

Aspectos registrales del procedimiento arbitral conducente al laudo: la anotación preventiva de demanda como medida cautelar *

EUGENIO PIZARRO MORENO

Doctor en Derecho Civil
Profesor Universidad Pablo de Olavide

RESUMEN

No está creado aún –ni en el ámbito dogmático ni en el legislativo– un auténtico régimen jurídico de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral. La constante tensión entre la aplicación judicial y la aplicación arbitral del Derecho (no, como es sabido, en la fase de ejecución, que es coto exclusivo de los jueces y tribunales) encuentra su situación más cruda en la tutela cautelar, y, más concretamente, en la que acaso sea la medida cautelar más significativa: la anotación preventiva de demanda.

Este trabajo pretende esclarecer cuáles serían los resortes para la coexistencia de un sistema equilibrado de establecimiento de medidas cautelares en el ámbito de la justicia arbitral, compatibilizando la legitimidad de los jueces y de los árbitros para imponerlas.

* Declaraciones como ésta deben hacerse de vez en cuando para asustar y disuadir a los conspiradores. La población libre y las cosechas deben ser llevadas a la ciudad, y el que lo desee puede coger y llevarse del campo los bienes de todo el que desobedezca sin por ello recibir castigo alguno... No deben celebrarse reuniones de ningún tipo en ninguna parte, ni de día ni de noche, y las que sean verdaderamente necesarias tendrán lugar en la asamblea o en el consejo o en cualquier otro lugar público. Ningún adivino puede realizar sacrificios en privado sin que haya un magistrado delante. Los varones no deben reunirse a cenar ni celebrar banquetes, sino que cada uno cenará en su casa, excepto en caso de bodas o banquetes fúnebres, e incluso en estos casos el acto debe ser notificado previamente a los magistrados. ENEAS TÁCITO, acerca de las medidas a adoptar durante el ataque de un invasor, 10.3-5. (finales de la década de 350 a.C.) Citado en Robin Lane Fox, p. 231: «La libertad y la justicia». *El Mundo Clásico. La epopeya de Grecia y Roma Barcelona, 2007.*

PALABRAS CLAVE

Arbitraje, tutela cautelar, medida cautelar, anotación demanda.

ABSTRACT

It is not yet established in the field –not dogmatic or the legislature– a genuine legal regime of interim measures in arbitration enforcement of arbitral law (not, as is known, in the implementation phase, which is the exclusive preserve of judges and courts) is its most raw interim protection, and more specifically, which is perhaps the most significant preventive measure: the notation demand.

This paper aims to clarify what would be the springs for the coexistence of a balanced system of establishment of precautionary measures in the field of arbitral justice, combining the legitimacy of judges and referees to enforce them.

KEYWORDS

Arbitration, interim protection, injunction, demand entry.

SUMARIO: I. *Las medidas cautelares en el procedimiento arbitral:* I.1 Crónica de la tutela cautelar. Planteamiento. I.2 Estado de la cuestión en la LEC de 1881.–II. *Composición legal:* II.1 Régimen vigente tras la entrada en escena de la LEC 1/2000. II.2 Etiología de la regulación especial.–III. *El tratamiento de las medidas cautelares en la LA de 2003:* III.1 Introducción. Juez y árbitro: la interrupción del *imperium* convergente.III.2 Medidas cautelares de los jueces y medidas cautelares de los árbitros. III.2.1 Taxonomía de las medidas cautelares. III.2.2 Presupuestos comunes de aplicación. III.2.3 El artículo 11 frente al artículo 23 de la Ley de Arbitraje de 2003. III.3 Tutela cautelar judicial: III.3.1 Tutela cautelar judicial *ante causam*. III.3.2 Tutela cautelar judicial *pendiente la causa* o en proceso arbitral seguido en el extranjero. III.4 Tutela cautelar arbitral.–IV. *Conclusiones parciales.* V. *Apéndice. El efecto sustantivo (de) tras el efecto procesal: la anotación preventiva de demanda en el proceso arbitral:* V.1 Anotación preventiva de demanda y fe pública registral. V.2 Arbitraje y trascendencia jurídico-real: V.2.1 Registro de la Propiedad y procedimiento arbitral. V.2.2 Objetivo de la anotación preventiva de demanda (arbitral): la interrupción de una eventual mutación jurídico-real. V.3 El Registro de la Propiedad y la anotación preventiva de demanda arbitral. Laudo y ejecución del laudo.

I. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL: ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA

I.1 Crónica de la tutela cautelar. Planteamiento

La implantación de un sistema de tutela judicial efectiva consagrado, como en nuestro ordenamiento, por un texto constitucional, había exigido que las partes procesales tuvieran la oportunidad de instar la adopción de medidas que garantizaran la efectividad de la sentencia, o, en los supuestos arbitrales, la efectividad del laudo¹.

En los foros jurídicos (desde las demandas a las contestaciones o reconvencciones; desde los juzgados y tribunales hasta las instancias de revisión; desde las conclusiones de los congresos jurídicos hasta los ecos de las aulas docentes...) resonaban las invectivas contra la realidad constatada de que la Ley de Arbitraje –LA– de 1988 contenía una frugal regulación de las medidas cautelares en los procesos arbitrales –ya anteriores, ya coetáneas, ya posteriores al laudo arbitral–. Esa abstinerente regulación se condensaba en el artículo 50 de la LA de 1988, que había reflejado que «recurrido el laudo, la parte a quien interese podrá solicitar del Juez de Primera Instancia que fuere competente para la ejecución las medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de aquél una vez que alcanzare firmeza».

Esta afirmación legal produjo una notable reacción de argumentos en contra (que será oportunamente expuesta en el epígrafe II.1. de este trabajo), además de una constante sensación de incertidumbre jurídica (sabido es que esta expresión se muestra como el antígeno del principio de seguridad jurídica). El hecho de percibir dicha sensación se derivaba de una lectura mínimamente atenta y literal del contenido del artículo; si el hecho de poder instar medidas cautelares tenía el incontestable requisito –el precepto utiliza el participio pasado del verbo «recurrir»– de que el laudo hubiera sido *ya* recurrido, entonces la tutela cautelar quedaba expuesta a la

¹ Las orientaciones genéricas para este estudio se han tomado de tres trabajos referentes: DE LA RICA Y ARENAL, R. «Dos conferencias notables. I. La anotación preventiva de demanda. Su valor jurídico (Comentario a la conferencia de D. Ramón Meced Gress, en el Colegio Notarial de Valencia)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1947, pp. 65-81; PARDO NÚÑEZ, C. R. «La eficacia de la anotación preventiva de demanda, en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial. Las medidas cautelares. Consejo General del Poder Judicial*, 1993, pp. 113-172; RAMOS MÉNDEZ, F. *La anotación preventiva de demanda*, Barcelona, 1980. Para cuestiones más específicas se ha acudido también, desde luego, el trabajo de MARTÍN PASTOR, J. *La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro*, Madrid, 2001. Lo aborda –hace apenas tres o cuatro años desde que vio la luz– desde la perspectiva única del arbitraje la profesora BARONA VILAR, S. *Medidas cautelares en el arbitraje*, Navarra, 2006.

segunda instancia (donde ya el proceso caía en manos jurisdiccionales), con lo que sustraía a los árbitros la eventualidad de dictar una medida de índole cautelar.

