerlo, puesto que, todo dependerá de su régimen interno.

Pero, lo cierto es que ni siquiera en el ámbito comunitario esta solución resultará eficaz a efectos prácticos. Esto es así por cuanto que el procedimiento de reconocimiento y ejecución previsto en el Convenio de Bruselas o en el Reglamento 44/2001 conlleva un plazo de tiempo demasiado largo, siendo incompatible con la propia naturaleza de las medidas cautelares. En realidad, una solicitud de este tipo puede resolverse perfectamente en el plazo de un año, siempre que no surja ningún problema adicional, pues todavía podía ser más largo. Y, obviamente, el daño que se trataba de evitar con la medida solicitada ya se habrá producido.

Todo lo visto nos lleva a concluir que, el hecho de que una orden cautelar sea adoptada por un juez, no garantiza en absoluto la efectividad de la misma en un tercer Estado.

### **1.1.2.- La solución prevista en el sistema alemán o el griego como modelo a seguir**

Los sistemas alemán y griego, apartándose de la mayoría de las soluciones previstas en Derecho comparado, incorporan una regulación novedosa a la vez que muy práctica en lo referente a la labor de apoyo de los jueces en materia cautelar. En este sentido, la Ley alemana de arbitraje dispone en el artículo 1025.1<sup>706</sup> que *“las disposiciones de este libro serán de aplicación cuando el lugar de celebración del arbitraje esté situado en Alemania”*. Sin embargo, el párrafo segundo del mismo

---

<sup>706</sup> El artículo 1025 del Capítulo Primero del Libro Décimo de la Ley alemana de arbitraje de 1998.

precepto añade, como excepción a la regla anterior, que *“las disposiciones de los artículos 1032, 1033 y 1050 serán de aplicación aun cuando el arbitraje se desarrolle fuera de Alemania, o cuando la sede del arbitraje todavía no esté determinada”*.

Por lo que se refiere al artículo 1033 se limita a afirmar la compatibilidad entre el acuerdo de arbitraje y la solicitud de medidas cautelares ante los jueces, pero no atribuye competencia a la jurisdicción alemana. En efecto, no se trata de una norma de competencia, sino que tan sólo proclama un principio de carácter general. El artículo 1050 por su parte, prevé la asistencia de los jueces para la adopción de medidas cautelares, bien a instancia del tribunal arbitral bien de una parte. Pero, en este último caso, con la necesaria aprobación de los árbitros.

Es de señalar, pues, que el artículo 1025.2 al declarar la aplicación de estos preceptos, aunque el arbitraje se celebre fuera de Alemania, está atribuyendo competencia a la jurisdicción alemana para solicitar medidas cautelares en apoyo de un arbitraje con independencia del lugar donde se esté celebrando o vaya a celebrarse el procedimiento arbitral. E, incluso, si la sede todavía no ha sido determinada. Por tanto, en Alemania no se hace distinción alguna entre procedimientos arbitrales internos e internacionales a efectos de determinar la competencia judicial en apoyo de un arbitraje. Esto es así en la medida en que el Código de procedimiento civil alemán establece la competencia de los tribunales estatales para ordenar medidas provisionales en ambos supuestos. La única condición que exige a tal efecto es que se cumplan los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico alemán para la concesión de una medida cautelar.

El procedimiento a través del cual el juez alemán adopta las medidas cautelares es sumario y está dividido en dos fases. En la primera de ellas, el juez adopta la decisión. Y, en la segunda, se procede

a su ejecución<sup>707</sup>.

La originalidad de la solución alemana constituye una alternativa perfectamente válida a los numerosos problemas que plantea en la actualidad la eficacia extraterritorial de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral.

El mismo régimen se establece en Grecia, por cuanto que también se prevé la competencia de los tribunales estatales para adoptar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral celebrado en el extranjero, siempre que se cumplan las condiciones exigidas a las medidas provisionales en el Código civil griego.

Desafortunadamente, no se trata de una solución generalizada en todos los países, ya que en muchos de ellos la competencia de los jueces en materia cautelar en apoyo de un arbitraje queda limitada a los arbitrajes nacionales o internos, esto es, aquellos que se celebran en su país y afectan a un litigio relacionado únicamente con dicho Estado. Este es el caso de la Ley de arbitraje y conciliación India de 1996 y de la Ley de arbitraje China.

### **1.1.3.- Las medidas cautelares y el Convenio de Bruselas de 1968, actual Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil**

El Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, actual Reglamento 44/2001, en materia de competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, determina su ámbito material de aplicación en su art.1º. De entre las materias que quedan expresamente excluidas del mismo figura

---

<sup>707</sup> SCHAEFER, J.K.: “New Solutions for ...”, art. cit., pág. 20.

el arbitraje. Por tanto, en principio, cualquier solicitud de medidas cautelares vinculadas a un arbitraje debe ser resuelta al margen de este Convenio/Reglamento.

Esta idea que parecía fuera de toda duda ha sido cuestionada a raíz de la famosa, y ya varias veces citada en este trabajo, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1998, en el asunto *Van Uden v. Deco-Line*, conocida comúnmente como el caso *Van Uden*<sup>708</sup>. En ella se resuelven varias cuestiones prejudiciales planteadas de conformidad con el Protocolo de 3 de junio de 1971, relativo a la interpretación por el T.J.C.E. del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968.

La legislación sobre competencia judicial internacional, establece por la vía del art. 24 del sistema Bruselas-Lugano, la capacidad de los jueces de los Estados parte para dictar medidas cautelares con independencia de que otro Tribunal decida en cuanto al fondo. Tras la sentencia *Van Uden* referida, el hecho de que el órgano que esté conociendo de asunto sea un árbitro es indiferente<sup>709</sup>.

#### 1.1.3.1.- *El asunto Van Uden v. Deco Line*

En el -ya famoso- asunto *Van Uden* el Tribunal Comunitario inicia una línea de interpretación totalmente innovadora, como ya hemos apuntado. Los hechos que dan origen a esta sentencia son los siguientes, en marzo de 1993 la sociedad *Van Uden* -domiciliada en Rotterdam (Holanda)- y la empresa *Deco-Line* -domiciliada en Hamburgo

---

<sup>708</sup> Sentencia T.J.C.E., de 17 de noviembre de 1998, en el asunto C-319/95, *Van Uden Maritime BV v. Deco-Line*, *Rev. Arb.* 1999, nº 1, págs. 143-152.

<sup>709</sup> PETTINATO, C.: "Comentario a la Sentencia del T.J.C.E. de 17 de noviembre de 1998, en el asunto C-391/95, *Van Uden Maritime BV v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*", *Riv. dell'Arb.*, 1999, vol. 2, pág. 329.

(Alemania)- celebran un contrato en virtud del cual la primera debía poner a disposición de la segunda un espacio de carga en los buques que explotara en la línea que prestaba servicio entre Europa del Norte o del Oeste y África Occidental. Como contrapartida, Deco-Line debía pagarle un flete, de conformidad con las tarifas convenidas por las partes. En dicho contrato las partes habían incluido una cláusula de arbitraje, designando los Países Bajos como sede del mismo.

Debido al incumplimiento contractual por parte de la empresa alemana, que dejó de pagar algunas facturas, la empresa holandesa inicia el arbitraje en los Países Bajos, tal y como habían acordado en el convenio arbitral. No obstante, en vistas de que la empresa demandada - *Deco-Line*- se retrasaba en el nombramiento de los árbitros y no mostraba la diligencia requerida a tal efecto, la empresa demandante - *Van Uden*- interpuso, de foma paralela, ante la jurisdicción holandesa una demanda de medidas cautelares, solicitando que ordenara el pago de las cuatro facturas pendientes.

A continuación, Deco-Line presentó la excepción de incompetencia del tribunal holandés para conocer de la demanda de medidas cautelares alegando dos motivos. En primer lugar, que no disponía de ningún bien susceptible de ser embargado en Holanda. Y, en segundo lugar, que puesto que estaba domiciliada en Alemania sólo podía ser demandada ante los tribunales de ese país.

El juez holandés desestimó la excepción de incompetencia alegando que debería ser considerada una medida cautelar en el sentido del artículo 24 del Convenio de Bruselas, actual Reglamento 44/2001. En consecuencia, se declaró competente sobre la base de que este precepto remite al derecho de cada Estado para determinar el órgano legitimado, debiendo acudir a lo dispuesto en el artículo 126.3º del código de procedimiento civil holandés, el cual declara competente a los jueces de dicho Estado por ser los del domicilio del demandante. Además, añadía que, el hecho de que existiera una cláusula arbitral no



afectaba a su competencia por la compatibilidad existente entre ambos procedimientos.

El 21 de junio de 1994 el juez holandés resolvió condenando a Deco-Line a pagar en forma de provisión a Van Uden la cantidad de 377.625 DM más los intereses legales. La parte condenada recurrió dicha decisión y, en apelación, el 11 de octubre de 1994, el juez estimó la incompetencia del juez de primera instancia anulando, por ende, la orden dictada en materia cautelar. Esta decisión se fundamentaba en que no existía un vínculo suficiente con la esfera jurídica holandesa que justificara dicha competencia.

Ante esta situación Van Uden interpuso recurso de casación, pero el tribunal antes de resolver planteó varias cuestiones prejudiciales ante el T.J.C.E. De entre ellas, las más relevantes a efectos de este trabajo son las siguientes:

1ª.- En primer lugar, si la existencia de una cláusula de arbitraje afecta a la competencia del juez estatal en materia de medidas cautelares, esto es, si ambos procedimientos son o no compatibles.

2ª.- En segundo lugar, si la decisión del juez holandés constituía una medida cautelar en el sentido del artículo 24 del Convenio de Bruselas.

3ª.- Y, finalmente, en caso de haber resuelto afirmativamente la anterior cuestión, cuáles serían las reglas de competencia que actuarían en dicho supuesto.

El Tribunal Comunitario respondió a todas estas cuestiones teniendo en cuenta las diferentes posiciones, tanto doctrinales como jurisprudenciales que existían al respecto.

Así, por un lado, Deco-Line, los Gobiernos alemán y del Reino Unido sostenían que el Convenio de Bruselas de 1968 no resultaba de aplicación al procedimiento sobre medidas cautelares debido a que las

partes habían acordado someter sus diferencias a un órgano arbitral. En este sentido, alegaron que debido a que las medidas provisionales solicitadas estaban intrínsecamente vinculadas al objeto de un procedimiento arbitral quedaban fuera del ámbito de aplicación material del Convenio de Bruselas<sup>710</sup>. Desde esta perspectiva, todos los conflictos que deriven de una cláusula arbitral quedarán excluidos del Convenio de Bruselas.

Van Uden y la Comisión, por el contrario, entendían que la existencia de una cláusula arbitral no producía el efecto automático de sustraer una demanda de medidas cautelares al ámbito de aplicación del Convenio. Es más, la Comisión añadió que lo determinante a efectos de declarar la aplicabilidad del citado Convenio era si el objeto del litigio constituía una de las materias incluidas dentro de su ámbito de aplicación material<sup>711</sup>. Y, en este caso, la solicitud de medidas cautelares tenía su origen en el cumplimiento de una obligación contractual y, por tanto, estaríamos ante una cuestión comprendida en el ámbito de aplicación del Convenio por razón de la materia.

En efecto, el objetivo de las medidas cautelares no refiere al arbitraje como materia, sino que pretenden salvaguardar derechos de naturaleza contractual, lo que ocurre es que se adoptan paralelamente a un procedimiento arbitral y están destinadas a apoyarlo. Es precisamente la naturaleza de los derechos que se pretenden salvaguardar lo que, en definitiva, determina la aplicabilidad o no del Convenio de Bruselas<sup>712</sup>.

---

<sup>710</sup> Fundamento jurídico número 26 de la Sentencia del T.J.C.E., de 17 de noviembre de 1998, en el asunto C-391/95, *Van Uden Maritime BV v. Deco-Line*, op. cit., pág. 148.

<sup>711</sup> Fundamento jurídico número 27 de la Sentencia ..., op. cit., supra. pág. 148.

<sup>712</sup> Fundamento jurídico número 32 Sent. T.J.C.E., de 26 de marzo de 1992, en el asunto C-261/90, *Reichert v. Kockler*; Fundamentos jurídicos números 18 y siguientes de la Sentencia del T.J.C.E. de 25 de julio de 1991, C-190/89, en el asunto *March Rich & Co. AG v. Società Italiana Impianti PA*. PETTINATO, C.: "Comentario a la Sentencia ...", art. cit., págs 328 y 329.

El arbitraje, pues, queda excluido del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas en cuanto materia, es decir, en aquellos supuestos en que el objeto de la controversia antes los tribunales sea puramente arbitral<sup>713</sup>. Por ejemplo, cuando lo que se pretenda sea el nombramiento judicial de un árbitro por faltar un acuerdo entre las partes; o la determinación de la validez de una cláusula arbitral. Con esta solución que adopta el Tribunal Comunitario en el asunto Van Uden se zanja definitivamente la cuestión que había dejado abierta el Informe Schlosser<sup>714</sup>.

En consecuencia, el Convenio de Bruselas resultará de aplicación a la solicitud de medidas de protección ante los jueces de un Estado miembro de la U.E. con la única condición de que el objeto de la medida sea civil o mercantil. Y todo ello con independencia de que la asistencia de los jueces sea instrumental respecto de un procedimiento de arbitraje<sup>715</sup>, es decir, es indiferente que el proceso que vaya a iniciarse o se haya iniciado ya sobre el fondo del asunto, sea ante jueces o ante árbitros. Pero, además, el Tribunal Comunitario añade otro requisito para que el juez de un Estado sea competente ante una solicitud de medidas cautelares o provisionales. Consiste en que exista un vínculo de conexión real entre el objeto del litigio y la competencia territorial del juez del Estado comunitario que ha de dictar la medida. Esto no afecta, en absoluto a lo dicho anteriormente en cuanto a que el artículo 24 del Convenio de Bruselas de 1968 remite a las normas de cada Estado para determinar el juez competente a tal efecto.

El Tribunal de Luxemburgo debía pronunciarse, asimismo, acerca de si la decisión del juez holandés de ordenar un pago en concepto de

---

<sup>713</sup> GÓMEZ JENE, M.: *El arbitraje comercial internacional ...*, op. cit., pág. 158; REQUEJO ISIDRO, M.: "Sobre tutela cautelar ...", art. cit., pág. 86.

<sup>714</sup> Informe "Scholsser" sobre el Convenio de adhesión de Dinamarca, Irlanda y del Reino Unido al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, *D.O.C.E.*, nº C-189, de 28 de julio de 1990, págs. 184-256.

---

entrega a cuenta constituía una medida cautelar en el sentido del artículo 24 del Convenio de Bruselas. La razón estriba en que este tipo de medidas, por su propia naturaleza, son susceptibles de sustituir a la decisión sobre el fondo del asunto, poniendo en entredicho el carácter meramente provisional de este tipo de decisiones<sup>716</sup>.

Finalmente, el Tribunal afirma que, como regla general, un pago de estas características no podemos considerarlo incluido en dicho precepto, salvo que se cumplan dos condiciones. La primera, que se garantice al demandado en el proceso cautelar la devolución de la cantidad fijada para el supuesto de que el demandante no viera estimadas sus pretensiones sobre el fondo del asunto. Este primer requisito se refiere, en definitiva, a la caución o fianza que se suele exigir al solicitante de la medida para poder compensar al sujeto gravado por la orden cautelar, en caso de concesión injustificada de la misma. No cabe duda de que se cumple la primera de las condiciones, por cuanto que el juez holandés ha solicitado el depósito de una cantidad como garantía.

El segundo de los requisitos consiste en que la medida solicitada sólo se refiera a determinados bienes del demandado que estuvieran situados, o debieran estarlo, dentro de la esfera de competencia territorial del juez que conozca del asunto<sup>717</sup>. Esta exigencia está directamente conectada con la urgencia que caracteriza a este tipo supuestos. Mal podríamos calificar como una medida cautelar en el sentido del artículo 24 del Convenio de Bruselas de 1968 una orden cautelar dictada por un juez que recayera sobre bienes situados fuera de su jurisdicción, y, por tanto, únicamente ejecutables de forma directa e

---

<sup>715</sup> REQUEJO ISIDRO, M.: “Sobre tutela cautelar ...”, art. cit., pág. 86.

<sup>716</sup> GAUDEMET TALLON, H.: “Nota” a la Sent. T.J.C.E., de 17 de noviembre de 1998, en el asunto C-391/95, *Van Uden Maritime BV v. Deco-Line y otros*, *Rev. Arb.* 1999, nº 1, pág. 161.

inmediata en su país.

En realidad, esto sería un claro indicativo de que no concurre la urgencia exigida, y el solicitante podría esperar el tiempo que conlleva la realización del procedimiento de *exequatur* en otro Estado. Este tipo de procedimientos requieren un lapso de tiempo más o menos largo, lo cual resulta totalmente incompatible con la rapidez requerida para este tipo de situaciones. De hecho, incluso el procedimiento de urgencia previsto en el Título III del Convenio de Bruselas para el reconocimiento y la ejecución de decisiones necesita bastante tiempo. El carácter urgente de esta medida es obvio, aun cuando el Tribunal no haga expresa referencia al mismo.

Hasta la Sentencia dictada en el asunto Van Uden, la aplicación del Convenio de Bruselas se hacía depender exclusivamente de la concurrencia al caso de los criterios material y temporal. La cuestión relativa a la exigencia o no del domicilio del demandado como condición de aplicabilidad no está clara en la doctrina<sup>718</sup>. En este supuesto en concreto, esta cuestión no plantea problemas porque el demandado está domiciliado en Alemania que es un Estado parte. Pero, teniendo en cuenta que el Tribunal Comunitario no ha mencionado la cuestión, cabría preguntarse si es posible la aplicación del artículo 24 del Convenio de Bruselas en apoyo de arbitrajes celebrados en terceros Estados<sup>719</sup>.

Se inicia una especie de separación entre las dos partes que integran el Convenio de Bruselas, a saber, la competencia judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución. Esto implica que, el hecho de que no sea de aplicación el régimen de reconocimiento y ejecución previsto en el Convenio para un laudo arbitral no impide que

---

<sup>717</sup> Fundamento jurídico núm. 47 de la Sent. T.J.C.E., de 17 de noviembre de 1998, C-391/95, *Van Uden Maritime BV v. Deco-Line y otros*, *Rev. Arb.* 1999, nº 1, pág. 151.

<sup>718</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 175; REQUEJO ISIDRO: M.: "Sobre tutela cautelar ..." art. cit., pág. 96.

puedan ser de aplicación las normas de competencia judicial internacional contenidas en el mismo para la determinación del juez competente para dictar una medida cautelar en apoyo de un procedimiento arbitral.

### **1.2.- La eficacia de las medidas cautelares acordadas por el tribunal arbitral**

El poder de los árbitros en materia cautelar puede derivar, bien de la propia ley, bien de un acuerdo de las partes atribuyéndoles competencia a tal efecto. De este modo, el punto de partida es la inexistencia de un poder inherente de los árbitros en materia cautelar derivado de la cláusula arbitral.

Ya se ha visto como la mayor parte de los sistemas estatales e institucionales de arbitraje optan por una competencia concurrente entre jueces y árbitros en materia cautelar. Las partes pueden dirigirse, de forma indistinta, ante unos u otros para solicitar alguna medida de este tipo, dependiendo única y exclusivamente de la autonomía de la voluntad<sup>720</sup>. La clave radica, no obstante, en la viabilidad de lograr la eficacia de tales órdenes ser la pieza esencial del arbitraje, de ahí su importancia. Así se ha pronunciado la propia UNCITRAL diciendo que, en algunos casos, “la utilidad misma del laudo para la parte favorecida depende de que pueda ejecutarse la medida provisional destinada a facilitar la ejecución ulterior del laudo”<sup>721</sup>.

Sin embargo, en la actualidad el poder de los árbitros en materia cautelar es una alternativa más teórica que real, por cuanto que la

---

<sup>719</sup> REQUEJO ISIDRO, M.: “Sobre tutela cautelar ...”, art. cit., pág. 97.

<sup>720</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales ...*, op. cit., pág. 299.

<sup>721</sup> Informe del grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 32ª período de sesiones (Viena, 20 a 31 de marzo de 2000), A/CN.9/468, pág. 14.

eficacia de sus órdenes es un tanto cuestionable, sobre todo, si precisan de ejecución. Cabe plantearse si las medidas acordadas por un tribunal arbitral pueden ser ejecutadas directamente por los jueces. Desde luego, de nada serviría reconocer expresamente el poder de los árbitros, si no se acompaña de un mecanismo que permita hacer efectivas las decisiones que éstos dicten, esto es, ejecutarlas coactivamente por la vía que sea, en caso de incumplimiento<sup>722</sup>.

En otros casos, la fuente de poder de los árbitros no se extrae de la Ley sino que se basa exclusivamente en la voluntad las partes. Este es el caso de la Ley holandesa de arbitraje que no atribuye poder a los árbitros para la adopción de medidas cautelares, salvo que las partes lo pacten expresamente. En principio, cabría pensar que las decisiones que dicten en materia cautelar, ya sea bajo la forma de laudo parcial, ya sea de mera orden, carecerán de fuerza ejecutiva. Es decir, que no serán títulos directamente ejecutables por los jueces, quedando su eficacia limitada a las partes, al igual que el acuerdo arbitral.

Sin embargo, esta afirmación no resulta cierta en todos los casos, ya que, de conformidad con la Ley holandesa, cuando las partes acuerden conferir tal poder, la propia Ley reconoce la fuerza ejecutoria de dichas decisiones arbitrales. Es decir, que en este caso la fuente de poder de los árbitros en materia cautelar es la voluntad de las partes, y, sin embargo, su decisión constituye un título directamente ejecutable por imperativo legal. Así lo dispone expresamente el párrafo 3º del artículo 1051 del Código de Procedimiento civil holandés: *“Una decisión dictada en un procedimiento arbitral sumario será considerada un laudo arbitral siendo de aplicación las disposiciones de los Títulos tres a cinco”*. Estas disposiciones a que hace referencia el precepto, son las aplicables a la ejecución de los laudos arbitrales.

---

<sup>722</sup> SCHAEFER, J.K.: “New solutions for ...”, art. cit., págs. 19-20.

La intervención de los jueces en estos supuestos quedará limitada, pues, al *exequatur* de la medida, para el caso de incumplimiento voluntario. Pero eso sí, su eficacia estará, en principio, reducida a este país. Para que pueda ser ejecutada en un tercer Estado será necesario, bien que se permita el reconocimiento y ejecución de las medidas acordadas por un tribunal arbitral por vía convencional, o bien que el régimen autónomo del país donde se pretenda dicha ejecución le confiera igualmente carácter ejecutivo a las decisiones de los árbitros en materia cautelar.

Por tanto, las órdenes de los árbitros en materia cautelar sólo podrán ser ejecutadas directamente por los jueces en aquellos Estados donde la Ley les atribuya esta naturaleza coercitiva o vinculante. De lo contrario, carecerán de cualquier fuerza, en caso de incumplimiento voluntario de las partes, por cuanto que la cláusula arbitral no les atribuye tal carácter. El problema se suscita porque no suele ser ésta la solución habitual en el resto de los sistemas de Derecho comparado. En la mayoría de ellos, se trata de decisiones que no son títulos directamente ejecutables por los jueces.

Por el contrario, los laudos arbitrales finales sí que poseen fuerza ejecutiva y constituyen un título directamente ejecutable por las autoridades judiciales por cuanto que este carácter viene conferido de forma expresa por la propia Ley, no por el acuerdo arbitral. Todo ello significa que el carácter ejecutivo de una decisión no va a depender de las partes, sino que queda a merced de la voluntad del Estado<sup>723</sup>. En este sentido, aquellas no pueden atribuir a los árbitros poder para dictar una orden con fuerza ejecutiva, esta facultad queda limitada al Estado.

---

<sup>723</sup> STALEV, Z.: "Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration", *International Arbitration in a Changing world*, JAN VAN DEN BERG (ed.), Países Bajos, Kluwer, 1994, pág. 108.



Todo ello no significa, de ningún modo que, siempre que el poder de los árbitros en materia cautelar venga conferido por la Ley las decisiones que éstos dicten al respecto van a gozar de una eficacia ejecutiva. La fuerza de que dispongan dependerá, en todo caso, de lo dispuesto en el propio texto normativo. Un claro ejemplo, lo constituye el sistema suizo, por cuanto que atribuye poder a los árbitros para adoptar medidas cautelares, sin embargo, no les atribuye el carácter de título directamente ejecutable por los jueces.

En la práctica, lo cierto es que las partes no suelen manifestarse expresamente sobre el particular sino que remiten a un sistema estatal o institucional, siendo éste último el que decidirá sobre la cuestión.

