

UNIVERSIDAD DE  
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

# **ANALES** de **DERECHO**

## **LAS MEDIDAS CAUTELARES *INAUDITA PARTE* EN EL SISTEMA ARBITRAL ESPAÑOL**

M<sup>a</sup> VICTORIA SÁNCHEZ POS

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal

Universidad de Navarra

**Resumen**

*Texto resumen: En el marco de un procedimiento arbitral, como en el proceso judicial, puede resultar necesaria la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad del laudo arbitral. En ocasiones, además, será conveniente que estas medidas se adopten por el árbitro sin prestar audiencia a la parte agravada cuando concurren razones de suma urgencia o necesidad. Pero la atribución a los árbitros de esta facultad cautelar resulta controvertida esencialmente por dos razones. En primer lugar, porque nuestra Ley de Arbitraje no ha regulado este tipo de medidas. En segundo lugar, por la posible merma de las garantías esenciales de audiencia, contradicción e igualdad que rigen el arbitraje. Partiendo de estas breves premisas, el objetivo de este trabajo es determinar si, en defecto de previsión legal, el árbitro o colegio arbitral ostentan la facultad de acordar medidas cautelares inaudita parte accesorias de un arbitraje – nacional o internacional- desarrollado en nuestro país, así como los presupuestos, requisitos y el procedimiento a que ha de supeditarse su adopción.*

**Palabras clave:** *medida cautelar, arbitraje, tutela cautelar inaudita parte, asistencia judicial,*

***Ex parte interim relief in the spanish arbitration system*****Abstract**

*Abstract: As in the judicial process, it may be necessary during an arbitration to adopt interim measures in order to guarantee the effectiveness of the arbitration award. Sometimes, given extremely urgent needs, it may be deemed convenient to adopt these measures without hearing the counterparty. However, the Spanish Arbitration Act does not confer this power to the arbitrators. In addition to that, it is a controversial issue due to the possible limitation of the fundamental guarantees of due legal process that govern the arbitration. The purpose of this paper is to determine whether, in the absence of legal provision, the arbitrator or arbitral panel has the power to order ex parte interim measures and to analyze the requirements and the procedure that lead to this arbitral decision.*

**Key words:** *interim measure, arbitration, ex parte interim relief, judicial assistance*

**SUMARIO<sup>1</sup>:** I. INTRODUCCIÓN: LA NECESARIA TUTELA CAUTELAR *INAUDITA PARTE* DE LOS DERECHOS EN EL ARBITRAJE. II. LA REGULACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE. 2.1 El reconocimiento de la tutela cautelar en el arbitraje por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y el impulso definitivo de la Ley de Arbitraje de 2003. 2.2 El distanciamiento de los postulados de la Ley Modelo de 2006: la falta de regulación de las medidas cautelares *inaudita parte* en la Ley de Arbitraje. III. A FAVOR DE LAS MEDIDAS CAUTELARES *INAUDITA PARTE*: EXPOSICIÓN DE LA DOCTRINA PATRIA. IV. LOS PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES *INAUDITA PARTE* POR EL ÁRBITRO. V. EL CONTROL ARBITRAL Y JUDICIAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES *INAUDITA PARTE*. VI. CONCLUSIONES.

## **I. INTRODUCCIÓN: LA NECESARIA TUTELA CAUTELAR *INAUDITA PARTE* DE LOS DERECHOS EN EL ARBITRAJE**

Hace ya más de dos décadas, ORTELLS RAMOS<sup>2</sup> ponía de manifiesto cómo por más que el arbitraje pueda ser considerado como un modo de solución más ágil y rápido que el proceso, la inevitable duración del procedimiento arbitral hasta la obtención del laudo y su posible impugnación constituyen, al igual que en el proceso judicial, la oportunidad de que alguna de las partes adopte conductas o realice actos que impidan o dificulten la efectividad del laudo. En efecto, aunque son múltiples las prerrogativas que se reconocen al arbitraje como mecanismo extrajudicial de solución de conflictos en materia de Derecho disponible –entre las más destacadas, la celeridad, la especialización de los árbitros y la privacidad y confidencialidad del procedimiento- no puede obviarse que la institución tiene sus límites y se enfrenta en la actualidad a retos de importante envergadura. A modo de ejemplo, existe una preocupación generalizada por los elevados costes de administración y los honorarios de los árbitros<sup>3</sup>, así como por la creciente

---

\* Este trabajo se enmarca en los Proyectos de Investigación “Propuestas sobre las medidas cautelares en el concurso de acreedores y en el arbitraje nacional e internacional”, financiado por la Fundación Universitaria de Navarra dentro del Plan de Investigación Universidad de Navarra (PIUNA 2015-2017); y “Proceso, métodos complementarios o alternativos y nuevas tecnologías para una justicia más garantista: los retos pendientes en la tutela jurisdiccional”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2017-86575-R).

<sup>2</sup> ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español* (con CALDERÓN CUADRADO, P.), Editorial Comares, Granada 1996, p. 179.

<sup>3</sup> SACHS, K., “Time and money: Cost control and Effective Case management”, *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International 2006

dilación y judicialización de los procedimientos arbitrales<sup>4</sup>. Arbitrajes, por lo demás, de gran complejidad y con un número elevado de partes enfrentadas como consecuencia de la globalización del tráfico jurídico<sup>5</sup>.

En definitiva, también en el marco de un procedimiento arbitral, como en el proceso judicial, podrá ser necesaria la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad del procedimiento y el cumplimiento del laudo arbitral. La conveniencia de la tutela cautelar de los derechos en el arbitraje es, pues, en el momento actual, indiscutible y debe ser considerada un verdadero derecho esencial de las partes enfrentadas. Como en esta dirección expuso FERNÁNDEZ ROZAS<sup>6</sup>, tanto el proceso jurisdiccional como el proceso arbitral deben contar con los mismos instrumentos para la protección del objeto de la controversia. El hecho de que los particulares elijan someter sus controversias a arbitraje no debe suponer ninguna renuncia a la tutela judicial efectiva. De otro modo no podría afirmarse, en nuestra opinión, que el arbitraje constituye ese verdadero “equivalente jurisdiccional”, tal y como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional<sup>7</sup>.

Más problemática resulta, sin embargo, la recepción en nuestro sistema arbitral de las medidas cautelares *inaudita parte*. Con esta denominación de medidas cautelares *inaudita parte* o *ex parte* nos referiremos a lo largo de este trabajo a aquellas medidas que se adoptan por el árbitro sin prestar audiencia a la parte que se verá afectada y cuyo fundamento radica en la necesidad de garantizar la eficacia de aquéllas por razones de especial urgencia, por tener que acudir a los tribunales estatales para instar su ejecución como consecuencia de la falta de poderes de los árbitros<sup>8</sup> o por la propia conducta de la

---

<sup>4</sup> REDFERN, A., HUNTER, J. et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press 2015, pp. 34-37.

<sup>5</sup> Conforme a las estadísticas de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, más del 30% de los arbitrajes administrados en esta institución en el año 2015 fueron arbitrajes multiparte, esto es, con más de dos partes con intereses contrapuestos enfrentadas (cfr. <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-arbitration-posts-strong-growth-in-2015>). Sobre la problemática derivada de este tipo de procesos arbitrales, vid., por todos, HANOTIAU, B., “Complex – Multicontract – Multiparty – Arbitrations”, *Arbitration International*, Kluwer Law International 1998, vol. 4, n° 4.

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Arbitraje y Justicia Cautelar”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, p. 26.

<sup>7</sup> ATC 326/1993, de 28 octubre (RTC 1993,326).

<sup>8</sup> Según señala acertadamente MUNNÉ CATARINA, F., *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Ediciones Experiencia, 2004, p. 132, si bien el árbitro goza de una mayor inmediatez para valorar los presupuestos a los que queda supeditada la adopción de cualquier medida cautelar (el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*), éstas requieren que se acuda a los juzgados para su ejecución, lo que sin duda consumirá más tiempo que si realiza todo ello en sede judicial.

parte afectada, que, al tener conocimiento de la medida, puede actuar sobre los bienes objeto de ésta<sup>9</sup>.

La atribución a los árbitros de la potestad de adoptar este tipo de medidas resulta, decíamos, ciertamente controvertida por diversos motivos. En primer lugar, porque nuestra Ley de Arbitraje de 2003 (en lo que sigue, LA) no ha regulado esta facultad, tampoco con ocasión de su modificación por la Ley 11/2011, de 20 de mayo. El artículo 23 LA, en sede de procedimiento arbitral, no prevé el cauce a seguir para la petición y decisión sobre las medidas cautelares y la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente permite la adopción de medidas cautelares *ex parte* por los órganos jurisdiccionales. Por otro lado, la inclusión de esta figura en los distintos ordenamientos ha resultado polémica por la posible merma del principio del debido proceso y, con él, de las garantías de igualdad, audiencia y contradicción de las partes como consecuencia del contacto del tribunal arbitral solo con una de ellas, lo que permitiría fundar una ulterior anulación del laudo arbitral.

A partir de estas premisas, el objetivo de este trabajo consiste en determinar si, en defecto de previsión legal expresa, el árbitro o colegio arbitral ostentan la facultad de acordar medidas cautelares *inaudita parte* dentro de un arbitraje –nacional o internacional- desarrollado en nuestro país, así como los presupuestos, requisitos y el procedimiento a que ha de supeditarse la adopción de aquéllas sin merma de las garantías de audiencia, igualdad y contradicción de la parte demandada. A tal efecto, abordamos en primer lugar la exposición del marco legal español vigente.