La primera consecuencia de una regulación parca e insegura es una jurisprudencia vacilante. Y, como se acaba de decir, a poco que se leyera con cierto detenimiento el precepto recién transcrito, se observaba rápidamente una idea que parecía inadecuada al orden procesal: ¿había que esperar a la interposición del recurso contra el laudo para que pudieran instarse las medidas cautelares? Tal cuestión, vgr., podría encaramarse a una larga lista de dudas, imprecisiones y, lo que es peor, perplejidades que paralizaban el pensamiento normal de cualquier jurista medio cuya práctica profesional le obligara a deambular por estos lares. La perplejidad básica se derivaba de que no sólo era confuso el planteamiento normativo (parecía indicar que las medidas cautelares lo eran únicamente para una eventual interposición del recurso de anulación del laudo) sino también la posible solución que se había determinado: medidas cautelares para salvaguardar el laudo, cuya efectividad sólo puede ser puesta en solfa si se ha recurrido.

Ante los problemas que planteaba la regulación cautelar –y, lógicamente, otras cuestiones relacionadas²–, la respuesta del legislador consistió en la puesta en circulación de la remozada Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, que, en lo tocante a las medidas cautelares, introducía un párrafo 3.º en el artículo 11 que, literal, reconocía que «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». He aquí el vuelco regulatorio que permitía colegir, sin ningún margen de duda, que la medida cautelar podía solicitarse y concederse al margen de que el laudo fuese o no recurrido. Lo que se modifica con la nueva LA, para la tutela cautelar, no es un matiz; es, justamente, un cambio radical.

La finalidad preventiva, provisional y protectora de la situación de las partes justifica con creces la imposición de un adecuado mecanismo de tutela o justicia cautelar que articule la necesaria seguridad jurídica que ha de estigmatizar el proceso de ejecución de sentencia. Esa seguridad, y, también, esa certeza suponen la garantía de que la decisión final que se tome, ora dictada por el juez, ora por el árbitro, sea ejecutable. Esto es, ha de evitarse la

² So pretexto de realizar algunas consideraciones, no es éste el ámbito para tratar cuestiones relativas a su naturaleza jurídica: ¿se trata de auténticas medidas o se trata de un auténtico proceso cautelar?; ¿son garantías jurídico-privadas de los derechos?, etc. Para resolver estas dudas, ya existe la completa monografía de ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, colección «Ley de Enjuiciamiento Civil 2000», Madrid, 2000.

frustración de la decisión judicial o laudal³. Ésa es precisamente la puerta de entrada de un sistema de justicia cautelar; la certeza de una decisión –obviando el momento procesal referido al recurso de anulación del laudo– sobre una medida cautelar que puede solicitarse en cualquier momento y cuya oportunidad y necesidad ha de ser decidida sin atender o esperar avatares procesales en otro sentido.

Como se da por sabido, los jueces, por imperativo constitucional, tienen la obligación de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; sin embargo, este segundo deber procesal con origen constitucional está vedado al árbitro. Los árbitros comparten con los jueces la obligación de juzgar, pero su *imperium* acaba ahí. Esta interpretación viene confirmada –vgr.– por una sentencia, reciente, de la Audiencia Provincial (AP) de Barcelona, de 3 de noviembre de 2003, asentando la idea de que el poder del juez emana del pueblo, mientras que el arbitraje («compromiso» en la terminología del Código Civil) necesita, para su eficacia y desenvolvimiento, de la existencia de un convenio arbitral⁴ donde quede reflejada la voluntad de las partes de someter las cuestiones controvertidas –surgidas o que hayan de surgir– a la decisión de uno o más terceros. Y ello con independencia de que la decisión puede estar fundada en el Derecho o en la equidad.

Esta idea, traducida al trabajo que acometemos, viene a significar una importante merma de la encomienda arbitral, en el bien entendido de que el arbitraje implica una decisión de fondo sobre un asunto potencialmente juzgable, pero, por el contrario, no se admite –ni en la más estricta legalidad ni, como hemos visto, en la interpretación jurisprudencial– una decisión ejecutable del árbitro sobre las medidas cautelares.

Quince años han transcurrido entre la publicación de dos cuerpos de texto legislativo positivo destinados con especialidad al arbitraje –LA de 1988 y LA de 2003–, de cuya regulación en materia de tutela cautelar se dará buen cuenta en este artículo de investigación. No obstante, no podemos pasar por alto que en ese intervalo se había colado la poderosa reforma de la Ley de Enjui-

³ «Puede afirmarse que su adopción constituye un verdadero derecho fundamental del justiciable tanto en el proceso judicial como en el arbitral»; con tal rotundidad se expresa uno de los mejores trabajos que existen sobre la materia: FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: «Arbitraje y Justicia Cautelar», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, pp. 23-60.

⁴ Los antecedentes históricos, legislativos y jurídicos sugieren que el convenio arbitral tiene naturaleza puramente contractual, sin perjuicio de que impulse un procedimiento jurisdiccional que, en buena lógica, pierde ese carácter. Por ello algún sector doctrinal ha distinguido entre la naturaleza contractual del convenio arbitral y la naturaleza procesal de la institución arbitral; esta distinción, sin embargo, no desdice el carácter contractual del convenio arbitral, sino que toma en consideración dos efectos distintos; el contractual y el jurisdiccional o procesal.

ciamiento Civil (LEC) de 2000, cuyo tratamiento –que veremos más adelante– de la tutela cautelar no es en absoluto ajeno a la cuestión que tratamos.

I.2 Estado de la cuestión en la LEC de 1881

Una interpretación estricta, muy apegada a la norma (art. 50 de la Ley de Arbitraje de 1988), literal y rígida, entendía sin más pormenores que sólo se podía interesar la adopción de medidas cautelares pendiente la resolución de la impugnación del laudo por parte de la Audiencia Provincial correspondiente.

La doctrina⁵, en general, reaccionaba en el sentido de admitir la posibilidad de instar medidas cautelares con independencia de que se hubiese interpuesto recurso de anulación contra el laudo; carecía de sentido jurídico sujetar la posibilidad de instar medidas cautelares al instante y a la eventualidad de que se hubiese recurrido el laudo, lo cual adolecía de la más mínima justificación; con estas premisas las razones que se aludían para facilitar la adopción de medidas cautelares en cualquier momento procesal eran varias y de muy diversa índole (procesales, sustantivas, legislativas, e, incluso, –valga la exageración– «chovinistas», etc.):

1.º Por la profunda semejanza, llevada a la equiparación, entre el laudo y la sentencia. Laudo y sentencia, tanto monta..., serían aspectos de un mismo fenómeno; son resoluciones provenientes de sujetos con *auctoritas* y que ponen fin –aplicando normas técnicas y jurídicas– a un procedimiento de análisis fáctico sobre una cuestión justiciable. Por tanto, han de rasarse en su tratamiento sustantivo y procesal y, sobre todo, en sus efectos.

2.º Porque, de lo contrario, sí podría plantearse la eventualidad de que el procedimiento arbitral no satisficiera el derecho constitucional de obtención de una tutela o justicia efectiva; son muchas –las más relevantes quedarán reflejadas en este trabajo– las opiniones que dejan traslucir una probable reducción de la protección que dispensa el artículo 24 de la Constitución cuando el foro de dictamen es el arbitral.