#### **1.2.1.- Posibles vías para la obtención de eficacia de las órdenes arbitrales en materia cautelar**

No cabe la menor duda de que la legitimidad o, mejor dicho, la conveniencia de que los árbitros dicten medidas cautelares va a depender, en última instancia, de la posibilidad de ser ejecutadas, esto es, de que sean efectivas. Veamos, pues, cuáles son las posibilidades de éxito de una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral que lleve implícita una ejecución. Con carácter general, la eficacia jurídica de una medida cautelar puede obtenerse por tres vías<sup>724</sup>:

a).- A través del cumplimiento voluntario del sujeto pasivo de la medida cautelar.

b).- Mediante una solicitud de colaboración de los órganos jurisdiccionales estatales para la ejecución de la medida acordada por el tribunal arbitral.

---

<sup>724</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 197.

c).- Formulando de nuevo la petición, pero esta vez ante los tribunales estatales, aportando como prueba de mejor derecho o *fumus boni iuris* el pronunciamiento arbitral<sup>725</sup>.

#### 1.2.1.1.- *Cumplimiento voluntario del sujeto pasivo de la medida cautelar*

En el primer supuesto, esto es, si la parte contra la que se dirige la orden cautelar cumple de forma voluntaria, no se planteará mayor problema, por cuanto se resolverá en el marco estrictamente arbitral, sin necesidad de recurso alguno a los jueces. Partiendo de la base de que en la práctica la gran mayoría de los laudos arbitrales suelen ser ejecutados de forma voluntaria por las partes. En principio, nada hace pensar que no vayan a hacer lo mismo respecto de las decisiones en materia cautelar, ya se hayan adoptado bajo la forma de recomendación, ya sea bajo la de laudo provisional. No hay que olvidar que el árbitro es quien va a dictar el laudo que pone fin al conflicto, por tanto, lo lógico es que las partes hagan efectiva la medida de forma espontánea, sin necesidad de recurrir a medios de coacción, aunque sólo sea por temor a ponérselos en contra y que ello repercuta en su decisión final<sup>726</sup>.

A parte de esto, y como ya hemos apuntado con anterioridad, los árbitros cuentan con alguna herramienta propia para contribuir a la observancia de las mismas. Cabe destacar la posibilidad de imponer sanciones por el incumplimiento de sus órdenes. Este tipo de puniciones se permite expresamente en la Ley de arbitraje holandesa de 1986,

---

<sup>725</sup> RAMOS MÉNDEZ, F: "Arbitrage international et ...", art. cit., pág. 59.

<sup>726</sup> CRAIG, L. - PARK, W. - PAULSSON, J.: *International Chamber of ...*, op. cit., pág. 416; LAVIVE, P. - POUDRET, J.F.- REYMOND, C.: *Le droit de l'arbitrage ...*, op. cit., pág. 365.

concretamente, en el artículo 1056<sup>727</sup>. Pero, ya hemos visto que su admisión es un tanto discutible y, además, se canalizará en la forma de indemnización por daños y perjuicios<sup>728</sup>, sin solucionar, en definitiva, el problema del incumplimiento en sí mismo.

En teoría, las partes deben acatar lo ordenado por los árbitros en cuanto que, en el momento de pactar la cláusula de arbitraje asumen el compromiso de cumplir fielmente las decisiones que éstos puedan emitir. Si bien, en ese momento generalmente todavía no existe un conflicto entre ellas, de ahí que en principio, lo normal es que exista cierta armonía. Sin embargo, cuesta creer que ejecuten siempre, y en todo caso, una orden que les sea desfavorable, a sabiendas de que el árbitro no puede forzar su cumplimiento. Lo más probable es que se resistan a cumplirla hasta que no les quede otra alternativa.

En consecuencia, es posible que, a pesar de haberse comprometido a dicho cumplimiento, llegado el momento quebranten el pacto arbitral. En realidad, si las partes asumieran de forma voluntaria las órdenes de los árbitros nunca se plantearía ningún conflicto de este tipo. Pero, es necesario determinar cuál será la solución cuando este cumplimiento voluntario no se produzca. Es decir, si todo el mundo llevara a cabo las obligaciones contraídas no surgirían las controversias. Por ello, aun cuando se piense que el porcentaje de supuestos en que la parte se muestra reticente es reducido dada su actitud colaboradora en el arbitraje, lo cierto es que estas situaciones existen y, es precisamente a ella a las que hay que buscarles una solución.

---

<sup>727</sup> El Título primero de la Ley de Arbitraje holandesa de 1986 bajo la rúbrica "Arbitration in the Netherlands" establece en su artículo 1056: "*El tribunal arbitral tiene poder para imponer una sanción por incumplimiento en aquellos casos en que los jueces dispongan de dicho poder (...)*". A efectos de sanciones equipara la institución arbitral a la judicial.

<sup>728</sup> Vid. el epígrafe 5.2.2.1.b) del Capítulo III de este trabajo, págs. 269 y ss.

Será necesario, pues, contar con una vía que asegure, precisamente en estas situaciones, la efectividad de las decisiones arbitrales en materia cautelar. Esta vía es justamente la cooperación, asistencia o intervención de los jueces en el arbitraje. Esto es, para que el arbitraje constituya una verdadera alternativa a la resolución judicial de los conflictos se exige la cooperación judicial. Cooperación que se puede prestar de distintas formas, como veremos a continuación en las dos siguientes hipótesis.

*1.2.1.2.- La solicitud de colaboración a los órganos jurisdiccionales estatales para la ejecución de una medida acordada por el tribunal arbitral*

La segunda vía de que disponen las partes o los árbitros, en su caso, para asegurar el cumplimiento de una medida de protección es instar a los jueces su colaboración con el objeto de ejecutar la medida acordada por el tribunal arbitral. Es de sobra sabido que los árbitros carecen de poder coercitivo. De ahí que, como regla general, todas las medidas cautelares adoptadas por el árbitro -siempre que requieran una ejecución, claro está,- de no ser cumplidas voluntariamente por la parte afectada, precisan de la intervención judicial para ser ejecutadas forzosamente. Pero esto no significa, de ningún modo, que todas y cada una de las medidas que se dictan necesitan de una ejecución forzosa. A veces, consisten tan sólo en autorizar a una de las partes a hacer algo, o pedirle que se abstenga de realizar una determinada actividad.

En Francia, por ejemplo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 489 del N.C.P.C., una parte puede recurrir a los jueces estatales, no sólo para solicitar un medida cautelar, sino también para que otorgue validez a la medida previamente acordada por los árbitros. Serán los árbitros los que ordenen las medidas cautelares por ser quienes conocen del fondo del asunto y por estar en mejores condiciones para decidir acerca de la necesidad o no de dicha medida. A continuación, y para el caso de

incumplimiento de la parte, los jueces a través de la validación posibilitarán su ejecución. Esto pone de manifiesto claramente la posible colaboración entre ambas instituciones a fin de que el arbitraje llegue a buen término.

Con carácter general, el hecho de que los árbitros tengan que solicitar esta cooperación o ayuda a los jueces estatales plantea una serie de problemas.

1º.- ¿puede un tribunal estatal negarse a prestar tal asistencia?  
2º.- ¿cuáles son los límites de la intervención estatal?, esto es, ¿se limitará a hacer cumplir la medida ordenada por el árbitro o, por el contrario, abrirá un nuevo proceso y expedirá su propia orden? La respuesta habrá que buscarla en la Ley del Estado a que pertenece el juez cuya colaboración se solicita. A parte de estos, resta añadir: 3º.- ¿puede un tribunal estatal cooperar con los árbitros en esta materia cuando no lo prevé la ley de procedimiento? 4º.- ¿Ha lugar a algún tipo de recurso ante una medida cautelar ordenada por un tribunal estatal? 5º.- ¿Puede un tribunal estatal reconocer una medida cautelar acordada por un tribunal arbitral revocando una previa ordenada por un tribunal estatal? La respuesta a todas estas preguntas hay que buscarla en la ley aplicable al procedimiento arbitral<sup>729</sup>.

1.2.1.2.a).- Los ordenamientos jurídicos que condicionan la ejecución judicial de una medida cautelar acordada por un tribunal arbitral

La posibilidad de que los jueces colaboren en un arbitraje con el fin de ejecutar una medida cautelar acordada por un tribunal arbitral dependerá, por un lado, de que la Ley aplicable al procedimiento arbitral permita una actuación judicial en tal supuesto. Por otro, estará en función de que las normas de competencia judicial de la *Lex fori* del juez

---

<sup>729</sup> BERNARDINI, P.: "The Powers of ...", art. cit., pág. 28.

ante el que debería interponerse la solicitud de ejecución, -por estar situados en dicho país los bienes sobre los que ha recaído la medida cautelar-, atribuyan competencia a los jueces para ejecutarla. Y, finalmente, será imprescindible que en dicho Estado se otorgue a este tipo de decisiones arbitrales el carácter de título ejecutivo, ya que de no ser así, el juez no podría ejecutarlas.

Resulta, por tanto, necesario que concurren todas estas circunstancias para que la cooperación judicial pueda ser efectiva a efectos de la ejecución.

Ciertamente, hay sistemas que optan por recoger unos supuestos concretos en que se admite la colaboración de los jueces en el arbitraje, aunque no especifican si ésta alcanza a la ejecución de tales medidas. En concreto, esta es la regulación que contiene la Ley federal suiza de Derecho internacional privado, cuyo artículo 183 párrafo 2º dispone que *“si la parte no cumple voluntariamente, el tribunal arbitral podrá solicitar la asistencia del juez competente”* y, añade, que dicho juez *“aplicará su propio derecho”*<sup>730</sup>.

Sin embargo, el sistema suizo no confiere fuerza ejecutiva a las órdenes que emanan de los árbitros, por tanto, no podrán ser ejecutadas directamente por los jueces. Únicamente las medidas cautelares ordenadas por el juez, en este caso concreto, podrían ser ejecutadas por la fuerza. Es por ello que, algún autor opina que en Suiza las decisiones en materia cautelar ordenadas por los árbitros son “papel mojado”<sup>731</sup>.

En la misma línea se muestra el sistema inglés, ya que su Ley de arbitraje de 1996 establece, en el artículo 42, un mecanismo de

---

<sup>730</sup> El artículo 183 párrafo 2º del capítulo 12 de la Ley federal Suiza de Derecho internacional privado establece bajo la rúbrica “International Arbitration”: *“Si la parte contra la que se dirige la medida no cumple voluntariamente, el tribunal arbitral puede solicitar la asistencia del tribunal estatal competente. Dicho juez actuará de conformidad con su propio derecho”*.

<sup>731</sup> STALEV, Z.: “Interim Measures of ...”, art. cit., pág. 107.

asistencia de los jueces en el arbitraje con el fin de que las órdenes dictadas por los árbitros en materia cautelar sean cumplidas. Sin embargo, no consiste en la ejecución de las mismas por los jueces, sino que tan sólo es una vía de apoyo a éstos últimos, en el sentido de reafirmar su poder<sup>732</sup>. Concretamente, dispone que “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, los jueces podrán dictar una orden requiriendo a la parte a cumplir la orden dictada por el árbitro*”.

La respuesta a la cuestión de quién podrá solicitar dicha asistencia judicial también viene resuelta por el párrafo 2º del mismo precepto. A tal efecto, establece tres posibilidades que se corresponden con los tres subapartados de que consta el artículo 42. 2, a) b) y c) y son las siguientes: 1ª.- que esta asistencia sea solicitada por el propio tribunal arbitral previa notificación a las partes. 2ª.- También cabe que la cooperación del juez sea requerida por una parte, previa autorización del tribunal arbitral y habiendo notificado a la otra. 3º.- Y, finalmente, se admite asimismo la solicitud por una de las partes, sin el permiso del tribunal arbitral y sin necesidad de notificárselo a la otra. Esta última posibilidad queda condicionada a que éstas hubiesen acordado previamente la concesión de estos poderes a los jueces<sup>733</sup>.

De este modo, si la parte no acata la orden dictada, el tribunal arbitral deberá solicitar la asistencia judicial, no para que la ejecute, sino para que inste a la parte reticente a su cumplimiento, o incluso, para que dicte la correspondiente medida, si así lo estima oportuno y es conforme con su *Lex fori*.

La Ley Modelo UNCITRAL, por su parte, admite que el árbitro solicite la colaboración del juez para la realización de las pruebas. Sin embargo, guarda silencio respecto de esta asistencia para la ejecución forzosa de las medidas cautelares adoptadas por los árbitros. Y, desde

---

<sup>732</sup> SCHAEFER, J.K.: “New Solutions for ...”, art., cit., pág. 17.

luego, nada dice acerca del carácter ejecutivo de una decisión de esa índole. Precisamente por esta razón actualmente la CNUDMI está trabajando en la elaboración un proyecto de reforma del artículo 17 de la Ley modelo de 1985 con el fin de atribuir a este tipo de órdenes el carácter de título ejecutivo.

El *quid* de la cuestión radica en que las medidas cautelares ordenadas por los árbitros, con independencia de la forma que adopten, no constituyen, como regla general, un título directamente ejecutable. Y, por tanto, su eficacia -para el caso de que la parte no cumpla voluntariamente- dependerá, en primer lugar, de que la decisión tenga fuerza ejecutiva. Y, en segundo lugar, de que la Ley del Estado del juez que debe intervenir atribuya competencia a sus jueces para ejecutar las órdenes cautelares dictadas un tribunal arbitral en el curso de un arbitraje celebrado en otro país. Competencia que no suele atribuirse en la mayoría de los sistemas por cuanto que las decisiones arbitrales no suelen gozar de un carácter ejecutivo.

Afortunadamente, no ocurre lo mismo en todas las leyes de arbitraje. En este sentido, queda a salvo el caso de Alemania, por cuanto que permite la ejecución por los jueces alemanes de este tipo de medidas aunque el arbitraje se celebre fuera del país. En efecto, la Ley de arbitraje alemana atribuye naturaleza ejecutiva a las órdenes cautelares de los árbitros, ya sea en un arbitraje celebrado en Alemania o en otro país.

El gran inconveniente que se plantea en relación a la eficacia transnacional de una medida cautelar radica en la inexistencia de un mecanismo convencional multilateral que facilite la libre circulación de decisiones en materia cautelar a través de las fronteras de los diferentes

---

<sup>733</sup> Artículo 42.2 apartados a), b) y c) del *English Arbitration Act* de 1996.



países, sean o no comunitarios, al igual que ocurre respecto de los laudos arbitrales con el Convenio de Nueva York de 1958<sup>734</sup>.

Los convenios internacionales existentes en materia de arbitraje comercial internacional nada dicen respecto a la posible ejecución de las medidas cautelares adoptadas por un tribunal arbitral. En este sentido, el Convenio de Nueva York en sus artículos IV y V no regula la cuestión expresamente. Este texto abarca el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales finales, pero no menciona las órdenes o laudos parciales. De su normativa se deduce claramente que el laudo debe ser final y obligatorio para las partes y susceptible de ser ejecutado<sup>735</sup>.

Sin embargo, el hecho de guardar silencio ha dado lugar a interpretaciones totalmente contradictorias. Aun cuando estas medidas pueden adoptar la forma de laudo parcial, una mayoría de autores afirman que los tribunales estatales únicamente pueden ejecutar los laudos arbitrales finales en virtud del régimen previsto en el Convenio de Nueva York de 1958<sup>736</sup>. Por el contrario, y aunque en clara minoría, algún autor defiende esta posibilidad amparándose en que el Convenio no lo niega, de ahí que interprete que es admisible<sup>737</sup>. En este sentido sostienen que, cuando un tribunal arbitral dicta un laudo parcial en materia cautelar éste será considerado como un laudo susceptible de ser reconocido y ejecutado en los términos del Convenio de Nueva York de 1958<sup>738</sup>. Finalmente, otro sector doctrinal entiende que el citado texto convencional no trata la cuestión de la ejecución de las medidas

---

<sup>734</sup> GUNTER, P.: "Enforcement of Arbitral awards, Injunctions and Orders", *Arb. & Dis. Res. L. Jour.*, 1999, pág. 265.

<sup>735</sup> OYRE, T.: "The Power of ..." art. cit., pág. 124.

<sup>736</sup> VARADY, T.: "Provisional Measures in ...", art. cit., pág. 159.

<sup>737</sup> LORCA NAVARRETE, A.M.- SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de arbitraje ...*, op. cit. pág. 374; BERNARDINI, P.: "The Powers of ...", art. cit., pág. 29; LEW, D.M.J.: "Commentary on Interim ...", art. cit., pág. 28; SEMPLE, W.G.: "The UNCITRAL Model Law and Provisional Measures in International Commercial Arbitration", *Arb. & Dis. Res. Law Jour.*, 1994, pág. 271.

cautelares, sino que la deja a la libre apreciación de cada uno de los Estados signatarios<sup>739</sup>.

A falta de un sistema convencional multilateral que determine las condiciones para la ejecución de las órdenes arbitrales en materia cautelar habrá que acudir, con carácter subsidiario, a lo dispuesto en los diferentes regímenes autónomos de los Estados donde pretendan hacerse efectivas. Serán éstos, por tanto, quienes deberán establecer un sistema legal apropiado que garantice la eficacia de las órdenes acordadas por los árbitros.

No obstante, podría ser que la pretendida ejecución se consiguiera en el ámbito de la Unión Europea, a través del Convenio de Bruselas de 1968, -hoy Reglamento 44/2000- que, si bien, en principio, no resulta de aplicación porque el arbitraje es una materia excluida expresamente de su ámbito de aplicación<sup>740</sup>, gracias a la sentencia del T.J.C.E. en el asunto *Van Uden* se ha abierto una posibilidad muy importante en tal sentido. Pero todavía está por ver que ocurre en lo sucesivo.

Pero, incluso en el supuesto en que las decisiones de los árbitros constituyeran órdenes directamente ejecutables y se admitiera la colaboración de los jueces a tal efecto, no implicaría necesariamente que fueran del todo eficaces, desde el punto de vista de la finalidad que indujo a su solicitud, por cuanto se debería realizar un nuevo procedimiento de ejecución, pero esta vez ante el juez competente que supondría invertir más tiempo y dinero. Y, no debemos olvidar, que la urgencia, así como la rapidez, constituyen elementos esenciales de este tipo de medidas.

---

<sup>738</sup> SEMPLE, W.G.: "The UNCITRAL Model ...", art. cit., pág. 271.

<sup>739</sup> REINER, A.: "Les mesures provisoires ...", art. cit., pág. 866.

<sup>740</sup> Sent. T.J.C.E., de 25 de julio de 1991, C-190/89, en el asunto *March Rich & Co. AG v. Società Italiana Impianti PA.*, *Recueil*, 1991, págs. 3855 y 3900.

Por lo todas estas razones, el Grupo de trabajo sobre arbitraje creado en el seno de la CNUDMI también se ha pronunciado al respecto poniendo de manifiesto que “el juez no debe repetir el proceso de decisión del tribunal arbitral que le indujo a dictar la medida”<sup>741</sup>. Esto es, que el juez no debe entrar en el fondo de la cuestión, ni tampoco examinar los motivos que indujeron al árbitro a dictarla. Sino que su discrecionalidad debería limitarse a los aspectos puramente procesales de su ejecución, siguiendo a tal efecto y, en la medida de lo posible, el mismo régimen que en la ejecución de los laudos. Si bien se requeriría un procedimiento muy abreviado o de urgencia de reconocimiento y ejecución, pues el procedimiento ordinario conlleva varios meses o incluso un año, lo cual resulta totalmente incompatible con las necesidades del procedimiento cautelar.

1.2.1.2.b).- Supuestos en que se limita la colaboración judicial a los arbitrajes celebrados en el Estado a que el juez pertenece

Otro problema que plantea esta posible vía de solución es que, en ocasiones, aun cuando se prevé la asistencia de los jueces en la adopción de medidas cautelares en función de un procedimiento arbitral, esta colaboración se limita a aquellos supuestos en que el arbitraje se celebre en dicho Estado. Esto significa que, a veces, los jueces de un país sólo podrán prestar apoyo al arbitraje que se celebre dentro de su demarcación territorial. En consecuencia, no cabrá solicitar la colaboración de dichos tribunales cuando el arbitraje se celebre en un tercer Estado aunque los bienes sobre los que tenga que recaer dicha medida estén situados en aquél país.

Esto es precisamente lo que ocurre en la Ley de arbitraje inglesa de 1996 que sigue el principio de territorialidad instaurado en la Ley

---

<sup>741</sup> A/CN.9/468, Informe del grupo de Trabajo de la Comisión ..., op. cit., pág. 16.

Modelo UNCITRAL. En este sentido, declara el artículo 1.2 que *“las disposiciones de la parte I serán de aplicación cuando la sede del arbitraje radique en Inglaterra, Gales o Irlanda del Norte”*. La parte I de la Ley de arbitraje comprende los artículos 1 a 84. De conformidad con esta disposición, no cabrá recurrir a esta asistencia de los jueces cuando la sede del arbitraje esté fuera de algunos de estos territorios.

En definitiva, la cooperación de los jueces británicos en el arbitraje se condiciona, pues, a que el mismo se esté desarrollando en ese país<sup>742</sup>. Esto plantea serios inconvenientes en la práctica por cuanto que en un arbitraje celebrado en Francia en el que una parte sea de nacionalidad británica y posea sus bienes en Inglaterra, en caso de requerirse una medida cautelar que afecte a dichos bienes, no se podría solicitar la asistencia de los jueces ingleses por cuanto que la Ley no permite la colaboración de los mismos en tales supuestos. De manera que, la medida cautelar ordenada por los árbitros nunca podría hacerse efectiva a través de la colaboración de la jurisdicción estatal.

1.2.1.2.c).- El sistema alemán de nuevo como modelo a seguir: el carácter ejecutivo de las órdenes en materia cautelar

Afortunadamente, no ocurre lo mismo en todos los sistemas estatales de arbitraje, aunque sí en la mayoría. El sistema alemán, a diferencia de lo que ocurre en el resto, pretende, sin duda alguna, que la alternativa de solicitar la tutela cautelar ante los tribunales arbitrales sea real y no meramente teórica. Es por ello que, a pesar de haber adoptado casi literalmente la Ley Modelo UNCITRAL, ha introducido algunas novedades que la convierten en mucho más progresista, aparte de que la mejora en algunos aspectos relevantes, como veremos a continuación.

Así, el artículo 1041.2 dispone que *“el juez puede, a instancia de parte, permitir la ejecución de una medida cautelar de las mencionadas en el apartado primero [esto es, las medidas ordenadas por un tribunal arbitral], a menos que dicha solicitud ya hubiera sido previamente realizada ante la jurisdicción estatal. También puede modificar dicha orden si fuera necesario a efectos de su ejecución”*.

En este sistema se introduce una novedad muy importante, desde el punto de vista práctico, ya que las órdenes emitidas por los árbitros constituyen títulos directamente ejecutables por los jueces, a instancia de parte. Con independencia de que provengan de arbitrajes celebrados en Alemania o en cualquier otro Estado. Hay que resaltar que muy pocos países atribuyen este carácter a las órdenes de los árbitros en materia cautelar. De este modo, el poder de los árbitros en materia cautelar es real y eficaz.

Excepcionalmente, el precepto prevé un caso en el que tal ejecución no se producirá. Esto sucederá cuando la misma medida haya sido solicitada previamente ante los jueces. Esta excepción se justifica en tanto que tiene por objeto evitar una duplicidad de solicitudes idénticas ante dos instancias diferentes. No sólo por el gasto innecesario que supone, sino, además, por el riesgo potencial de obtener dos decisiones contradictorias.

De acuerdo con la Ley alemana de arbitraje, un árbitro podrá adoptar cualquier tipo de medida que estime conveniente, ya sea alguna de las previstas en el sistema alemán o no. Cuando el árbitro elija una de las medidas reguladas en dicho sistema el juez la ejecutará directamente. Y, en el supuesto de que estime más oportuna una medida distinta de las allí previstas, también cabrá su ejecución por el juez alemán aunque no directamente. A tal efecto, el artículo 1041.2.2 faculta

---

<sup>742</sup> SCHAEFER, J.K.: “New Solutions for ...”, art. cit., pág. 17.

al juez a modificar la orden cautelar dictada por el árbitro con el objeto de asegurar que esa medida será ejecutada. Precisamente, se pretende su adaptación o, mejor, asimilación a alguna de las previstas en su sistema. Esta tarea no será necesaria cuando el árbitro ordene alguna medida de las contempladas en este ordenamiento jurídico. Esta posibilidad del artículo 1041.2 *in fine*, pretende asegurar que los jueces no rechazarán la ejecución de una medida ordenada por un tribunal arbitral por el mero hecho de que no se ajusta a las previstas en su *Lex fori*<sup>743</sup>.

En consecuencia, el árbitro no está limitado a dictar únicamente aquellas medidas reguladas en la Ley alemana, sino que podrá adoptar la que estime conveniente y, *a posteriori*, el juez procederá a integrarla, en la medida de lo posible. Pero, en la práctica, esta asimilación no resulta siempre tan sencilla, de ahí que sería recomendable, a efectos de asegurar la ejecución, que el árbitro optara por alguna de las medidas incluidas en dicho sistema o, al menos, intentara ajustarse a ellas para facilitar su ejecución.