## **II. LA REGULACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE**

### **2.1 El reconocimiento de la tutela cautelar en el arbitraje por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y el impulso definitivo de la Ley de Arbitraje de 2003**

El reconocimiento legal de la posibilidad de acordar medidas cautelares en los procesos arbitrales desarrollados en nuestro país no se produjo hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (en adelante, LEC). Ni la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953 ni la posterior Ley de Arbitraje del año 1988 regularon la posibilidad de que fueran adoptadas medidas cautelares accesorias de un arbitraje para

---

<sup>9</sup> LAPIEDRA ALCAMÍ, R., *Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia 2008, p. 149.

garantizar la efectividad del laudo de condena que pudiera llegar a dictarse, aunque esta última norma sí preveía, en cambio, la facultad de los órganos judiciales de acordar, a instancia de parte, medidas cautelares con posterioridad a la emisión del laudo arbitral cuando se hubiera ejercitado frente al mismo acción de anulación<sup>10</sup>. La falta de una regulación del auxilio cautelar en el arbitraje llamaba poderosamente la atención habida cuenta de la reconocida necesidad de impulsar la institución arbitral en nuestro país<sup>11</sup>; de este modo, España se alejaba de las legislaciones nacionales que comenzaban a incorporar los postulados de la Ley Modelo de la UNCITRAL y de los Convenios y Tratados internacionales que había ratificado previamente<sup>12</sup>. Esta situación desembocó en un profundo debate doctrinal y jurisprudencial descrito ampliamente en algunos trabajos académicos acerca de la facultad de los órganos judiciales –incluso de los árbitros– de acordar medidas cautelares instrumentales de un arbitraje pendiente a pesar de la falta de previsión legal expresa<sup>13</sup>.

El gran impulso de la tutela cautelar en el marco del arbitraje se produciría más de una década después de la mano, como adelantábamos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. En lo esencial y dejando a un lado otros aspectos de su regulación<sup>14</sup>, la norma

---

<sup>10</sup> Se trataba, por tanto, de medidas cautelares concebidas como instrumento para evitar que el condenado recurriese el laudo en anulación con la sola finalidad de postergar su cumplimiento o ejecución, entendiendo la doctrina que a tal fin hubiese sido más conveniente mantener la posibilidad de ejecutar provisionalmente el laudo arbitral regulada en la anterior Ley de Arbitrajes de Derecho Privado 1953. Así, por todos, FONT SERRA, E., “La nueva configuración del Arbitraje en el Derecho español”, *Justicia*, 1989, pp. 380-381.

<sup>11</sup> Al respecto, señalaba MORENO CATENA, V., “Análisis crítico del Proyecto de Ley de Arbitraje”, *Estudios de derecho de Arbitraje*, San Sebastián 1998, p. 201: “el legislador sigue mirando con reticencia al arbitraje: quiere extenderlo porque sabe que la Administración de Justicia se beneficiará al someterse a la resolución de los árbitros muchos conflictos, pero no se ha atrevido a impulsarlo con el vigor necesario”. En esta misma línea, cfr. MUÑOZ SABATÉ, LL., “La recepción del arbitraje por la jurisdicción. Reflexiones para una urgente reforma”, *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1995-nº 5, p. 733, para quien la laguna sobre las medidas cautelares constituía un “verdadero agente expelente del arbitraje”.

<sup>12</sup> Así, la Convención de Ginebra de 1927 para la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras estableció la compatibilidad del acuerdo arbitral con la solicitud de medidas cautelares a los órganos judiciales, opción que después asumirían la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1985 y, con ella, la mayoría de las legislaciones nacionales y reglamentos arbitrales.

<sup>13</sup> Vid. CUCARELLA GALIANA, LL. A., “Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la Jurisprudencia reciente”, *Tribunales de Justicia*, núm. 3-1997, BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en el arbitraje*, Thomson Civitas, Navarra 2006, pp. 130 a 138, LAPIEDRA ALCAMÍ, R., *Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 258 a 266 y MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, Editorial Atelier, 2010, pp. 36 a 48. Incluso a la luz de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953 algún sector de la doctrina había planteado ya esta posibilidad. Así, vid. PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., “Una nueva regulación del Arbitraje”, *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Edersa, Madrid 1964, p. 448.

<sup>14</sup> Fueron extremos discutidos la regulación que se hizo de las de las medidas cautelares anteriores al arbitraje, sobre todo en relación con los procesos arbitrales extranjeros. Sobre estas cuestiones, cfr. MUÑOZ SABATÉ, LL., “Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española”, *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 2-2001, MAGRO SERVET, V., “¿Pueden adoptarse

procesal atribuyó en el artículo 722 la competencia para la adopción de estas medidas a los órganos judiciales, residenciando en ellos, por tanto, las funciones declarativa y ejecutiva de aquéllas. Si bien se consideró, en términos generales, que esta opción del legislador era lógica y razonable habida cuenta de que la ejecución de las medidas cautelares radica necesariamente en los órganos de la justicia ordinaria<sup>15</sup>, parte de la doctrina reclamó la atribución de esta competencia a los árbitros por entender que son quienes se encuentra en una mejor posición para valorar el cumplimiento de los estándares a los que se supedita la adopción de las medidas y ponderar los riesgos para las partes, dado el conocimiento que tienen sobre el fondo de la controversia<sup>16</sup>.

Tres años después, una de las mayores novedades de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje fue, precisamente, la atribución de la facultad de acordar medidas cautelares a los propios árbitros. Según reza el artículo 23 LA, salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Con esta regulación, siguiendo vigentes los postulados del artículo 722 LEC, España instauraba, y así lo señaló expresamente su Exposición de Motivos, el sistema de competencia alternativa y concurrente de los árbitros y de los órganos judiciales en materia cautelar. A este reconocimiento se sumó la previsión del artículo 11 LA, según el cual el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas. En definitiva, la Ley de Arbitraje de 2003 optó por seguir el criterio establecido por la Convención de Ginebra de 1927 y, ulteriormente, por la Ley Modelo de la UNCITRAL de la validez del acuerdo arbitral en aquellos casos en que las partes dirijan la solicitud de medidas cautelares a los órganos judiciales, sin que ello suponga renuncia al arbitraje ni sumisión tácita de la decisión del conflicto a la justicia ordinaria<sup>17</sup>.

---

medidas cautelares en el procedimiento arbitral?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 510-2001 y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Arbitraje y Justicia Cautelar”, *Revista...*, op. cit., 2007.

<sup>15</sup> Al respecto señalaba ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., “Comentario al artículo 722”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coord. CORDÓN MORENO, F. y otros), Editorial Aranzadi, Navarra 2001, p. 664, que este sistema permite evitar la reduplicación del enjuiciamiento sobre la concurrencia de los presupuestos de adopción y sobre la idoneidad o procedencia de la medida acordada por los árbitros y otras dificultades derivadas de su necesaria ejecución por los tribunales.

<sup>16</sup> Cfr., en esta dirección, LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A., “Medidas cautelares en el arbitraje internacional y nacional”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3-2000, p. 15.

<sup>17</sup> Otros aspectos de interés en la regulación de la tutela cautelar por la Ley de Arbitraje de 2003 fueron la posibilidad de instar medidas anticipativas de un proceso arbitral más allá de los supuestos de formalización judicial o de arbitraje institucional (artículos 11 LA y 722 LEC) y la discutida eficacia en nuestro país de

Con este sistema de competencia concurrente nuestro país lograba armonizarse con otras legislaciones estatales y con la práctica del arbitraje comercial internacional, asegurándose, por un lado, la efectividad de la medida cuando exista el riesgo de incumplimiento que obligue a proceder a su ejecución o cuando la medida afecte a terceros que no sean parte del convenio y no estén, en consecuencia, sometidos a la jurisdicción de los árbitros y, por otro lado, haciendo posible la adopción de medidas cautelares con anterioridad al inicio del arbitraje y, por ende, de manera previa a la constitución del tribunal arbitral cuando existan razones de urgencia. Puede afirmarse, en conclusión, que el régimen de competencia compartida por los tribunales judiciales y los árbitros es indispensable para lograr una tutela cautelar efectiva en el arbitraje como consecuencia de la restricción de los poderes del árbitro, quien carece de la potestad necesaria para ejecutar las medidas sobre las que sí tiene jurisdicción –la que le conceden las partes en virtud del convenio arbitral- para adoptar<sup>18</sup>. Como, en esta dirección, expone LAPIEDRA ALCAMÍ<sup>19</sup>, se pone de manifiesto la necesaria complementariedad de las instancias arbitral y judicial, y es precisamente esta cooperación judicial en el arbitraje la que dota de plena eficacia a este mecanismo de resolución de conflictos.

## **2.2 El distanciamiento de los postulados de la Ley Modelo de 2006: la falta de regulación de las medidas cautelares *inaudita parte* en la Ley de Arbitraje**

Centrando nuestra atención en el objeto de este trabajo, la Ley de Arbitraje no ha atribuido a los árbitros la facultad de adoptar medidas cautelares *inaudita parte* cuando existan razones de urgencia o necesidad. Desde luego, su previsión en el año 2003 hubiera resultado sorpresiva, puesto que en aquel tiempo el texto vigente de la Ley Modelo en la que se inspira nuestra norma era el originario de 1985, que se limitaba a instaurar el sistema de jurisdicción concurrente y a establecer el régimen de compatibilidad entre el

---

las medidas cautelares dictadas por un árbitro en el marco de un arbitraje extranjero. Un comentario de estas cuestiones puede consultarse en nuestro anterior trabajo “La tutela cautelar en el Arbitraje –nacional e internacional- desde la perspectiva del ordenamiento español: viejas y nuevas cuestiones discutidas”, y en ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., “Comentario al artículo 722”, *Comentarios...*, op. cit., pp. 748 y 749, ORTIZ PRADILLO, J. C., *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Iustel, Madrid 2006, pp. 87 y 88 y CALVO CARAVACA, A. L., “Medidas cautelares y arbitraje privado internacional”, *Diario la Ley*, núm. 6128, 2004, p. 6.

<sup>18</sup> Sobre este régimen de competencia compartida, vid. MARTINS, S. Y NAVARRO, S., “Las medidas cautelares en el arbitraje. Concurrencia de poderes entre Tribunales estatales y arbitrales”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2014, vol. 7, n° 1, pp. 103 y 104.

<sup>19</sup> LAPIEDRA ALCAMÍ, R., *Medidas Cautelares...*, op. cit., p. 283.



acuerdo arbitral y la petición de asistencia a los tribunales ordinarios al que ya nos hemos referido<sup>20</sup>.