3.º Porque se daba el contrasentido de que los procedimientos arbitrales seguidos en el extranjero tendrían entonces mejor trata-

⁵ ALMAGRO NOSETE, «Jurisdicción y arbitraje», en *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona*, núm. 2, pp. 61 y ss.; MUÑOZ SABATÉ, «Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral», en *Revista Jurídica Catalana*, núm. 3, 1991, pp. 117 y ss.

miento y, lo que resulta peor, mejor nivel global de garantías, que los procedimientos arbitrales internos⁶.

4.º En función de argumentos más positivistas, porque diversos Convenios ratificados por España (el más importante acaso, el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, Boletín Oficial del Estado –BOE– núm. 238/1975, de 4 de octubre) y que forman parte del ordenamiento interno español por imperativo del artículo 96 de la Constitución española, declaran expresamente (*vid.* nota a pie núm. 7) o dejan traslucir⁷ en otro caso la posibilidad de que se adopten medidas cautelares en el arbitraje (lo cual había podido plantear, incluso, un problema de antinomias, aunque la solución hubiese estado clara: decantarse por la mayor protección del sistema europeo, por pura razón de jerarquía normativa –tema sin duda controvertido– y de razonabilidad jurídica).

La única matización en este sentido es irrelevante, ya que el texto se refiere a «medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad»; es decir, en lugar de denominarlas «medidas cautelares» las nomina como «provisionales o preventivas».

5.º Porque la jurisprudencia europea se había alineado a favor de la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un arbitraje –y ello al margen de que se hubiese recurrido o no el laudo– en sentencia de 17 de noviembre de 1998⁸.

Apoyados en tan poderosos argumentos, tanto la doctrina como cierta jurisprudencia⁹ –según constatamos seguidamente– interpretaron positivamente la posibilidad de instar medidas cautelares sin necesidad de que, como dice el artículo 50 de la LA, estuviese recurrido el laudo.

A tal estado de contraste llegó el asunto, que la propia jurisprudencia menor acogió criterios dispares en una dicotomía que parecía no tener fin. Suele ponerse como ejemplo de esta situación dos

⁶ El Convenio Europeo sobre Arbitraje Internacional –Ginebra, 21 de abril de 1961– ratificado por España, en su artículo VI, apartado 4, permite expresamente la adopción de medidas cautelares con anterioridad al dictado del laudo.

⁷ El art. IV, 1.b) iii., referido a la organización del arbitraje, da libertad a las partes para «fijar las normas de procedimiento que deben seguir los árbitros».

⁸ Asunto *van Uden Maritime vs. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*. C-391/95. A pesar de ello, piensa cierta doctrina que no puede pensarse que la posibilidad de instar medidas cautelares, incluso al día de hoy, sea una práctica extendida en los Estados europeos. *Vid.*, VERDERA Y TUELLS, E., «La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación», Madrid, *Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, 2005, pp. 92 y ss.

⁹ Véase sobre todo el Auto del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1985, que amparaba la posibilidad de instar las medidas cautelares sin necesidad de que, previamente, se hubiese interpuesto recurso contra el laudo.

Autos dictados por la Audiencia Provincial de Barcelona, ¡ambos! y ¡en el mismo año, con sólo 6 meses de distancia temporal!, en el que se acogen los dos subterfugios como viables (a saber, la posibilidad o no de adoptar medidas cautelares previas al procedimiento arbitral):

El Auto de la AP de Barcelona de 26 de mayo de 1994 dice: «La Ley de Arbitraje no contempla la posibilidad de medidas cautelares previas al inicio del procedimiento arbitral o simultáneas al mismo, sino sólo, en su art. 50, para durante el tiempo que el laudo arbitral esté pendiente del recurso de anulación; de ello extrae la mayor parte de la doctrina procesal la consecuencia de que, aun cuando otra cosa pudiera quizás parecer conveniente, no cabe adoptar medidas cautelares durante el procedimiento arbitral; las partes carecen de cobertura cautelar en la instancia, esto es, en la promoción y desarrollo del procedimiento arbitral, por muy peligroso que se repunte obligarles a confiar en la “bona fides mutua”...».

No confiarían mucho los miembros de la AP de Barcelona en la buena fe de la contraparte cuando en Auto de 25 de noviembre de 1994 dieron un viraje de este orden, tan bien argumentado jurídica y dogmáticamente: «La ley española de Arbitraje de 1988 guarda silencio respecto a la posibilidad de solicitar a los órganos judiciales estatales la adopción de medidas cautelares en función de un arbitraje y antes de haberse dictado el laudo correspondiente, y este silencio ha dado lugar a que se discuta sobre la admisibilidad de tal posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico. Quienes se inclinan por la inadmisibilidad de esta posibilidad (Ortells Ramos y Valls Gombau), se fundan básicamente en el propio silencio de la Ley, de suerte que identifican silencio con prohibición, si bien reconocen la conveniencia de que ello fuera legalmente regulado; en cambio, quienes defienden la posición contraria (Cremades, Lorca Navarrete y Muñoz Sabaté) se basan en una panoplia de argumentos tales como la existencia de una laguna legal que debe ser suplida, el principio constitucional de igualdad o la admisibilidad de esta posibilidad respecto del arbitraje internacional prevista en los Convenios sucritos por España.

Este Tribunal se inclina... por la admisibilidad de la adopción de medidas cautelares por los órganos jurisdiccionales estatales en función de un arbitraje privado antes de haberse dictado el correspondiente laudo, y ello en razón de que no existe prohibición legal expresa de tal posibilidad ni la misma se deduce de los principios inspiradores y finalidades de la Ley de 1988... Puede sostenerse que ese jurisdicción privada debe gozar de iguales posibilidades tuteladoras que la jurisdicción estatal, por cuanto los ciudadanos

pueden optar libremente por someterse a una u otra jurisdicción, lo cual lleva a la conclusión por la que se inclina este Tribunal, es decir, que los órganos jurisdiccionales estatales podrán adoptar medidas instrumentales respecto de un procedimiento en el que aún no se ha pronunciado el laudo, y sólo ellos podrán adoptarlas en razón de que tales medidas suponen un constreñimiento de derechos». No parece que haga falta añadir más comentarios.

Ciertamente, todas las diatribas provenientes de la interpretación más austera (aquella que pregonaba medidas cautelares sólo para el momento procesal en que se hubiese recurrido el laudo) han sido vapuleadas por la Exposición de Motivos de la nueva LA de 2003, advirtiendo con profusión que la solicitud de medidas cautelares ante un tribunal no supone en modo alguno renuncia tácita al arbitraje...: ¿qué significado tiene esta declaración —refrendada luego, según veremos, por el articulado de la propia Ley de 2003— para la resolución del debate que planteamos, al que no parece referirse de forma directa? Con ello se despeja cualquier duda que pudiera subsistir acerca de la posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje, aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado. Esta posibilidad es indudable a la luz de la LEC, pero es importante que se recoja también en la legislación de arbitraje. Además, da cobertura a una eventual solicitud de medidas cautelares ante un tribunal extranjero respecto de un arbitraje regido por la ley española.

II. COMPOSICIÓN LEGAL

II.1 Régimen vigente tras la entrada en escena de la LEC 1/2000

La actual Ley de Enjuiciamiento Civil contiene dos únicos preceptos que hay que traer a colación para explicar y desarrollar los puntos controvertidos que se venían manifestando en torno a la posibilidad de instar medidas cautelares en el procedimiento arbitral. Nos referimos al artículo 722 y al párrafo 3.º del artículo 730.

El primero de los preceptos señala: «Podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento». El siguiente apartado continúa diciendo: «Con arreglo a

los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un Tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los Tribunales españoles».