Por lo que respecta al tribunal competente a tal efecto, el artículo 1062 párrafo 1º de la Ley alemana de arbitraje atribuye competencia “al tribunal de apelación *-Oberlandesgericht-* designado en el convenio arbitral, y a falta de elección al juez del lugar donde se celebre el arbitraje” para “la ejecución, anulación o modificación de una medida cautelar adoptada por un tribunal arbitral”<sup>744</sup>. Esto es así siempre que el arbitraje se celebre en Alemania, pero cuando el arbitraje tenga su sede fuera de este país, el artículo 1062 párrafo 2º declara competente al “tribunal de apelación *-Oberlandesger-* de la residencia habitual del demandado, del lugar donde radique sus negocios, o bien de lugar donde estén situados los bienes afectados por la medida cautelar. Y, con

---

<sup>743</sup> SCHAEFER, J.K.: “New Solutions for ...”, art. cit., pág. 22.

<sup>744</sup> Artículo 1062.1.3 del *New German Arbitration Act* de 1998.

*carácter subsidiario, designa competente a Kammergericht”.*

En definitiva, el mencionado artículo 1062.2 atribuye competencia a la jurisdicción alemana para ejecutar una orden cautelar dictada por un árbitro, modificarla o anularla aunque la sede del arbitraje se sitúe fuera de Alemania. Es decir, que un juez alemán podrá ejecutar en Alemania una medida dictada por un tribunal arbitral ya sea suizo, francés, italiano, etc.

Sin duda alguna, esto supone un primer paso para solucionar la cuestión de la eficacia transnacional de las decisiones de los árbitros en materia cautelar. No estaría de más que el resto de sistemas nacionales tomaran buena nota del texto alemán, a falta de un mecanismo convencional o institucional, pues, sin duda alguna, contribuiría a solventar gran parte de los problemas que plantea la adopción de medidas cautelares en el marco de un arbitraje comercial internacional. La solución prevista en el texto alemán no deja de ser digna de alabanza, por cuanto que asegura la eficacia en Alemania de una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral ya sea celebrado en dicho país o en cualquier otro.

Como colofón, hay que añadir que los requisitos exigidos por el sistema alemán para proceder a la ejecución de una medida acordada por un tribunal arbitral son bastante laxos. Así, tan sólo se exigen dos condiciones, la primera, que exista un acuerdo arbitral válido. Y, la segunda, que la medida cautelar ordenada sea proporcional a las necesidades del caso<sup>745</sup>.

---

<sup>745</sup> Informe de la Comisión del Ministerio de Justicia alemán de 1994, pág. 139, *-Bundesministerium der Justiz-*.

## 1.2.1.2.d).- La solución prevista en el sistema español

Hay otros sistemas, entre ellos el nuestro, que guardan silencio sobre el particular. La falta de regulación en este último supuesto origina problemas en cuanto que, como ya se ha visto, algunos jueces se declaran incompetentes cuando, existiendo una cláusula arbitral se les requiere para ejecutar una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral, o bien para dictar una orden requiriendo a la otra parte a su cumplimiento. No obstante, en algunos de los países en que la ley guarda silencio acerca de la competencia de los jueces en materia cautelar en apoyo de un arbitraje, los propios jueces han interpretado que a falta de una prohibición expresa, están facultados para hacerlo<sup>746</sup>.

La posibilidad de que un juez intervenga para la ejecución de una medida cautelar ordenada por un árbitro no se encuentra prevista en la Ley de arbitraje española de 1988, produciéndose un vacío legal. Esta regulación es, en cierto modo, coherente con la solución prevista en nuestro sistema, ya que la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil no atribuye poder a los árbitros en esta materia, de ahí que sea lógico que no prevean la colaboración judicial en estos casos. Esta laguna significa que un tribunal arbitral no puede dirigirse ante un juez español para que ejecute una medida cautelar, ni para que coadyuve a su cumplimiento. Sin embargo, en principio nada impide que el juez español pueda ejecutar una medida cautelar, vía auxilio judicial internacional, a partir de una petición de un juez extranjero que, a la vez, actúa requerido por un árbitro.

---

<sup>746</sup> A/CN.9/WG.II/WP.119, de 30 de enero de 2002, 36º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrada en Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002, pág. 8.



1.2.1.2.e) Conclusión

Sin lugar a dudas, la mejor solución sería que las medidas cautelares acordadas por un tribunal arbitral fueran títulos directamente ejecutables por los jueces. La cuestión que se plantea ahora es cuando un juez tenga que ejecutar una medida cautelar ordenada previamente por un árbitro, si dicha medida no se contempla en su sistema estatal, ¿qué hará? ¿se negará a ejecutarla? En estas circunstancias, lo más recomendable es que la sustituya por otra prevista en su normativa que más se aproxime a aquella<sup>747</sup> como hace el sistema alemán. Pero, esto no significa que el juez necesariamente tenga que abrir un nuevo procedimiento, sino que tan sólo procederá a verificar que la medida cautelar acordada por el árbitro no entra en conflicto con las previstas en su propio derecho. Sin embargo, autores como LALIVE estiman que el juez dictará su propia orden cautelar y no se limitará a ejecutar o asumir la medida previamente dictada por el tribunal arbitral<sup>748</sup>.

*1.2.1.3.- Solicitud ex novo de la medida cautelar ante los tribunales estatales*

En el tercer caso, esto es, a falta de un cumplimiento voluntario, la parte interesada tiene como vía alternativa solicitar *ex novo* la misma medida pero, esta vez, ante la jurisdicción estatal. A tal efecto, la orden obtenida de los árbitros se aportará como prueba de mejor derecho, o *fumus boni iuris*. El juez ante el que se ha instado de nuevo la medida puede resolver de dos formas bien distintas:

---

<sup>747</sup> GROSSEN, J.M.: "Comments and Conclusions", *Conservatory and Provisional Measures ...*, cit., pág. 117.

<sup>748</sup> LALIVE, P. - POUURET, J.F.- REYMOND, C.: *Le droit de l'arbitrage ...*, op. cit., pág. 360 por lo que respecta al art. 183 de la L.D.I.P. suiza.

A) La primera posibilidad consiste en que asuma literalmente la decisión del tribunal arbitral. Es decir, que haga suya la medida que ya había acordado previamente el tribunal arbitral. En este caso, el proceso será, en principio, relativamente rápido, por cuanto que esta vez será una decisión vinculante por ser una orden judicial y, por ende, fácilmente ejecutable, al menos, en el Estado donde ésta se ha pronunciado a través de los medios de coerción de que éste dispone. Desde el punto de vista práctico parece ser la mejor solución, sobre todo por razones de economía procesal y de rapidez. En definitiva, encubriría una especie de conversión de una decisión no ejecutable por sí misma en un título ejecutivo.

El problema en dicho supuesto radicaría en cómo conseguir su eficacia en terceros Estados implicados en la relación jurídica. A tal efecto, debemos acudir, en primer lugar, a la vía convencional. Y, tratándose, del ámbito europeo no habría inconveniente en conseguir su eficacia en los países comunitarios tras el pronunciamiento del T.J.C.E. en el asunto *Van Uden*. Aunque, no olvidemos que el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 está limitado a los países miembros de la Unión Europea. Pero, tampoco con esta solución quedaría resuelto el problema, por cuanto que el procedimiento de ejecución previsto en el Convenio de Bruselas/Reglamento 44/2001 requiere un plazo de tiempo más o menos largo. Con lo cual, el daño que se pretendía evitar con la medida ya se habría producido, careciendo ya de sentido su ejecución.

Mayor dilema implicaría su eficacia en los países no miembros de la Unión Europea puesto que no existe fuera de este ámbito ningún instrumento convencional en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales<sup>749</sup>. Habría que acudir, pues, al régimen autónomo en materia de reconocimiento y ejecución de cada Estado en que se

---

<sup>749</sup> GUNTER, P.: "Enforcement of Arbitral ...", art. cit., 1999, pág. 265.

pretendiera su eficacia. Sin lugar a dudas, esta situación genera una enorme inseguridad jurídica para las partes, en cuanto a la falta de certeza o desconocimiento del régimen jurídico que se va a aplicar, por lo que a su contenido se refiere. De todos modos, esta cuestión concreta será objeto de estudio en los epígrafes siguientes.

B) En cuanto a la segunda posibilidad, el juez puede optar por no hacer suya la decisión emitida por el tribunal arbitral y ordenar la medida que estime oportuna e, incluso, puede que rechace su adopción por estimar que no es necesaria. Es evidente que el juez no se encuentra vinculado por las decisiones de los árbitros en materia cautelar y, menos aun, en estas circunstancias en que la medida se ha solicitado *ex novo*, de ahí que sea perfectamente viable, desde el punto de vista técnico-jurídico. Sin embargo, esta opción pone en tela de juicio el papel del tribunal arbitral en la adopción de medidas cautelares, puesto que perdería toda su razón de ser<sup>750</sup>. ¿De qué serviría que los árbitros tuvieran poder para ordenar medidas cautelares si, para el caso que la parte afectada la incumpla y se recurra a la jurisdicción estatal para solicitar una nueva, ésta puede hacer caso omiso y dictar su propia decisión?

Desde una perspectiva práctica, esta solución resulta inadecuada ya que conllevaría una pérdida de tiempo innecesaria. Por un lado, el asunto debería ser estudiado por los jueces para decidir la conveniencia o no de adoptar una medida cautelar y, en su caso, decidir cuál es la más apropiada. Y, por otro, es de señalar que este análisis ya se habría efectuado previamente por un tribunal arbitral. Supone, por tanto, analizar la misma cuestión dos instancias diferentes con el consiguiente gasto y retraso que ello implica. Sin olvidar que, además, la rapidez es un elemento esencial en materia cautelar.

---

<sup>750</sup> BERNARDINI, P.: "The Powers of ...", art. cit., pág. 28.

En consecuencia, basándonos en el principio de confianza que debería primar en las relaciones entre la jurisdicción y la institución arbitral, lo más sencillo sería que lo convirtieran en una especie de mero trámite, esto es, que el juez se limitara a asumir la misma medida sin más, salvo error manifiesto por parte del tribunal arbitral en la adopción de las medidas de protección.

### **1.2.2.- Conclusión**

La adopción de una medida cautelar de carácter ejecutivo, ya sea antes, durante o después del procedimiento arbitral puede ser, a veces, de vital importancia en el resultado final del arbitraje. Tanto es así que, de no adoptarse en determinadas situaciones, el proceso perdería toda su razón de ser. Por tanto, para todas aquellas medidas que lleven aparejada una ejecución sería conveniente, dado el estado actual de las cosas y en beneficio de las partes, que fueran solicitadas directamente ante la jurisdicción estatal. Ello es debido a que, siempre que la parte no haga efectiva la medida de forma voluntaria hay que acudir necesariamente a los jueces, bien para instarla de nuevo bien para solicitar su ejecución si la ley lo permite.

Aunque, no debemos olvidar que, la ejecución por los jueces de las medidas cautelares ordenadas por los árbitros es más bien incierta y no queda, de ningún modo, asegurada. Si bien es cierto que, en la actualidad, tiene más posibilidades de ser efectiva una medida acordada por un juez que por un árbitro, al menos en el país en que se ha dictado. Cuestión distinta y, sin duda alguna, más problemática es la relativa a su reconocimiento en terceros Estados implicados, asimismo, en la relación jurídica. En este sentido, caso de poder ser efectiva por vía Convencional, el tiempo que conllevaría el procedimiento de ejecución de la medida cautelar sería suficiente para que, el daño que se trataba de prevenir con ella ya se hubiera producido. De ahí que esta solución, no resuelve, en absoluto, todos los problemas existentes.

La mejor opción, sin lugar a dudas, sería que la orden dictada por el árbitro acordando la medida cautelar constituyera un título ejecutivo que pudiera ser objeto de reconocimiento y ejecución por vía convencional de forma rápida e inmediata, al igual que ocurre con los laudos arbitrales que ponen fin al conflicto. No obstante, dadas las características de este tipo de decisiones y la urgencia que llevan aparejada, sería conveniente que modificara el Convenio de Nueva York introduciendo un procedimiento de urgencia a efectos de su ejecución, solución ésta que resulta prácticamente imposible por la enorme dificultad que conllevaría.

Desde luego, lo más coherente, dado que se admite la posibilidad de que el árbitro adopte medidas cautelares, es que cada sistema estatal atribuya a este tipo de decisiones una eficacia ejecutiva. Y, además, establezca la posibilidad de sean ejecutadas por los tribunales estatales a través de un procedimiento de urgencia, tomado como ejemplo lo dispuesto en el sistema alemán.

De ser así, sería recomendable acudir directamente al tribunal arbitral siempre que, la norma reguladora del arbitraje lo permitiera, claro está. En este sentido, ya se ha visto que, salvo contadas excepciones, la gran mayoría de sistemas prevén esta competencia de los árbitros en materia cautelar de forma paralela a la de los jueces.

### **1.2.3.- Formas que pueden adoptar las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral**

Las órdenes de los árbitros en materia cautelar pueden adoptar dos modalidades. Cada una de ellas presenta sus propias peculiaridades y características que difieren unas de otras. Por un lado, cabe que adopten la forma de recomendación. Y, por otro, también pueden revestir

la forma de laudo provisional –*partial award* o *interim award*-<sup>751</sup>. Veremos de qué manera se pueden hacer efectivas cada una de ellas.

En general, los distintos sistemas estatales e institucionales de arbitraje otorgan a los árbitros una gran flexibilidad en cuanto a la forma que podrán tomar las medidas cautelares que dicten. Con ello se pretende facilitar al máximo su adaptación a las exigencias de las normas sobre ejecución del país donde se pretende su efectividad<sup>752</sup>.

Teniendo en cuenta ambas posibilidades, debe plantearse cuál de las dos resultará más conveniente desde el punto de vista práctico. Para responder a esta cuestión se hace imprescindible abordar con carácter previo cuales sean las consecuencias que derivan de optar por una u otra. De todos modos, la elección dependerá del tribunal arbitral que tenga que dictar la correspondiente orden cautelar, quien deberá respetar, en todo caso, lo dispuesto en las reglas de arbitraje elegidas por las partes –*Lex arbitri*– bien directamente o bien por referencia, así como la Ley de procedimiento que, habitualmente, suele ser la del lugar de celebración del arbitraje.

Cabría preguntarse, por un lado, si es posible que las partes pacten en la cláusula de arbitraje la forma que deberán revestir las medidas cautelares dictadas por los árbitros. Y, por otro, si podrán especificar este extremo en la propia solicitud de medidas cautelares. En principio, nada impide que así sea dada la amplísima operatividad del principio de autonomía de la voluntad a lo largo del desarrollo de todo el procedimiento arbitral. De hecho, cabe incluso que las partes hagan referencia en la petición a ambas formas de modo alternativo. Pero, se

---

<sup>751</sup> Algunos de los textos que lo permiten son: La ley Modelo UNCITRAL (art. 26.2), las normas de arbitraje de la A.A.A. (art. 22) y las normas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (C.I.A.C.) (art. 26.2); GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 197.

<sup>752</sup> HORNING, R.: “Interim Measures of Protection; Security for Claims and Costs; and Commentary on the W.I.P.O. Emergency Relief Rules”, *Am. Rev. Int. Arb.*, 1998, vol. 9, pág. 168.

deberá tener en cuenta lo dispuesto en la Ley aplicable al procedimiento. Esta posibilidad dependerá, en definitiva, de que esta Ley rectora lo permita o, al menos, no se oponga.

En general, los diferentes sistemas dotan de amplia libertad a los árbitros para que elijan la forma que estimen más conveniente. De ahí que, si las partes no muestran preferencia por ninguna de ellas ni en la cláusula arbitral ni en la solicitud, dicha elección quedará a la discrecionalidad de los árbitros. Sin embargo, si las partes optan por alguna de ellas, el árbitro deberá respetar dicha voluntad<sup>753</sup>, -no olvidemos que el estatuto arbitral viene configurado en primer término por la voluntad de las partes-. Asimismo, cuando las partes hagan referencia a ambas posibilidades de forma alternativa en la petición, el árbitro tendrá libertad para elegir cualquiera de ellas. Cabe señalar que, en la práctica, las partes no suelen hacer mención alguna a este extremo. En efecto, si no se manifiestan prácticamente nunca acerca del órgano competente para adoptar las medidas cautelares, con mayor razón tampoco lo harán sobre la forma que éstas deberán revestir.

#### 1.2.3.1.- Forma de laudo provisional

Si optamos porque la tutela cautelar se manifieste en forma de laudo provisional, parcial o interlocutorio –*interim award* o *partial award*–<sup>754</sup> podría pensarse, al menos en principio, que su ejecución será más fácil. No obstante, no existe una correlación absoluta entre el laudo

---

<sup>753</sup> LEW, J.D.M.: "Commentary on Interim ...", art. cit., pág. 28; Laudo núm. 9154/1997, de la C.C.I., *inédito*; Laudo núm. 8879/1996, de la C.C.I., *inédito*.

<sup>754</sup> En el seno de la C.C.I. de París, la mayoría de los tribunales arbitrales cuando adoptaban medidas cautelares de conformidad con el Reglamento de 1988 lo hacían ya bajo la forma de laudos, a pesar de que el antiguo artículo 8.5 del Reglamento no disponía nada al respecto. De hecho, los jueces generalmente los aprobaban, aunque puede que no fueran finales ni ejecutables. En este sentido, la única referencia que las normas de la C.C.I. de 1988 hacían a los laudos provisionales o parciales se

provisional y su ejecución<sup>755</sup>. Esto es, el hecho de que estemos ante un laudo parcial no implica necesariamente que vaya a ser directamente ejecutado por vía judicial, como ocurre con los que ponen fin a la controversia. No debemos realizar una asimilación absoluta entre un título ejecutivo y un laudo provisional.

1.2.3.1.a).- Problemática en torno a la posibilidad de incluir los laudos parciales en el ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York de 1958

Existe una amplia discusión doctrinal respecto de la inclusión o exclusión de los laudos parciales en el ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York. Hay un sector doctrinal que opina que cuando la medida cautelar adopte la forma de laudo parcial no se planteará ningún problema para su reconocimiento y ejecución por los tribunales estatales, por cuanto que se someterán a las reglas de reconocimiento y ejecución del país donde ésta se pretenda y, dado que la inmensa mayoría de los países son parte del Convenio de Nueva York de 1958 quedarán cubiertos por el mismo<sup>756</sup>.

No obstante, será necesario que concurren las siguientes circunstancias, en primer lugar, que el Reglamento de arbitraje o la Ley de arbitraje a que las partes hayan elegido admita que adopten la forma de laudo. En segundo término, que la Ley del país donde se pretende su ejecución les confiera fuerza ejecutoria. Y, finalmente, que dicho Estado haya ratificado el Convenio de Nueva York de 1958. Si se dan estas condiciones, los laudos interlocutorios podrán ser ejecutados en otro Estado de igual modo que los laudos arbitrales finales, esto es, los que

---

contiene en el art. 21, el cual dice como sigue: “antes de firmar el laudo sea parcial o definitivo (...)”.

<sup>755</sup> SCHWARTZ, E.: “The Practices and ...”, art. cit., pág. 63.

<sup>756</sup> ANCEL, J.P.: “Comments and Conclusions”, *Conservatory and Provisional Measures* ..., art. cit., pág. 111; CARLEVARIS, A.: “Les pouvoirs des ...”, art. cit., pág. 17; GOLDMAN, C.: “Mesures provisoires et ...”, art. cit., pág. 17.



ponen fin a la controversia.

En este orden de cosas, los partidarios de extender el régimen de reconocimiento y ejecución previsto en el Convenio de Nueva York a los laudos parciales han hecho referencia a la posibilidad que existe en algunos sistemas de que los árbitros puedan adoptar medidas cautelares *inaudita altera parte*, cuando las circunstancias así lo aconsejen. Así, manifiestan que, en estos supuestos, se podría denegar el reconocimiento y ejecución de tales laudos parciales apoyándose en el motivo establecido en el artículo V.1.b) del Convenio de Nueva York de 1958, el cual dispone que se podrá denegar el reconocimiento y ejecución cuando “*la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha (...) podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa*”. Pero, en estos casos aun cuando la medida se adopta sin haber oído previamente a la otra parte, esta audiencia se realizará *a posteriori*, con lo cual, quedarán perfectamente salvaguardados sus derechos de defensa, y, por tanto, sin posibilidad de alegar este motivo de denegación.

Aun cuando entendamos que las medidas que se adopten bajo la forma de laudo arbitral quedan cubiertas por el Convenio de Nueva York de 1958, esta solución plantea un enorme problema, por lo que a la rapidez se refiere. A saber, el *exequatur* de los laudos por vía del Convenio de Nueva York de 1958 se solicita en España ante la sala de lo civil del Tribunal Supremo, lo que implica que la obtención del mismo podría llevar más de un año y medio, claramente, es un período de tiempo demasiado largo para asegurar la eficacia de las mismas, dada la urgencia y la rapidez requerida en este tipo de supuestos<sup>757</sup>.

En efecto, cuando se hubiere obtenido el *exequatur* de la misma, el daño que se tratara de evitar ya se habría producido con toda

---

<sup>757</sup> VAN HOUTTE, H.: “Provisional Measures in ...”, art. cit., pág. 139.

seguridad, con lo cual, ya no serviría absolutamente de nada. Obviamente, esto es totalmente contrario a los principios en que se basa la tutela cautelar. En la práctica, lo más conveniente sería acudir al Juez de Primera Instancia del lugar donde se tiene que ejecutar la medida ya que se podría hacer efectiva incluso en un plazo de uno o dos días.

Otra parte de la doctrina opta, sin embargo, por entender que este tipo de laudos parciales no se benefician del régimen de reconocimiento y ejecución previsto en dicho texto Convencional por quedar excluidos de su ámbito de aplicación, según lo dispuesto en el artículo V.1.e) del mismo. Este precepto exige que el laudo arbitral sea obligatorio, esto es, firme y este carácter se interpreta generalmente en el sentido de que las partes no podrán recurrir el mismo ya sea ante la jurisdicción estatal o ante los árbitros<sup>758</sup>. Esta interpretación se estima más correcta, desde nuestro punto de vista, ya que el Convenio no aborda expresamente la eficacia extraterritorial de este tipo de resoluciones, limitándose a los laudos que ponen fin al conflicto.

De todos modos, estamos ante una cuestión bastante debatida por la doctrina y respecto de la que no existe una respuesta uniforme, como se ha visto. Por un lado, el propio Convenio de Nueva York se limita a exigir que los laudos arbitrales sean obligatorios o vinculantes pero no dispone cuando estaremos ante un laudo de este tipo. De hecho, dado que la Convención no define el término “laudo” no está claro que se aplique también a los laudos provisionales<sup>759</sup>. Este silencio ha sido calificado como uno de los puntos débiles del mismo<sup>760</sup>. Es por ello que encontramos posturas doctrinales que estiman que “la decisión, sea

---

<sup>758</sup> BERGER, P.: *International Economic Arbitration*, Deventer, Boston, Kluwer & Taxation, 1993, pág. 345.

<sup>759</sup> A/CN.9/WG.II/WP.108, de 14 de enero de 2000, 32º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Nueva York de 20 a 31 de marzo de 2000, pág. 20.

<sup>760</sup> GUNTER, P.: “Enforcement of Arbitral ...”, art. cit., pág. 266.

judicial, sea arbitral, que contiene una medida provisional, es definitiva, aunque por su especial contenido, tenga una vigencia temporal determinada”<sup>761</sup>.

Este Convenio en su artículo 3º establece que será cada Estado contratante el que “reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada”. En definitiva, será la legislación del lugar donde se pretenda ejecutar el laudo la que determine en qué ocasiones éste será obligatorio en el sentido del Convenio. Ello implica que el Convenio ni incluye ni excluye los laudos arbitrales parciales, sino que remite al derecho de cada Estado para que sea éste el que resuelva la cuestión<sup>762</sup>. En este sentido, la opinión predominante en la doctrina y jurisprudencia de varios Estados es la de excluir los laudos provisionales de su ámbito de aplicación.

Corresponde, pues, a la Ley del Estado donde se pretenda su ejecución decidir si estas órdenes arbitrales quedan incluidas dentro del ámbito de aplicación del Convenio por entender que son decisiones de obligado cumplimiento y, por ende, vinculantes para las partes, así como la eficacia de este tipo de laudos provisionales. La ejecución de este tipo de laudos dependerá de que la ley procesal del lugar donde deba ser ejecutada lo permita, es decir, que los considere un título ejecutivo y que, además, prevea un procedimiento de ejecución para ellos.

