

# CAPÍTULO 9

## Medidas cautelares

3000

SUMARIO		
A.	Conceptos generales	3010
B.	Régimen de medidas cautelares en sede arbitral	3020
C.	Régimen de medidas cautelares judiciales	3090
D.	Aspectos internacionales de la ejecución de medidas cautelares relacionadas con procedimientos arbitrales	3150

### A. Conceptos generales

3010

El ordenamiento jurídico español permite solicitar la adopción de medidas cautelares en relación con un procedimiento arbitral por **dos vías**:

a) Ante el tribunal arbitral (LArb art.23.1).

b) Ante los tribunales judiciales (LArb art.11.3).

Cualquiera de las partes que desee solicitar la concesión de medidas cautelares podrá por tanto optar por solicitarlas tanto al **tribunal arbitral** como directamente al **tribunal judicial**.

**Precisiones 1)** La decisión del **cauce más idóneo** para la solicitud de unas medidas cautelares depende de las circunstancias del caso, incluyendo cuestiones tales como:

ó la **urgencia** de la medida;

ó la probabilidad de **cumplimiento voluntario**; o

ó la necesidad de imponer la medida **coactivamente**.

Cuando la medida sea muy urgente y no se pueda esperar a la constitución del tribunal arbitral, el recurso a la jurisdicción ordinaria es lo más idóneo. Desde un punto del cumplimiento de la medida impuesta, el cumplimiento voluntario es más previsible cuando las medidas cautelares se imponen y afectan exclusivamente a las partes en el arbitraje. Cuando la ejecución de la medida afecta a terceros ajenos al arbitraje, el cumplimiento voluntario es más infrecuente, requiriendo una intervención coactiva que solo puede obtenerse de los tribunales judiciales.

**2)** Si bien las potestades arbitral y judicial son concurrentes, pudiendo decidir la parte interesada el foro que más le conviene para presentar su petición de medida cautelar, el ejercicio de esta facultad queda sometido a la **buena fe procesal** (LArb Exposición de Motivos V, último párrafo). Los intervinientes en todo tipo de procesos deben ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe (LEC art.247.1) y los tribunales han de rechazar fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal (LEC art.247.2).

3011

La presentación de la solicitud ante el **órgano arbitral** tiene ciertas **ventajas**:

ó generalmente está dotada de mayor rapidez (una vez esté constituido el tribunal arbitral);

ó las medidas requeridas pueden tener un carácter más ajustado a las circunstancias del caso; y

ó el régimen de caución es más flexible.

Ello no obstante, la solicitud ante el **tribunal judicial** permite:

ó obtener una medida susceptible de ejecución (a diferencia de la resolución arbitral que requiere el inicio de un proceso de ejecución de la misma); y

ó ofrece la posibilidad de solicitar las medidas *inaudita parte* (cuestión más sensible en el contexto arbitral ó ver **nº 3117**o).

Los árbitros tienen **potestad declarativa** (*auctoritas*) para adoptar las medidas cautelares, pero no tienen **potestad ejecutiva** (*potestas*) para imponer coactivamente las mismas si fuera necesario, actuación que corresponde a los tribunales judiciales en ejecución de la resolución adoptada por el tribunal arbitral (ver **nº 3135**). Así lo recoge expresamente la Exposición de Motivos (V) de la Ley de Arbitraje, señalando «...Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares, será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara.»

## 3012

El **marco legal** aplicable a la adopción de medidas cautelares por un tribunal judicial se establece en el título VI de la LEC (art.721 a 747 del libro III), y con relación al cual se realizan consideraciones por su carácter referencial o de analogía en el **nº 3090 s.**

No establece la Ley de Arbitraje precepto alguno que establezca un régimen legal relativo a las medidas cautelares, concediendo flexibilidad a las partes para acordar lo que consideren conveniente (incluyendo la exclusión de la facultad del árbitro para dictar medidas cautelares). En defecto de **acuerdo entre las partes** (o en el caso de arbitrajes institucionales, reglas específicas al respecto), será el tribunal arbitral el que determine lo que considere conveniente sobre dichas medidas (en todo caso, con sujeción a los principios imperativos del arbitraje, de igualdad, audiencia y contradicción óLArb art.24.16).