La principal consecuencia, que ampara el precepto, es la posibilidad de solicitar medidas cautelares en tres supuestos: en primer lugar, cuando se acredite ser parte de un proceso arbitral en España (requisito básico, que parece pensado para foráneos, que únicamente exige constatar la existencia interesada de un proceso arbitral); en segundo lugar, cuando se solicite la formalización judicial del arbitraje de conformidad con el artículo 38 de la LA –remisión que había que entender claramente realizada a la Ley de 1988–; por último, también se recoge el supuesto de que se soliciten las medidas dentro de un arbitraje institucional, en cuyo caso habrá de haberse cumplido lo que se establezca en su Reglamento de la institución.

Relacionando debidamente lo contenido en la LA de 1988 y la nueva regulación de la LEC, era tarea sencilla ejemplificar los supuestos en los que se podían solicitar medidas cautelares dentro del procedimiento arbitral:

A) Del artículo 21 y siguientes de la LA de 1988 se deducía que el juicio arbitral comenzaba cuando se había notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje. A partir de ese mismo instante, quien acreditaba ser parte en un procedimiento arbitral podía instar la adopción de las medidas cautelares conducentes a asegurar la efectividad de los pronunciamientos arbitrales (al igual que ocurría, por otro lado, con la jurisdicción ordinaria).

B) Si se solicitaba formalización judicial del arbitraje en los casos en que las partes no se pusieron de acuerdo sobre la designación de los árbitros, según el artículo 38 LA de 1988, el Juzgado de Primera Instancia competente debería de proceder a su nombramiento; pues bien, desde que formalmente se designaba árbitro o árbitros por parte del Juez, la parte interesada podía solicitar la adopción de medidas cautelares con objeto de asegurar la integridad de la sentencia.

C) La tercera posibilidad del artículo 722 de la LEC estaba recogida en la LA de 1988, en su artículo 10, que facultaba a las partes para encomendar a las Corporaciones y Asociaciones la designación de los árbitros. Si, una vez designado o designados los árbitros, cualquiera de las partes acompañaba documento de solicitud de medidas cautelares, los árbitros estaban obligados a atender

esa solicitud y resolver en consecuencia. Se manifiesta ahora ¹⁰ –estamos hablando de ley procesal vigente– que el artículo 722 permite la adopción de medidas cautelares durante el procedimiento, pero no antes del procedimiento.

También se ha criticado –cuestión que obviamos en estos momentos para retomar en breve– el hecho de que del tenor del precepto se desprende que no son los árbitros quienes pueden adoptarla, sino los órganos judiciales.

La primera de las críticas (que se permite la adopción de medidas cautelares antes del procedimiento, pero no después) se respondía –sin contar aún con la vigente Ley de Arbitraje de 2003– a través del párrafo 3.º del artículo 730 de la LEC, que abordaremos a continuación; la segunda de las críticas era incontestable, pues no había previsión legal acerca de si los árbitros estaban autorizados para acordar la adopción de medidas cautelares, por lo que, en tal caso, se acudiría a lo dispuesto en el artículo 721 y siguientes de la LEC, de acuerdo con las reglas generales ¹¹.

El artículo 730.3 de la LEC venía a establecer que «el requisito temporal a que se refiere el apartado anterior (que trata del hecho de que las medidas quedarán sin efecto si la demanda no se presenta en el plazo de veinte días) no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral».

El argumento en favor de la posibilidad de adoptar medidas cautelares antes del procedimiento arbitral era, pues, diáfano: a pesar de que, en los primeros párrafos, el precepto no alberga dudas en el sentido de que se está refiriendo a medidas cautelares en procesos judiciales, no encontramos razón para negar que lo allí dicho pueda trasladarse a los procesos arbitrales. Más aún si el propio artículo alude a ellos en el párrafo que hemos reproducido. La pregunta que está detrás de esta problemática es la siguiente: ¿es jurídicamente viable la adopción de medidas cautelares con anterioridad al procedimiento arbitral al igual que ocurre en los procedimientos judiciales? A pesar de lo dicho ya, una respuesta adecuada exige el análisis exhaustivo de la regulación de la LEC en este

¹⁰ MUÑOZ SABATÉ, *op. cit.*, pp. 117 y ss.

¹¹ MAGRO SERVET, en un artículo publicado por la revista *La Ley*, n.º 2, 2004, pp. 1850 a 1857, dejaba entrever que, de todas maneras, esta crítica no había tenido razón de ser, por cuanto no tiene sentido la posibilidad de que se permitiera a los árbitros adoptar medidas cautelares cuando no tienen un respaldo coercitivo de medios y campo de actuación para adoptar medidas de aseguramiento respecto a los bienes de una de las partes.

aspecto (este razonamiento es procedente incluso evadiendo la actual LA de 2003).

Para aportar conclusiones idóneas y definitivas a la posibilidad de que sea viable la adopción de medidas cautelares con anterioridad al procedimiento arbitral, establecemos las siguientes consideraciones:

1.º En primer lugar, el apartado segundo del artículo 730 de la LEC, referido a la jurisdicción ordinaria, establece un plazo de veinte días para presentar la demanda cuando se han solicitado medidas cautelares, para que éstas no queden sin efecto. En principio, esta consideración es aséptica; no impele la balanza hacia un juicio de valor tendente a la admisión de la tesis que acogería la posibilidad de instar medidas cautelares previas al procedimiento arbitral, pero tampoco inclina la balanza hacia una consideración contraria.

2.º Respecto del procedimiento arbitral, no se establece plazo, excepto cuando se trate de formalización judicial ¹² o de arbitraje institucional, supuesto en que parece acogerse el mismo plazo («El requisito temporal no regirá...»). Idéntico juicio de valor puede predicarse en este caso, aunque se atisba ya la «intuición» que posibilita la solicitud de medidas cautelares previas al procedimiento.

3.º Sin embargo, se manifiesta que en esos dos casos (formalización y arbitraje institucional), «para que la medida cautelar se mantenga», será suficiente que la parte a quien beneficie realice cualquier actividad tendente a poner en marcha el procedimiento arbitral. Con lo que parece que el plazo de veinte días no es de aplicación a estos casos, ya que basta la realización de cualquier actividad tendente a poner en marcha el procedimiento arbitral. El entrecasillado no puede pasar desapercibido; era y es, por sí solo, más que un determinante argumento para favorecer la adopción previa de medidas cautelares. La referencia al hecho de que éstas se mantengan –y ha de entenderse que se mantengan una vez iniciado el procedimiento– induce a pensar que se han acogido con anterioridad –al procedimiento mismo–.

4.º Entonces, queda por determinar qué ocurre con la adopción de medidas cautelares cuando nos encontramos en supuestos distintos a los de formalización judicial y arbitraje institucional. En particular, creemos, aplicando una solución global para todas las cuestiones anteriores y teniendo en cuenta la regulación normativa

¹² La redacción de la LEC ha de atemperarse a lo específico establecido por la LA vigente de 2003, por lo que la formalización judicial del arbitraje deberá entenderse ajustada a los supuestos de nombramiento de árbitros del art. 15.

así como los parámetros del art. 3 del Código civil (antecedentes históricos y legislativos, realidad social, etc.), que una vez acordada la medida cautelar, basta, para que ésta se mantenga, que la parte beneficiada lleve a cabo cualquier actuación tendente a poner en marcha el procedimiento arbitral, con lo que abogamos por una interpretación extensiva del precepto. Las consecuencias son claras: en el procedimiento arbitral (incluso en supuestos de formalización judicial o arbitrajes institucionales), se pueden adoptar medidas cautelares antes de su inicio con tal de que la parte beneficiada lleve a cabo las actuaciones encaminadas a comenzar, al igual que ocurre con el procedimiento judicial; por ello, se extiende el plazo de veinte días para llevar a cabo esas actuaciones, a pesar de que este extremo no resulte clarificado.