A pesar del generalizado reconocimiento de la relevancia y del impacto que esta Ley Modelo tuvo como instrumento de armonización del arbitraje comercial internacional, fueron diversas las críticas que la doctrina hizo a la escueta regulación de la tutela cautelar; por ejemplo, la falta de concreción del tipo de medidas que los árbitros y los jueces tienen la facultad de adoptar y de los límites a la actuación de los tribunales estatales<sup>21</sup>, así como la omisión de un régimen específico para la ejecución de las medidas cautelares acordadas por el árbitro<sup>22</sup>. La propia UNCITRAL fue pronto consciente de la necesidad de revisar y ajustar su regulación a las exigencias de la práctica del arbitraje y, tras años de trabajo, en diciembre de 2006 aprobó un nuevo texto de la Ley Modelo con una regulación pormenorizada del auxilio cautelar que incorporó las medidas cautelares *ex parte*.

Esta posible adopción de medidas cautelares sin prestar audiencia a la parte obligada por ellas fue objeto de una notable controversia durante los trabajos preparatorios del texto de 2006. Quienes se posicionaron en contra de dotar a los árbitros de esta facultad lo hicieron alegando, entre las principales razones, la posible merma del principio del debido proceso y, con él, de las garantías de igualdad, audiencia y contradicción de las partes como consecuencia del contacto del tribunal arbitral solo con una de ellas, lo que podría fundamentar la ulterior anulación del laudo. Junto con ello, se subrayó la imposibilidad de recurrir la resolución que acuerda la medida, en contraposición con las medidas acordadas en sede judicial, así como el riesgo de que el tribunal arbitral, en el que concurre la competencia para adoptar la medida cautelar y la resolución definitiva del conflicto, prejuzgue el fondo del asunto en un estadio tan inicial

---

<sup>20</sup> La Ley Modelo dedicó los siguientes dos preceptos a la regulación de las medidas cautelares: Artículo 9. *Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal*: No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas; Artículo 17. *Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares*: Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.

<sup>21</sup> Por todos, DONOVAN, D. F., "The allocation of authority between courts and arbitral tribunals to order interim measures: a survey of Jurisdictions, The work of UNCITRAL and a Model proposal", *International Council for Commercial Arbitration: New Horizons for International Commercial Arbitration and Beyond* (VAN DEN BERG, A.), The Hague, Kluwer 2005, p. 207.

<sup>22</sup> HOLTZMANN, H. M., NEUHAUS, J. E., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary*, Kluwer, The Netherlands 1989, p. 531.

del arbitraje<sup>23</sup>. No faltaron, sin embargo, voces que respondieran a estas críticas utilizando como argumento preeminente y definitivo, más allá de otras razones legales, la propia naturaleza del arbitraje como sistema alternativo de solución de conflictos al que las partes se han sometido de manera voluntaria y consensuada con el fin de garantizar la confidencialidad del proceso y la imparcialidad del tribunal, así como para evitar los obstáculos prácticos que plantea la litigación ante tribunales extranjeros. A juicio de este sector de la doctrina, al atribuir a los árbitros la facultad de adoptar medidas cautelares *inaudita parte* lo que se consigue es reforzar la opción voluntaria de excluir la decisión judicial del conflicto<sup>24</sup>.

Atendiendo a la razonabilidad de estos criterios divergentes expuestos por la doctrina, la Ley Modelo supeditó la adopción de las medidas cautelares *ex parte* al cumplimiento de estrictos requisitos y presupuestos que serán comentados más adelante. Ahora solo interesa señalar que nuestra Ley de Arbitraje no ha asumido estos postulados; no pudo hacerlo, según señalábamos antes, en el año 2003, pero dejó pasar la oportunidad de recoger esta regulación con ocasión de la reforma operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje y regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Dentro de los fines esenciales de esta reforma se encontraba el impulso de la institución arbitral y la potenciación de nuestro país como sede de arbitrajes internacionales. Pese a ello, en lo esencial, se mantuvo el régimen de la tutela cautelar de la Ley de Arbitraje de 2003, perdiéndose la oportunidad de plantear la recepción de las medidas cautelares *ex parte*.

### **III. A FAVOR DE LAS MEDIDAS CAUTELARES *INAUDITA PARTE*: EXPOSICIÓN DE LA DOCTRINA PATRIA**

Pese al silencio del legislador sobre la competencia del árbitro para adoptar medidas cautelares *inaudita parte*, gran parte de nuestra doctrina se ha mostrado a favor de atribuirles esta facultad en aras a garantizar la efectividad de las medidas en situaciones excepcionales. Esta posición doctrinal se sustenta en tres fundamentos principales.

---

<sup>23</sup> Cfr. DERAIS, Y. "Arbitral Ex Parte Interim Relief. The View Against. A confirmation that the best may be enemy of the good", *Dispute Resolution Journal*, August/October 2003, pp. 61-63.

<sup>24</sup> Cfr. CASTELLO, J. E., "Arbitral Ex Parte Interim. The View in favor", *Dispute Resolution Journal*, August/October 2003, pp. 60, 65-69.

En primer lugar, se ha defendido que, pese a que la Ley de Enjuiciamiento Civil no es de aplicación a los arbitrajes regidos por la Ley de Arbitraje de 2003, no puede obviarse que la norma procesal excepciona el trámite de la audiencia previa al demandando cuando el solicitante de la medida cautelar así lo solicite al órgano judicial y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia puede comprometer el buen fin de la medida. Al respecto, señala ARIAS LOZANO<sup>25</sup> que si la posibilidad de adoptar este tipo de medidas cautelares ya mereció el juicio positivo del legislador en el ámbito jurisdiccional civil, que aceptó que ello no supondría de forma sistemática la indefensión de la parte afectada, no parece que tenga sentido que los árbitros cuenten con un ámbito de decisión más reducido que los jueces en el seno del procedimiento arbitral. En el mismo sentido, MANTILLA SERRANO<sup>26</sup> ha expresado que, si bien en ausencia de voluntad expresa de las partes la Ley de Enjuiciamiento Civil no tiene vocación alguna de aplicarse al arbitraje, sí es interesante observar que el derecho procesal español admite las medidas *inaudita parte*. De ahí que, a menos que las partes o las normas jurídicas aplicables lo prohíban, el árbitro tendría capacidad para ordenar una medida cautelar sin audiencia de la parte contra la cual se solicita si la urgencia, la eficacia de la misma medida y las circunstancias del caso así lo justifican. También en esta misma dirección, por último, GÓMEZ JENE<sup>27</sup>, para quien, si con carácter general la Ley de Arbitraje concede al colegio arbitral la potestad de adoptar medidas cautelares, carecería de sentido conceder esa competencia concreta al juez en el marco de un arbitraje y negársela al árbitro. Razones obvias de coherencia interna del proceso cautelar aconsejan, concluye el autor, extender esta potestad al árbitro.

Estrechamente vinculado a estas razones, un segundo argumento favorable a la potestad de los árbitros para acordar este tipo de medidas cautelares es su compatibilidad con los principios esenciales del procedimiento arbitral recogidos en el artículo 24 LA. Este precepto constituye un mandato dirigido a los árbitros, quienes deben tratar a las partes con igualdad, dando a cada una de ellas suficientes oportunidades de hacer valer sus derechos. Ello podría, *a priori*, descartar la facultad de los árbitros de acordar una medida cautelar sobre la única base de las alegaciones formuladas por la parte solicitante

---

<sup>25</sup> ARIAS LOZANO, D., “Comentario al artículo 23”, *Comentarios a la ley de Arbitraje de 2003* (coord. ARIAS LOZANO, D.), Thomson- Aranzadi, Pamplona 2005, p. 246.

<sup>26</sup> MANTILLA SERRANO, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid 2005, p. 146.

<sup>27</sup> GÓMEZ JENE, M., *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Editorial Colex, Madrid 2007, p.133.

de la medida. No obstante, buena parte de la doctrina ha entendido que los principios esenciales de igualdad, audiencia y contradicción no se ven mermados cuando la parte afectada por la medida puede oponerse en un momento ulterior<sup>28</sup>. Así, LAPIEDRA ALCAMÍ<sup>29</sup>, quien sostiene 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. Se pretende que los árbitros puedan acordar una orden cautelar sin necesidad de oír a ambas partes para evitar que éste quede frustrada y, en un momento posterior, se le otorgue esta posibilidad con el fin de observar aquellos requisitos procesales. También CUCARELLA GALIANA<sup>30</sup> ha considerado que el régimen de contradicción diferida, que implica ofrecer al sujeto pasivo una oportunidad suficiente para hacer valer sus derechos, es compatible con los postulados del artículo 24 LA y garantiza que la tutela cautelar pueda ser realmente eficaz para garantizar el buen fin del arbitraje. Y, por último, MUNNÉ CATARINA<sup>31</sup> entiende que podrá admitirse que se adopten medidas cautelares *inaudita parte*, siempre que, en última instancia, aunque sea tras adoptar la medida, se respeten los principios de audiencia, contradicción e igualdad de las partes. Este sector doctrinal sigue, en definitiva, la doctrina asentada de nuestro Tribunal Constitucional sobre la contradicción diferida en el ámbito de la tutela cautelar jurisdiccional, habiendo manifestado que “la dilación entre la adopción de la medida y la audiencia y oposición respeta los principios constitucionales de defensa y contradicción, dada la existencia de un equilibrio razonable entre las partes (ATC 186/1983, de 27 de abril), así como que “la pretendida indefensión sufrida por las recurrentes al no haber sido oídas en el proceso en el que se adoptó la medida cautelar no tiene trascendencia constitucional, ya que, al margen de otras consideraciones, desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la defensa, el hecho de haber sido oídas con posterioridad impide considerar que se haya producido una verdadera indefensión material” (STC 218/1994, de 18 de julio (RTC 1994,218)).