Si bien no son de aplicación los **preceptos de la LEC** al procedimiento arbitral, es claro que para el ejercicio de la facultad en cuestión los árbitros pueden utilizar como referente analógico los preceptos de la LEC cuando las circunstancias del caso lo hagan pertinente. Por su evidente utilidad y relevancia, se incorporan referencias a los mismos en el análisis del régimen arbitral de medidas cautelares realizado a continuación.

**Precisiones** La decisión del legislador ha sido consciente, señalando, la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje: «La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el **ámbito** de esta **potestad cautelar**».

### B. Régimen de medidas cautelares en sede arbitral

## 3020

<b>SUMARIO</b>	
Legitimación activa	<b>3025</b>
Tipos de medidas cautelares	<b>3030</b>
Momento procedimental para la solicitud	<b>3035</b>
Forma de la solicitud y procedimiento	<b>3040</b>
Concesión de las medidas: presupuestos	<b>3045</b>
Caución	<b>3055</b>
Forma de la decisión	<b>3060</b>
Modificación y alzamiento de las medidas cautelares	<b>3065</b>
Ejecución de la medida cautelar adoptada	<b>3070</b>
Acción de anulación y suspensión de la decisión arbitral	<b>3075</b>

### **Legitimación activa (LArb art.23.1)**

## 3025

La Ley de Arbitraje faculta a los **árbitros** para adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio, siempre que las partes no hubieren acordado lo contrario.

La adopción de las medidas cautelares siempre ha de ser a **solicitud** de cualquiera de las partes, sin que puedan adoptarse de oficio.

### **Tipos de medidas cautelares**

## 3030

La Ley de Arbitraje no establece ninguna definición o concepto relativo a las medidas cautelares que los árbitros pueden adoptar. El **concepto de medida cautelar** en el contexto del procedimiento arbitral es mas amplio que el recogido en la LEC; y por ello, se incluye en el concepto genérico de medidas cautelares, no solo las específicamente identificadas en la LEC sino otras de otro tipo, tales como las dirigidas a asegurar de forma previa las pruebas relevantes.

**Precisiones** La **Ley Modelo Uncitral** incluye en la definición de medida cautelar (art.17) aquellas dictadas por el tribunal arbitral ordenando a una parte a:

- Mantener o restaurar el **status quo** mientras esté pendiente la disputa.
- Realizar una **acción** que impediría, o abstenerse de realizar una acción que probablemente causaría, daño o perjuicio inmediato o inminente al propio procedimiento arbitral.

- c. Establecer una manera de **preservar bienes** que puedan luego servir para satisfacer un laudo posterior.
- d. Conservar **pruebas** que puedan ser relevantes y significativas para la resolución de la disputa.

### 3031

Desde luego que deben considerarse como tales las medidas cautelares específicamente identificadas en la LEC art.727. De forma abreviada dicho precepto lista las siguientes:

#### ÉRelativos a bienes físicos:

- ó embargo preventivo de bienes;
- ó intervención o administración judicial de bienes productivos;
- ó depósito de cosa mueble;
- ó formación de inventarios de bienes;
- ó intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante actividad ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda;
- ó depósito temporal de ejemplares producidos con infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial;

#### ÉRelativos a anotaciones en registros:

- ó anotación preventiva de demanda en relación con bienes o derechos susceptibles de inscripción en un registro público;
- ó otras anotaciones registrales si la publicidad registral es útil para el buen fin de la ejecución.