Veámoslo con un ejemplo: el sujeto A solicitó en su momento la adopción de medidas cautelares, pero no existe acuerdo con el sujeto B en la designación de árbitros. Ambas partes acuden a la formalización judicial del arbitraje; a nuestro entender, las medidas cautelares aprobadas se mantienen porque la parte a quien interesa está llevando a cabo las actuaciones tendentes a comenzar el procedimiento arbitral. Ahora bien, esas actuaciones deben realizarse en el plazo de veinte días desde que se acordaron las medidas, pues, en otro caso, decaerían.

II.2 Etiología de la regulación especial

A nadie escapa la idea de que el estudio del origen de la regulación legislativa vigente –nos referimos, claro, a la LA de 2003– del arbitraje puede bifurcarse en una etiología propiamente legislativa y una etiología ideológica.

La síntesis de la tramitación parlamentaria de la vigente Ley de Arbitraje está correctamente expuesta por YÁÑEZ VELASCO¹³.

¹³ YÁÑEZ VELASCO, R., *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Valencia, 2004, pp. 45 y ss. Colabora en esta obra la prof.^a ESCOLÁ BESORA: «A iniciativa parlamentaria del Gobierno de la nación, el día 26 de septiembre de 2003 se presentó un proyecto de ley ordinaria de arbitraje (PLA) en el Congreso de los Diputados, que fue calificado por la Mesa de la Cámara el día 30 de septiembre, comenzando su rápida andadura con el procedimiento de urgencia conforme a los artículos 93.1 y 148 del Reglamento del Congreso, encomendándose a la Comisión de Justicia e Interior y abriendo un plazo de enmiendas que en principio finalizaba el día 13 de octubre. Pero fue sucesivamente ampliado, hasta en cinco ocasiones, la última agotada el día 3 de noviembre de 2003. Y antes de ese momento, en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados celebrada el 29 de octubre de 2003, tuvo lugar la avocación del proyecto por el Pleno en función del artículo 149.1 del Reglamento de la Cámara.

En el Congreso de los Diputados se plantearon 116 enmiendas (de las que se acogieron 6)... A continuación se publicó el dictamen de la Comisión y los escritos de mantenimiento de las enmiendas para su defensa ante el Pleno del Congreso... Remitido al

Pocas consecuencias pueden extraerse de este *iter*, como no sea que apenas si se acogieron las numerosas enmiendas presentadas y que, como ley destinada al universo de la *lex mercatoria*¹⁴, se reformó para cauterizar las notables carencias –por ejemplo en materia de medidas cautelares– que, para el foro de los mercaderes, representaba la anterior Ley de 1988.

Respecto de su etiología ideológica, la LA de 2003 es claramente tributaria de sus predecesoras –amén de que nació desde un inusitado Pacto por la Justicia de los principales partidos políticos españoles– y, sobre todo, de la afamada Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (LM)¹⁵, un texto, como prácticamente todos los de esta índole, de *soft law*, como reconoce la doctrina¹⁶, fruto de un complejo proceso de elaboración, que ha supuesto un auténtico hito en el régimen jurídico del arbitraje comercial internacional de los últimos años, como lo demuestra el hecho de que haya servido de base para la reforma o aprobación *ex novo* de las legislaciones arbitrales de más de 40 países. Estamos, pues, ante un auténtico «texto de referencia», cuyo estudio –incorporado en diferentes momentos de este trabajo– es imprescindible para entender la realidad del arbitraje comercial internacional de los últimos años¹⁷.

Senado... se presentaron 104 enmiendas (de las que se admitió una)... De nuevo en el Congreso se aprobó la definitiva ley ordinaria en fecha de 10 de diciembre de 2003, sancionada el día 23 de diciembre, con publicación el Boletín Oficial del Estado número 309, de 26 de diciembre de 2003».

¹⁴ Basta una nota para comentar que surgida como contrapartida, en la Edad Media, al derecho de los señores feudales, la *lex mercatoria* pretende regir las relaciones entre comerciantes de modo uniforme, mediante la aplicación obligatoria de las costumbres y usos comerciales; constituía la ley de los contratos entre comerciantes que se aplicaba con independencia del lugar en que se diera y de las personas que participaran (era suficiente con ser mercader o comerciante), quienes, colocadas en igualdad de derechos y condiciones, manifestaban su intención –que era lo principalmente buscado, considerada de superior valor, por encima de los signos que se exteriorizaran– para concertar el negocio o contrato. Lord Chancellor, en Inglaterra, lo había expresado así hacia finales del siglo xv: «Los mercaderes no están obligados por nuestras leyes, sino que deben ser juzgados de acuerdo con la ley natural, que algunos llaman Lex Mercatoria, que es universal en el mundo».

¹⁵ La necesidad de que la empresa cuente con un foro jurisdiccional en el que resolver los conflictos con cierta agilidad y especialidad, por encima de otros predicamentos, ha hecho que el arbitraje ocupe un alto baremo en la agenda de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

¹⁶ En particular, BARONA VILAR, S., (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, 2004, p. 66.

¹⁷ España se suma ahora –sigue diciendo– a este elenco de países «Ley Modelo», y lo hace con decisión. Hasta el punto de que el legislador español articula el nuevo modelo arbitral sobre la Ley Modelo, y ferviente partidario de la opción monista (que propugna que los mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional), opta por proyectar el régimen de la CNUDMI tanto a los arbitrajes internos como a los internacionales. Esta proyección genera determinadas fricciones y problemas que, en modo alguno, pueden ser referidas a la Ley Modelo, debiendo impugnarse íntegramente a un legislador –el español– que, desatendiendo el carácter de «Modelo» que acompaña al texto de la

En definitiva, la Ley de Arbitraje de 2003 ha sido concebida para resolver, principalmente, las tensiones derivadas de la aplicación del derecho a las situaciones mercantiles; en no pocas ocasiones, esa contienda se ha planteado o se plantea en sede de tutela cautelar.

III. EL TRATAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LA DE 2003

III.1 Introducción. Juez y árbitro: la interrupción del *imperium* convergente

La facultad indubitada de que los árbitros puedan adoptar medidas cautelares es una de las grandes novedades de la ley ahora vigente. La propia Exposición de Motivos –con una semántica no siempre adecuada y una recelosa valentía– ahorra tinta arbitrando la justificación de esta proteica medida, aunque, como decíamos al principio, apostillando que el *imperium* del árbitro es más reducido que el del juez en la medida en que éste juzga y hace ejecutar lo juzgado, mientras que aquél sólo juzga, incluso cuando se encuentra ante medidas cautelares. En particular, el texto literal de la propia Exposición de Motivos de la LA de 2003 dice lo siguiente: «El artículo 23 incorpora una de las principales novedades de la ley: la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en otro caso se considera que la aceptan. La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar. Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de este Ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de las

CNUDMI, se ha limitado a copiar sin más gran parte de sus soluciones, sin complementarlas, adaptarlas o actualizarlas*.