---

<sup>28</sup> En el ámbito de la tutela cautelar judicial, nuestro Tribunal Constitucional ya había manifestado que la dilación entre la adopción de la medida y la audiencia y oposición respeta los principios constitucionales de defensa y contradicción, dada la existencia de un equilibrio razonable entre las partes (ATC 186/1983, de 27 de abril), así como que “la pretendida indefensión sufrida por las recurrentes al no haber sido oídas en el proceso en el que se adoptó la medida cautelar no tiene trascendencia constitucional, ya que, al margen de otras consideraciones, desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la defensa, el hecho de haber sido oídas con posterioridad impide considerar que se haya producido una verdadera indefensión material” (STC 218/1994, de 18 de julio (RTC 1994,218)).

<sup>29</sup> LAPIEDRA ALCAMÍ, R., *Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 152 y 153.

<sup>30</sup> CUCARELLA GALIANA, LL., *El procedimiento arbitral...*, op. cit., pp. 332 y 333.

<sup>31</sup> MUNNÉ CATARINA, F., *El arbitraje...*, op. cit., p. 132.

Un tercer y último argumento lo aporta ARANGÜENA FANEGO<sup>32</sup> quien, tras analizar la tramitación parlamentaria del artículo 23 LA, aprecia que, si bien se quiso introducir una mención expresa a la posibilidad de adopción *inaudita parte* de las medidas, se consideró innecesario acoger esta enmienda al darlo por sobreentendido la ley, puesto que, si la regla de la que se parte es que los árbitros gozan de la potestad cautelar salvo acuerdo en contrario de las partes, ha de interpretarse esta prohibición de contrario. Ello lleva a la autora a concluir que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro o árbitros podrán adoptar una medida cautelar *de plano*. Este planteamiento se ve, en nuestra opinión, reforzado si se atiende a la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje cuando, tras indicar la potestad que ostentan los árbitros para adoptar medidas cautelares y la posibilidad de que ésta sea excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral, señala expresamente que la ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar.

Compartiendo los razonamientos que se acaban de exponer, entendemos que, ante el silencio de la Ley de Arbitraje y a salvo de un posible pacto en contrario de las partes, el árbitro ostenta la facultad de adoptar medidas cautelares *inaudita parte* dentro de la competencia genérica cautelar que le atribuye el artículo 23 LA. A tal efecto, pues, no es necesario atender a una eventual voluntad de las partes necesariamente explicitada en el convenio arbitral o en las reglas de la institución arbitral a la que éstas hayan sometido la administración del arbitraje<sup>33</sup>; nuestro sistema procesal contempla este tipo de medidas en el marco del proceso judicial y su validez ha sido refrendada por nuestro Tribunal Constitucional, de ahí que su recepción por el arbitraje no deba generar demasiada polémica. Desde luego, sería deseable que constase el consentimiento de las partes a este tipo de medidas *ex parte* en las reglas por ellas elegidas -y bastaría, a nuestro entender, con el sometimiento a una institución arbitral cuyas normas atribuyan al árbitro esta facultad-, pues se eliminaría de plano cualquier posibilidad de impugnación ulterior del laudo. En este sentido, aun considerando válida la adopción de estas medidas por el árbitro *ad hoc* cuando las partes no acordaron nada a este respecto en el convenio arbitral y ello con base, además de lo expuesto, en las facultades que el artículo 25 LA concede

---

<sup>32</sup> ARANGÜENA FANEGO, C., “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje* (Dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), Lex Nova, 2004, p. 437.

<sup>33</sup> En contra, CALVO CARAVACA, A. L., “Medidas cautelares y arbitraje privado internacional”, *Diario la Ley*, núm. 6128, 2004, p. 6, considera que es perfectamente posible adoptar medidas cautelares *ex parte* solo si así lo establecen las partes en las reglas que han elegido o si así lo establece la ley nacional que rige el procedimiento arbitral.

al árbitro para dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado, puede correrse el riesgo de que la parte afectada por la medida que se adoptó de forma unilateral utilice el fundamento de la indefensión para impugnar el laudo de condena con base en el artículo 41.1.b) LA. Y, a partir de ahí, la validez y eficacia del laudo y, con él, del arbitraje, quedaría en manos de los tribunales ordinarios.

Resulta evidente que la adopción por el árbitro o tribunal arbitral de cualquier medida cautelar y, en concreto, de una medida cautelar *inaudita parte* debe estar sujeta al cumplimiento de estrictos presupuestos y requisitos que garanticen la observancia de las garantías esenciales del artículo 24 LA. A su estudio dedicamos las líneas que siguen.

#### **IV. LOS PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES *INAUDITA PARTE***

El artículo 23.1 LA establece que, salvo acuerdo en contrario de las partes y a instancia de cualquiera de ellas, los árbitros podrán adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio, así como exigir caución al solicitante.

De la literalidad de este precepto deriva una de las características inherentes a cualquier medida cautelar, a saber, su instrumentalidad respecto del proceso principal. La Ley de Enjuiciamiento Civil explica esta nota respecto de las medidas cautelares adoptadas en el ámbito jurisdiccional, señalando en su artículo 726 que la medida debe ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente. De este carácter instrumental se infieren las notas de temporalidad, provisionalidad y variabilidad predicables de toda medida (artículo 726.2 LEC).

Pero, más allá de esta regulación, nuestra Ley de Arbitraje no especifica cuáles son los presupuestos que han de concurrir para que el árbitro o tribunal arbitral adopte una medida cautelar. En el ámbito de las medidas adoptadas por los órganos judiciales los presupuestos se encuentran recogidos en el artículo 728 LEC, sin que se establezca ningún tipo de particularidad cuando la solicitud se enmarque en un proceso arbitral. Esto es, el control judicial del cumplimiento de los requisitos a los que se supedita la adopción de toda medida cautelar no difiere en aquellos casos en que la solicitud se dirija a asegurar el resultado de un arbitraje. Se trata de los presupuestos de *fumus boni iuris* o apariencia

de buen derecho y del *periculum in mora*, así como la prestación de una caución con la que el solicitante responda de los daños y perjuicios que la adopción de la medida pudiese causar al demandado. La Ley de Arbitraje española, decíamos, no exige, al menos expresamente, la concurrencia de ningún presupuesto para la adopción de medidas cautelares por los árbitros, si bien queda fuera de toda duda, habida cuenta de los efectos que estas medidas tienen en el patrimonio de la parte demandada, que el silencio del legislador no puede traducirse en la facultad del árbitro de acordar una medida cautelar sin sujeción a ningún tipo de requisito o exigencia. De hecho, algunos autores coinciden en apuntar que de la dicción del artículo 23 LA se colige la exigencia implícita no solo del *fumus boni iuris*<sup>34</sup>, sino también del *periculum in mora*<sup>35</sup>. Son éstos, por otra parte, los dos presupuestos contemplados por el texto revisado de la Ley Modelo de la UNCITRAL del año 2006, cuyo artículo 17.A exige que el solicitante de la medida pruebe al tribunal que, de no otorgarse ésta es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada, y que existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere, sin que la determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad pueda prejuzgar en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal<sup>36</sup>. Son, no obstante, previsiones que no vinculan a la Ley de Arbitraje española puesto que nuestro legislador, como se ha explicado en un momento anterior, no ha asumido los postulados de este texto revisado de naturaleza meramente orientativa para las legislaciones estatales. En cualquier caso, nuestra doctrina ha entendido de manera unánime que el árbitro ha de examinar la concurrencia de los clásicos presupuestos establecidos en el artículo 728 LEC en orden a acordar una medida cautelar accesoria de

---

<sup>34</sup> Para CUCARELLA GALIANA, LL., *El procedimiento arbitral...*, op. cit., p. 330, el artículo 23.1 LA, al referirse a la posibilidad de solicitar y adoptar las medidas que “se estimen necesarias respecto al objeto del litigio”, se está refiriendo implícitamente al presupuesto del *fumus boni iuris* como presupuestos cuya concurrencia debe acreditarse. En la misma dirección, BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 208.

<sup>35</sup> Así, ARANGÜENA FANEGO, C., “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios...*, op. cit., p. 423, señala que, el que la Ley de Arbitraje no lo señale expresamente no significa que implícitamente no lo exija, y así lo entendemos desde el momento en que el artículo 23.1 subordina las medidas a que, según las circunstancias, sean necesarias en relación con el objeto del proceso, es decir, para su protección. Y, también, MUNNÉ CATARINA, F., *El arbitraje...*, op. cit., p. 132, para quien ambos requisitos son exigibles respecto de las medidas cautelares que cabe solicitar al árbitro. El propio tenor literal del artículo 23.1 LA coadyuva a todo ello, cuando predica el carácter necesario (*periculum*) y atinente al objeto del litigio (*fumus*) de la medida solicitada.

<sup>36</sup> Un comentario sobre esta previsión puede consultarse en ADHIPATI, S., “Interim Measures in International Commercial Arbitration: Past, Present and Future”, *LLM Thesis and Essays*, University of Georgia Law (2003), pp. 51-53.

un arbitraje<sup>37</sup>. Por ende y, en conclusión, la parte solicitante de la medida cautelar deberá probar al árbitro el riesgo objetivo surgido antes o durante la pendencia del procedimiento arbitral de la ineffectividad del laudo final eventualmente estimatorio de sus pretensiones, así como la viabilidad o realidad indiciaria del derecho pretendido.