#### ÉRelativas a hacer o no hacer:

- ó orden de cesar provisionalmente en una actividad;
- ó orden de abstenerse temporalmente de llevar una conducta;
- ó prohibición temporal de interrumpir o cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

#### ÉRelativos a acuerdos sociales:

- ó suspensión de acuerdos sociales impugnados cuando demandante o demandantes representen más del 5% del capital en una sociedad cuyos valores no estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial y el 1% en caso contrario.

#### ÉIndeterminadas:

Por último, se incluye todas aquellas otras medidas que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial a otorgarse en la sentencia estimatoria (LEC art.727.11ª).

### 3032

También deben considerarse incluidas en el ámbito competencial del árbitro las medidas de **aseguramiento de prueba** de la LEC art.297. Define la LEC las medidas de aseguramiento de prueba como aquellas medidas útiles para evitar que por conductas humanas o acontecimientos naturales se puedan destruir o alterar elementos materiales o estados de cosas, imposibilitando que por ello se pueda practicar prueba después (LEC art.297). Estas **incluyen**:

- ó disposiciones que permitan conservar cosas o situaciones;
- ó disposiciones que permitan hacer constar fehacientemente la realidad y características de las cosas o situaciones;
- ó mandatos de hacer o no hacer.

### Momento procedimental para la solicitud

#### 3035

No establece la Ley de Arbitraje precepto alguno sobre el momento o procedimiento para la solicitud y adopción de medidas cautelares arbitrales. Con sujeción a lo que las partes puedan pactar, o dispongan los reglamentos correspondientes en arbitrajes institucionales, se consideran **dos momentos** distintos en el arbitraje:

- a) Solicitud de medidas previa a la constitución del tribunal arbitral.
- b) Solicitud de medidas durante el arbitraje.

### Solicitud de medidas previa a la constitución del tribunal arbitral

#### 3036

La cuestión que la doctrina ocasionalmente ha considerado es la posibilidad de solicitar en sede arbitral medidas de forma previa a la constitución del tribunal arbitral.

En los **arbitrajes ad hoc**, la respuesta debe ser negativa, ante la insalvable dificultad que presenta la inexistencia del órgano arbitral competente para adoptar las medidas solicitadas, ni fuente arbitral alternativa con autoridad que pueda suplir la ausencia del tribunal arbitral.

En los **arbitrajes institucionales**, la respuesta depende de lo que disponga el reglamento pertinente. Algunos reglamentos institucionales han previsto un procedimiento de árbitro de emergencia, procedimiento diseñado para designar un árbitro con carácter temporal que pueda adoptar medidas

cautelares urgentes antes de la constitución del tribunal arbitral (así, Reglamento CEA art.15.4) e incluso antes de la presentación de solicitud de arbitraje a la institución arbitral (Reglamento CCI art.29). Con carácter general, estas medidas cautelares se caracterizan por adoptarse con **carácter provisional** hasta que el tribunal arbitral esté constituido, en cuyo momento podrá ratificarlas, modificarlas o revocarlas.

El **árbitro de emergencia** generalmente no forma parte del tribunal arbitral definitivo, salvo que las partes lo autoricen.

### Solicitud de medidas durante el arbitraje

#### 3037

Si bien sería razonable que la solicitud se realizara con la **demanda**, no plantea la Ley de Arbitraje regla alguna relativa al momento de solicitud de la medida cautelar, y por tanto ésta se puede presentar en **cualquier momento** durante el procedimiento.

#### Observaciones

Ello no obstante, la presentación de una solicitud de medidas cautelares en un estadio posterior del procedimiento arbitral debe en la práctica **justificar la presentación** en dicho momento, en la medida en que no haberlo hecho en el momento inicial puede dificultar la apreciación del peligro que debe fundamentar la solicitud de la medida cautelar. Nótese la **diferencia con el régimen de la LEC**, que prevé que la presentación de la solicitud de las medidas cautelares puede realizarse con posterioridad a la demanda cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en ese momento (LEC art.730.4). Es decir, no serán determinantes los hechos y circunstancias que hubiesen justificado la concesión en el momento de la demanda, aunque sigan siendo en sí justificativos de peligro, si no se alegaron en su momento por causa justificada.