* Sobre la evolución de la potestad de los árbitros para dictar medidas cautelares, *vid.* REINER, A., «Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCI», *Journ. dr. int.*, 1998, pp. 853-904.

medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal».

En cierto modo, la explicación que da la Exposición de Motivos de la LA de 2003 a la articulación de la tutela cautelar pretende transmitir una idea obtusa; los árbitros pueden decretar medidas cautelares, pero necesitan de la connivencia judicial para ejecutarlas. En cierto modo también, ocurre (y ocurrirá) una situación que ya el prof. Jaime GUASP¹⁸, refiriéndose a la llamada cláusula compromisoria¹⁹, calificó como «perro del hortelano jurídico»; porque si con el arbitraje se ha pretendido excluir la aplicación jurisdiccional del Derecho para –a través de un acuerdo de voluntad– adjudicar el procedimiento a un órgano ágil y especializado (acorde con las exigencias de la *lex mercatoria*), carece de sentido hacer intervenir a los órganos judiciales para conseguir –en el supuesto de la tutela cautelar– que se ejecute una medida acordada por el órgano arbitral. Lo que ocurría con la primigenia LA de 1953 era que si bien se daba por cierto que con el arbitraje siempre se pretendió eludir la jurisdicción, no lo era menos que para conseguirlo –por imperativo de su propio articulado– había que acudir a su *formalización judicial*. Es decir, el método de la Ley de 1953, ávido de poder, acababa, no ya con las buenas intenciones de los contratantes al acudir al arbitraje, sino con la institución misma. Este contrasentido es lo que llevó a GUASP a calificar la cláusula compromisoria como «perro del hortelano jurídico», pues, a la hora de la verdad, ni dejaba litigar en la jurisdicción ordinaria, ni permitía la justicia arbitral. Y todavía hubo más... Nuestro desprestigiado sistema arbitral dañó frecuentemente las relaciones comerciales inter-

¹⁸ *El arbitraje en el Derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*. Barcelona, 1956.

¹⁹ La cláusula compromisoria, quizá por influencia de las sociedades extranjeras, se conocía y se frecuentaba a lo largo del siglo XIX, antes, de seguro, de la promulgación primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código Civil después. Como puso de relieve DÍEZ PICAZO («El Pacto Compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje», en *Anuario de Derecho Civil*, 1954, pp. 1155 y ss.) fue la jurisprudencia la que fue creando el envoltorio adecuado para que cupiera después la perniciosa caracterización jurídica del contrato preliminar de arbitraje. Y así, desde las reticencias oficiales que se mostraron en sentencias como la de 20 de marzo de 1889 hasta la bienvenida solapada que le dieron resoluciones como las de 3 de diciembre de 1930 o de 30 de marzo de 1950, la cláusula compromisoria fue haciéndose hueco en el entramado jurídico español, aunque bien es verdad que, como hacer notar CAMPO VILLEGAS («Problemas de forma en el convenio y en el laudo arbitral: su inscripción», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1993, p. 74), en la regulación de los efectos de dicho pacto la doctrina jurisprudencial se quedó a medio camino: la cláusula compromisoria sólo producía efectos negativos, en el sentido de que, alegada como excepción en el juicio, el Tribunal se abstenía de entrar en el fondo de la cuestión litigiosa; es decir, que la existencia de la cláusula compromisoria por sí misma eliminaba a la jurisdicción ordinaria a manera de excepción dilatoria, pero tampoco permitía entrar a conocer el asunto a la jurisdicción arbitral.

nacionales: las cláusulas de arbitraje internacional, calificadas desde la perspectiva de la Ley española de 1953, no eran más que meras cláusulas compromisorias o contratos preliminares de arbitraje, que no reunían los requisitos formales del compromiso. Por esta razón la jurisprudencia consideró en ocasiones nula tal convención y denegó la ejecución en España de los laudos extranjeros dictados en base a ella.

Hemos sostenido unas líneas más arriba que podemos traer a colación la analogía comparativa –tomada del prof. GUASP– para declarar que algo similar puede ocurrir con la ejecución de las medidas cautelares: resulta que, con el Derecho positivo actual (arbitral y procesal), mientras que un árbitro –órgano arbitral– puede adoptar la medida cautelar que estime conveniente, necesita sin embargo del auxilio judicial para ejecutarla. Esto es, lo que provechosamente se ha «expulsado» por la puerta (exclusión de la jurisdicción ordinaria en beneficio de la justicia arbitral cuando así convenga y se convenga por las partes), retorna perniciosamente por la ventana (necesidad de decisión judicial que ejecute la adopción de la medida).

Parece claro entonces que la declaración de la Exposición de Motivos de la LA de 2003 es toda una pávida y menguada declaración de principios. No se ha atrevido a rasar el grado de árbitro con el de juez, ni siquiera en las medidas cautelares²⁰. A más profundidad de análisis, no debemos –tan aficionados como somos a ello en la doctrina española– convertir en sacrosanta y, por tanto, en estática, la regulación de la LM. Y ello porque nos conduciría al absurdo de declarar impecable e inamovible una regulación que desde la propia CNUDMI se está removiendo para su mejora, particularmente en la delicada cuestión de la tutela cautelar arbitral, provisional y ejecutiva²¹. Se produce así la más denostada, al menos

²⁰ Es obvio que ambos procedimientos, jurisdiccional y arbitral, deban 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; en consecuencia, negar la posibilidad de medidas cautelares en el arbitraje implicaría la violación directa de este principio sólidamente establecido en las Constituciones estatales. OTERO LASTRES, J. M. «El derecho fundamental a la tutela “arbitral” efectiva», *Abogados* (Madrid), febrero 2007, pp. 52-55.

²¹ La nota es extensa, pero merece la pena reproducir su contenido íntegro: «Es evidente que la LMU, a la que acabamos de hacer referencia, supuso un importante avance, en el sentido de que muchos sistemas nacionales comenzaron a incorporar sus previsiones en materia de justicia cautelar. Sin embargo su regulación pronto quedó superada por las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional. A este respecto la Uncitral, durante las dos últimas décadas ha venido revisando e insistiendo en la necesidad de ciertas reformas a su articulado y, concretamente, ha reconocido la necesidad de ajustar a las actuales prácticas del comercio internacional, entre otras cuestiones, el régimen de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral. Precisamente, por lo que atañe a la materia que estamos estudiando, en 2005 el Grupo de Trabajo designado al efecto preparó una «Propuesta sobre la forma en la que cabría presentar las disposiciones legales

desde el punto de vista doctrinal, disintonía entre el *imperium* del juez y el *imperium* del árbitro.

III.2 Medidas cautelares de los jueces y medidas cautelares de los árbitros

Los dos párrafos terceros de los artículos 8²² y 11 de la LA de 2003 se dedican a regular la solicitud y adopción judicial de medidas cautelares, mientras que el artículo 23 de la misma se centra en las medidas cautelares que se pretenden ante los propios árbitros.

El párr. 3.º del art. 11 se expresa en los siguientes términos: «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».