---

<sup>761</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. – ARTUCH IRIBERRI, E.: “Propuesta de reforma ...”, art. cit., pág. 334.

<sup>762</sup> JAN VAN DEN BERG, A.: *The New York Arbitration Convention of 1958*, London, Kluwer, 1981, pág. 143; BÖSCH, A.: *Provisional Remedies ...*, op. cit., pág. 13.

1.2.3.1.b).- Las soluciones adoptadas a nivel institucional y en Derecho comparado

En el ámbito institucional, hay Reglamentos como el de la Asociación Americana de Arbitraje o el Reglamento UNCITRAL (art. 26.2) que permite que las medidas cautelares adopten la forma de laudo provisional. El Reglamento de la L.C.I.A., sin embargo, no regula expresamente esta cuestión, pero cabe deducir de su articulado que posibilita su adopción bajo la apariencia de laudo o de orden, en cuanto que hace referencia tanto a uno como a otra<sup>763</sup>. En otras ocasiones, se deja a la libre elección de los árbitros tal y como hace el Reglamento de la C.C.I. de 1998 en el artículo art. 23.1<sup>764</sup>. Pero, lo cierto es que cuando los árbitros optan por ordenarla en la modalidad de laudo, la Secretaría General de la C.C.I. lo aprueba siempre sin mayores problemas. Al menos, esta era la tendencia seguida de conformidad con la versión del Reglamento de la C.C.I. de 1988, por tanto, en principio, no tiene por qué cambiar con la nueva edición del Reglamento de 1998.

En esta misma línea se muestran las Reglas de arbitraje de la O.M.P.I. que permiten, asimismo, al tribunal arbitral que adopte las garantías que estime oportunas en forma de laudo arbitral en su art. 46 c)<sup>765</sup>. Las Reglas de Arbitraje Comercial de la A.A.A. disponen expresamente en el art. 36 apartado b) que, *“tales medidas pueden*

---

<sup>763</sup> Artículos 25.1 a) y 25.2 L.C.I.A.: *“(...) cross indemnities may be ordered in one or more awards (...)”*. Artículo 25.1 c) L.C.I.A.: *“(...) provisional order for the payment of money or the disposition of property may be ordered (...)”*.

<sup>764</sup> El art. 23.1 *in fine* del Reglamento de la C.C.I. de París dispone: *“(...) cualquier medida puede adoptar la forma de orden o de laudo según el tribunal arbitral estime más apropiado”*.

<sup>765</sup> El art. 46 a), b) y c) del Reglamento de la O.M.P.I. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) dice: *“a)(...) El tribunal arbitral podrá supeditar la concesión de dichas medidas a una garantía apropiada proporcionada por la parte peticionaria”. b) A petición de cualquiera de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias excepcionales así lo exigen, podrá ordenar a la otra parte que proporcione una garantía, en una forma determinada por el Tribunal, para asegurar los resultados de la demanda o reconvencción, así como para asegurar las costas (...)”*.

*acordarse en forma de laudo parcial (...)*<sup>766</sup>. Las Optional Rules for Emergency Measures of Protection, también elaboradas en el seno de la A.A.A., prevén la posibilidad de que la medida cautelar adoptada por el árbitro de emergencia se adopten como laudo parcial *-interim award-*<sup>767</sup>.

Por lo que al ámbito estatal refiere, algunos sistemas como el alemán atribuye poder a los árbitros para que dicten una medida cautelar bajo la forma de laudo arbitral. Pero, además, el propio Código de Procedimiento civil alemán atribuye a estas órdenes el mismo valor que a un laudo arbitral final, esto es, los consideran títulos directamente ejecutables en su país.

En cambio, otros si bien admiten la posibilidad de que la orden arbitral en materia cautelar adopte la forma de laudo provisional, no les atribuyen este carácter ejecutivo<sup>768</sup>. Finalmente, algunos como el nuestro ni siquiera admiten la posibilidad de que la orden arbitral en materia cautelar adopte la forma de laudo.

#### 1.2.3.1.c).- Los problemas de eficacia de los laudos parciales

La posible eficacia directa de este tipo de decisiones arbitrales, al igual que su alcance y ejecución van a depender; por un lado, de lo dispuesto en la Ley reguladora del procedimiento arbitral. Y, por otro, de la ley del lugar donde estas medidas deban surtir efectos. Si la primera admite la colaboración judicial a efectos de su ejecución, y la segunda le atribuye el valor de título ejecutivo, no cabe la menor duda que el laudo parcial será ejecutado coactivamente por los jueces en caso de que las

---

<sup>766</sup> Vid. el texto de *Commercial Arbitration Rules* de la *American Arbitration Association* en *Year. Com. Arb.*, vol. XXIV, 1999, págs. 366-380, esp. pág. 375.

<sup>767</sup> El art. 0-4 dispone: “(...) el árbitro de emergencia puede ordenar una medida cautelar en forma de laudo (...)”.

<sup>768</sup> REINER, A.: “Les mesures provisoires ...”, art. cit., pág. 898. REINER, A.: “Le Règlement d’arbitrage de la C.C.I. version 1998”, *Rev. Arb.*, vol. 25, pág. 38.

partes no cumplan voluntariamente. Por el contrario, si no se prevé esta naturaleza vinculante, nada se podrá hacer cuando la parte gravada la incumpla<sup>769</sup>. La única opción que le quedaría en ese supuesto a la parte perjudicada –como ya se ha visto– es solicitarla de nuevo ante la jurisdicción estatal, alegando el pronunciamiento arbitral como prueba de mejor derecho o *fumus boni iuris*.

Desde un punto de vista puramente técnico-jurídico, el carácter provisional e instrumental de estas medidas impide que sean calificadas de auténticos laudos. Así, el hecho de que reciban la denominación de laudos parciales, para diferenciarlos de los finales, no implica necesariamente que se trate de un título ejecutivo. Tanto es así que sólo un sistema, de todos los que hemos analizado, atribuye esta naturaleza obligatoria a estas decisiones arbitrales, concretamente, el alemán, mientras que una gran mayoría se la niegan<sup>770</sup>. Esto significa que, en ocasiones, se dictará la medida cautelar en forma de laudo pero sin posibilidad alguna de ser reconocidas ni ejecutadas por los tribunales de ningún Estado, por carecer de un carácter vinculante, salvo que su ordenamiento jurídico lo permita, como es el caso de Alemania.

Esto, unido al hecho de que el recurso a los tribunales estatales para adoptar este tipo de medidas no es incompatible con la existencia de un acuerdo arbitral, conduce a valorar en sus justos términos las medidas cautelares ordenadas por los árbitros, y a afirmar que, aunque pueden ser de gran utilidad, su eficacia y ejecutoriedad dependen en última instancia de la voluntad de las partes<sup>771</sup>.

---

<sup>769</sup> BERNARDINI, P.: “The Powers of ...”, art. cit., pág. 29.

<sup>770</sup> De hecho, hay algunos sistemas que no consideran ejecutables por los jueces los laudos provisionales. Esto ocurre, por ejemplo, en la Ley de arbitraje holandesa de 1986 que distingue entre laudo parcial pero final y laudo provisional. De manera que, sólo los laudos finales o los parciales finales tendrán fuerza obligatoria y, por tanto, podrán ser ejecutados forzosamente o ser objeto del recurso de anulación.

<sup>771</sup> BOSCH, A. (ed): *Provisional Remedies in ...*, op. cit., pág. 27.

En este sentido, la Comisión sobre Arbitraje de la C.C.I. en 1985 llegó a la conclusión de que las medidas cautelares deberían revestir la forma de laudos arbitrales cuando el tribunal lo estime oportuno, teniendo en cuenta que, en determinados países sólo es posible hacer efectiva una medida cautelar cuando adopta esta forma<sup>772</sup>. En el seno de la C.C.I., existe una tendencia generalizada de los árbitros a dictar laudos arbitrales provisionales, no sólo en esta materia sino también en otras<sup>773</sup>.

Si bien es cierto que el tribunal arbitral, de conformidad con el Reglamento de la C.C.I., podrá elegir la forma que estime más conveniente, el artículo 23.1 del mismo exige expresamente, para el caso que opte por la recomendación u orden, que ésta sea motivada. Sin embargo, no se exige este requisito cuando la medida adopte la forma de laudo. La doctrina opina, asimismo, que las medidas acordadas por los árbitros deberían recogerse en un laudo parcial o interlocutorio dictado antes o durante el procedimiento arbitral<sup>774</sup>.

Existe un importante inconveniente para que estas medidas se adopten como un laudo arbitral parcial. En efecto, no debemos olvidar los retrasos inherentes a la ejecución de las sentencias arbitrales. Así, por un lado, se procede a un primer examen por parte de la institución encargada de administrar el arbitraje. Y, por otro, las vías de recurso que existen contra la decisión judicial que acuerda el reconocimiento y la

---

<sup>772</sup> Vid. "Rapport final sur les sentences intérimaires et partielles", de la Comisión de Arbitraje de la C.C.I., *Bulletin C.C.I.*, vol. I, nº 2, 1990, pág.28.

<sup>773</sup> SCHWARTZ, E.: "The Practices and ...", art. cit., pág. 63. La nueva Ley holandesa de arbitraje en su art. 1051 sec. 3 otorga la consideración de laudos a las medidas cautelares adoptadas por los árbitros, lo que implica que serán susceptibles de ser reconocidas y ejecutadas en dicho país de conformidad con el régimen de reconocimiento y ejecución previsto en dicho sistema. En el mismo sentido se muestra la Ley francesa de arbitraje. No obstante, condiciona la posible ejecución de la medida cautelar a que no haya sido recurrida en anulación por ninguna de las partes. Caso de haber sido recurrida, tan sólo cabrá su ejecución si el juez competente así lo autoriza.

<sup>774</sup> DERAINS, Y.: "Expertise technique et référé arbitral", *Rev. Arb.*, 1982, págs. 231 y ss.

ejecución<sup>775</sup>. Sin duda alguna, este largo proceso resulta un tanto incompatible con el carácter urgente que revisten estas medidas cautelares. Estas son las razones que han llevado a un grupo de trabajo de la Comisión de Arbitraje Internacional de la C.C.I. a aconsejar que las medidas cautelares ordenadas por los árbitros adopten la forma de laudo arbitral únicamente cuando sea la única vía que permita conseguir su eficacia<sup>776</sup>.

Estimamos que una buena solución sería la prevista en la Ley suiza de Derecho internacional privado. Ésta establece que, a falta de cumplimiento voluntario por las partes de la medida ordenada por el árbitro, éste último podrá solicitar la asistencia del juez para que ordene una medida cautelar acorde con el derecho procesal civil correspondiente<sup>777</sup>. Y, para el caso de no ser cumplidas voluntariamente por la parte gravada, el árbitro debería dirigirse a la parte para que ésta solicitara la cooperación de los jueces. Esta parece ser la vía más adecuada en el Derecho español, aunque somos conscientes del retraso de tiempo que supone para la parte que insta la medida. Pero, dadas las circunstancias no cabe otra posibilidad, al menos, en nuestro sistema.

Como conclusión, la única posibilidad existente es la de modificar el Convenio de Nueva York de 1958 para establecer una vía rápida y flexible de reconocimiento y ejecución de los laudos interlocutorios de forma que las medidas pudieran ser acordadas por los árbitros e inmediatamente hacerse efectivas a través del mismo, esto es, constituir un título ejecutivo directamente ejecutable. Pero, dadas las circunstancias actuales y mientras no se produzca una modificación en este sentido, no resulta conveniente para las partes que sean los árbitros

---

<sup>775</sup> GOLDMAN, C.: "Mesures provisoires et ...", art. cit., pág. 17.

<sup>776</sup> Vid. el "Rapport final sur les sentences intérimaires et partielles", en *Bull. C.C.I.*, diciembre de 1990, pág. 26.



quiénes ordenen la tutela cautelar, siempre que lleve aparejada una ejecución.

### 1.2.3.2.- Forma de recomendación u orden

Si como terminamos de ver, resulta bastante difícil conseguir la eficacia de una medida cuando adopta la forma de laudo parcial, todavía resultará más complejo cuando se dicte como recomendación. Este tipo de resoluciones, como su mismo nombre indica, carecen de fuerza vinculante para las partes y, por tanto, de no ser cumplidas voluntariamente quedarán sin efecto<sup>778</sup>. Por tanto, *a priori* podemos afirmar que su efectividad quedará a la entera disposición de las partes.

Hay autores, empero, que sostienen que las medidas cautelares en forma de orden podrían ser objeto de reconocimiento y ejecución en otro Estado, siempre y cuando la Ley del país donde se pretenda su efectividad prevea algún mecanismo de colaboración que lo permita<sup>779</sup>. Esta hipótesis resulta admisible en teoría, pero en la práctica no, puesto que no conocemos ningún sistema que contenga una previsión de este tipo.

De todos modos, esto no significa necesariamente que estas decisiones carezcan de eficacia. En definitiva, si bien es cierto que su

---

<sup>777</sup> LALIVE, P.- POUURET, J.F.- REYMOND, C.: *Le droit de l'arbitrage ...*, op. cit., págs. 375-378; REYMOND, C.: "La nouvelle loi suisse et le droit de l'arbitrage international. Réflexions de droit comparé", *Rev. Arb.*, 1989, págs. 404 y ss.

<sup>778</sup> GOLDMAN, C.: "Mesures provisoires et ...", art. cit., pág. 17; BOND, A.: "La nature des mesures ...", art. cit, págs. 16-17. Como ocurre, por ejemplo, en el Convenio de Washington de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Su artículo 47 legitima al árbitro para dictar medidas cautelares únicamente bajo la forma de recomendación.

<sup>779</sup> LEW, D.M.J.: "Commentary on Interim ...", art. cit., pág. 28.

cumplimiento queda a disposición de las partes<sup>780</sup>, cabe preguntarse cuál es el valor de este tipo de medidas para el caso que la parte afectada se niegue a cumplirlas. La única posibilidad que le queda al solicitante, dada la parquedad con que está redactado el Convenio de Nueva York y la exclusión de la materia arbitral del Convenio de Bruselas, es acudir ante los jueces estatales para solicitarla *ex novo*<sup>781</sup>. En este caso, la parte beneficiaria de la medida podrá aportar la recomendación del árbitro como prueba de su mejor derecho o *fumus boni iuris*.

Sin embargo, desde una perspectiva práctica, recordemos que el arbitraje dispone de medios indirectos de presión para forzar su cumplimiento. Es por ello que suelen ser cumplidas en la mayoría de los casos por propio interés de las partes. Esto es, para dar muestras de buena fe y evitar ponerse en contra al órgano decisorio, pues el árbitro es quien va a resolver el fondo del asunto, y podrá tener en cuenta el incumplimiento de la orden en la decisión final sancionándola en forma de responsabilidad por daños y perjuicios<sup>782</sup>.

Generalmente, los distintos sistemas de arbitraje suelen otorgar una amplia libertad para que el tribunal elija la forma que revestirán sus pronunciamientos en materia cautelar según lo que estime más conveniente<sup>783</sup>. Sin embargo, hay sistemas, -aunque pocos- que imponen al árbitro que la medida cautelar ordenada adopte la forma de

---

<sup>780</sup> Por otro lado, cabe pensar, si los laudos arbitrales se ejecutan, en su mayoría, de forma voluntaria por las partes, ¿por qué no va a ocurrir lo mismo con las medidas cautelares?

<sup>781</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de ...*, op. cit., pág. 209.

<sup>782</sup> ANCEL, J.P.: "Comments and Conclusions", *Conservatory and Provisional Measures ...*, art. cit., pág. 111.

<sup>783</sup> El art. 37.3º del Reglamento del Instituto Holandés de Arbitraje dispone: "*Tales decisiones o medidas pueden adoptarse bajo la forma de laudo parcial o de orden del tribunal arbitral*".

recomendación, tales como el Concordato suizo de arbitraje<sup>784</sup>, el Reglamento de la C.I.R.D.I.<sup>785</sup>.

En definitiva, si la ejecución de una medida de protección en forma de laudo arbitral resultará difícil. Y, caso de ser posible, implicaría un largo proceso en el tiempo que la convertiría en innecesaria, por cuanto que el daño que se hubiere tratado de evitar ya se habría producido. Todavía resultará más difícil, por no decir imposible en el supuesto de adoptar la forma de orden o recomendación.

## **2.- La futura respuesta institucional: los trabajos de la UNCITRAL**

### ***2.1.- Creación del grupo de trabajo sobre arbitraje y las distintas materias a tratar***

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional -CNUDMI-, en su 32º período de sesiones celebrado en 1999, se planteó una “posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional”. Acordaron la conveniencia de seguir elaborando normas en la materia y, a tal efecto, la Comisión encomendó esta labor a uno de sus grupos de trabajo al que denominó “grupo de trabajo sobre arbitraje”. Este grupo está integrado por representantes de todos los Estados miembros de las Naciones Unidas. No obstante, están asistiendo en las diferentes sesiones de trabajo como observadores, miembros de otros Estados que no son parte de esta Comisión, así como

---

<sup>784</sup> Artículo 26 del Concordato suizo de 1987 el cual dispone que “*Las partes pueden someterse voluntariamente a las medidas provisionales propuestas por el tribunal arbitral*”.

<sup>785</sup> Artículo 47 del Reglamento de la C.I.R.D.I.

también delegados de varias Organizaciones Internacionales tan importantes como la C.C.I. de París o la L.C.I.A. de Londres, entre otras<sup>786</sup>.

La Comisión decidió que entre los temas prioritarios a tratar figuraba la fuerza ejecutiva de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral en apoyo de un arbitraje<sup>787</sup>. Además, de esta cuestión, y como complemento necesario de la misma se estimó la conveniencia y viabilidad de preparar un texto no legislativo armonizado que determinase el alcance de las medidas cautelares que un tribunal arbitral podría ordenar y las reglas procesales correspondientes. En realidad, resulta un proyecto muy ambicioso. Concretamente, querían que el texto abordase cuestiones como:

- 1.- los tipos de medidas que podría ordenar un tribunal arbitral,
- 2.- la discrecionalidad para hacerlo y las directrices sobre la forma de ejercer dicha discrecionalidad,
- 3.- las circunstancias en que tales medidas podrían ordenarse,
- 4.- el contenido de la orden,
- 5.- las consecuencias de su incumplimiento,
- 6.- y la posible modificación de la medida<sup>788</sup>.

En el mismo período de sesiones, se consideró igualmente la posibilidad de preparar reglas uniformes para los casos en que una parte en un acuerdo de arbitraje decidiera acudir a un tribunal estatal para

---

<sup>786</sup> A/CN.9/508, de 12 de abril de 2002, 36º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Nueva York, 17 al 28 de junio de 2002, pág. 4.

<sup>787</sup> A/CN.9/WG.II/WP.108, de 14 de enero de 2000, cit., pág. 3.

solicitar una medida cautelar. Hubo consenso en que era especialmente importante para las partes poder tener acceso efectivo a esa asistencia judicial antes de la constitución del tribunal arbitral. Pero, también después de ésta podían existir razones fundadas para solicitar la ayuda judicial<sup>789</sup>. Es por ello que propuso que tales solicitudes pudieran hacerse tanto a los jueces del Estado en que se estuviera celebrando el arbitraje como de cualquier otro.

La necesidad de un régimen armonizado respecto de todas estas cuestiones nacía de la falta de uniformidad existente en los diferentes Estados. Se observó que mientras en algunos países los tribunales no se mostraban dispuestos a dictar medidas provisionales en apoyo de un arbitraje porque su Ley no lo preveía expresamente. En otros, había incertidumbre sobre si se dispondría de esa cooperación judicial y en qué circunstancias, por falta de claridad en los términos de la norma. Es por todo ello que se estima necesario el establecimiento de un sistema uniforme, no sólo desde el punto de vista de aquellos países que deseen contar con un modelo que facilite la modernización de su legislación, sino también en aras de garantizar la seguridad jurídica de los usuarios del arbitraje.

En el 33º período de sesiones, celebrado del 12 de junio a 7 de julio y de 20 de noviembre a 1 de diciembre de 2000, el grupo de trabajo siguió con la tarea de concretar todas las cuestiones que debían abordarse en un régimen uniforme sobre medidas cautelares.

---

<sup>788</sup> A/CN.9/WG.II/WP.111, de 30 de octubre de 2000, 33º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Viena, de 20 de noviembre a 1 de diciembre de 2000, pág. 11.

<sup>789</sup> A/CN.9/WG.II/WP.111, cit., supra. pág. 2.

## **2.2.- El texto del proyecto de reforma del artículo 17 de la Ley modelo UNCITRAL**

En el 34º período de sesiones que celebrado entre el 21 de mayo y el 1 de junio, y desde el 25 de junio hasta el 13 de julio, el grupo de trabajo examinó un proyecto de revisión del artículo 17 de la Ley modelo en el que se admitía de forma expresa la competencia de los tribunales arbitrales para ordenar medidas cautelares. Asimismo, incluía una definición de esas medidas y, finalmente, también albergaba disposiciones adicionales para aquellas que se dictaran *inaudita altera parte*. Por otra parte, procedió al análisis de un nuevo proyecto de artículo relativo a la ejecución de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral en virtud del artículo 17 de la Ley modelo<sup>790</sup>.

En el 36º período de sesiones -el último celebrado hasta la fecha- que tuvo lugar del 4 al 8 de marzo y del 17 al 28 de junio de 2002 en Nueva York, siguió analizando el proyecto de reforma del artículo 17 de la Ley modelo e introduciendo modificaciones al mismo. No obstante, hay que señalar que por falta de tiempo no pudo terminar el estudio completo del texto, quedando pendiente para el próximo período de sesiones previsto, en principio, del 30 de junio al 18 de julio de 2003 en Nueva York. El tenor del propuesto artículo 17 de la Ley modelo, tras la última sesión y con las modificaciones introducidas por el grupo de trabajo, queda del siguiente modo:

*“1).- “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de éstas, ordenar a cualquiera de ellas que adopte las medidas provisionales cautelares que estime necesarias.*

---

<sup>790</sup> A/CN.9/487, de 15 de junio de 2001, 34º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Viena, de 25 de junio a 13 de julio de 2001, págs. 23 y 24.

2).- *La parte que solicita la medida cautelar debe demostrar que:*

a) *existe una necesidad urgente de adoptar la medida;*

b) *el hecho de no adoptar la medida redundará en perjuicios irreparables; y*

c) *existe la notable probabilidad de que prosperen los argumentos del peticionario sobre el fondo del litigio principal”.*

De este modo se recogen los requisitos básicos de toda medida cautelar, esto es, la urgencia, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. Sin embargo, no llegó a determinarse en este período de sesiones si se exige necesariamente la concurrencia de todos ellos para la concesión de la medida o pueden actuar con carácter alternativo. Esta cuestión ha quedado pendiente para la próxima reunión del 2003.

Por lo que se refiere al depósito de una caución o garantía a cargo del solicitante de la medida para el supuesto de una concesión injustificada de la misma se manifiesta del siguiente modo:

“3).- *El tribunal arbitral puede exigir a cualquiera de las partes que otorgue garantía apropiada en relación con la medida”.*

Se estuvo debatiendo la posibilidad de exigir la caución o fianza con carácter obligatorio en lugar de facultativo. Sin embargo, se decidió finalmente que quedara al arbitrio del tribunal arbitral, por cuanto que, podían darse situaciones en las que el solicitante no estuviera en condiciones de prestar dicha garantía, por ejemplo, por haber sido privada indebidamente de sus fondos por la otra parte<sup>791</sup>.

La propuesta presentada alcanza también al concepto de medida cautelar y, a tal efecto, no se limita a dar una simple definición, sino que, además, introduce un listado de las medidas que se entienden incluidas

en dicha definición. En este sentido, el grupo de trabajo convino en la necesidad de que en la parte introductoria de este apartado se especificara claramente que la enumeración de medidas cautelares no pretendía ser exhaustiva. El texto elaborado tienen el siguiente tenor:

*“4).- Por medida cautelar se entiende toda medida de carácter temporal establecida en forma de laudo o de otra forma dictada por el tribunal arbitral en cualquier momento antes de pronunciar el laudo en virtud del cual se dirima la controversia definitivamente. A efectos del presente artículo, serán medidas cautelares:*

*a) Las medidas encaminadas a mantener o restablecer el statu quo en espera de que haya un pronunciamiento sobre las cuestiones que se disputan;*

*b) Las medidas encaminadas a garantizar o facilitar preventivamente la ejecución del laudo; o*

*c) Las medidas encaminadas a impedir que una de las partes realice determinado acto o a imponerle una determinada conducta con objeto de prevenir un daño actual o inminente;*

*d) Las medidas provisionales encaminadas a garantizar la preservación de pruebas”.*

### **2.3.- La posibilidad de que un tribunal arbitral dicte medidas inaudita altera parte**

La cuestión relativa a la posibilidad de adoptar medidas cautelares *ex parte* fue objeto de amplio debate entre los miembros del grupo de trabajo. Por un lado, se opinaba que su admisión podía dar lugar a que

---

<sup>791</sup> A/CN.9/508, de 12 de abril de 2002, cit., pág. 19.



una de las partes recurriera a las mismas como táctica dilatoria. De ahí que se intentara establecer una serie de límites con objeto de restringir un uso abusivo de las mismas, pero sin llegar a ningún resultado concluyente, ni aceptado de forma general por los miembros del grupo. Por otra parte, recibió amplio apoyo la postura contraria partidaria de su admisión, argumentando que si esta posibilidad se permitía en el ámbito judicial en circunstancias excepcionales, no existía obstáculo alguno, al menos en principio, para que fuera aceptada igualmente en vía arbitral.