#### 3038

Con el **laudo final** finaliza el procedimiento arbitral y cesan las funciones del órgano arbitral (salvo las residuales del LArb art.37.7, 37.8 y 39) y por tanto cesa también su facultad para adoptar medidas cautelares.

### Forma de la solicitud y procedimiento

#### 3040

Si bien nada se establece en la Ley de Arbitraje, en la práctica la solicitud debe hacerse por **escrito** dirigido al tribunal arbitral.

La solicitud de las medidas cautelares debe **contener** las alegaciones y pruebas necesarias para evidenciar a satisfacción del tribunal la necesidad, pertinencia y proporcionalidad de las mismas, así como el cumplimiento de los presupuestos y condiciones señalados en el **nº 3045**. Igualmente sería muy conveniente incluir un análisis de la necesidad o no de prestar caución, así como en su caso, las consideraciones que justifiquen la cuantía y forma de caución ofrecida (ver **nº 3055**).

En aplicación de los principios de igualdad, audiencia y contradicción, el órgano arbitral debe conceder como principio general a la **contraparte** la oportunidad de presentar sus alegaciones frente a la solicitud de medidas cautelares, fijando para ello el plazo que considere conveniente.

#### Observaciones

La adopción de resoluciones sobre **medidas cautelares «inaudita parte»** plantea ciertas dudas y no es totalmente pacífica en la doctrina, en la medida en que la resolución se adopta sin participación de la parte afectada por la medida (y por tanto, en aparente infracción del principio de audiencia y contradicción óLArb art.246). Diversos autores se inclinan a favor de aceptar la posibilidad de la adopción de las medidas *inaudita parte*. La cuestión no está resuelta plenamente, y corresponderá a los árbitros determinar en cada caso, la concesión de medidas *inaudita parte* de forma excepcional y, últimamente, a los tribunales judiciales decidir su licitud.

### Concesión de las medidas: presupuestos

#### 3045

Corresponde a los árbitros, una vez oídas a las partes, determinar la conveniencia de adoptar las medidas cautelares solicitadas. La Ley de Arbitraje no establece criterio aplicable a este proceso de análisis y decisión, y es generalmente aceptado que deben analizar la cuestión teniendo en cuenta los presupuestos básicos establecidos en la LEC, que enunciados de manera somera son:

**a)** En lo relativo al **fundamento que justifique el otorgamiento** de la medida cautelar:

ÉLa existencia de una **apariencia de buen derecho** (*fumus boni iuris*), esto es, que el tribunal arbitral pueda fundar, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión del que solicita la medida (LEC art.728.2).

Para evidenciar la apariencia de buen derecho, el solicitante debe presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales o de otra naturaleza que sean necesarios para fundamentar su solicitud.

**Precisiones 1)** El principio de *fumus boni iuris* también se recoge en la **Ley Modelo Uncitral** (según modificación de 2006), que señala que la parte solicitante de la medida satisfará al tribunal de que hay

una posibilidad razonable de que la solicitante tendrá éxito en sus pretensiones (Ley Modelo Uncitral art.17 A.1.b).

2) La apariencia de buen derecho en nuestra **jurisprudencia** se basa igualmente en un análisis de verosimilitud, pero no de certeza. La AP de Granada señaló que se debe aplicar «una interpretación racional y coherente, comprensiva del análisis crítico del material aportado, que conduzca a la creencia fundada del **previsible éxito de la pretensión**, y sin que ello prejuzgue el resultado del pleito, ya que, posteriormente, se ha de hacer una nueva y completa valoración del material probatorio ó de todo él en la sentencia que ponga fin a la instancia, sin que el Juez quede vinculado con la valoración efectuada en el resolución que resuelva sobre las medidas cautelares» (AP Granada auto 25-4-05, EDJ 72602).