Algo alejado, puesta en solfa su equiparación con la potestad de los jueces en esta materia, se encuentra el art. 23 que contiene la posibilidad de que los árbitros dispongan medidas cautelares:

«1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.

sobre medidas cautelares y órdenes preliminares en la Ley Modelo» (Propuesta Uncitral) donde se convino en la necesidad de insertar un Capítulo IV *bis* («Medidas cautelares y órdenes preliminares») a LMU con una especial atención a las potestades del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, a las condiciones para su otorgamiento, modificación, suspensión y revocación y al reconocimiento y ejecución de las mismas. Esta iniciativa ofrece un especial interés, pues así como existe una tendencia a la unificación en lo que concierne la regulación de las medidas cautelares en los procedimientos ante la jurisdicción ordinaria, su proyección en el procedimiento arbitral sigue registrando un marcado particularismo. La propuesta contiene un extensísimo nuevo art. 17 con 5 secciones y 11 apartados donde se reitera en términos tajantes que «Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares» (art. 17.1.º Propuesta Uncitral), pero también se presta atención a las medidas cautelares dictadas por el juez en apoyo al procedimiento arbitral, y aunque la inclusión de esta materia supone una cierta ruptura sistemática del texto del Proyecto ofrece la ventaja de su utilidad, pero cabe considerar que esta cuestión bien pudiera figurar como un nuevo art. 9 *bis*».

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *op. cit.*, p. 27.

²² En cuanto a este precepto («Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el art. 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»), más procesal que sustantivo, sólo diremos, con YAÑEZ VELASCO, *op. cit.*, p. 291, que el Consejo General del Poder Judicial solicitó que el artículo 8.3 reiterase el contenido del artículo 724 de la LEC, sobre la base de criterios de pura economía legislativa. El criterio utilizado por nuestro legislador es dual, siendo el subsidiario de eficiencia –lugar en que deban producir su eficacia las medidas– el que puede resultar más práctico para constatar, precisamente, su efectivo cumplimiento. Sin embargo, el criterio preferente es el lugar en que el laudo debe ser ejecutado. En ambos supuestos el competente objetivo es el juez de Primera Instancia.

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

Sin prejuzgar su contenido ni entrar ahora en mayor detalle, es oportuno pensar que la regulación en este punto se caracteriza por dos datos de profundo calado: en primer término, la facultad de los árbitros para determinar el establecimiento de una medida cautelar se deriva salvo acuerdo en contrario de las partes (hay aquí una suerte de remisión absoluta *iuris tantum* al poder de la autonomía de la voluntad, lo que puede parecer oportuno y procedente); en segundo lugar, y no obstante, las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares se fiscalizan a través del tamiz judicial de la anulación y ejecución forzosa de los laudos.

III.2.1 TAXONOMÍA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Los diferentes sistemas jurídicos²³ han materializado medidas cautelares muy diversas y en su sistematización pueden utilizarse clasificaciones diferentes.

Para FUENTES CAMACHO²⁴, a quien seguimos en este punto, y con una finalidad meramente descriptiva, cabe referirse a aquellas medidas dirigidas directamente contra los bienes que están en posesión de una persona para primar o limitar su control sobre los mismos y a las que poseen como función que la otra parte haga o deje de hacer alguna cosa.

Desde otra perspectiva puede hablarse de medidas conservatorias del estado de cosas o lugares apreciables en el momento en que se suscita la controversia, las que tienen como objeto el cumplimiento del laudo arbitral y las de aseguramiento de las pruebas.

Una tercera clasificación válida distinguiría, en primer lugar, las medidas que están dirigidas a la administración y conservación de las pruebas y que corresponde adoptar por entero a los árbitros por moverse en el ámbito de actuación trazado por el convenio arbitral; en segundo lugar, las medidas que pretenden proteger el objeto del litigio, que suelen quedar fuera de la esfera de los árbi-

²³ Indicativo de la dificultad de organizar el muestrario de medidas cautelares que pueden acogerse es este párrafo del prof. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pp.

²⁴ Fuera del ámbito del arbitraje, el TJCE ha dado una definición general de las medidas provisionales o de conservación, interpretando el art. 24 CB; según la Sentencia de 26 de marzo de 1992, *Reichert*, asunto C-261/90, son aquellas medidas destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho a fin de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento, por otro lado, se ha pedido al juez encargado de conocer el fondo del asunto. *Vid.* V. FUENTES CAMACHO, *Las medidas provisionales y cautelares en el Espacio Judicial Europeo*, Madrid, 1996, pp. 192-195; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, 1996, pp. 80-82.

tros porque su adopción suele solicitarse antes del inicio del arbitraje, y aconsejan una actuación judicial, aunque no existe inconveniente en que sean dictadas por los árbitros si la solicitud se efectúa con posterioridad a la constitución del tribunal arbitral; y, por fin, las que intentan garantizar el resultado de la decisión final, también denominadas medidas anticipatorias, que aunque no están excluidas en muchos sistemas de la función arbitral²⁵ no suelen ser pronunciadas por los árbitros, pues en cierto modo su adopción puede adelantar el resultado del litigio. Entre estas actuaciones cabe referirse a la anotación preventiva de la demanda, la conservación de determinados bienes, la paralización de una obra, el nombramiento de un administrador para la gestión de dichos bienes, el embargo de los bienes objeto del litigio, la prestación de una determinada fianza, el bloqueo de una cuenta corriente, etc.

Por su parte, y también dentro de la doctrina española más autorizada²⁶, se pone de manifiesto que el legislador ha asumido la concepción ya dominante en la doctrina procesal de las últimas décadas, que había superado la teoría clásica de las medidas cautelares –defendida por quienes abogaban por la función y efectos estrictamente de aseguramiento²⁷–, consolidándose la opinión de que con las medidas cautelares se cumple, en ocasiones, una función anticipatoria de la resolución²⁸. Hoy –sigue diciendo Fuentes Camacho– pueden diferenciarse, según la finalidad a la que se dirigen, entre:

A) Medidas que aseguran la ejecución (el ejemplo típico por excelencia de este tipo de medidas es el embargo preventivo).

B) Medidas que conservan la situación de hecho tal cual se encontraba al inicio del proceso principal (prohibición de difusión de una publicidad).

C) Medidas que anticipan el resultado del proceso (la efectividad de la sentencia, como sería por ejemplo la medida de alimentos provisionales).

²⁵ Para FERNÁNDEZ ROZAS vale como ejemplo el art. 818 del Código Procesal Italiano dispone que los árbitros no autorizar embargos ni otras medidas cautelares. *Vid.* en la misma dirección el art. 753 CPCCN argentino respecto de medidas compulsorias o de ejecución.

²⁶ BARONA VILAR, S., *op. cit.*, pp. 856 y ss. Escritas, según indicación del sumario, por la propia prof.^a BARONA y los profesores VERDERA SERVER y GUZMÁN FLUJA.

²⁷ CARRERAS LLANSANA, J. «Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Estudios de Derecho Procesal* (con FENECH), Barcelona, 1962, pp. 17 a 21.

²⁸ Delicada cuestión ésta en la que la medida cautelar anuncia de alguna manera los resultados del juicio. Por todos, puede verse, CALDERÓN CUADRADO, M. P. *Las medidas cautelares indeterminadas*, Madrid, 1992.

No resulta fácil –y excede, con mucho, de los objetivos dogmáticos y metodológicos de este trabajo– establecer un listado a modo de *numerus clausus* capaz de aglutinar el elenco de medidas cautelares que pueden adoptarse tanto arbitral como judicialmente –por más que la LEC vigente pretenda una clasificación no cerrada en su artículo 727–. Además, dada la casuística que existe en esta materia, esa pretensión sería superada por nuevas formas de aseguramiento del objeto del proceso y de su resultado; las medidas no están catalogadas y, aunque lo estuvieran, sería un catálogo abierto a la inclusión de *neo-cautelae* siempre y cuando cumplieran con los requisitos y presupuestos de legalidad que exige el ordenamiento jurídico.