Finalmente, prevaleció esta última posición alegando que, además, enriquecería la Ley modelo y satisfaría las necesidades derivadas de las prácticas de arbitraje<sup>792</sup>. En cuanto a la necesidad de fijar un límite de duración a las medidas cautelares dictadas *inaudita altera parte* hubo consenso. No obstante, conscientes de la dificultad de llegar a un acuerdo respecto de los días de duración de dicha medida, plantearon la posibilidad de incluir la expresión “*por un plazo determinado*”, con el objeto de que fuera concretado en su momento por el propio tribunal arbitral. El nuevo artículo 17 se manifiesta del siguiente modo:

*“5).- El tribunal arbitral puede decretar una medida, por un plazo máximo de (...) días, antes de que la parte contra la que vaya dirigida la medida haya tenido oportunidad de responder únicamente si:*

*a) Es necesario para impedir que se frustre la ejecución de la medida,*

*b) El peticionario otorga garantía apropiada en relación con la medida,*

*c) el peticionario puede demostrar la necesidad urgente de la medida”.*

---

<sup>792</sup> A/CN.9/508, de 12 de abril de 2002, cit., pág. 22.

En un momento posterior, se presentó una nueva propuesta de redacción de este párrafo 5º, pero por falta de tiempo no pudo ser tratada en dicha sesión, quedando pendiente para la próxima. Pero, es de señalar que esta nueva propuesta no introduce cambios sustanciales<sup>793</sup> como se veremos a continuación:

*“6).- A menos que el tribunal arbitral determine en virtud del apartado b) del párrafo 5) que es necesario proceder sin informar a la parte contra la que se dirige la medida cautelar para garantizar que ésta sea eficaz, la parte será notificada de ésta y tendrá la posibilidad de ser escuchada lo antes posible.*

*7).- Una medida dictada en virtud del párrafo 5) se podrá prorrogar o modificar una vez se haya informado a la parte contra la que se invoca y esta haya tenido la oportunidad de responder.*

*8).- El tribunal arbitral puede en todo momento modificar o poner término a una medida cautelar, si dispone de información suplementaria o si cambian las circunstancias.*

*9).- La parte que solicitó la medida cautelar informará sin demora al tribunal arbitral a partir del momento de la petición, de todo cambio importante de estas circunstancias en función de las cuales se pidió la medida cautelar o el tribunal arbitral la otorgó”.*

Como novedad, se introduce también un nuevo párrafo 6) relativo, asimismo, a las medidas cautelares dictadas *ex parte* lo que implicaría, necesariamente una reenumeración de los ya existentes. El contenido es el siguiente:

---

<sup>793</sup> El texto propuesto es el siguiente: *“En circunstancias excepcionales, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar por un plazo máximo de (...) días, sin informar a la parte contra la que ésta se dirija o antes de que la parte contra la que ésta se dirija haya tenido la oportunidad de responder, si: a) se cumplen los requisitos del párrafo 2); y b) el tribunal arbitral determina que es necesario proceder de esa forma para garantizar que la medida sea eficaz”.*

“6).- La parte que solicita una medida cautelar en virtud del párrafo 5) tendrá la obligación de informar al tribunal arbitral de toda circunstancia, que conociera o debiera haber conocido la parte que solicita la medida cautelar, que el tribunal pueda llegar a considerar pertinente y de interés para determinar si se han cumplido los requisitos de dicho párrafo”.

#### **2.4.- El proyecto de artículo en materia de ejecución de las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral**

Como ya se ha anunciado al comienzo de este epígrafe, la cuestión referente a la ejecución de las medidas cautelares es prácticamente el tema prioritario de la CNUDMI. De hecho, el grupo de trabajo observó que la ejecución de las medidas cautelares era un aspecto que revestía una importancia práctica considerable y que en la mayoría de los sistemas estatales e institucionales de arbitraje no se atendía en forma satisfactoria. Todas estas razones son las que han conducido a redactar un borrador con dos variantes distintas relativo a la posibilidad de ejecutar en vía judicial las medidas ordenadas por un tribunal arbitral al amparo del nuevo artículo 17 de la Ley modelo UNCITRAL. Esta eventualidad se admite con independencia del país donde hayan sido dictadas.

Para conseguir este objetivo, se atribuye a este tipo de tutelas la naturaleza de título ejecutivo, es decir, que podrán ser directamente ejecutables por los jueces competentes. La ejecución no será automática, por cuanto que se fijan, asimismo, las causas en virtud de las cuales se podrá denegar su ejecución<sup>794</sup> cuya finalidad última es limitar las circunstancias en que un juez debe denegar la ejecución de las mismas. Estas causas se clasifican en dos tipos. Por un lado, las que deben ser

alegadas y probadas por las partes. Y, por otro, aquellas que serán apreciadas de oficio por el propio juez.

En el primer grupo hay cuatro motivos alegables: 1º.- la nulidad del acuerdo de arbitraje; 2º.- la falta de notificación a la parte de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales; 3º.- la vulneración de algún derecho fundamental en el proceso cautelar; 4º.- la suspensión, revocación o modificación de la medida por el tribunal arbitral; 5º.- la previa solicitud de la misma medida ante la jurisdicción estatal. Por lo que refiere a los motivos estimables de oficio, tan solo hay dos: 1º.- incompatibilidad de la medida dictada con las previstas en el país, 2º.- la contrariedad con el orden público del Estado donde se pretende hacer efectiva.

El tenor literal del texto propuesto hasta la fecha en materia de ejecución de las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral es el siguiente, -la parte que aparece entre corchetes será objeto de examen en próximas sesiones con el fin de decidir su inclusión o exclusión-:

*“1) A solicitud de la parte interesada, hecha con aprobación del tribunal arbitral, el tribunal judicial competente denegará el reconocimiento y la ejecución de una de las medidas cautelares enunciadas en el artículo 17, independientemente del país en que se haya dictado, si:*

*a).- La parte contra la que se invoque la medida presenta pruebas de que: i) El acuerdo de arbitraje no es válido. ii) No ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales [en cuyo caso el tribunal judicial podrá suspender el procedimiento de ejecución hasta que el tribunal arbitral haya*

---

<sup>794</sup> A/CN.9/WG.II/WP.110, de 22 de septiembre de 2000, 33º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Viena, de 20 de noviembre a 1 de diciembre de 2000, pág. 22.

*escuchado a las partes]; o iii) no ha podido hacer valer sus derechos en relación con la medida cautelar [en cuyo caso el tribunal judicial podrá suspender el procedimiento de ejecución hasta que el tribunal arbitral haya escuchado a las partes]; o iv) el tribunal arbitral haya revocado, suspendido o modificado la medida.*

*b).- El tribunal judicial determina que: i) La medida solicitada es incompatible con las facultades que le confieren sus leyes procesales, a menos que decida reformularla a fin de adaptarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de la ejecución; o ii) El reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar sería contrario al orden público del Estado.*

*2).- A solicitud de la parte interesada, hecha con la aprobación del tribunal arbitral, el tribunal judicial competente podrá denegar a su discreción el reconocimiento y la ejecución de una de las medidas provisionales cautelares mencionadas en el artículo 17, independientemente del país en que se haya dictado, si la parte contra la que se invoca la medida presenta pruebas de que se ha solicitado la misma medida o una medida análoga a un tribunal judicial del Estado, haya tomado o no éste una decisión al respecto.*

*3).- La parte que solicite la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal judicial de toda cesación, suspensión o modificación de esa medida.*

*4).- Al reformular la medida cautelar de conformidad con el inciso i) del apartado b) del párrafo 1), el tribunal judicial no modificará el fondo de ésta.*

*5).- El inciso iii) del apartado a) del párrafo 1) no se aplicará: [Variante 1] a una medida cautelar dictada sin informar a la parte contra la que se invoque, siempre y cuando sea válida durante 30 días como máximo y su ejecución se haya solicitado antes de la expiración de ese plazo. [Variante 2] a una medida cautelar dictada sin informar a la parte*

---

*contra la que se invoca, siempre y cuando dicha medida sea confirmada por el tribunal arbitral después de que la otra parte haya podido hacer valer sus derechos al respecto. [Variante 3] si el tribunal arbitral determina a su discreción que, a la luz de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 17, la medida cautelar sólo puede tener efecto si el tribunal judicial dicta la orden de ejecución sin dar aviso a la parte contra la que se invoca la medida".* En algunas ocasiones los jueces se declaran incompetentes ante una solicitud de medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral por miedo a que su concesión pueda ejercer alguna influencia en la decisión de los árbitros sobre el fondo del asunto<sup>795</sup>.

En definitiva, todo apunta a que en un futuro muy próximo estaremos ante una posibilidad real y no meramente teórica de que las medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales sean eficaces. Pero, en última instancia, la eficacia extraterritorial de las medidas cautelares ordenadas por los árbitros dependerá, por un lado, de que esta propuesta de modificación de La ley modelo finalmente sea aprobada por la Comisión. Y, por otro, de que los Estados la incorporen a su normativa. Pues, como es bien sabido, las Leyes modelo carecen de un valor jurídico directo, y su importancia radica en el intento de unificación de la normativa de los diferentes Estados. Esto es precisamente lo que ha ocurrido con la Ley modelo de 1985 sobre arbitraje comercial internacional que ha inspirado las leyes de más de treinta Estados.

De este modo, estas medidas sólo serán directamente ejecutables a través de los jueces en aquellos Estados que la incorporen a su ordenamiento. Si se produjera una adopción masiva en la mayor parte de los países se pondría prácticamente fin a la problemática y polémica cuestión de la eficacia extraterritorial de las medidas provisionales

---

<sup>795</sup> HOELLERING, M.F.: "Interim Measures and ...", art. cit., pág. 25.

ordenadas por los tribunales arbitrales. De lo contrario, tan sólo se solucionaría en los Estados que la acogiesen. No obstante, el grupo de trabajo ha señalado que el hecho de que un Estado imponga menos condiciones para denegar la ejecución de estas medidas no redundaría, en absoluto, en detrimento de la armonización que se pretende con las mismas, sino más bien todo lo contrario<sup>796</sup>.

---

<sup>796</sup> A/CN.9/WG.II/WP.119, de 30 de enero de 2002, 36º período de sesiones de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Nueva York, del 4 al 8 de marzo de 2002, pág. 30.







## CONCLUSIONES

### I

1. El arbitraje se configura como el método de resolución de controversias que habitualmente se utiliza en el ámbito del comercio internacional, por las indudables ventajas que presenta frente a la jurisdicción estatal. En este sentido, se caracteriza por ser una vía mucho más expeditiva que la judicial, aunque conlleva necesariamente un lapso de tiempo que puede ser más o menos largo, en función de la complejidad del asunto. Qué duda cabe que la pendencia de todo proceso, ya sea judicial o arbitral, implica siempre un cierto riesgo para las partes que puede poner en peligro sus expectativas. Pero, al margen de la inevitable duración del proceso, la más que habitual búsqueda por las partes de tácticas para retrasarlo, así como la realización de actos que impiden o dificultan la efectividad de la decisión que pondrá fin al conflicto, imponen de inmediato la necesidad de obtener una medida cautelar por parte de una autoridad competente.

Si la importancia de la tutela cautelar resulta innegable en todo proceso, todavía se hace más patente, si cabe, en el ámbito del comercio internacional. Ello se debe a que en este sector existe una mayor movilidad, tanto de personas como de sus bienes a través de las fronteras de los diferentes Estados. Es por ello que, a menudo, se requieren medidas de protección que declaren la obligación de hacer o abstenerse de hacer una determinada actividad. La finalidad perseguida con éstas es doble. Por un lado, se trata de mantener el equilibrio entre las partes mientras se resuelve el litigio, neutralizando desde un principio los daños que la duración normal o anormal del procedimiento puedan causar. Y, por otro, se pretende, asimismo, asegurar la efectividad de la decisión que ponga fin al conflicto. Estamos ante una cuestión de vital importancia

por cuanto que, en muchas ocasiones, la eficacia del procedimiento arbitral va a depender de la adopción de una medida cautelar. En efecto, de nada serviría celebrar un proceso arbitral si la parte que estima que va a perder se desprende de los bienes o derechos sobre los que presumiblemente recaerá el laudo. No cabe la menor duda de que, el hecho de que los particulares opten por resolver sus conflictos a través del arbitraje, en lugar de acudir a la vía judicial, no debe suponer una renuncia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

## II

2. Por lo que respecta al órgano legitimado para ordenar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral, varias son las posibilidades admitidas en los diferentes sistemas nacionales e institucionales de arbitraje. Las posiciones oscilan entre la atribución de una competencia exclusiva a los jueces, con exclusión del poder de los árbitros, pasando por la división de poderes entre unos y otros, ya sea en función del tipo de medida solicitada, ya sea en atención al momento procesal en el que dicha cautela se pide. Y, finalmente, destaca la denominada teoría de los poderes concurrentes de jueces y árbitros, por ser la que mejor se adecua a las expectativas, así como a las necesidades de las partes. Esta es, de hecho, la solución mayoritariamente seguida en los sistemas arbitrales de nuestro entorno.

De acuerdo con esta teoría, la parte interesada en obtener una medida de protección podrá optar, de forma indistinta, por interponer la solicitud ante unos órganos u otros, valorando para ello de qué forma sus intereses estarían mejor salvaguardados. Sin embargo, es de señalar que esta competencia concurrente de jueces y árbitros existe únicamente a partir del momento en que el tribunal arbitral se ha constituido, puesto que con anterioridad no existe ningún órgano arbitral al que dirigir la solicitud.

3. La problemática planteada en torno al órgano legitimado en materia cautelar a las medidas cautelares asociadas a un arbitraje es muy difícil de resolver de forma global. Se impone, por tanto, actuar de forma casuística, en función de las necesidades del caso concreto. Esto es, ante una situación concreta determinar si la intervención del juez facilitará o, por el contrario, entorpecerá el desarrollo del procedimiento arbitral. Sería deseable que tanto unos como otros tuvieran siempre en cuenta, como principio fundamental, el interés de las partes. De modo que la tutela fuera adoptada por aquel que pudiera actuar de la forma más rápida, eficaz y menos costosa posible para ellas. Por ejemplo, si existe una mercancía perecedera y el tribunal arbitral todavía no se ha constituido y las partes tampoco han acordado un procedimiento complementario, ¿cómo puede un tribunal estatal declararse incompetente ante una solicitud de medidas cautelares? Carecería de sentido que se negaran a actuar, ya que se vería vulnerado de forma clara y patente el derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes.

### III

4. La adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje por parte de los tribunales arbitrales conlleva indudables ventajas pero implica, asimismo, algunos inconvenientes. Por lo que a ventajas se refiere, destaca, en primer lugar, la rapidez tanto en la adopción de la medida, como en la elección de la que se estime más apropiada. Ello deriva del hecho de que sean los árbitros quienes estén familiarizados desde el principio con el asunto. En segundo lugar, implica también una reducción importante de los costes procesales. Y, finalmente, permitirá mantener la tan apreciada privacidad que caracteriza a esta vía de resolución de conflictos.

5. Los argumentos esgrimidos en contra del poder de los árbitros derivan de los límites inherentes a que está sometida esta institución. Entre ellos cabe destacar, de un lado, la ausencia de poder coercitivo. De

otro, la falta de legitimación para proceder contra terceros ajenos al acuerdo arbitral. Asimismo, la imposibilidad de que adopten medidas de protección antes de haberse constituido, por ser un órgano creado *a posteriori*. Y, finalmente, la problemática en torno a la adopción de medidas en audiencia de una sola parte. Todos estos obstáculos constituyen una restricción importante al poder de los árbitros en materia cautelar, habida cuenta del amplísimo poder de que disponen los jueces al respecto. De ahí que, a menudo, la eficacia de una medida de protección estará condicionada a la asistencia de los jueces.

Sin embargo, no por ello debemos afirmar que los árbitros carecen de competencia para ordenar una medida cautelar que es provisional e instrumental respecto del proceso principal. Sobre todo, teniendo en cuenta el poder de que disponen para dictar una decisión final con valor de cosa juzgada desde el mismo instante en que se emite. Además, la lógica arbitral aconseja que el mismo órgano legitimado para resolver el fondo del asunto tenga también capacidad para resolver todas las incidencias relacionadas con él.

6. Con objeto de hacer frente a todas estas limitaciones, el arbitraje ha articulado una serie de herramientas. Así, en primer lugar, cuenta con instrumentos propios que, si bien no pueden forzar a las partes -pues sólo los jueces gozan de la prerrogativa del poder público-, sí que pueden coaccionar, de forma indirecta, al cumplimiento de las órdenes de los árbitros. Algunos de los mecanismos más importantes a disposición del arbitraje son, por un lado, la desacreditación de la parte que incumple frente a otras empresas, con el consiguiente perjuicio económico que les puede reportar. Y, por otro, el temor del sujeto pasivo a predisponer al árbitro en su contra como consecuencia de la desobediencia.

La existencia de estos medios de presión en poder del arbitraje, no siempre constituyen un incentivo suficiente para motivar a las partes al cumplimiento de las medidas ordenadas por un tribunal arbitral. En consecuencia, el sujeto pasivo podría hacer caso omiso de la medida

cautelar impuesta. Por esta razón entendemos que los órganos arbitrales deberían estar legitimados para imponer sanciones ante el incumplimiento de una medida cautelar dictada por ellos. Este castigo podría materializarse en forma de responsabilidad por daños y perjuicios, condenando, además, a la parte incumplidora al pago de las costas que podrían ser incluidas en el laudo arbitral final y, por tanto, ejecutables por vía de *exequatur*. De hecho, ya existen algunos sistemas que prevén esta posibilidad, aunque todavía son pocos.

7. En segundo lugar, y también para combatir estos límites, se han creado unos mecanismos complementarios al arbitraje en el seno de algunas instituciones internacionales, como es el caso de la Asociación Americana para el Arbitraje o la Cámara de Comercio Internacional de París. A tal efecto, se prevé el nombramiento de unos árbitros de emergencia con el objeto de evitar la intervención de los jueces en la fase previa a la constitución del tribunal arbitral. Pero, ni siquiera de este modo se evita totalmente la necesaria colaboración de los jueces, ya que estos órganos adolecen de las mismas limitaciones que los propios árbitros.

8. Es precisamente en el ámbito de las medidas cautelares donde los jueces y los árbitros deben llevar a cabo una estrecha colaboración para que esta vía de resolución de controversias sea verdaderamente efectiva. El buen funcionamiento del arbitraje no puede ya entenderse sin la cooperación entre unos y otros. La asistencia de los jueces en el arbitraje permitirá que éste conserve las ventajas que se le atribuyen frente a la jurisdicción estatal y que constituya en la práctica una vía eficaz y rápida de resolución de conflictos. Estas parecen ser, asimismo, las razones por las cuales se impide un pacto *inter partes* que excluya la intervención judicial en apoyo de un arbitraje, por cuanto que implicaría menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva. Debemos abandonar, por ende, la idea de existencia de un conflicto de competencias entre jueces y árbitros, en pro de una necesaria complementariedad entre ambos.

## IV

9. La efectividad de las medidas cautelares va a depender, en la mayoría de las ocasiones, amén de la rapidez que se exige en todo caso, del desconocimiento de la parte contra la que se va a proceder. De lo contrario, el sujeto presumiblemente perjudicado podría tratar de frustrar dicha cautela mediante la transferencia de los fondos o bienes sobre los que ésta recaerá a un tercer Estado.

La necesidad imperiosa de respetar los principios rectores de todo proceso, ya sea arbitral o judicial, que son la audiencia, contradicción e igualdad de las partes, obliga a que en todas las fases del procedimiento, -incluida, por tanto, la cautelar- éstas sean oídas. No cabe la menor duda de que una audiencia previa de ambas partes podría burlar el efecto “sorpresa” imprescindible en muchos casos.

A pesar de la pugna doctrinal existente, estimamos que la adopción de una medida cautelar *inaudita altera parte* por un tribunal arbitral no constituye vulneración alguna de estos principios, siempre que las circunstancias exijan la adopción de una medida en estas condiciones y el sujeto pasivo de la medida sea oído *a posteriori*. De este modo se garantiza, pues, el cumplimiento de los principios básicos de todo proceso. Ello es así por cuanto que el derecho a ser oído exige que el sujeto pasivo tenga la oportunidad de solicitar, en su caso, su posterior modificación. Por tanto, esta audiencia posterior permitiría que la parte perjudicada pudiera, bien oponerse a dicha medida, bien obtener su revocación o, simplemente, solicitar al tribunal que reconsiderase su decisión. No obstante, es de señalar que esta posibilidad se configura como una excepción a la regla general, en aras de la efectividad del proceso.

Todavía es muy escaso el número de sistemas que admiten esta posibilidad. Tan solo el francés, inglés, suizo y el alemán se muestran en esta línea, pero sería conveniente que el resto de los Estados tomaran

buena nota de ello. Mientras tanto, en aquellos países donde no se pronuncien al respecto, o se muestren en contra este tipo de medidas deberán ser adoptadas necesariamente por los jueces a instancia de parte para evitar la ineficacia de las mismas.

## V

10. Cuando las partes manifiestan expresamente en la cláusula de arbitraje la voluntad de resolver sus diferencias por la vía arbitral, en lugar de la judicial, están atribuyendo una competencia exclusiva a los órganos arbitrales para conocer del fondo del asunto descartando la de los jueces, salvo acuerdo en contrario de ambas partes. Dicho de otro modo, la existencia de un acuerdo de arbitraje válido produce dos efectos fundamentales. Uno negativo, que se traduce en la incompetencia de los jueces para resolver la controversia, y otro positivo, en virtud del cual esta competencia recae exclusivamente en los árbitros. Corresponde a los jueces cerciorarse de que la libertad de los árbitros para ejercer su función jurisdiccional está protegida y será respetada, remitiendo a las partes a arbitraje cuando, a pesar de la existencia de una cláusula arbitral, una de ellas opta por interponer la demanda ante la jurisdicción estatal. No obstante, el hecho de que los jueces carezcan de poder para resolver en cuanto al fondo no impide, de ningún modo, que puedan conocer de una solicitud de medidas cautelares asociadas a un procedimiento arbitral. En definitiva, cabe afirmar que este efecto negativo no opera en materia cautelar.

11. Esto es lo que ha provocado que tradicionalmente, la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción estatal en presencia de una cláusula arbitral válida se estimara incompatible. Dicha petición se interpretaba como una renuncia de las partes al arbitraje y un consiguiente sometimiento tácito de éstas a la jurisdicción estatal. En la actualidad, esta concepción aparece ya superada admitiéndose expresamente, en casi todos los sistemas estatales e institucionales de



arbitraje, la compatibilidad entre el procedimiento arbitral y la demanda de medidas de protección a los órganos jurisdiccionales. E incluso, en aquellos sistemas en que no se reconoce de forma explícita, como es el caso de Francia o Reino Unido, la jurisprudencia y la doctrina no dudan en afirmar esta conjunción.

## VI

12. Las partes recurren al arbitraje por considerarla una vía eficaz de resolución de controversias y, si tal eficacia depende, en algunos casos, de la intervención judicial, deben asumirla como parte necesaria del procedimiento. Carece, por tanto, de sentido rechazar la intervención de los jueces por la mera existencia de un acuerdo arbitral pues, a menudo, se estima imprescindible. Cabe plantearse qué es preferible, si apoyar una intervención judicial limitada en el arbitraje para lograr su máxima eficacia o, por el contrario, descartar esta intervención para respetar la integridad del procedimiento arbitral.

Actualmente existe una tendencia hacia una judicialización limitada en el arbitraje. De hecho, gran parte de los sistemas admiten la colaboración judicial, pero se reduce a los supuestos expresamente previstos en la ley, fuera de ellos queda descartada. Todas estas razones aconsejan que sea igualmente el árbitro quien conozca, a título principal, de las solicitudes de medidas cautelares. Y, sólo se recurra a los jueces con carácter subsidiario, esto es, cuando los árbitros no puedan garantizar la eficacia de la medida solicitada. De lo contrario, se estaría sometiendo a las partes a unos órganos que *a priori* habían descartado.