Por otro lado, según adelantábamos al inicio de este apartado, nuestra Ley de Arbitraje establece en el mismo artículo 23.1 la posible exigencia de una caución al solicitante de la medida con la que responder frente al demandado de los eventuales daños y perjuicios que ésta pudiera producir. La función última de esta caución radica, según ha expuesto la doctrina, en la necesidad de equilibrar las posiciones descompensadas de las partes involucradas en la medida cautelar. Al respecto, explica BARONA VILAR<sup>38</sup> que la concesión de la medida supone una gran ventaja inicial para el favorecido, por cuanto está obteniendo en muchos casos un adelanto de la ejecución. De ahí que, como contrapartida, la persona agravada por ella pueda obtener una garantía que le ponga a salvo de posible abusos y que le asegure la indemnización de daños y perjuicios en caso de que la medida se revelara posteriormente injustificada<sup>39</sup>. El régimen de la prestación de caución que acoge nuestra norma arbitral difiere del previsto en el artículo 728 LEC para el sistema cautelar jurisdiccional. En lo esencial, la Ley de Arbitraje atribuye a la exigencia de caución un carácter potestativo<sup>40</sup>; los términos empleados por el artículo 23.1 LA dejan claro que el solicitante de la medida cautelar no tiene obligación de prestar caución, sino que será el árbitro quien, en su caso y de acuerdo con las circunstancias concurrentes, resolverá sobre la idoneidad de la caución, así como sobre su cuantía<sup>41</sup>. Solo a partir de entonces la caución se constituirá en presupuesto inexorable para la ejecución de la medida cautelar acordada por el árbitro o tribunal arbitral<sup>42</sup>. Cabe señalar que esta regulación sigue la línea del resto legislaciones nacionales de nuestro entorno<sup>43</sup>, así como

---

<sup>37</sup> Por todos, CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje de Derecho Privado. Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Thomson-Civitas, Navarra 2005, pp. 308 y 309, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. Á., “Comentario al artículo 23”, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre* (Coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pp. 357 y 358 y MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares...*, op. cit., pp. 112 a 114.

<sup>38</sup> BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 238.

<sup>39</sup> En la misma dirección, cfr. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. Á., “Comentario al artículo 23”, *Comentarios...*, op. cit., pp. 358 y 359.

<sup>40</sup> CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje...*, op. cit., p. 309.

<sup>41</sup> Cfr., por todos, ARANGÜENA FANEGO, C., “Comentario al artículo 23”, *Comentarios...*, op. cit., p. 425 y LAPIEDRA ALCAMÍ, R., *Medidas Cautelares...*, op. cit., pp. 283.

<sup>42</sup> Así lo entienden FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. Á., “Comentario al artículo 23”, *Comentarios...*, op. cit., pp. 359 y BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 250.

<sup>43</sup> Así, cfr. Artículo 1041 ZPO de Alemania, art. 183 PILA de Suiza o 24 VAL de Portugal.



de los reglamentos de las instituciones arbitrales más relevantes<sup>44</sup> y que también el texto de la Ley Modelo de la UNCITRAL de 2006 deja a la discrecionalidad de los árbitros la exigencia al solicitante de la medida cautelar la prestación de una garantía adecuada. Con este régimen, adelantábamos, nuestra Ley de Arbitraje se aparta de la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que configura el ofrecimiento de caución como una exigencia que debe ser cumplimentada por el demandante en el momento de presentar la solicitud de la medida cautelar al Juez. Y será éste quien, solo *a posteriori*, podrá excepcionar este requisito atendiendo a las circunstancias particulares. Al contrario de lo que sucede en el ámbito arbitral, la prestación de caución opera, pues, en el marco jurisdiccional, como un presupuesto previo para la adopción de la medida<sup>45</sup>.

Los que se acaban de exponer son los requerimientos a los que se sujeta la adopción por el árbitro de toda medida cautelar, cualquiera que sea su clase, en el marco de un procedimiento arbitral. Si bien, como decíamos al inicio de este trabajo, la Ley de Arbitraje no prevé el cauce a seguir para la petición y la decisión acerca de las medidas, ello no ha sido óbice para hayamos admitido, con base en los diversos razonamientos ya expuestos, la facultad de los árbitros de dictar una medida cautelar sobre la sola base de las alegaciones efectuadas por la parte demandante, difiriendo la puesta en conocimiento y la posible oposición de la parte obligada por la medida a un momento ulterior. Pero debe entenderse que éste es un escenario excepcional, puesto que la norma general sigue siendo la tramitación de la petición cautelar con plena audiencia y contradicción de las partes. Quiere con todo ello decirse que la solicitud de una medida cautelar *inaudita parte* debe estar justificada por la concurrencia de extraordinarias circunstancias que pongan en serio peligro la efectividad de la medida cautelar y, con ella, el cumplimiento del eventual laudo de condena como consecuencia de la dilación que comporta la audiencia a la contraparte. En definitiva, el árbitro podrá adoptar una medida cautelar de este tipo cuando, siguiendo a ARANGÜENA FANEGO<sup>46</sup>, la medida sea urgente y la parte

---

<sup>44</sup> Cfr., artículo 25 Reglamento LCIA, artículo 28.1 Reglamento ICC, artículo 34 Reglamento AAA, artículo 26.2 Swiss Rules, artículo 33.1 Reglamento VIAC.

<sup>45</sup> BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 250. No obstante, hay autores que consideran que, pese a la dicción de la norma arbitral, el ofrecimiento de caución ha de realizarse por el peticionario de la medida en el momento de dirigir la solicitud al árbitro, sin perjuicio de que éste, al resolver, no estime necesaria su constitución. Así, CUCARELLA GALIANA, LL., *El procedimiento arbitral...*, op. cit., p. 330 y ARIAS LOZANO, D., “Comentario al artículo 23”, *Comentarios...*, op. cit., pp. 245 y 246.

<sup>46</sup> ARANGÜENA FANEGO, C., “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios...*, op. cit., p. 437.

requiriente haga ver la necesidad de obrar así con el objetivo de que la finalidad de la medida no se vea frustrada antes de haber sido otorgada.

Este planteamiento alberga conceptos jurídicos indeterminados que han de valorarse en cada caso atendiendo a las circunstancias particulares, pero de él se infieren dos cuestiones relevantes que hay que abordar: en primer lugar, la concreción del significado del requisito de “urgencia” que permitirá al árbitro la concesión de una medida cautelar *ex parte* y su delimitación respecto del presupuesto del *periculum in mora*, así como de las razones de urgencia o necesidad que fundamentan la petición de una medida cautelar *ante demandam* ante los tribunales ordinarios; y, en segundo lugar, el análisis de la obligación del solicitante de la tutela cautelar consistente en alegar, acreditar y probar al árbitro la conveniencia de postergar la audiencia a la parte demandada.

Respecto de la primera cuestión, a pesar del silencio de la Ley de Arbitraje, nuestra doctrina considera que la especial urgencia que ha de verificarse para que el árbitro acuerde una medida *inaudita parte* se materializa en dos posibles escenarios alternativos: bien en la imposibilidad de postergar la ejecución de la medida ante el riesgo de comprometer de manera definitiva e irrevocable su eficacia y, con ella, la del laudo arbitral, o bien en la necesidad de evitar que el demandado, siendo conocedor de la medida, realice actuaciones fraudulentas tendentes a lograr su total ineficacia<sup>47</sup>. En definitiva, se trata de transponer al ámbito arbitral los criterios doctrinales y jurisprudenciales de interpretación del artículo 733 LEC que, para el marco jurisdiccional, supedita la excepción de la regla general de la audiencia previa al demandado a que el solicitante de la medida cautelar acredite la concurrencia de razones de urgencia o que dicha audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida, asociándose este último requisito, según lo ya expuesto, con eventuales comportamientos del demandado que pongan en peligro la utilidad o eficacia de la medida<sup>48</sup>.

Ahora bien, respecto del primero de los presupuestos, esto es, las razones de urgencia que permiten diferir la audiencia a la parte demandada, es reiterada la jurisprudencia que aboga por su desvinculación del presupuesto del *periculum in mora*

---

<sup>47</sup> En este sentido, Cfr. MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 209.

<sup>48</sup> En palabras de VALLÉS GAMBAU, J. F., *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil* (coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. Á.), Iurgum, 2000, p. 3331, se trataría de dotar de la necesaria protección al acreedor frente a maniobras que permitan inferir que va a desarrollarse una conducta destinada a procurar la ineffectividad de la sentencia. En el mismo sentido, cfr. PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Atelier 2012, p. 163.

que ha de concurrir para la adopción de toda medida cautelar, así como de las razones de urgencia o necesidad que justifican la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda conforme al artículo 730.2 LEC. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de marzo de 2012 (JUR 2012,143925) señala que el requisito temporal del artículo 730.2 LEC no puede ser confundido o identificado con el del peligro en la demora propio de todas las medidas cautelares previsto en el artículo 728 LEC, pues, de operarse esa confusión o identificación, la solicitud de medidas cautelares con carácter previo quedaría desprovista de singularidad, y el requisito adicional del artículo 730.2 LEC resultaría vaciado de significado. Y, en línea con esta argumentación, el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, de 13 de junio de 2002 (JUR 2002,251385) había previamente establecido que la urgencia específica que justifica la limitación y postergación del derecho fundamental de alegación, audiencia y defensa, viene referida a un riesgo cualificado y grave, acreditado y cierto, que lleve al juzgador a apreciar que la sola adopción de dichas medidas protegerá los derechos subjetivos invocados, en cuanto la no adopción de las mismas producirá un perjuicio o insatisfacción definitiva de las acciones del solicitante. En definitiva, un quantum del peligro superior del que ya de por sí sería suficiente para la adopción de una cautela, esto es, el que viene a configurar el presupuesto del *periculum in mora*<sup>49</sup>.

Si bien la identificación del requisito de la urgencia específica en el que se asienta una medida cautelar *ex parte* como un riesgo diferente y cualificado en la demora procesal es recurrente no solo en nuestra jurisprudencia, sino también en parte de la doctrina<sup>50</sup>, hay autores que abogan por su estrecha conexión con la urgencia que ha de demostrarse en orden a la petición de la tutela cautelar sin haberse formalizado demanda. Así, para MEDRANO SÁNCHEZ<sup>51</sup>, ambas tienen el común denominador de que no cabe espera alguna, pues el tiempo que conlleve la preparación de la demanda, que es lo que justifica la cautelar *ante litem*, o el que conlleve la audiencia al demandado, resulta incompatible con la finalidad y, sobre todo, con la efectividad de la medida cautelar. En definitiva, que

---

<sup>49</sup> En la misma dirección, cfr. AAP Girona, de 26 de julio de 2011 (JUR 2011,316078), AAP Baleares, de 9 de julio de 2001 (JUR 2001,268680) y AAP Barcelona, de 9 de febrero de 2009 (AC 2009,714).