### 3047

Él **peligro** que la no adopción de dicha medida puede suponer (*periculum in mora*) (LEC 728.1).

**Precisiones 1)** Igualmente se recoge este principio en la **Ley Modelo Uncitral** (según modificación de 2006), que señala que la parte solicitante de la medida satisfará al tribunal de la probabilidad de que sufra un daño no reparable monetariamente si la medida no se adopta, y que dicho daño sería significativamente mayor que el que probablemente se vaya a producir a la parte que soporta la medida cautelar.

2) La medida cautelar puede ser solicitada con diversos **finés**, entre los que se encuentra:

ÉEvitar el **peligro** de que se realicen actos que impidan la efectividad de la tutela judicial solicitada cuando se pretenda ejecutar la sentencia o laudo correspondiente. Así, por ejemplo, constituye peligro la realización de actos que conlleven la posibilidad real de una insolvencia general que haga inútil cualquier pretensión de cobro, o de actos que impidan recuperar un determinado bien mueble, o que hagan irreversible una situación;

ÉEvitar el **daño** que pueda generarse por el retraso temporal hasta que se obtenga dicha sentencia o laudo. Así, por ejemplo, el cese en el suministro de determinados materiales específicos necesarios para la actividad comercial de la solicitante (solicitando que se continúe dicho suministro), o el deterioro de una máquina por uso (solicitando el depósito de la misma para evitar la depreciación por uso de la misma) (AP Tarragona auto 11-2-11, EDJ 101210).

ÉAsegurar la **conservación de pruebas** que puedan ser relevantes, etc.

En todo caso, el solicitante debe convencer al tribunal de que dicho peligro, esto es, la probabilidad de que se materialice el acto o situación que genere el daño, es objetivo, y no se encuentra fundamentado en una impresión, suposición o **temor puramente subjetivo** del solicitante.

Por último, los árbitros también pueden tomar en consideración a la hora de analizar la concesión de la medida cautelar, el principio establecido en la LEC art.728.1, que prohíbe la toma de medidas cautelares «cuando con ellas se pretenda alterar **situaciones de hecho consentidas** por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces», si bien corresponde a los árbitros determinar su aplicación o no en el caso concreto.

### 3048

b) En lo relativo a la **medida**, (y siendo este punto una característica de la medida más que un presupuesto para la concesión), ésta debe ser **proporcional**, evitando que la lesión a los intereses de la parte que deba asumir la medida sea desproporcionada o no asumible por la parte que deba soportarla.

**Precisiones** Nótese que la Ley Modelo Uncitral señala como **pauta de proporcionalidad** que el daño que se desea evitar con la medida sería significativamente mayor que el que probablemente se vaya a producir a la parte que soporta la medida cautelar. La LEC, por su lado, exige que la medida cautelar solicitada no sea susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, pero menos gravosa o perjudicial (LEC art.726.1.2º).

### 3049

La **valoración** de la **existencia de los presupuestos** *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, proporcionalidad y demás cuestiones relacionadas con las medidas cautelares solicitadas, corresponde a los árbitros, sin que sea objeto de análisis en fase de ejecución por los tribunales judiciales.

**Caución (LArb art.23.1)**

### 3055

Los árbitros pueden exigir caución suficiente al **solicitante de las medidas** cautelares. Aunque la Ley de Arbitraje no lo aclara, la caución se impone para responder de los daños y perjuicios que las medidas cautelares puedan causar a la parte que soporta las mismas, y de los que la parte solicitante podrá ser declarada responsable si fracasa en sus pretensiones.

Si bien la cuestión no es pacífica, no parece que el solicitante de las medidas cautelares ante el tribunal arbitral deba necesariamente ofrecer caución **en la propia solicitud** de las medidas.