Además, todo hace pensar que la posibilidad de un recurso ilimitado a la jurisdicción estatal puede suponer una reducción e incluso una pérdida de las indudables ventajas que implica el arbitraje frente a aquella -rapidez, y confidencialidad, entre otras-. Y suelen ser, sobre todo, estas características las que inducen a las partes a elegir el arbitraje frente a la vía judicial.

## VII

13. El hecho de que los árbitros tengan atribuida competencia en materia cautelar de forma simultánea a los jueces en la mayor parte de los sistemas, no significa necesariamente que las órdenes cautelares dictadas por éstos vayan a ser efectivas, en caso de incumplimiento de la parte afectada. Esta posibilidad estará en función de lo dispuesto, tanto en la ley del lugar donde deba hacerse efectiva la medida, como en la ley aplicable al procedimiento arbitral.

14. Se impone realizar una distinción entre el aspecto declarativo y el ejecutivo de las medidas cautelares. Así, el hecho de que el poder de ejecución recaiga con carácter exclusivo en los jueces y tribunales estatales, no es obstáculo para que los árbitros puedan determinar el contenido de la medida. Aunque, en caso de incumplimiento por el sujeto pasivo, se tenga que recurrir a los jueces estatales a efectos de su ejecución. No existe inconveniente alguno a su admisión, desde el momento en que los árbitros tampoco tienen poder para ejecutar un laudo arbitral y, sin embargo, nadie cuestiona su competencia para resolver el fondo del asunto.

No obstante, esta posibilidad estará condicionada a que la orden cautelar de los árbitros sea calificada de título ejecutivo en la ley de lugar donde deba hacerse efectiva y en la ley aplicable al procedimiento arbitral. Pues, de no ser así no resultará nada fácil hacerlas efectivas en caso de incumplimiento. En general, para que el incumplimiento de una orden cautelar arbitral pudiera ser sancionado por el juez competente sería necesario que tal decisión fuera ejecutable en vía judicial. Y, asimismo, que el Convenio de Nueva York se modificara en el sentido de incluir este tipo de decisiones en su ámbito de aplicación con el fin de conseguir su eficacia en otros Estados. Esta última solución se descarta por su complejidad.

De momento, esta solución tan sólo se recoge en estos términos en Alemania y Grecia. De ahí la conveniencia de que se apruebe el proyecto de modificación de la Ley modelo y sea acogida mayoritariamente por todos los Estados. Esta es precisamente la razón por la que en la práctica, los árbitros se muestran reticentes a determinar el contenido de una medida de este tipo, cuando no vayan a poder asegurar su eficacia, por ejemplo, porque la ley del lugar donde ésta deba ejecutarse no prevea la colaboración de los jueces en tales supuestos, o porque no las considere títulos ejecutivos.

15. Este obstáculo únicamente podría salvarse a través del establecimiento de un mecanismo convencional de reconocimiento y ejecución análogo al de Nueva York de 1958 que asegurase la efectividad de las órdenes de los árbitros al igual que ocurre respecto de los laudos finales. Esto es, que vía convencional se permitiera el recurso a los jueces pero, únicamente, a efectos de la ejecución de las medidas cautelares ordenadas por los árbitros. Lo cierto es que, incluso en este supuesto sería necesaria la cooperación judicial para proceder a su ejecución. De modo que podría evitarse la cooperación judicial en el procedimiento de adopción de la medida cautelar, pero nunca en el de ejecución de la misma. Pero, sin lugar a dudas, si los árbitros pudieran adoptar de forma efectiva medidas cautelares en función de un procedimiento arbitral, al igual que los jueces respecto de uno judicial no existiría ninguna razón que justificase el recurso a la jurisdicción estatal.

## VIII

16. La adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje por parte de los jueces tampoco soluciona totalmente el problema de su eficacia extraterritorial. Si bien estas decisiones se entienden incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio/Reglamento -tras la sentencia Van Uden-, no olvidemos, de un lado, su ámbito regional de aplicación limitado a los países miembros de la Unión Europea. ¿Cómo hacer efectiva en

EE.UU., por ejemplo, una orden judicial en materia cautelar dictada por un juez de un país comunitario? Y, de otro lado, es de señalar que el procedimiento de ejecución de decisiones judiciales previsto en el Título III del Convenio de Bruselas requiere un plazo de tiempo demasiado largo, lo cual resulta incompatible con el carácter urgente que revisten estas medidas. Seguramente, cuando ésta se hubiera ejecutado el daño que se trataba de prevenir ya se habría producido.

17. A falta de un sistema convencional multilateral en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales fuera del ámbito de la Unión Europea y, salvo que exista un régimen convencional bilateral que vincule a los países implicados en la relación jurídica, habrá que acudir subsidiariamente al sistema de reconocimiento y ejecución previsto en cada Estado. Y, todo ello dependerá de que las normas del país receptor no pongan muchos impedimentos a la eficacia de las medidas acordadas por la jurisdicción de otro Estado. En caso contrario, no habrá ninguna vía legal que le obligue a hacerlo, puesto que, todo dependerá de su régimen interno. Todo ello nos lleva a concluir que la adopción de las medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral por parte de los jueces tampoco garantiza la eficacia de las mismas en otros Estados.

## IX

18. El arbitraje se configura, de principio a fin, como una institución basada fundamentalmente en la autonomía de la voluntad de las partes. La enorme libertad de las partes a lo largo de todo el procedimiento arbitral, e incluso antes de que éste se inicie, se manifiesta de forma indubitada en la determinación del órgano competente en materia cautelar. Sin embargo, la libertad de que disponen no es absoluta.

Partiendo de la competencia concurrente de jueces y árbitros, tal y como se desprende de la mayor parte de los sistemas de nuestro entorno -a excepción del nuestro-, la voluntad de las partes será determinante a la hora de concretar el órgano legitimado. No obstante, esta libertad

encuentra un límite infranqueable, en la *Lex arbitri*, en la *Lex loci arbitri* y en la ley del lugar donde la medida deba ejecutarse. De este modo, se pone de relieve la tensión latente entre la doble naturaleza contractual y jurisdiccional del arbitraje. Por un lado, son las partes quienes pueden legitimar a uno u otro órgano. Y, por otro, resulta necesario respetar determinadas normas, con vistas a garantizar la eficacia del laudo arbitral.

19. Es cierto que el arbitraje carece de *Lex fori*, a diferencia de la jurisdicción estatal, sin embargo, la efectividad de la tutela cautelar dictada, así como de la decisión que ponga fin al conflicto va a depender, en última instancia, de que se hayan respetado determinadas normas de obligado cumplimiento. De poco serviría que las partes hubieran legitimado a los árbitros en materia cautelar si la Ley aplicable al procedimiento o la ley del lugar de ejecución de la medida no reconociera la competencia de tales órganos. Ello implicaría la ineficacia de la medida acordada y, a la postre, de la decisión final, pues la tutela cautelar tiene como finalidad última su aseguramiento.

## X

20. La Sentencia dictada por el T.J.C.E. en el -ya conocido- asunto *Van Uden* marca un hito importantísimo en esta materia. En ella se declara expresamente que la existencia de una cláusula arbitral no produce el efecto automático de sustraer una demanda de medidas cautelares al ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas y, por analogía, del actual Reglamento 44/2001. Afirma que lo esencial a efectos de declarar la aplicabilidad del citado Convenio/Reglamento es si el objeto del litigio constituye una de las materias incluidas dentro de su ámbito de aplicación material.

En efecto, el arbitraje es una materia expresamente excluida del mismo, por tanto quedarán fuera todos aquellos supuestos en que el objeto de la controversia ante los tribunales sea puramente arbitral. Por

ejemplo, cuando lo que se pretenda sea el nombramiento judicial de un árbitro o determinar la validez de una cláusula arbitral. Sin embargo, lo cierto es que el objetivo de las medidas cautelares no refiere al arbitraje como materia, sino que éstas pretenden salvaguardar derechos de naturaleza contractual, con la particularidad de que se adoptan paralelamente a un procedimiento arbitral y están destinadas a apoyarlo.

En consecuencia, el Convenio de Bruselas resultará de aplicación a la solicitud de medidas de protección ante los jueces de un Estado miembro de la Unión Europea con la única condición de que el objeto de la medida sea civil o mercantil. Y todo ello con independencia de que la asistencia de los jueces sea instrumental respecto de un procedimiento de arbitraje. La cuestión relativa a la exigencia o no del domicilio del demandado como condición de aplicabilidad del Convenio/Reglamento no está clara en la doctrina. Pero, teniendo en cuenta que el Tribunal Comunitario no ha mencionado la cuestión, cabría preguntarse si es posible la aplicación del artículo 24 del Convenio de Bruselas y artículo 31 del Reglamento en apoyo de arbitrajes celebrados en terceros Estados.

## XI

21. La CNUDMI creó en 1999 un grupo de trabajo específico sobre arbitraje con el objeto de subsanar las deficiencias de que adolece la Ley modelo de 1985. Entre los temas prioritarios a tratar figura, por un lado, la eficacia transnacional de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral, dada su enorme relevancia práctica y la falta de regulación satisfactoria en la mayoría de los sistemas. A tal efecto, se está elaborando un proyecto de artículo que atribuye a este tipo de decisiones el valor de título ejecutivo, pudiendo ser directamente ejecutadas en vía judicial, con independencia del país en que hayan sido dictadas. No obstante, esta ejecución no se producirá de forma automática, ya que se fijan una serie de causas en virtud de las cuales cabrá su denegación,

reduciendo de este modo las posibilidades de rechazo por parte de un juez. La incorporación masiva de esta Ley modelo en todos los países será la única vía factible para asegurar la eficacia extraterritorial de las decisiones en materia cautelar, sobre todo teniendo en cuenta que la adopción de estas cautelas por los jueces no resuelve el problema, como se termina de ver.

22. Por otro lado, en muchos países la competencia de los jueces en materia cautelar en apoyo de un arbitraje queda limitada, en unos casos a los arbitrajes nacionales o internos y, en otros, a los que se celebran en su país. Queda a salvo, entre otros, el sistema alemán donde se atribuye competencia a la jurisdicción alemana para solicitar medidas cautelares en apoyo de un arbitraje con independencia del lugar donde se esté celebrando o vaya a celebrarse el procedimiento arbitral.

Esta situación genera una gran incertidumbre en los operadores del comercio internacional. Este es el motivo que les ha llevado a proponer la modificación del artículo 17 de la Ley modelo. En el nuevo texto se prevé la asistencia de los jueces, no sólo en la fase previa a la constitución del tribunal arbitral, sino también con posterioridad a la misma. Los jueces llamados a intervenir podrían ser los del lugar de celebración del arbitraje o de cualquier otro.

23. Ahora sólo queda esperar que este proyecto de reforma de la Ley modelo sea finalmente aprobado por la CNUDMI y, por supuesto, que la incorporen la mayor parte de Estados posibles. Pues como es bien sabido, estas leyes carecen de valor jurídico alguno por sí solas. Es precisamente su adopción por parte de todos los Estados lo que ayudaría a resolver las dificultades que plantea hoy en día la efectividad de las medidas dictadas por un tribunal arbitral.







## BIBLIOGRAFÍA

### A

- ALLEN, R.R.: "Overview: The Common Law Systems", en *Evidence in International Arbitration Proceedings*, ed. by EIJSVOOGEL, P.V., Graham Trotman, Londres, 1994, págs.19 y 20.
- AMIGO ROMÁN, C.: "El arbitraje en Brasil y Mercosur", *Rev. Vas. Der. Proc. Arb.*, 2002, vol. 1, págs. 7-22.
- AMORES CONRADI, M. – SERRA CALLEJO, J.: "Arbitraje y Convenio de Bruselas", *R.C.E.A.*, 1991, págs. 85-93.
- ANCEL, J.P.: "Comments and Conclusions", en *Conservatory and Provisional measures in International Commercial Arbitration*, *Bull. C.C.I. Special Supplement*, 1993, págs. 110-117.
- ANDREWS, N: *Principles of Civil Procedure*, Londres, ed., 1994.
- ARNALDEZ, J.J. – SCHAEFER, J.K.: "Le règlement de référé pré-arbitral de la C.C.I., en vigueur depuis le 1.1.1990", *Rev. Arb.*, 1990, nº 4, págs. 83 y ss.
- ARTUCH IRIBERRI, E.: "La solicitud de medidas cautelares ante el juez nacional de acuerdo al Convenio de Bruselas de 1968: precisión de su significado y de las relaciones con el procedimiento arbitral en curso", *La Ley-Comunidades-Europeas*, nº 4.704, 31 de diciembre de 1998, págs.
- ARTUCH IRIBERRI, E.: "Nota" al Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de junio de 1992, *R.E.D.I.*, 1994, págs. 393-395.

ARTUCH IRIBERRI, E.: “La adopción de medidas cautelares por el juez español en relación con el procedimiento arbitral: un conflicto se diluye (Comentario al Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 69 de Madrid de 28 de junio de 1999)”, *R.C.E.A.*, 1999, págs. 149-153.

ARTUCH IRIBERRI, E.: “La reforma del artículo 11 de la Ley 36/1988 Disposición final octava de la ley 1/2000, de 7 de enero de, de Enjuiciamiento Civil”, texto de la ponencia pronunciada en Aranjuez el 19 de enero de 2001, con ocasión de las Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado.

AUDIT, B.: “Arbitration and the Brussels Convention”, *Arb. Int.*, 1993, págs. 1-25.

AUDIT, B.: “L’arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles”, *Mélanges en l’honneur de Yves Loussouarn*, París, Dalloz Sirey, 1994, págs. 15-29.

AUDIT, B.: “A National Codification of International Commercial Arbitration: the French Decree of May 12, 1981”, en T. CARBONEAU, (ed.): *Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration*, Charlottesville, University press of Virginia, 1973.

## B

BARBOSA MOREIRA, : “La nueva Ley de arbitraje brasileña”, *Rev. Der. Proc.*, 1997, nº. 2, págs. 433-450.

BARONA VILAR, S.: “De la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros, artículo 56”, *Comentario breve a la Ley de arbitraje*, Madrid, Civitas, 1990, pág. 290.

- BARONA VILAR, S.: “El recurso de anulación del laudo arbitral”, *R.C.E.A.*, 1988-1989, págs. 137 y ss.
- BARONA VILAR, S.: “Nota” al Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de junio de 1992, págs. 224-230 y *R.E.D.I.*, 1994, págs. 391-393.
- BECKER, J.D.: “Attachments in Aid of International Arbitration. The American Position”, *Arb. Int.*, 1985, págs. 40-48.
- BEGUIN, J.: *L'arbitrage commercial international*, Montreal, Université McGill, 1987.
- BELLETT, P. - MEZGER, E.: “L'arbitrage international dans le nouveau code de procedure civile”, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1981, págs. 611 y ss.
- BERGER, P.: *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer & Taxation, 1993.
- BERNARD, A.: *L'arbitrage volontaire de droit privé: L'arbitrage en droit interne belge et français, étude critique comparée, l'arbitrage en droit international privé, droit comparé*, Bruselas, Bruylant, 1987.
- BERNARD, T.: “The Administration of Evidence in Countries of Civil Law”, en *Evidence in International Arbitration Proceedings*, EIJSVOOGEL, P.V. (ed.), Londres, Graham Trotman, 1994, págs. 23 y ss.
- BERNARDINI, P.: “L'arbitrage en Italie après la récente réforme”, *Rev. Arb.*, 1994, págs. 479-498.
- BERNARDINI, P.: “L'arbitrato internazionale: qualificazione, funzione e ragioni del suo sviluppo”, en *L'arbitrato internazionale*, Milán, Giuffré, 2ª ed., 1994, págs. 7 y 8.
- BERNARDINI, P.: “The Powers of the Arbitrator”, *Conservatory and Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, *Bull C.C.I. Special Supplement*, 1993, págs. 21-30.

- BERNARDINI, P. – PILLITTERI, F.: “L´arbitrato commerciale internazionale negli Stati Uniti: recenti sviluppi giurisprudenziali”, *Dir. Com. Int.*, 1991, págs. 23 y ss.
- BERTIN, Ph.: “Le juge des référés et le nouvel arbitrage”, *Gaz. Pal.*, 1980, vol. 2, págs. 520 y ss.
- BESSION, S.: *Arbitrage international et mesures provisoires. Étude de droit comparé*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998.
- BLESSING, M.: “The New International Arbitration Law in Switzerland”, *Jour. Int. Arb.*, 1988, págs. 10-25.
- BLESSING, M.: *The New Swiss Law on International Arbitration*, Basilea, Helbing and Lichtenhahn, 1990.
- BLESSING, M.: “La procédure devant le tribunal arbitral”, *Bull. C.C.I.*, noviembre, 1992, nº 2, págs. 30 y ss.
- BOISSÉSON, M.: *Le droit français de l´arbitrage*, París, Joly, 1983.
- BOND, A.: “La nature des mesures conservatoires et provisoires”, en *Mesures conservatoires et provisoires en matière d´arbitrage commercial international*, *Bull. C.C.I., Supplément spécial*, nº 519, 1993, págs. 10-23.
- BÖSCH, A.: (ed.): *Provisional Remedies in International Commercial Arbitration. A Practitioner Handbook*, Berlín, Walter de Gruyter, 1994.
- BRODY, K.: “An Argument for Pre-Award Attachment in International Arbitration under the New York Convention”, *Cornell Int. Law Jour.*, vol. 18, 1985, págs. 99-123.
- BROGGINI, I.: “I provvedimenti cautelari nell´arbitrato internazionale-analogie e differenze della soluzione italiana e svizzera”, *Riv. dell´Arb.*, 1991, nº 3, págs. 495 y ss.

BROWER, C. N. – TUPMAN, W.M.: “Court-Ordered Provisional Measures Under the New York Convention”, *Amer. Jour. Int. Law*, vol. 80, 1986, págs. 24-45.

BROWER, Ch.: “What I Tell You Three Times is True: U.S. Courts and Pre-Award Interim Measures Under the New York Convention”, *Virg. Jour. Int. Law*, vol. 35, 1994-1995, págs. 971-1020.

BUCHER, A. - TSCHANZ, P.Y.: *International Arbitration in Switzerland*, Basilea, Helbing and Litchtenhahn, 1989.

BUCHER, A.: *Le nouvel arbitrage international en suisse*, Basilea, Helbing and Litchenhahn, 1988.

BUDIN, L.: “La nouvelle Loi suisse sur l’arbitrage international”, *Rev. Arb.*, 1988, págs. 58 y ss

BUHART, J.: “Attachments and Other Interim Court Remedies in Support of Arbitration”, *Int. Bus. Law.*, marzo, 1984, págs. 107 y ss.

## C

CABANILLAS SANCHEZ, A.: “Comentario al artículo 50 L.A.”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 36/1988, de 5 de diciembre*, (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Madrid, Tecnos, 1991, págs. 758 y ss.

CALAMANDREI, P.: *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, CEDAM, 1986.

CALDERÓN CUADRADO, M.P.: *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1992.

CALDERÓN CUADRADO, M.P.: “La tutela cautelar en el arbitraje de consumo”, *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo. Actas del*

- seminario “Arbitraje de Consumo”*, Valencia, Consellería de Sanitat i Consum, 1995, pág. 131.
- CALVO CARAVACA, A.L. – FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Tecnos, 1989.
- CARLEVARIS, A.: “Les pouvoirs des arbitres en matière de mesures conservatoires et provisoires en droit dans l’arbitrage international”, pág. 3, en prensa, pág 5, 7 y 10.
- CARON, D.D.: *Interim Measures of Protection: Theory and Practice in Light of the Iran-United States Claims Tribunal*, 1986, pág. 465.
- CARPI, F.: “I provvedimenti cautelari e l’esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del codice de procedure civile: la competenza e il procedimento”, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1990, págs. 1259 y ss.
- CARPI, F.: “Seminaire de Bologne du 19 avril 1991 en matière de mesures d’urgence et arbitrage”, *Riv. dell’Arb.*, 1991, págs. 477 y ss.
- CAVASOLA, P. – PATON, A.G.: “Italy”, <sup>en</sup> *Evidence in International Arbitration Proceedings*, EIJSVOOGEL, P.V. (ed.), Londres, Graham Trotman, 1994, págs. 167 y ss.
- CHECA MARTÍNEZ, M.: “La armonización del derecho de arbitraje comercial internacional: La nueva Ley alemana de arbitraje”, *R.C.E.A.*, 1998, págs. 356.
- CHILLÓN MEDINA, J.M. - MERINO MERCHÁN, J.F.: *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1996.
- COLLINS, L.: “Provisional and Protective Measures in International Litigation”, *R. des C.*, 1992-III, vol. 234, págs. 169 y ss.
- CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el derecho español, interno e internacional*, Madrid, Aranzadi, 1995.

- COUCHEZ, G.: “Le référé-provision: mesure ou démesure”, en *Melange Raynaud*, París, Dalloz, 1985.
- COUCHEZ, G.: “Référé et arbitrage (Essai de bilan provisoire)”, *Rev. Arb.* 1986, nº 2, págs. 155 y ss.
- CRAIG, W.L. – PARK, W. – PAULSSON, W.: “French Codification of a Legal Framework for International Commercial Arbitration: the Decree of May 1981”, *Year. Com. Arb.*, 1988, vol. VII, págs. 407 y ss.
- CRAIG, W.L. - PARK, W. - PAULSSON, W.: *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1990.
- CREMADES, B.M.: “Is Exclusion of Concurrent Courts’ Jurisdiction Over Conservatory Measures to be Introduced Through a Revision of the Convention?”, *Jour. Int. Arb.*, 1989, nº 6, págs. 105-112.
- CREMADES, B.M.: “The Need for Conservatory and Preliminary Measures”, *Int. Bus. Law.*, mayo de 1999, nº 5, págs. 227 y ss.
- CREMADES, B.M.: “España estrena nueva Ley de arbitraje”, *La Ley*, 1989-1, págs. 112 y ss.
- CUARTERO RUBIO, Mª.V.: *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997.
- CUCARELLA GALIANA, L.A.: “Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la Jurisprudencia reciente”, *Trib. Just.*, marzo, 1997, nº 3, págs. 310 y ss.
- CUCARELLA GALIANA, L.A.: “Medidas cautelares posteriores al laudo arbitral”, *R.X.G.*, 1997, nº 17, 3º cuatr., págs. 25 y ss.
- CURSCHMAN, J.: “Germany”, en *Evidence in International Arbitration Proceedings*, EIJSVOOGEL, P.V. (ed.), Londres, Graham Trotman, 1994, págs. 146 y ss.



D

- DAVIS, B.: "The I.C.C. Pre-Arbitral Referee Procedure in Context With Technical Expertise, Conciliation and Arbitration", *Int. Constr. Law Rev.*, 1992, nº 9, págs. 218 y ss.
- DE BOISSESON, M.: *Le Droit français de l'arbitrage*, París, CLN-édition, 1990.
- DELAUME, G.: "Le C.I.R.D.I.", *J.D.I.*, 1982, págs. 775- 810.
- DELAUME, G.: "I.S.C.I.D. Arbitration and the Courts", *Am. Jour. Comp. Law*, 1983, págs. 784 y ss.
- DE LEVAL, G.: "Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage", *Colloquium of International Arbitration*, Liège, diciembre, 1988, págs. 7 y ss.
- DERAINS, Y.: "Technical expertise and referee arbitral", *I.C.C.A. Congress*, series, nº 1, 1982.
- DERAINS Y.: "Expertise technique et référé arbitral", *Rev. Arb.*, 1982, págs. 235 y ss.
- DEVOLVÉ: J.: "France as a forum for international arbitration -the decree of mai 12, 1981 (articles 1492 a 1507 del N.C.P.C.)", *Int. Constr. Law & Fin. Rev.*, 1982, nº 2, págs. 421 y ss.
- DEVOLVÉ, J.: "L'intervention du juge", *Rev. Arb.*, vol. 607, 1980, págs. 615 y ss.
- DIKA, M.: "The Taking of Provisional Measures in Arbitration According to Yugoslaw Law", en *Essays on the Law of International Trade. International Obligations. Choice of Law. Provisional Measures in Arbitration*, VOSKUIL, CCA- WADE, J.A. (ed.), Netherlands, Maklu Publishers, 1991, págs. 164 y ss.

DONOVAN, F. D.: "Powers of the Arbitrators to Issue Procedural Orders, Including Interim Measures of Protection, and the Obligation of the Parties to Abide by Such Orders", *Bull. C.C.I., Special Supplement*, vol. 10, nº 1, 1999, págs. 55 y ss.

DORE, E.: "Peaceful Settlement of International Trade disputes: Analysis of the Scope of Application of the UNCITRAL Conciliation Rules", *Colum. Jour. Trans. Law*, vol. 21, 1983, pág. 339 y ss.

## E

EIJSVOOGEL, P.V.: "General Syntesis Report", en *Evidence in International Arbitration Proceedings*, EIJSVOOGEL, P.V. (ed.), Londres, Graham Trotman, 1994, págs. 3 y ss.