<sup>50</sup> Por ejemplo, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “Comentario al artículo 733”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (dir. TORIBIOS FUENTE, F.), Thomson Reuters 2014, quien considera que, en el contexto del sistema, esta circunstancia presupone una urgencia cualificada -no la ordinaria o propia de toda medida cautelar-, de tal modo que, si no se tutela el derecho de inmediato, se produciría su insatisfacción definitiva e irreversible, aunque la sentencia definitiva fuera estimatoria de la pretensión.

<sup>51</sup> MEDRANO SÁNCHEZ, J. I., “Comentario al artículo 733”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (dir. MARÍN CASTÁN, F.), Tirant lo Blanch 2015, p. 3220.

una espera en esas condiciones pueda generar la frustración de la tutela. Lo que se quiere resaltar cuando se advierte de esa cualificación de la mora procesal, prosigue el mismo autor, es que la misma no solo debe justificar una petición *ante litem*, sino también que se haga, aunque sea en el proceso ya iniciado, pero ahora, por razón de la misma urgencia, sin posible espera a la audiencia al demandado, so pena de arriesgar poniendo en juego la efectividad futura del derecho definitivo. En definitiva, concluye este autor, no pueden distinguirse grados de urgencia.

El intento por trasladar este planteamiento al contexto del arbitraje implica que nos cuestionemos si, de concurrir con anterioridad al inicio de las actuaciones arbitrales la especial urgencia en la que el solicitante de la medida pretende basar su petición de excepcionar la audiencia previa al afectado, aquél debe dirigir su petición cautelar a los órganos judiciales con base en el artículo 722.1 LEC, excluyéndose, de no proceder así, la ulterior tutela cautelar arbitral *ex parte*. Esta cuestión ha sido tratada por MALLANDRICH MIRET<sup>52</sup>, quien considera que si se atiende al hecho de que con anterioridad al primer momento en el que se pueden pedir las medidas cautelares a los árbitros ya existe la posibilidad de solicitarlas ante los órganos judiciales, debería exigirse que las circunstancias especiales de urgencia que justifican la adopción sin audiencia al demandado fueran actuales. De no ser así y habiendo tenido el solicitante la oportunidad de acudir a los tribunales estatales, la urgencia quedaría, a juicio de la autora, desvirtuada. No lo ha entendido así, sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, en una reciente sentencia de 7 de abril de 2016 (RJ 2016,3644), desestima la acción de anulación interpuesta frente a un laudo parcial que ordenó, *inaudita parte*, diversas medidas cautelares consistentes en la suspensión de la efectividad de acuerdos sociales y de la valoración de las participaciones sociales por considerar que “no queda desvirtuada la urgencia debida para la adopción *inaudita parte* de la medida por el hecho de no haber acudido a los órganos judiciales antes de la formalización del arbitraje (artículo 722 LEC) o por el hecho de haber esperado a que se acumularan los efectos perjudiciales de los diversos acuerdos adoptados sucesivamente, una vez más en apariencia, como reacción a las sucesivas ampliaciones de la demanda arbitral, hasta la presentación en el Registro Mercantil del acuerdo...”.

---

<sup>52</sup> MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 209.

En nuestra opinión, habrá de estarse, en cada caso, al fundamento en el que se base la petición de la medida unilateral, pues la urgencia que se alegue puede, ciertamente, coincidir con la urgencia que hubiera permitido al demandante acudir a los órganos judiciales para obtener la tutela antes de la designación del árbitro –incluso *inaudita parte*-. Y, en tal caso, será el árbitro quien deba valorar si procede o no postergar la audiencia al demandado. Este problema no se plantearía, en cambio, cuando la justificación de la excepción a la audiencia previa radique en la posible ineffectividad de la medida imputable a las conductas del obligado concededor de la medida solicitada, pues esta circunstancia tiene sustantividad propia y no está vinculada con el momento de la solicitud. En similar sentido se ha pronunciado, en el ámbito de la tutela cautelar judicial, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ<sup>53</sup>, para quien no existe conexión entre el momento de la solicitud y la existencia o no de contradicción previa. Así, cabe, según el autor, que las medidas se pidan con la demanda o después de ella y cabe, igualmente, que las medidas se pidan antes de la demanda, en ambos casos con o sin contradicción previa. Es verdad, reconoce el autor, que la urgencia que justifica la petición de las medidas cautelares antes de la demanda puede ser la misma (o coincidir en parte) con la urgencia que justifica la falta de contradicción previa. Sin embargo, si la falta de contradicción previa se justifica en la efectividad de las medidas, esto nada dice de su urgencia<sup>54</sup>.

Más allá de este planteamiento, en lo que sí coincide nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia es en que no le basta al solicitante de la medida cautelar *ex parte* con la mera alegación de las razones de urgencia o el riesgo de ineffectividad de la medida, sino que es necesario que estas circunstancias se acrediten, debiendo desplegarse una mínima actividad probatoria para demostrar que hay una serie de datos que indiciariamente permiten justificar la necesidad de adoptar aquella medida sin audiencia previa<sup>55</sup>. Ello supone, pues, que la solicitud inicial deberá hacer mención expresa de las razones

---

<sup>53</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Comentario al artículo 733”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas 2001, p. 1245.

<sup>54</sup> En similar sentido, VALLS GOMBAU, J. F., “Comentario al artículo 733”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Irujum Editores 2000, p. 3332, entiende que una cuestión es la necesaria urgencia para su adopción, con carácter previo a la interposición de la demanda, y otra distinta es que la audiencia por las razones expuestas bien derivadas de la necesaria efectividad de la medida o por consideraciones subjetivas, pueda comprometer su eficacia.

<sup>55</sup> Cfr., por todos, AAP Girona, de 26 de julio de 2011 (JUR 2011,316078) y AAP Baleares, de 9 de julio de 2001 (JUR 2001,268680). Entre la doctrina, cfr. MEDRANO SÁNCHEZ, J. I., “Comentario al artículo 733”, *Comentarios...*, op. cit., 3219, ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., “Comentario al artículo 733”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coord. CORDÓN MORENO, F. y otros), Editorial Aranzadi, Navarra 2011, p. 801 y, para el ámbito arbitral, ARANGÜENA FANEGO, C., “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios...*, op. cit., p. 437.

específicas que justifican la exclusión de la audiencia previa del demandado, circunstancias cuya acreditación deberá ser controlada por el árbitro en los términos que exponemos a continuación.

## **V. EL CONTROL ARBITRAL Y JUDICIAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES *INAUDITA PARTE***

Presentada por el demandante la solicitud de la medida cautelar con expresión y acreditación de los motivos en los que se funda la petición consistente en postergar la audiencia al demandado, deberá el árbitro o tribunal arbitral ponderar, en primer lugar, si concurren estas circunstancias específicas que justifican el apartamiento de la regla general. A partir de la decisión del árbitro y en ausencia de regulación por nuestra Ley de Arbitraje, ha de esbozarse el procedimiento a seguir en orden a una eventual impugnación u oposición por quien se ve obligado por una medida acordada sin haber tenido oportunidad de ser oído, siendo ésta la cuestión más sensible de todas las que rodean a la tutela cautelar arbitral *ex parte* por estar en juego las garantías esenciales del 24 LA.

En el ámbito jurisdiccional, se ha considerado que este juicio acerca de la urgencia o el peligro de ineficacia de las medidas es necesariamente previo al examen de los requisitos generales de adopción de toda medida<sup>56</sup>. De ahí que la Ley de Enjuiciamiento Civil exija en su artículo 733 que el tribunal razone por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y los motivos que aconsejan acordarla sin prestar audiencia al demandado. La adopción de las medidas cautelares *inaudita parte* en el marco judicial son, pues, concebidas como una modalidad procedimental. De lo que deriva que, en caso de que el órgano judicial no entienda justificado el requisito de la especial urgencia, su decisión no deba ser la de valorar y discernir sobre la concurrencia del resto de requisitos, puesto que ello podría suponer rechazar la petición por cuestiones de fondo en este momento inicial, sino que, de forma motivada, deberá acordar seguir los trámites ordinarios, esto es, convocar a las partes a la oportuna vista. Se trata, además, de una decisión que opera, según criterio de la jurisprudencia y de la doctrina<sup>57</sup>, de manera automática una vez rechazada la petición inicial por entenderse que no concurren las

---

<sup>56</sup> AAP Barcelona, de 9 de febrero de 2009 (AC 2009,714).

<sup>57</sup> Cfr., por todos, AAP Sevilla, de 19 de diciembre de 2016 (JUR 2017,219278). En la doctrina, cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Comentario al artículo 733”, *Comentarios...*, op. cit., p. 1245 y ORTIZ PRADILLO, J. C., *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Iustel, Madrid 2006, p. 217.

razones de urgencia, pues la solicitud fundamental de la parte es la adopción de la medida cautelar y su admisión ha de hacerse, como regla general, previa audiencia de la persona frente a la que se solicita. En definitiva, la reconducción a la norma general de la previa audiencia al demandado en caso de no admitirse la petición inicial de *inaudita parte* se produce de oficio por el Juez, pues ésta no cualifica la solicitud, sino que opera como mero requisito accesorio. En el caso contrario, esto es, de entender el órgano judicial que se han acreditado los motivos que permiten admitir las medidas *ex parte*, su decisión, a diferencia del auto que acuerda las medidas con audiencia del demandado, no es recurrible, sino que se deberá estar al trámite de la oposición recogido en los artículos 739 y siguientes LEC.

Si bien esta regulación contenida en la norma procesal no es de aplicación supletoria al arbitraje, no cabe duda de la necesidad de establecer para éste un cauce similar que permita al obligado por la medida cautelar adoptada por el árbitro de manera unilateral no solo tener conocimiento de la medida, sino de poder oponerse a ella. La doctrina se muestra unánime en este sentido, entendiéndose que negar la oportunidad al afectado de formular sus alegaciones violaría de plano las garantías esenciales de audiencia, contradicción e igualdad en los términos anteriormente descritos<sup>58</sup>. Ahora bien, en ausencia de previsión legal, de acuerdo entre las partes o de regulación por la institución arbitral a la que éstas hayan sometido la administración del arbitraje, nos planteamos seguidamente en qué actuaciones se debe materializar la revisión arbitral o judicial de la medida cautelar acordada *inaudita parte* por el árbitro.

A tales efectos, lo primero que ha de determinarse es la forma que debe adoptar la resolución por la que el árbitro acuerda la medida. De la dicción literal del artículo 23.2 LA se colige que la norma arbitral no exige ninguna forma concreta para la decisión cautelar. No obstante, en la Exposición de Motivos se nos dice expresamente que el laudo parcial podrá versar, además de sobre alguna parte del fondo del conflicto, sobre otras cuestiones tales como las medidas cautelares. Al no prever la Ley de Arbitraje otras formas de resolución arbitral, entendemos que la decisión sobre las medidas cautelares será adoptada en este denominado laudo parcial, al que el propio texto atribuye el mismo valor que al laudo definitivo. Otra interpretación realiza MUNNÉ CATARINA<sup>59</sup>, quien

---

<sup>58</sup> Por todos, cfr. BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares...*, op. cit., pp. 284 a 287, ARANGÜENA FANEGO, C., “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios...*, op. cit., p. 436 y MUNNÉ CATARINA, F., *El arbitraje...*, op. cit., p. 132.

<sup>59</sup> MUNNÉ CATARINA, F., *El arbitraje...*, op. cit., p. 132.

considera que, siguiendo lo dispuesto en el artículo 23.2 LA, la decisión sobre las medidas cautelares podrá hacerse no solo a través del laudo parcial, sino también mediante un mero acuerdo o decisión arbitral informal. Pese a que, ciertamente, no encontramos óbice en el articulado de la Ley de Arbitraje para negar esta posibilidad, no parece conveniente que la decisión del árbitro admitiendo una medida cautelar *inaudita parte* se materialice en alguna de estas formas distintas a las del laudo parcial, pues a ellas, tal y como señala el mismo autor, únicamente le son de aplicación lo dispuesto en el artículo 35 LA respecto de la adopción de decisiones colegiadas en caso de intervenir tres o más árbitros, pero en ningún caso los requisitos del artículo 37 LA. La especial exigencia de motivación que, a nuestro juicio, ha de rodear esta decisión del árbitro excluye, de plano, cualquier forma de resolución que no garantice que, aunque sea en un estadio ulterior, el obligado por la medida podrá conocer, en orden a formular su oposición, no solo los presupuestos que han dado lugar a la adopción de la medida, sino las razones específicas que han excluido su audiencia previa. Están en juego, reiteramos, las garantías esenciales del proceso.

Si, en línea con lo expuesto, la decisión arbitral sobre las medidas cautelares es adoptada en un laudo parcial, podría pretenderse su anulación conforme a lo establecido en el artículo 23.2 LA. Esto es predicable respecto de la decisión que adopte cualquier tipo de medida cautelar; ahora bien, de los motivos de anulación taxativamente previstos en el artículo 41.1 LA, dos permitirían encauzar la impugnación de una medida cautelar adoptada *inaudita parte* con base en la inobservancia de las garantías esenciales del proceso cuando a la parte afectada no se le ha dado la oportunidad de formular alegaciones. Nos referimos al motivo previsto en el apartado b) sobre la falta de notificación de las actuaciones arbitrales o a la indefensión producida a alguna de las partes, así como el motivo contemplado en el apartado f), por ser el laudo cautelar contrario al orden público. En un intento de dotar a este motivo genérico de anulación incluido en la anterior Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, de un contenido específico e independiente, tanto la jurisprudencia como la doctrina entendieron, por un lado, que debía evitarse que a través de él pudiera pretenderse la sustitución del criterio del árbitro o tribunal arbitral ante cualquier clase de infracción sustantiva o procesal<sup>60</sup>, y, por otro, que debería cobijar todas aquellas infracciones formales no específicamente contempladas en el resto de motivos. No obstante, a través de la infracción del orden

---

<sup>60</sup> Cfr., por todas, SAP Madrid, de 16 de febrero de 2004 (JUR 2004,250332), SAP Barcelona, de 25 de mayo de 2004 (JUR 2004,213993) y SAP Albacete, de 10 de marzo de 2005 (JUR 2005,100610).



público se han canalizado de manera generalizada y constante la vulneración en el procedimiento arbitral de las garantías y principios esenciales<sup>61</sup>, de ahí que lo consideremos un cauce especialmente adecuado para fundar la acción de anulación del laudo cautelar dictado *inaudita parte*.

Más allá de este eventual control judicial del laudo que adopta una medida cautelar *inaudita parte* con base en la inobservancia de las garantías esenciales del proceso y que conduciría, de estimarse la acción de anulación, a la rescisión de la eficacia de aquella decisión, consideramos que es inexcusable dotar al demandado de un mecanismo de revisión de la medida cautelar ante el propio árbitro y, por tanto, aún en sede arbitral, una vez acordada aquélla, con el fin de discutir su procedencia, el cumplimiento de los requisitos a los que se supedita su adopción, el alcance y el tipo de medida cautelar adoptada, así como el resto de circunstancias que rodeen a ésta. Control, pues, que asimilamos al trámite de oposición regulado en los artículos 739 y siguientes de la LEC, cuyo objeto sería discutir la pertinencia de la medida y que sería previo a la eventual interposición de la acción de anulación frente al laudo cautelar. Así lo ha entendido también la doctrina. Por ejemplo, MUNNÉ CATARINA<sup>62</sup>, para quien la medida cautelar acordada *inaudita parte* ha de ser notificada a ambas partes una vez adoptada para que pueda ser impugnada por aquella a quien perjudique; impugnación, especifica este autor, que es preferible que pueda hacerse ante el propio árbitro en aras a la economía procesal. Por su parte, ARIAS LOZANO<sup>63</sup> considera que la única forma de salvar la legalidad de esta decisión pasaría por acordar la medida de forma provisional y proceder a su revisión una vez la parte afectada haya efectuado las alegaciones que estime conveniente. Se trataría, continúa el autor, de crear un trámite dentro del procedimiento arbitral dirigido a la revocación de las medidas ya adoptadas, a través del cual la parte instada pueda hacer valer sus derechos, sin que peligre la efectividad de una eventual resolución favorable para los intereses de la parte instante. Y, también en esta dirección, admite ARANGÜENA FANEGO<sup>64</sup> la facultad del árbitro de otorgar una medida cautelar de plano, pero siempre que se dé posteriormente la posibilidad de oponerse mediante la

---

<sup>61</sup> Cfr., por todas, SAP Barcelona, de 26 de noviembre de 2003 (JUR 2003,61825) y SAP Murcia, de 28 de marzo de 2006 (JUR 2006,131847),

<sup>62</sup> MUNNÉ CATARINA, F., *El arbitraje...*, op. cit., p. 132.

<sup>63</sup> ARIAS LOZANO, D., “Comentario al artículo 23”, *Comentarios...*, op. cit., p. 254

<sup>64</sup> ARANGÜENA FANEGO, C., “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios...*, op. cit., p. 437.

apertura de un trámite a tal efecto donde el afectado pueda hacer valer sus razones para conseguir el alzamiento de la medida o su sustitución por otra menos gravosa.

Aun no siendo aplicable a los arbitrajes regulados por nuestra Ley, sirva como apunte el señalar que la revisión arbitral de la medida cautelar adoptada de forma unilateral se encuentra prevista en el texto de la Ley Modelo de 2006. Atendiendo a la razonabilidad de los criterios divergentes expuestos por la doctrina en relación con este tipo de medidas cautelares y, sobre todo, el riesgo de éstas para el derecho de defensa de la parte afectada, el texto supeditó su adopción al cumplimiento de estrictos requisitos y presupuestos. Así, en lo que ahora interesa y en aras a la salvaguarda de los principios de audiencia y de contradicción de las partes, así como la igualdad y la imparcialidad, el artículo 17.C impone al tribunal la obligación de poner en conocimiento de todas las partes la solicitud o la decisión que adopta la medida cautelar de manera inmediata, debiendo darles oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible y de dar cuenta a la parte que soporta la medida de todas las comunicaciones, incluido el contenido de las de carácter verbal, habidas con la parte solicitante.

A favor del establecimiento de un cauce de oposición a la medida cautelar *ex parte* ante el órgano arbitral que la acordó pueden señalarse dos ejemplos de regulación en el contexto del arbitraje institucional en nuestro país. Tras analizar los reglamentos de muy diversas instituciones arbitrales españolas, puede fácilmente llegarse a la conclusión de que éstas, en línea con nuestra Ley de Arbitraje, no han acogido expresamente la facultad de sus árbitros de adoptar medidas cautelares *inaudita parte*. Al contrario, la norma generalizada es que estas normas reglamentarias exijan, de manera expresa, la previa audiencia de ambas partes involucradas en el arbitraje para la adopción de cualquier medida cautelar. Así lo hacen, por ejemplo, el Tribunal Arbitral de Valencia, la Corte de Arbitraje de Madrid, la Corte Civil y Mercantil de Madrid, la Corte Española de Arbitraje, la Corte de Arbitraje y Mediación de Valencia o la Corte del Colegio de Abogados de Granada. Otras instituciones arbitrales, en cambio, de manera análoga a nuestra norma arbitral, no establecen el cauce a seguir para la adopción de las medidas. Sirvan de muestra, la Corte Vasca de Arbitraje, la Corte Arbitral de Bilbao, la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación o la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Navarra. Como decíamos, solo se han localizado dos instituciones arbitrales que hayan acogido las medidas cautelares *inaudita parte*: el Tribunal Arbitral de Barcelona y el Tribunal Arbitral de Girona, en cuyos reglamentos se prevé expresamente que en casos de suma

urgencia o de riesgo de frustración de la medida, podrán adoptarse sin audiencia previa de la parte gravada. Y, de procederse así, las dos instituciones establecen en sus normas que una vez ejecutada la medida, la parte gravada por ésta pueda impugnarla ante del árbitro, sin perjuicio de la acción de anulación judicial prevista el artículo 23.2 de la Ley de Arbitraje. Recientemente, en la sentencia núm. 22/2016, de 7 de abril (RJ 2016,3644) –resolución a la que nos hemos referido en un momento anterior-, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se pronunció sobre la validez de las medidas cautelares *inaudita parte* adoptadas con base en esta regulación del Tribunal Arbitral de Girona. En lo concerniente al control de estas medidas y en la línea que defendemos, el Tribunal concluyó que el recurso ante el árbitro previsto reglamentariamente, sin perjuicio del derecho a instar seguidamente la anulación del correspondiente laudo parcial por alguna de las causas del artículo 41 LA, “suple adecuadamente el incidente regulado en los artículos 739 y 742 LEC y respeta plenamente los principios del artículo 24 LA, posibilitando la revisión de la medida cautelar adoptada *inaudita parte* dentro del propio procedimiento arbitral”.