EBB, L.: "Flight of Assets from the Jurisdiction in the Twinkling of a Telex: Pre and Post Award Conservatory Relief in International Commercial Arbitration", *Jour. Int. Arb.*, 1990, págs. 9 y ss.

ESPINOSA CALABUIG, R.: "Nuevas perspectivas para el arbitraje en Europa", Ponencia presentada en el Fórum Brasil-Europa 2002, del 21 al 23 de noviembre de 2002, Florianópolis (Brasil).

ESPLUGUES MOTA, C.: "Reflexiones en torno a una frustración: el título IX de la nueva Ley española de arbitraje relativo a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros", *R.C.E.A.*, 1988-89, págs. 143-170.

ESPLUGUES MOTA, C.: "Zehn Jahre Schiedsgerichtsbarkeitsgesetz in Spanien", *ZZP Int*, vol. 4, 1999, págs. 67-94.

ESPLUGUES MOTA, C.: "El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional", *Cuadernos de Derecho judicial (I): Problemas*

*actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Madrid, C.G.P.J., 1997, págs. 13-58.

ESPLUGUES MOTA, C.: “El Derecho internacional privado y la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000”, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, vol. 37, 2001, págs. 279-318.

## F

FAZZALARI, E.: “La riforma dell’arbitrato”, *Rev. Arb.*, 1994, págs. 1 y ss.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international”, *R. des C.*, 2001, tomo 290, págs. 13-224.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “La situación del arbitraje comercial en España: Perspectivas de futuro”, *R.C.E.A.*, 1986, págs. 29-52.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - ARTUCH IRIBERRI, E.: “Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de arbitraje, de 5 de diciembre, presentada por la Corte Española de Arbitraje”, *R.C.E.A.*, 1997, págs. 303-357.

FOUCHARD, Ph.: “Les institutions permanentes d’arbitrage devant le juge étatique (À propos d’une jurisprudence récente)”, *Rev. Arb.*, 1987, nº 3, págs. 191-225.

FOUCHARD, Ph.: “La coopération du Président du tribunal de grande instance à l’arbitrage”, *Rev. Arb.*, 1985, nº1, págs. 5 y ss.

FOUCHARD, Ph.: “L’arbitrage international devant les juridictions nationales, droit français”, *Rev. Dr. Int. Dr. Comp.*, 1989, págs. 627 y ss.

FOUCHARD, Ph.: *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.

FOUCHARD, Ph.: "Quand un arbitrage est-il international?", *Rev. Arb.*, 1970, págs. 60 y ss.

FOUCHARD, Ph.: "La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York", *Rev. Arb.*, 1990, págs. 570 y ss.

FOUCHARD, Ph.: "Nota" a la Sentencia del Tribunal de Casación francés de 28 de junio de 1983, *Rev. Arb.*, 1989, págs. 653 y ss.

FOUCHARD, Ph. – GAILLARD, E. - GOLDMAN, B.: *International Commercial Arbitration*, Londres, Kluwer Law International, 1999.

FRANCHINI, J.D.: "International Arbitration Under the UNCITRAL Arbitration Rules: a Contractual Provision for Improvement", *Fordham Law Rev.*, 1987, vol. 62, págs. 2239 y ss.

FRIEDLAND, P.D.: "Provisional Measures and I.S.C.I.D. Arbitration", *Arb. Int.*, 1986, nº 4, págs. 335 y ss.

FUENTES CAMACHO, V.: *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Madrid, Eurolex, 1996.

## G

GAILLARD, E.: "Arbitrage commercial international-Intervention du juge étatique", 10, *Jur.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-8-2, nº 131-164, 1991.

GAILLARD, E.: "Nota" a la decisión del Tribunal de Casación francés de 18 de noviembre de 1986, *J.D.I.*, 1987, págs. 125 y ss.

GAILLARD, E.: *Jur.-Cl. Dr. Int.*, fascículo 586-8-2, nº 151.

- GAILLARD, E. - GOLDMAN, B.: *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw/Hill, 1996.
- GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Medidas cautelares en el proceso civil extranjero (art. 24 del Convenio de Bruselas)*, Granada, Comares, 1998.
- GASCÓN INCHAUSTI, F.: "Nuevo marco para la adopción de medidas cautelares en el arbitraje internacional: La sentencia Van Uden del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *La Ley*, 1999, vol. 3, págs. 2044-2045.
- GAUDEMET TALLON, H.: "Nota" a la Sentencia del T.J.C.E., de 17 de noviembre de 1998, C-391/95, *Van Uden Maritime BV v. Deco-Line y otros*, *Rev. Arb.* 1999, nº 1, págs. 161 y ss.
- GIDE LOYRETTE, N.: *Le droit français de l'arbitrage*, París, Joly, 1983.
- GIVERDON, C.: "Les référés", *Jur.-Cl. Proc. Civ.*, fasc. nº 233 y ss.
- GOLDMAN, B.: "The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective", en *60 Years of I.C.C. Arbitration. A Look at the Future*, París, Litec, 1984, págs. 276 y ss.
- GOLDMAN, B.: "Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international", XI Colloque des Instituts d'Études judiciaires, *Rev. Arb.*, 1980, págs. 323 y ss.
- GOLDMAN, B.: *Jur.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-5-1, nº 99. Fasc. 586-5-2, nº 77.
- GOLDMAN, C.: "Mesures provisoires et arbitrage international", *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1993, nº. 1, págs. 3-26.

- GÓMEZ DE LIAÑO, F.: “Comentario al artículo 11”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, págs. 174 y ss.
- GÓMEZ JENE, M. – GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Arbitraje, medidas cautelares y Convenio de Bruselas: a propósito de la sentencia *Van Uden v. Deco-Line*”, *Trib. Jus.*, 1999, nº 4, págs. 303-318.
- GÓMEZ JENE, M.: *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: La eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000.
- GONZÁLEZ MONTES, F.: “La excepción de compromiso”, *La Ley*, marzo 1990, págs. 2 y ss.
- GONZÁLEZ SORIA, J.: *La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo arbitral*, Madrid, Cámara de Comercio e Industria, 1988.
- GONZALO QUIROGA, M.: “Globalización, deslocalización y arbitraje privado internacional: utopía o realidad de un orden público transnacional?”, *R.C.E.A.*, 2000-2001, págs. 85-100.
- GOÑI, J.L.: “La revisión judicial del laudo en el arbitraje internacional”, *R.C.E.A.*, 1995, págs. 101-111.
- GROSSEN, J.M.: “Comments and Conclusions”, *Conservatory and Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, *Bull. C.C.I. Special Supplement*, págs. 115 y ss.
- GRUNSKY, W.: *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen, ed., 1988.
- GUNTER, P.: “Enforcement of Arbitral awards, Injunctions and Orders”, *Arb. & Dis. Res. L. Jour.*, 1999, págs. 265-279.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.: *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares, el sistema de medidas cautelares*, Pamplona, Aranzadi, 1974.

## H

- HABSCHEID, W.J.: “La giurisdizione arbitrale della Camera di Commercio Internazionale. Osservazioni sul nuovo Regolamento del 1998”, *Riv. dell'Arb.*, 1998, nº 4, págs. 643-657.
- HABSCHEID, W.J.: “Il nuovo diritto dell'Arbitrato in Germania”, *Riv. dell'Arb.*, 1998, nº 2, págs. 175-189.
- HAUSMANINGER, H.: “The I.C.C. Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure: a Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration?”, *I.S.C.I.D. Rev. For. Inv. Law Jour.*, 1992, págs. 80 y ss.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos internacionales de construcción “llave en mano”*, Granada, Comares, 1999.
- HIGGINS, C.: “Interim measures in transnational maritime arbitration”, *Tul. Law Rev.*, vol. 65, págs. 1522 y ss.
- HOELLERING, M.F.: “Interim Measures and Arbitration: The Situation in the United States”, *Arb. Jour.*, 1992, vols. 46-47, págs. 19 y ss.
- HOELLERING, M.F.: “The Practices and Experience of the American Arbitration Association”, en *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, *Bull. C.C.I. Special Supplement*, 1993, págs. 32 y ss.
- HOLMES, A.: “Pre-award Attachment Under the U.N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, *Vir. Jour. Int. L.*, 1981, vol. 21, págs. 785-804.
- HOLTZMANN, H.M. – NEUHAUS, J.E.: *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Londres, Kluwer Law & Taxation, 1989.

HOLZTMANN, H.M.: "Arbitration and the Courts: Partners in a System of International Justice", *I.C.C.A. VI International Arbitration Congress*, México, 13-16 de marzo de 1978 (Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México 1980), págs. 197 y ss.

## I

IGLESIAS BUHIGUES, J.L. – DESANTES REAL, M.: *La quinta libertad comunitaria: la competencia judicial y la libre circulación de sentencias*, en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, GONZÁLEZ CAMPOS, J. – GARCÍA DEENTERRÍA, E. – MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), Madrid, tecnos, 1986, págs. 711-752.

IRIARTE ANGEL, J.L.: "Algunas notas críticas al proyecto de ley de arbitraje en sus disposiciones referentes al arbitraje comercial internacional", *Estudios de Derecho de arbitraje. Examen crítico de la nueva Ley de arbitraje. I Congreso de Derecho Vasco del arbitraje*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1988, págs. 226 y ss.

## J

JARROSSON, Ch.: "Arbitrage et juridiction", *Rev. Franç. Théor. Jur.*, 1989, págs. 107 y ss.

JARROSSON, Ch.: "Réflexions sur l'imperium", *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, págs.265 y ss.

JARVIN, S.: "Is the Exclusion of Concurrent Courts Jurisdiction Over Consevatory Measures to be Introduced by a Revision of the Convention?", *Jour. Int. Arb.*, vol. 6, 1989, págs. 170 y ss.



JARVIN, S.: "The New 1998 I.C.C. Rules of Arbitration", *Bull. C.C.I.*, *Special Supplement*, noviembre, 1997, págs. 98 y ss.

JARVIN, S.: "Nota" sobre el laudo núm. 3896, de la C.C.I., en *Chambre de Commerce Internationale - Chronique des sentences arbitrales*, *Clunet*, 1983, págs. 918 y ss.

## K

KNOEPFLER, F. – SCHWEIZER, Ph.: "Les mesures provisoires et l'arbitrage", *Rec. Trav. Suis. Arb. Int.*, 1984, págs. 229 y ss.

## L

LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: "Comentario a la Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de 1998", *R.E.D.I.*, 1998, vol. 2, págs. 312-317.

LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: "La cooperación entre jueces y árbitros en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional", *Direito da Integraçao e Relaçoess Internacionais*, *Alca Mercosul*, Fundação Boiteux ed., Florianópolis, Brasil, 2001.

LAVIVE, P.- POUDRET, J.F. - REYMOND, C.: *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Laussane, 1989.

LÉCUYER, - THIEFFRY, : "Examination of I.C.C.'s New Pre-Arbitral Referee Procedure", *World Arb. & Med. Rep.*, vol. 13, 1990.

LÉCUYER, - THIEFFRY, : "The I.C.C. Pre-Arbitral Referee Procedure: An Innovation in Dispute Resolution", *Bull. C.C.I.*, junio 1990, págs. 18 y ss.

LEW, J.D.M.: “Commentary on Interim and Conservatory Measures in I.C.C. Arbitration Cases”, *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, págs. 23 y ss.

LOBLE, S. - MENDELBLAT, M.: “England and Wales”, en *Evidence in International Arbitration Proceedings*, EIJSVOOGEL, P.V. (ed.), Londres, Graham Trotman, 1994, págs. 118 y ss.

LOPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A.: “Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional”, *La Ley, Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5046, de 4 de mayo de 2000, págs. 1 y ss.

LORCA NAVARRETE, A.M.: *Manual de Derecho de Arbitraje. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Madrid, Dykinson, 1997.

LORCA NAVARRETE A.M. – SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Madrid, Dykinson, 1994.

LORCA NAVARRETE, A.M.: *Comentarios a la ley de Arbitraje con formularios y jurisprudencia*, Madrid, Dykinson, 1991.

LUISO, F.P.: “Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del proceso civile”, *Riv. dell'Arb.*, 1991, nº 2, págs. 253 y ss.

## M

MANN, H.: “England Rejects Delocalised Contracts and International Commercial Arbitration”, *Int. Com. Law. Quar.*, 1984, págs. 193 y ss.

- MANN, H.: "State Contracts in International Arbitration", *Brit. Year. Int. L.*, 1967, págs. 25 y ss.
- MARCHAC, G.: "Interim Measures in International Commercial Arbitration under the I.C.C., A.A.A., L.C.I.A., and UNCITRAL Rules", *Am. Rev. Int. Arb.*, vol. 10, nº 1, págs. 128 y ss.
- MARCHAIS, B.: "Mesures provisoires et autonomie de l'arbitrage C.I.R.D.I.", *Dr. Pr. Com. Int.*, 1988, págs. 275 y ss.
- MARQUIS, L.: "La notion d'arbitrage commercial international en droit Québécois", *McG. Law Jour.*, vol. 37, 1992, págs. 462 y ss.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- McDONELL, N.E.: "The Availability of Provisional Relief in International Commercial Arbitration", *Colum. Jour. Trans. Law*, vol. 22, 1983-1984, págs. 272 y ss.
- MERKT, O.: *Les mesures provisoires en droit international privé. Études Suisses de Droit International*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993.
- MERKT, O.: *Rev. Suis. Dr. Int. Dr. Eur.*, 1991, nº 3, págs. 372 y ss.
- MONTERO AROCA, J. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Civitas, 1989.
- MOREAU, J.: "L'intervention du tribunal au cours de la procedure arbitrale en Droit française et Droit comparé", *Rev. Arb.*, 1978, págs. 323-340.
- MUÑOZ ROJAS, F.: "Una introducción a la nueva Ley española de arbitraje", *Comentario breve a la Ley de arbitraje*, A.M<sup>a</sup>, LORCA NAVARRETE (coord.), San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1989, págs. 11 y ss.

MUÑOZ SABATÉ, L.: “Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral”, *Rev. Jur. Cat.*, 1991, págs. 729-735.

MUÑOZ SABATÉ, L.: “Medidas cautelares en el arbitraje a la luz de la máxima *inclusio unius, exclusio alterius*”, *Rev. Jur. Cat.*, 1996, págs. 199 y ss.

MUÑOZ SABATÉ, L.: “Embargo preventivo y proceso arbitral. Comentario al auto de 12 de marzo de 1993 del juzgado nº 17 de Madrid, en relación con un proceso seguido ante el Tribunal Arbitral de Barcelona”, *Rev. Jur. Cat.*, 1993, págs. 803 y ss.

MUSTILL, V.M.: “Comments and Conclusions”, en *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, *Bull. C.C.I. Special Supplement*, 1993, págs. 118 y ss.

## N

NORMAND, M.: “Arbitrage et référé provision”, *Jurisprudence française, Rev. Tr. Dr. Civ.*, 1985, págs. 208 y ss.

## O

OPPETIT, B.: “Sur le concept d’arbitrage”, en *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, París, Litec, 1987, págs. 66 y ss.

ORTELLS RAMOS, M.: “Comentario al art. 50 L.A.”, en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, MONTERO AROCA, J. (dir.), Madrid, Civitas, 1990, págs. 254-259.

ORREGO VICUÑA, F.: "The binding nature of procedural orders in international arbitration", *Bull. C.C.I.*, vol. 10, nº 1, primavera 1999, págs. 40-50.

OYRE, T.: "The Power of an Arbitrator to Grant Interim Relief Under the Arbitration Act 1996", *Arbitration*, mayo, 1999, págs. 114 y ss.

## P

PALAO MORENO, G.: "Comentario a la Ley brasileña de arbitraje", *R.C.E.A.*, 1997, págs. 390-395.

PANCHAUD, A.: "Le siège de l'arbitrage international de droit privé", *Rev. Arb.*, 1966, págs. 2 y ss.

PARRA, M.: "Mesures conservatoires et provisoires dans l'arbitrage international. L'expérience du C.I.R.D.I.", *Rapport au neuvième colloque C.C.I./A.A.A./C.I.R.D.I. sur l'arbitrage international*, págs. 36-49.

PARK, W.: "The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration", *Int. Com. Law. Quar.*, 1983, págs. 21 y ss.

PARODI, P.G.: "Interim Measures in Respect to Arbitration in the Construction Business", *I.C.C.A. Stockholm Arbitration Congress 1990, Working Group II*, Kluwer, 1990, págs. 486 y ss.

PAULSSON, W.: "A Better Mousetrap: 1990 I.C.C. Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure", *Int. Bus. Law.*, mayo 1990, págs. 214 y ss.

PETTINATO, C.: "Comentario a la Sentencia del T.J.C.E. de 17 de noviembre de 1998, en el asunto C-391/95, *Van Uden Maritime BV v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*", *Riv. dell'Arb.*, 1999, vol. 2, págs. 313-333.

- PEW, C.E. – JARVIS, R.M.: “Pre-award Attachment in International Arbitration: the Law in New York”, *Jour. Int. Arb.*, 1990, págs. 33 y ss.
- PERROT, R.: “Les procédures présidentielles: Référé et requête”, *Droit Judiciaire Privé*.
- PERROT, R.: “Mesures conservatoires et arbitrage”, *Rev. Tr. Dr. Civ.*, 1989, págs. 1624 y ss.
- PLUYETTE, G.: “Colloque sur les institutions permanentes d’arbitrage: le point de vue du juge”, *Rev. Arb.*, 1990, págs. 353 y ss.
- PLUYETTE, G.: “A French Perspective of the Role of the Courts and Problems Related to the Execution of Conservatory and Provisional Measures”, en *Conservatory and Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, *Bull. C.C.I., Special Supplement*, 1993, págs. 72 y ss.
- POCH SERRATS, F.: “Las medidas cautelares en el arbitraje”, Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació Catalana per a l’Arbitratge, Butlletí nº 7, págs. 54 y ss.
- POUDRET, J.F.: *Les mesures provisoires en droit international privé*, Zurich, Schulthess, 1993.
- PUNZI, C.: *Disegno sistematico dell’arbitrato*, Padova, CEDAM, 2000.
- PUNZI, C.: “I principi generalli della nuova normativa sull’arbitrato”, *Riv. Dir. Proc.*, vol. XLIX, 1994, págs. 331-351.

## Q

- QUAKRAT, Ph.: “L’arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude générale”, *Dr. Pr. Com. Int.*, 1988, nº 2, págs. 239 y ss.

## R

- RAMOS MÉNDEZ, F.: “Arbitrage international et mesures conservatoires”, *Rev. Arb.*, 1985, nº 1, págs. 51 y ss.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: “Arbitraje internacional y medidas cautelares”, en *Arbitraje y proceso internacional*, Barcelona, Bosch, 1987, págs. 185-195.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: “La nuova disciplina dell’arbitrato in Spagna”, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1990, págs. 248 y ss.
- RECCHIA, G.: “La nuova legge sull’arbitrato e le esperienze straniere”, *Rev. Arb.*, 1994, págs. 39 y ss.
- REDFERN, A. - HUNTER, M.: *Droit et pratique de l’arbitrage commercial international*, 2ª ed., París, LGDJ, 1994.
- REDFERN, A. – HUNTER, M.: *International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 2ª ed., 1991.
- REDFERN, A.: “Arbitration and the Courts: Interim Measures of Protection, is the Tide About to Turn?”, *Tex. Int. Law Jour.*, vol. 30, 1995, págs. 71-88.
- REIG FABADO, I. - LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: “Novedades en la resolución extrajudicial de controversias en los contratos internacionales de ingeniería (de la función cuasi-arbitral del ingeniero a una modalidad de A.D.R.: El Dispute Adjudication Board. Las cláusulas 67 y 20 del libro rojo de la F.I.D.I.C.)”, *R.C.E.A.*, 2000-2001, págs. 317-345.

REINER, A.: “Les mesures provisoires et conservatoires et l’arbitrage international, notamment l’arbitrage C.C.I.”, *J.D.I.*, 1998, nº 4, págs. 853-904.

REINER, A.: “Le Règlement d’arbitrage de la C.C.I. version 1998”, *Rev. Arb.* 1999, vol. 25, págs. 38 y ss.

REQUEJO PAGES, A.: “La nueva configuración del Arbitraje en España (Consideraciones en torno al Título I de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre)”, *R.C.E.A.*, vol. V, 1988-89, págs. 53 y ss.

REQUEJO ISIDRO, M.: “Sobre tutela cautelar y provisional y el arbitraje en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (Comentario a la S.T.J.C.E. –Pleno- de 17 de noviembre de 1998: Asunto C-391/95, Van Uden/Deco Line)”, *R.C.E.A.*, 1998, págs. 85-98.

REYMOND, C.: “La nouvelle loi suisse et le droit de l’arbitrage international. Réflexions de droit comparé”, *Rev. Arb.*, 1989, págs. 404 y ss.

ROCA AYMAR, J.L.: “Las medidas cautelares en materia de arbitraje internacional: su eficacia según la Ley española”, *R.C.E.A.*, 1994, págs. 99-110.

RUHLMANN, F. – GUTKES, O.: “France”, en *Evidence in International Arbitration Proceedings*, EIJSVOOGEL, P.V. (ed.), Londres, Graham Trotman, 1994, págs. 135 y ss.

## S



- SAMORÌ, en CARPI-COLESANTI-TARTUFFO, *Comentario breve al Codice di Procedura Civile*, 3ª ed., Padova, CEDAM, 1994.
- SAMUEL, A.: *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss and West German Law*, Zurich, Schulthess Polygraphischeer Verlag, 1989.
- SCHAEFER, J.K.: "New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared", *Elec. Jour. Comp. Law.*, 1998, págs. 20 y ss.
- SCHWARTZ, E.: "The Practices and Experience of the I.C.C. Court", en *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, *Bull. C.C.I., Special Supplement*, 1993, págs. 45-64.
- SCHWARTZ, E. - JURGEN, M.: "Provisional Remedies in International Arbitration, Part II: Perspectives from the I.C.C. and Germany", *Wor. Arb. & Med. Rep.*, 1995, págs. 52 y ss.
- SCHWARTZ, E.: *Rapport au neuvième colloque C.C.I./A.A.A./C.I.R.D.I. sur l'arbitrage international*.
- SCHLOSSER, P.: "The Competence of Arbitrators and of Courts", *Arb. Int.*, 1992, págs. 189-204.
- SCHLOSSER, P.: "The Brussels Convention and Arbitration", *Riv. Dir. Int. Pr. Proc.*, 1989, págs. 545-562.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Teoría general de las medidas cautelares. Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1974.
- SHENTON, D.W.: "Reports on England", *Int. Bus. Law.*, marzo, 1984, págs. 101 y ss.
- SMIT, H.: "Provisional Relief in International Arbitration: the I.C.C. Rules and Other Proposed Rules", *Am. Rev. Int. Arb.*, 1991, págs. 388 y ss.

STALEV, Z.: "Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration", en *International Arbitration in a Changing World*, JAN VAN DEN BERG, A. (ed.), Países Bajos, Kluwer, 1994, págs. 105 y ss.

STEWART MACCLEDON, J. – EVERARD GOODMAN, R.: *International Commercial Arbitration in New York*, Nueva York, Transnational Publishers, 1986.

## T

TANDEAU, M.: "Le référé français et l'arbitrage international", *Gaz. Pal.*, 1984, nº 2, págs. 375 y ss.

TANDEAU M.: "Une innovation importante: le référé pré-arbitral de la C.C.I.", *Bull. C.C.I.*, junio 1990, págs. 19 y ss.

TOMMASEO, F.: "*Lex fori* e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale", *Riv. dell'Arb.*, 1999, vol. 1, págs. 9 y ss.

## V

VALLS GOMBAU, J.F.: "Las medidas cautelares reguladas en las Leyes especiales", *Cuadernos de Derecho Judicial*, C.G.P.J., 1993, págs. 410 y ss.

VAN HOUTTE, H.: "Provisional Measures in Arbitration", en VOSKUIL, CCA - WADE, J.A. (ed.): *Essays on the Law of International Trade. International Obligations. Choice of Law. Provisional Measures in Arbitration*, Países Bajos, Maklu publishers, 1991, págs. 134 y ss.

VAN DEN BERG, A.: "The New 1998 I.C.C. Rules of Arbitration", *Bull. C.C.I., Special Supplement*, noviembre 1997, págs. 111 y ss.

VAN DEN BERG, A.: *The New York Arbitration Convention of 1958*, Países Bajos, Kluwer, 1981.

VAN DEN BERG, A.: "Court Decissions on the 1958 New York Convention", *Year. Com. Arb.*, 1987, vol. XII, págs. 443 y ss.

VARADY, T.: "Provisional Measures in International Commercial Arbitration", en VOSKUIL, CCA - WADE, J.A. (ed.): *Essays on the Law of International Trade. International obligations. Choice of Law. Provisional Measures in Arbitration*, Países Bajos, Maklu publishers, 1991, págs. 149 y ss.