## VI. CONCLUSIONES

- 1) La necesidad de la tutela cautelar de los derechos en el arbitraje con el fin de garantizar la efectividad del laudo de condena resulta, en la actualidad, indiscutible y se considera un derecho esencial de las partes enfrentadas que deciden someter sus disputas a arbitraje.
- 2) También puede resultar conveniente que las medidas cautelares en el arbitraje se adopten *inaudita parte*, esto es, sin prestar audiencia a la parte gravada, con el fin garantizar su eficacia por razones de especial urgencia o para impedir posibles conductas fraudulentas del demandado conocedor de la medida.
- 3) La recepción en nuestro sistema arbitral de las medidas cautelares *inaudita parte* es controvertida por dos motivos principales: en primer lugar, por no estar reguladas en nuestra Ley de Arbitraje –separándose, con ello, la norma, de la Ley Modelo de la UNCITRAL de 2006- y, en segundo lugar, por la posible merma de las garantías esenciales de audiencia, contradicción e igualdad que deben regir el procedimiento arbitral.
- 4) Siguiendo la doctrina mayoritaria española, consideramos que, a salvo de un posible pacto en contrario de las partes, el árbitro ostenta la facultad de adoptar este tipo de

medidas dentro de la competencia genérica del artículo 23 LA. Nuestro sistema procesal las contempla en el marco del proceso judicial y su validez ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional.

5) Además de los presupuestos regulados en el artículo 728 LEC –salvo la caución, que en el arbitraje adquiere carácter potestativo–, la adopción por el árbitro de una medida cautelar *inaudita parte* debe estar justificada por la concurrencia de extraordinarias circunstancias que pongan en serio peligro su efectividad. Ello sucede cuando no es posible postergar la ejecución de la medida o cuando existe el temor fundado a que el demandado, siendo conocedor de la medida, realice actuaciones fraudulentas para lograr su total ineficacia. Es, pues, un riesgo diferente y cualificado en la demora procesal.

6) En el momento de acordar la medida cautelar *inaudita parte*, el árbitro deberá valorar si la especial urgencia alegada hubiera permitido al demandante recabar de los órganos judiciales la tutela cautelar antes de la designación del tribunal arbitral. No así cuando la justificación de la excepción a la audiencia previa al demandado radique en la posible inefectividad de la medida imputable a conductas del demandado; pues esta circunstancia tiene sustantividad propia y no está vinculada con el momento de la solicitud.

7) La Ley de Arbitraje no exige forma concreta para la decisión cautelar. Consideramos que ésta será normalmente adoptada mediante un laudo parcial, al que la norma atribuye el mismo valor que al laudo definitivo. Frente a él podrá interponerse la acción de anulación conforme a lo previsto en el artículo 23.2 LA.

8) De entre los motivos de anulación previstos en el artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje, dos permiten encauzar la impugnación de una medida cautelar adoptada *inaudita parte* con base en la inobservancia de las garantías esenciales del proceso: el motivo previsto en el apartado b) sobre la falta de notificación de las actuaciones arbitrales o a la indefensión producida a alguna de las partes, así como el motivo contemplado en el apartado f), por ser el laudo cautelar contrario al orden público.

9) Más allá de la acción de anulación del laudo parcial, debe dotarse al demandado de un mecanismo de revisión de la medida cautelar ante el propio árbitro y, por tanto, aún en sede arbitral, una vez acordada aquélla, con el fin de discutir su procedencia, el cumplimiento de los requisitos a los que se supedita su adopción, el alcance y el tipo de medida cautelar adoptada, así como el resto de circunstancias que rodeen a ésta.

Constituiría éste un control ante el árbitro asimilable al trámite de oposición regulado en los artículos 739 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADHIPATI, S., “Interim Measures in International Commercial Arbitration: Past, Present and Future”, *LLM Thesis and Essays*, University of Georgia Law (2003).
- ARIAS LOZANO, D., “Comentario al artículo 23”, *Comentarios a la ley de Arbitraje de 2003* (coord. ARIAS LOZANO, D.), Thomson- Aranzadi, Pamplona 2005.
- ARANGÜENA FANEGO, C., “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje* (Dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), Lex Nova, 2004.
- BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en el arbitraje*, Thomson Civitas, Navarra 2006.
- CALVO CARAVACA, A. L., “Medidas cautelares y arbitraje privado internacional”, *Diario la Ley*, núm. 6128, 2004.
- CASTELLO, J. E., “Arbitral Ex Parte Interim. The View in favor”, *Dispute Resolution Journal*, August/October 2003.
- CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje de Derecho Privado. Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Thomson-Civitas, Navarra 2005.
- CUCARELLA GALIANA, LL., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)*, Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia 2004.
- CUCARELLA GALIANA, LL. A., “Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la Jurisprudencia reciente”, *Tribunales de Justicia*, núm. 3-1997.
- DONOVAN, D. F., “The allocation of authority between courts and arbitral tribunals to order interim measures: a survey of Jurisdictions, The work of UNCITRAL and a Model proposal”, *International Council for Commercial Arbitration: New Horizons for International Commercial Arbitration and Beyond* (VAN DEN BERG, A.), The Hague, Kluwer 2005.
- DERAINS, Y. “Arbitral Ex Parte Interim Relief. The View Against. A confirmation that the best may be enemy of the good”, *Dispute Resolution Journal*, August/October 2003.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Comentario al artículo 733”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas 2001.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. Á., “Comentario al artículo 23”, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre* (Coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), Thomson Reuters-Aranzadi, 2011.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Arbitraje y Justicia Cautelar”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007.
- FONT SERRA, E., “La nueva configuración del Arbitraje en el Derecho español”, *Justicia*, 1989.
- GÓMEZ JENE, M., *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Editorial Colex, Madrid 2007.
- GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “Comentario al artículo 733”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (dir. TORIBIOS FUENTE, F.), Thomson Reuters 2014.
- HANOTIAU, B., “Complex – Multicontract – Multiparty – Arbitrations”, *Arbitration International*, Kluwer Law International 1998, vol. 4, n° 4.
- HOLTZMANN, H. M., NEUHAUS, J. E., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary*, Kluwer, The Neatherlands 1989.
- LAPIEDRA ALCAMÍ, R., *Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia 2008.
- LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A., “Medidas cautelares en el arbitraje internacional y nacional”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3-2000.
- MAGRO SERVET, V., “¿Pueden adoptarse medidas cautelares en el procedimiento arbitral?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 510-2001.
- MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, Editorial Atelier, 2010.
- MANTILLA SERRANO, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid 2005.
- MARTINS, S. Y NAVARRO, S., “Las medidas cautelares en el arbitraje. Concurrencia de poderes entre Tribunales estatales y arbitrales”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2014, vol. 7, n° 1.
- MEDRANO SÁNCHEZ, J. I., “Comentario al artículo 733”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (dir. MARÍN CASTÁN, F.), Tirant lo Blanch 2015.

- MORENO CATENA, V., “Análisis crítico del Proyecto de Ley de Arbitraje”, *Estudios de derecho de Arbitraje*, San Sebastián 1998.
- MUNNÉ CATARINA, F., *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Ediciones Experiencia, 2004.
- MUÑOZ SABATÉ, LL., “La recepción del arbitraje por la jurisdicción. Reflexiones para una urgente reforma”, *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1995-nº 5.
- MUÑOZ SABATÉ, LL., “Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española”, *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 2-2001.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., “Comentario al artículo 722”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coord. CORDÓN MORENO, F. y otros), Editorial Aranzadi, Navarra 2001.
- ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español* (con CALDERÓN CUADRADO, P.), Editorial Comares, Granada 1996.
- ORTIZ PRADILLO, J. C., *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Iustel, Madrid 2006.
- PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Atelier 2012.
- PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., “Una nueva regulación del Arbitraje”, *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Edersa, Madrid 1964.
- REDFERN, A./HUNTER, J. et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press 2015.
- SACHS, K., “Time and money: Cost control and Effective Case management”, *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International 2006.
- VALLS GOMBAU, J. F., “Comentario al artículo 733”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Irujum Editores 2000.

#### **JURISPRUDENCIA**

- ATC 186/1983, de 27 de abril (RTC 1983,186).
- ATC 326/1993, de 28 octubre de 1993 (RTC 1993,326).
- STC 218/1994, de 18 de julio de 1994 (RTC 1994,218)
- STSJ Cataluña, de 7 de abril de 2016 (RJ 2016,3644)
- AAP Baleares, de 9 de julio de 2001 (JUR 2001,268680)
- SAP Barcelona, de 26 de noviembre de 2003 (JUR 2003,61825)
- SAP Madrid, de 16 de febrero de 2004 (JUR 2004,250332)
- SAP Barcelona, de 25 de mayo de 2004 (JUR 2004,213993)
- SAP Albacete, de 10 de marzo de 2005 (JUR 2005,100610)
- SAP Murcia, de 28 de marzo de 2006 (JUR 2006,131847),
- AAP Barcelona, de 9 de febrero de 2009 (AC 2009,714).
- AAP Girona, de 26 de julio de 2011 (JUR 2011,316078)
- AAP Sevilla, de 19 de diciembre de 2016 (JUR 2017,219278).