VARADY, T. – BARCELÓ, J. – VON MEHREN, A.: *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, U.S.A., West Group, 1999.

VOSKUIL, CCA.: "The Taking of Provisional Measures in Arbitration", en VOSKUIL, CCA. - WADE, J.A. (ed.): *Essays on the Law of International Trade. International obligations. Choice of Law. Provisional Measures in Arbitration*, Países Bajos, Maklu publishers, 1991, págs. 107-131.

## W

WAGONER, D.: "Interim relief in International Arbitration: Enforcement is a Substantial Problem", *Disp. Res. Jour.*, octubre, 1996, vol. 51, págs. 68 y ss.

WERNER, J.: "Should the New York Convention be Revised to Provide for Court Intervention in Arbitral Proceedings?", *Jour. Int. Arb.*, vol. 6, nº 3, 1989, págs. 113-120.

## Y

YESILIRMAK, A.: "Interim and Conservatory Measures in I.C.C. Arbitral Practice", *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, págs. 31 y ss.

## Z

ZAMORA CABOT, F.: "La jurisprudencia inglesa 'Mareva': una solución moderna al embargo preventivo", *Rev. Der. Proc. Iber.*, abril-septiembre, núms. II-III, 1983, págs. 401-417.

ZHIVKO, S.: "Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration", *en International Arbitration in a Changing World*, Bahrain, 14-16 de febrero de 1993, *I.C.C.A. Congress Series*, nº 6, JAN VAN DEN BERG, (ed.), págs. 178 y ss.

## **DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS -UNCITRAL-**

A/CN.9/WG.II/WP.107, de 17 de enero de 2000, 32º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Viena, de 20 a 31 de marzo de 2000.

A/CN.9/WG.II/WP.108, de 14 de enero de 2000, 32º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Nueva York, de 20 de marzo a 31 de marzo de 2000.

A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, de 26 de enero de 2000, 32º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Viena, de 20 a 31 de marzo de 2000.

A/CN.9/468, de 10 de abril de 2000, 33º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Nueva York, de 12 de junio a 7 de julio de 2000.

A/CN.9/481, de 10 de abril de 2000, 33º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Nueva York, de 12 de junio a 7 de julio 2000.

A/CN.9/WG.II/WP.110, de 22 de septiembre de 2000, 33º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Viena, de 20 de noviembre a 1 de diciembre de 2000.

A/CN.9/WG.II/WP.111, de 30 de octubre de 2000, 33º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho

Mercantil Internacional, celebrado en Viena, de 20 de noviembre a 1 de diciembre de 2000.

A/CN.9/WG.II/WP.113, de 23 de marzo de 2001, 34º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Nueva York, de 21 de mayo a 1 de junio de 2001.

A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1/Corr.1, de 9 de abril de 2001, 34º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Nueva York, de 21 de mayo a 1 de junio de 2000.

A/CN.9/487, de 15 de junio de 2001, 34º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Viena, de 25 de junio a 13 de julio de 2001.

A/CN.9/WG.II/WP.119, de 30 de enero de 2002, 36º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Nueva York, del 4 a 8 de marzo de 2002.

A/CN.9/508, de 12 de abril de 2002, 35º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Nueva York, de 17 a 28 de junio de 2002.

A/CN.9/WG.II/WP.121, de 24 de septiembre de 2002, 37º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Viena, de 7 a 11 de octubre de 2002.

A/CN.9/523, de 11 de noviembre de 2002, 36º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Informe del grupo de trabajo sobre arbitraje acerca de la labor realizada en su 37º período de sesiones.

## JURISPRUDENCIA

### I. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Sent. TC, de 7 de febrero de 1989, *El Derecho*, 15/1989.

Auto AP de Barcelona (sección 12ª), de 2 de septiembre de 1990, en *R.G.D.*, 1991, págs. 1824-1829.

Sent. TC, de 22 de marzo de 1991, *El Derecho*, 62/1991.

Sent. AP de Oviedo (sección 5ª), de 28 de abril de 1992, *R.J. de Asturias*, 1993, nº 16, págs. 397-399 y en la *R.E.D.I.*

Sent. TS, de 14 de mayo de 1992, *R.A.J.*, 1992, págs. 5458-5460.

Auto AP de Cádiz, de 12 de junio de 1992, *R.C.E.A.*, 1992, págs. 221-224, con nota de S. Barona Volar, págs. 224-230 y *R.E.D.I.* 1994, págs. 391-393, con nota de E. Artuch Iriberry, págs. 393-395. (10 y 11), *Rev. Vas. Der. Priv. Arb.*, nº 3, 1993, pág. 432, 433.

Auto AP de Barcelona (sección 16ª), de 21 de julio de 1992, *R.G.D.*, 1993, nº 582, págs. 21340-21341.

Auto AP de Oviedo (sección 5ª), de 19 de febrero de 1993.

Sent. TS, de 18 de febrero de 1993, *C.C.J.C.*, Vol. 32, 1993, abril/agosto, *Jurisprudencia*, págs. 459-471 y comentario de E. Artuch Iriberry.

Sent. TC, 288/1993, de 20 de julio de 1993.

Auto AP de Barcelona (sección 16), de 25 de enero de 1994.



Auto AP de Barcelona (sección 16ª), de 25 de noviembre de 1994, *R.G.D.*, 1995, nº 605, págs. 5702-5703 y *R.C.E.A.*, 1995, págs. 289-292, con la nota de S. Barona Vilar.

Auto AP de Barcelona, de 25 de noviembre de 1994, *Rev. Vas. Der. Pr. Arb.*, 1, 1996, págs. 313 y 314.

Sent. TC, de 23 de noviembre de 1995, *El Derecho*, 174/1995.

Sent. TC, de 11 de noviembre de 1996, *El Derecho*, Rec. 176/1996, (B.O.E. 17-12-96 núm. 303, suplemento).

Auto JPI núm. 69 de Madrid, de 28 de junio de 1999, *inédito*, comentario de E. Artuch Iriberry, *R.C.E.A.*, pág. 149-153.

Auto TS (Sala de lo Civil), de 9 de octubre de 2001, *R.A.J.*, núm. 9419, extracto publicado en *R.E.D.I.*, 2002, núm. 1, págs. 441-445, nota de E. Artuch Iriberry.

## II. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

### ALEMANIA

Sent. TC Alemán -the Bundesssverfassungsger-, BverfGE 57, 1999, págs. 346-359.

Sent. TS Alemán, de 4 de abril de 1958, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1958, pág. 1148.

## **BÉLGICA**

Sent. Tribunal de Antwerp, de 27 de septiembre de 1985, *RW* (1987-88), pág. 290.

## **CHINA**

Sent. JPI de Hong Kong (H.K.C.), de 1998, en el asunto *Leviathan Shipping Co. Ltd. v. Sky Sailing Overseas Ltd.*

## **ESTADOS UNIDOS**

*United States Court of Appeals, 3<sup>rd</sup> Circuit*, de 1974, en el asunto *McCreary Tire & Rubber Co. v. CEAT*, 501 F. 2d 1038.

*United States District Court for the Southern District of New York (S.D.N.Y.)*, de 2 de mayo de 1975, en el asunto *Metropolitan World Tanquer Corp. v. P.N. Pertamina Minjakdangas Bumi National*

*United States District Court for the Southern District of New York (S.D.N.Y.)*, de 23 de septiembre de 1977, en el asunto *Andros Compania Maritima, S.A. v. Andre & Cie, S.A.*, 430 F. Supp.

*United States District Court Northern District of California (N.D.C.)*, de 30 de noviembre de 1977, en el asunto *Carolina Power & Light Company v. Uranex*, 451 F. Supp. 1044, 1977.

*United States District Court for the Southern District of New York (S.D.N.Y.)*, de 16 de junio de 1978, en el asunto *Compañía Navegación y Financiera Bosnia v. National Unity Marine Salvage Corp.*, 457 F. Supp.1013.

*United States District Court for the Southern District of New York (S.D.N.Y.)*, de 1978, en el asunto *Paramount Carriers Corp. v. Cook Industries, Inc.*, 465 F. Supp. 599, 602.

*United States Court of Appeals, Forth Circuit*, de 1981, asunto *I.T.A.D. Assoc. v. Podar Bros.*, 636 F. 2d, 75, 76.

*United States District Court, Southern District of New York (S.D.N.Y.)*, de 1982, Asunto *Cooper v. Ateliers de la Motobecane S.A.*, 456 2d 728.

*United States Court of Appeals, First Circuit*, de 1982, Asunto *Ledee v. Ceramiche Ragno*, 684 F. 2d 184.

*United States Court of Appeals, Second District*, de 1982, Asunto *Sperry International v. Government of Israel*, 689, F. 2d. 301, 304.

*United States Court of Appeals, Seventh Circuit*, en el asunto *Sauer-Getriebe KG v. White Hydraulics, Inc.*, 715 F. 2d. 348.

*United States District Court, Eastern District of Washington*, de 1984, en el asunto *Matrenord, S.A. v. Zokor International Ltd.*, N° 84-1639, ship.

*United States District Court, Southern District of New York (S.D.N.Y.)*, de 1984, en el asunto *Rogers, Burgun, Shahine & Deschler, Inc. v. Dongson Constr. Co.*, 598 F. Supp. 754.

*United States Court of Appeals, Second Circuit*, de 1984, en el asunto *Roso-Lino Beverage Distrib., Inc. v. Coca-cola Bottling Co. de Nueva York*, 749 F.2d, 124, 125.

*United States Court of Appeals, 8<sup>th</sup> Circuit*, de 1984, en el asunto *Merril Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Hovey*, 726 F.2d, 1286.

*United States District Court, Eastern District of Mo.*, de 1985, en el asunto *McDonnell Douglas Corp. v. Kingdom of Denmark*, 607, F. Supp. 1016.

*United States Court of Appeals, 9<sup>th</sup> Circuit*, de 1988, en el asunto *PMS Distrib. Co. v. Huber & Shuner, A.G.*, 863, F. 2d., 639

Sent. TS de Nueva York, de junio de 1988, Apellate Division, en el asunto *Drexel Burnham Lambert Inc. v. Heinz Ruebsamen, Jr. And Werner Ruebsamen*, en *Mealey Int. Arb. Rep.*, 1988, pág. 17.

*United States Court of Appeals, 5<sup>th</sup> Circuit*, de 1989, en el asunto *E.A.S.T., Inc. Of Stamford, Conn. v. M/V ALAIA*, 876 F. 2d, 1168.

*United States District Court, Nothern District*, de 1989, en el asunto *Marchetto v. DeKalb Genetics Corp.*, 711 F. Supp. 936, 937.

*United States District Court, Eastern District of New York (E.D.N.Y.)*, de 1989, en el asunto *Astor Chocolate Corp. v. Mikroverk*, 704 F. Supp., 30, 35.

*United States District Court, Nothern District of Tennessee*, de 1990, en el asunto *Tennessee Imports, Inc. v. Filippi*, 745, F. Supp. 1314.

*United States Court of Appeals, 2<sup>nd</sup> Circuit*, de 1990, en el asunto *Borden, Inc. v. Meiji Milk Prods. Co.*, 919, F. 2d, 822, 825-826.

*United States Court of Appeals, Second Circuit*, de 1990, en el asunto *Menthal v. Merrill Lynch*, 910 F. 2d 1049.

Asunto *Castelan v. M/V/ Mercantil Parati* No. 91-1351, 1991 U.S. District LEXIS 6472.

*United States Court of Appeals, 2<sup>nd</sup> Circuit*, de 1991, en el asunto *David L. Threlked & Co. v. Metallgesellschaft Ltd.*, 923, F. 2d, 245, 253, nº 2.

Asunto *Anaconda v. American Sugar Refining Co.*, 322 US, 42, 1944

## FRANCIA

*Cour de Cassation* (2<sup>a</sup> Ch. Civ.), de 3 de julio de 1951, *Rev. Trim. Der. Civ.*, 1952, pág. 99.

*Cour de Cassation* (3<sup>a</sup> Ch. Civ.), de 7 de junio de 1979, en el asunto *Société d'exploitation du cinema REX v. Société Rex*, *Rev. Arb.*, 1980, pág. 78, *Bull. Civ.* 1980, III, pág. 93

*Cour de Cassation* (3<sup>a</sup> Ch. Civ.), de 9 de julio de 1979, en el asunto *Société civile Immobilière La Lagune v. Sar Sercif*, *Rev. Arb.*, 1980, pág. 78.

*Cour de Cassation* (3<sup>a</sup> Ch. Civ.), de 20 de diciembre de 1982, en el asunto *Société Immobilière Le Panorama v. Société Immobilière et Mobilière du Tertre*, en *Bull. Arr. C. Cass.*, Troisième section civile, pág. 195.

*Cour de Cassation*, (1<sup>a</sup> Ch. Civ.), de 28 de junio de 1983, *Rev. Arb.*, 1989, pág. 653.

*Cour de Cassation*, (1<sup>a</sup> Ch. Civ.), de 9 de noviembre de 1984, *J.D.I.*, 1986, pág. 1039 y el comentario de E. Loquin.

*Cour de Cassation*, (1<sup>a</sup> Ch. Civ.), de 26 de abril de 1985, *Rev. Arb.* 1985, pág. 311, nota de E. Mezger.

*Cour de Cassation*, (1<sup>a</sup> Ch. Civ.), de 23 de mayo de 1986, *Gaz. Pal.*, 1987, 1er. sem. Somm., n<sup>o</sup> 17.

*Cour de Cassation*, (1<sup>a</sup> Ch. Civ.), de 18 de noviembre de 1986, en el asunto *Atlantic Triton v. República de Guinea*, *J.D.I.*, 1987, pág. 125, en *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1987, págs. 760-764, nota de B. Audit, en *Rev. Arb.* 1987, pág. 315.

*Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 19 de febrero de 1988, en el asunto *Société Firme Peter Biegi v. Société Britania*, *Rev. Arb.*, 1990, págs. 657-658.

*Cour d'Appel de Paris*, de 4 de marzo de 1988, en el asunto "*Atlantic Triton v. République de Guinée*", *Rev. Arb.*, 1988, nota de Ph. Fouchard.

*Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 8 de marzo de 1988, *Bull. Cic.* 1988, I, pág. 43, nº 65.

*Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 10 de mayo de 1988, *Rev. Arb.* 1989, pág. 51, nota de J.-L. Goutal.

*Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 8 de diciembre de 1988, en el asunto *Société Chantiers Modernes v. Société Le Concassage Mobile Georges Cachot*, *Rev. Arb.* 1989, págs. 111-112, nota de J. Pellerin.

*Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 14 de marzo de 1989, en el asunto *Société Murgue Seigle v. Société Coflexip*, *Rev. Arb.*, 1991, pág. 335, nota de J.-H Moitry y C. Vergne.

*Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 20 de marzo de 1989, *Rev. Arb.*, 1989, pág. 494.

*Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 19 de enero de 1990, en el asunto *Société Immoplan v. Société Mercure*, *Rev. Arb.* 1991, pág. 125, nota de J.-H Moitry y C. Vergne.

*Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 26 de enero de 1990, en el asunto *Société Boccard v. S.A.R.L. Stapem y otras*, *Rev. Arb.*, 1991, pág. 125 notas de J.-H Moitry y C. Vergne.

*Cour d'appel de Paris*, de 13 de febrero de 1990, Dalloz-Sirey, 1990, pág. 593, comentario de Peyrard.

*Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 6 de marzo de 1990, en el asunto *Horeva v. Sitas*, *Rev. Arb.* 1991, pág. 137.

*Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 8 de marzo de 1990, en el asunto *Coumet y Ducler v. Société Polar-Rakennusos a Keythio*, *Rev. Arb.* 1990, pág. 678, nota de P. Mayer.

*Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 5 de abril de 1990, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1991, pág. 580, nota de C. Kessedjian.

T.G.I. Paris, 10 de abril de 1990, y Paris de 14 de noviembre de 1991, *Rev. Arb.* 1994, pág. 545, nota de Ph. Fouchard.

*Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 4 de abril de 1992, *Rev. Arb.* 1991, pág. 659, nota de J. Pellerin.

*Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 24 de abril de 1992, *Rev. Arb.* 1992, pág. 598, nota de Ch. Jarrosson.

Cour d'Appel de Paris (1ª Ch. C), de 9 de julio de 1992, en el asunto *Société Norbert Beyrard France c/ République de Côte-d'Ivoire*, *Rev. Arb.* 1994, nº1, págs. 133 y ss.

*Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 25 de noviembre de 1993, *Rev. Arb.* 1994, pág. 730 y el comentario de D. Bureau.

*Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 24 febrero de 1994, *Rev. Arb.* 1995, pág. 275, nota de Y. Gaudemet.

*Cour de Cassation*, (1ª Ch. Civ), de 24 de marzo de 1994, *Rev. Arb.* 1994, pág. 515, nota de Ch. Jarrosson.

## INDIA

*Supreme Court of India, Sentencia de 13 de enero de 1999, en el asunto SUJATA MANOHAR Giudice; B.N. KIRPAL Giudice-Sundaram Finance Ltd. V. N.E.P.C. India Ltd., con el comentario de F. Pietrangeli, Riv. dell'Arb., 2001, vol. 1, págs. 79-97.*

## ITALIA

*Corte di Cassazione, Sent. de 1978, en el asunto Scherk Entreprises A.G. v. Société des Grandes Marques, Year. Com. Arb., 1979, pág. 286.*

## REINO UNIDO

*Court of Appeal de Londres, de 1983, en el asunto Astro Éxito Navegacion S.A. v. Chase Manhattan Bank N.A., Will. Law Rev., 1983, vol. 3, pág. 130.*

*Sent. House of Lords en el asunto Coppée-Lavalin SA/NV v. Ken-Ren Chem. y Fertilizers Ltd., Will. L. Rev., 1994, pág. 631.*

*Sent. Tribunal de Apelación de Londres, de 22 de enero de 1992 en el asunto The Channel Tunnel Group, Ltd. & France Manche v. Balfour Beatty Construction, Ltd. y otros, Lloyd's Mar. & Com. Law Quar., 1992, págs. 310-317.*



### III. JURISPRUDENCIA DEL T.J.C.E.

Sent. T.J.C.E., de 21 de mayo de 1980, Asunto C-125/79, *Denilauer v.*

Sent. T.J.C.E., de 25 de julio de 1991, C-190/89, en el asunto *March Rich & Co. AG v. Società Italiana Impianti PA.*, *Recueil*, 1991, págs. 3855 y 3900.

Sent. T.J.C.E., de 26 de marzo de 1992, en el asunto C-261/90, *Reichert v. Kockler*.

Sent. T.J.C.E. –Pleno-, de 17 de noviembre de 1998, en el asunto C-391/95, *Van Uden Maritime BV v. Deco Line y otros*”, *R.C.E.A.*, 1998, pág. 91; en *Rev. Arb.* 1999, nº1, pág. 151.

### IV. LAUDOS ARBITRALES DE LA C.C.I.

Laudo núm. 2444/1976, en *J.D.I.*, 1977, págs. 932 y ss; en *Recueil des Décisions de Procédure dans l'Arbitrage C.C.I. 1974-1985*, págs. 285-289.

Laudo núm. 3540/1980, el seno de la C.C.I., *J.D.I.*, 1981, pág. 914, en *Recueil des Décisions de Procédure dans l'Arbitrage C.C.I. 1974-1985*, págs. 399-412.

Laudo parcial núm. 3896/1982, de la C.C.I., *J.D.I.*, 1983, págs. 914 y ss; en *Recueil des Décisions de Procédure dans l'Arbitrage C.C.I. 1974-1985*, págs. 481-486, con observaciones de S. Jarvin.

Laudo núm. 3897/1982, de la C.C.I., *inédito*.

Laudo núm. 4156/1983, de la C.C.I., *J.D.I.*, 1984, pág. 937.

Laudo núm. 4126/1984, de la C.C.I., *J.D.I.*, 1984, pág. 934.

Laudo núm. 4415/1984, de la C.C.I., *J.D.I.*, 1984, pág. 530.

Laudo núm. 4591/1984, de la C.C.I., *inédito*.

Laudo parcial núm. 4998/1985, de la C.C.I., *J.D.I.*, 1986, págs. 1139 y ss, nota de S. Jarvin; en *Recueil des Décisions de Procédure dans l'Arbitrage C.C.I. 1986-1990*, págs. 300-302, con observaciones de S. Jarvin.

Laudo núm. 5103/1988, de la C.C.I., *J.D.I.*, 1988, págs. 1207 y ss; en *Recueil des décisions de procédure dans l'arbitrage C.C.I. 1986-1990*, págs. 361-370.

Laudo núm. 5650/1989, *Recueil des Décisions de Procédure dans l'Arbitrage C.C.I. 1991-1995*, págs. 34-40.

Laudo núm. 5721/1990, de la C.C.I., en *J.D.I.*, 1990, pág. 1020.

Laudo parcial núm. 5835/1992, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 8, mayo 1997, pág. 69.

Laudo parcial núm. 6023/1994, de la C.C.I., *inédito*.

Laudo núm. 6503/1990, de la C.C.I., *Recueil des Décisions de Procédure dans l'Arbitrage C.C.I. 1991-1995*, págs. 613-622, con observaciones de Y. Derains.

Laudo parcial núm. 6553/1991, de la C.C.I., *Recueil des Décisions de Procédure dans l'Arbitrage C.C.I. 1991-1995*, págs. 512-525, con observaciones de J.J. Arnaldez.

Laudo parcial núm. 6653/1993, de la C.C.I., *Recueil des Décisions de Procédure dans l'Arbitrage C.C.I. 1991-1995*, págs. 513-525, con observaciones de J.J. Arnaldez.

Laudo núm. 6673/1992, de la C.C.I., *Recueil des Décisions de Procédure dans l'Arbitrage C.C.I. 1991-1995*, págs. 429-435, con observaciones de D. Hascher.

Laudo núm. 6697/1990, de la C.C.I., *inédito*.

Orden cautelar núm. 6401/1991, de la C.C.I., *Recueil des Décisions de Procédure dans l'Arbitrage C.C.I. 1993-1996*, págs. 152-160.

Laudo núm. 6709/1991, de la C.C.I., *Recueil des Décisions de Procédure dans l'Arbitrage C.C.I. 1991-1995*, págs. 435-442, con observaciones de D. Hascher.

Laudo núm. 6998/1992, de la C.C.I., *inédito*.

Laudo núm. 7081/1992, de la C.C.I., *inédito*.

Laudo núm. 7489/1992, de la C.C.I., *J.D.I.*, 1993, pág. 1078.

Laudo núm. 6566/1993, de la C.C.I. en 1993, *inédito*.

Laudo núm. 6632/1993, de la C.C.I., *inédito*.

Laudo núm. 7303/1993, de la C.C.I., *inédito*.

Laudo núm. 7307/1993, de la C.C.I. en 1993, *inédito*.

Laudo núm. 7388/1993, de la C.C.I., *inédito*.

Orden cautelar dictada en un procedimiento arbitral publicada en el *Bulletin A.S.A.*, 1994, pág. 45.

Laudo núm. 7047/1994, de la C.C.I., *Bulletin A.S.A.*, 1995, pág. 301.

Laudo núm. 7589/1994, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera 2000, págs. 60-61.

Laudo núm. 7536/1995, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera 2000, págs. 52-56.

Laudo núm. 7692/1995, de la C.C.I., *inédito*.

Laudo núm. 8223/1995, de la C.C.I., *inédito*.

Laudo núm. 8479/1995, de la C.C.I., *inédito*.

Laudo núm. 4358/1995, de la C.C.I., *J.D.I.*, 1995, pág. 412.

Laudo parcial núm. 8113/1995, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, pág. 65.

Laudo parcial núm. 8786/1996, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, 2000, pág. 81.

Laudo núm. 7289/1996, de la C.C.I., *inédito*.

Laudo núm. 7544/1996, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera 2000, págs. 77-80.

Laudo parcial núm. 7692/1996, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera 2000, págs. 62-63.

Laudo parcial núm. 7828/1996, de la C.C.I., *inédito*.

Laudo núm. 8325/1996, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, págs. 74-75.

Laudo núm. 8670/1996, de la C.C.I., *inédito*.

Laudo parcial núm. 8879/1998, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, págs. 84-91.

Laudo núm. 8887/1997, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, págs. 91-94.

Laudo parcial núm. 8894/1997, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, págs. 94-98.

Laudo núm. 9058/1997, de la C.C.I., *inédito*.

Laudo núm. 9154/1997, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, págs. 98-103.

Laudo núm. 9278/1997, de la C.C.I., *inédito*.

Laudo parcial núm. 9301/1997, de la C.C.I., *inédito*.

Laudo núm. 9324/1998, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, págs. 103-104.

Laudo núm. 9593/1998, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, págs. 105-114.

Laudo núm. 9736/1998, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, pág. 115.

Laudo parcial núm. 10040/1999, de la C.C.I., *Bull. C.C.I.*, vol. 11, nº 1, primavera de 2000, págs. 115-116.