Lo que sí existen son una serie de *recta principia* que funcionan como estándares capaces de detectar ese ajuste o juicio de legalidad que requiere la imposición o establecimiento de una medida cautelar. Como reconoce la práctica totalidad de autores que con mayor profusión se han dedicado a este tema, las características de las medidas cautelares –que en no pocas ocasiones se confunden con rasgos de su naturaleza jurídica– son:

I. Instrumentalidad.

Se trata de medidas instrumentales del proceso declarativo y de su fase ejecutiva y conducen necesariamente a hacer posible «la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria» (art. 726.1.1.^a de la LEC)²⁹.

²⁹ Esta tesis se apoya jurisprudencialmente en declaraciones como las de la Sentencia 189/1998, de 14 de abril de 1998, de la AP de Castellón, que dice: «La razón de existir de estas medidas es la de que la resolución con eficacia para incidir sobre la esfera jurídica de las partes, no puede obtenerse, por regla general, sin más e inmediatamente después de que sea pedida. El ordenamiento impone que procedan una serie de actos, a través de los cuales y en contradicción entre las partes, son aportados los hechos, se practica la prueba, se exponen las argumentaciones jurídicas, etc., proporcionándose al órgano jurisdiccional el material necesario para que se dicte una resolución justa. Naturalmente, la realización de esta actividad, la realización del proceso, exige tiempo y no debe olvidarse que el proceso es una actividad de resultados inciertos que debe valorarse desde la previsión de un resultado favorable al actor. La indeterminación del proceso entre el momento en que, según el Derecho material, debió producirse la satisfacción y el momento en que efectivamente se produce mediante la sentencia y, en su caso, mediante la ejecución forzosa, implica ya de por sí que el proceso no puede cumplir, con perfección ideal, su función de realización del Derecho y ante ese retraso resulta obvio que el ordenamiento impone, por un lado que se repare genéricamente el interés lesionado del acreedor, mediante la condena a indemnizar daños y perjuicios originados por la demora. En segundo lugar, la razón de ser de estas medidas cautelares radica en que aquella demora supone la posibilidad, la ocasión o facilidad para que el demandado realice actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción que la resolución que, en su momento se dicte, venga a conceder al actor, con la que el actor no obtendría siquiera una satisfacción tardía. Por ello, las medidas cautelares son los medios jurídicos-procesales que tienen por función evitar que se frustre la satisfacción de los derechos del actor». Aún sin expresar el término «instrumentalidad», la declaración es contundente sobre el alcance de las medidas y sobre este especial rasgo de su naturaleza jurídica.

Aunque es un problema resuelto, no está de más recordar –como hace la doctrina³⁰– que «precisamente, la regulación que ofrecía el legislador de arbitraje de 1988 era incoherente con esta característica, dado que si son instrumentales del proceso principal, lógico es pensar que lo deben poder ser desde que comienza el proceso arbitral y no tan sólo para garantizar la fase de anulación. El modelo que ideaba la Ley de arbitraje impedía el cumplimiento efectivo de la función y naturaleza cautelar, dado que la instrumentalidad quedaba relegada a una hipotética fase, posible pero no necesaria, del proceso arbitral. Es más. Resultaba realmente sorprendente que en el Anteproyecto de la Ley de Arbitraje (LA / 1988) se permitiera la adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral, incluso adoptarlas los propios árbitros. Era el artículo 30 del Anteproyecto el que desarropa estas dos posibilidades, empero fueron abandonadas en el texto definitivo de 1988».

El abandono de tal posibilidad hay que imputárselo sin duda al fortalecimiento de la concepción judicial o judicialista del ordenamiento jurídico, concepción que traía causa de la configuración del poder judicial en la Constitución española de 1978.

II. Provisionalidad.

Es un tópico –que expresa bien esta particular característica de las medidas cautelares– decir que nacen con fecha de caducidad, porque tan pronto como se cumpla la sentencia o el proceso se sitúe en un estadio o fase que desmotive el mantenimiento de las medidas cautelares que se hubiesen impuesto, éstas han de decaer.

Si no fuera provisional, la medida cautelar, en la mayoría de los casos, se identificaría con la resolución del fondo del asunto; es provisional porque está destinada a satisfacer un problema sustantivo o procesal, o ambos, temporal, lo que nos conduce a la característica que enunciamos a continuación.

III. Temporalidad.

Aunque se desconoce en principio su tiempo de vigencia, es obvio que, como consecuencia de la nota característica anterior y aplicando básicamente idéntica argumentación, las medidas care-

En todo caso, y como reconoce el manual de la prof.^a BARONA VILAR, *op. cit.*, p. 854, que venimos manejando: «La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones en torno a esta nota de instrumentalidad de las medidas cautelares como componente esencial de las mismas. Significativas fueron las palabras del TS, Auto de 3 de septiembre de 1992: «...una de las características generales de las medidas cautelares... es la instrumentalidad...», de suerte que aparecen configuradas en función de un proceso pendiente al que se subordinan, encontrando su razón de ser en su dependencia respecto del objeto litigioso que en él se ventila y de la pretensión ejercitada, asegurando su ejecución en el caso de que la demanda tenga éxito».

³⁰ BARONA VILAR, *op. cit.*, pp. 854 y 855.

cen de vocación de perpetuidad y, por ende, nacen para extinguirse, sin que para ello suponga una rémora la indeterminación temporal que le es propia.

IV. Variabilidad.

Lo expone el párr. 2.º del art. 726 de la LEC: «Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte».

La posibilidad de modificar o, en última instancia, alzar la medida provisional acordada es, incluso, un presupuesto necesario de la proporcionalidad. Esta característica ajusta la nota de la proporcionalidad. Esa variabilidad se enfrenta a una indeseable rigidez que pondría en tela de juicio el sistema mismo de medidas cautelares.

V. Proporcionalidad.

Está perfectamente explicado –intuida la idea de que se trata quizá de la nota característica más importante, en la medida en que embebe a todas las demás como *primus inter pares* en la materia–, y por ello recurrimos una vez más a él, en el estudio que coordina la prof.^a Barona Vilar³¹: «En la regulación de las medidas cautelares hay un centro de tensión ineludible: por un lado, el beneficio que le reporta, sin título ejecutivo, la adopción de las mismas al sujeto solicitante de la medida, y, por otro, los posibles daños y perjuicios que pueden producirse en la persona del sujeto pasivo si se demuestra posteriormente que la medida carecía de fundamento.

Esa tensión es la que conduce a la asunción de la proporcionalidad, en cuanto mecanismo-balanza que sirve para ponderar ambos intereses contrapuestos. Así lo ha visto la jurisprudencia; a título de ejemplo, la SAP de Málaga de 23 de diciembre de 1994 expone: «Dos van a ser los criterios o ángulos que esta Sala entiende deben dilucidarse para discernir sobre la oportunidad de adopción de la medida cautelar, a saber: 1.º) Si concurren indicios suficientes de la realización de un acto..., y 2.º) Si dicha medida guarda la debida proporción con el fin que pretende obtener, cual es el de garantizar la efectividad de la sentencia».

En consecuencia, la medida debe ser proporcionalmente adecuada a los fines pretendidos, de modo que se adoptará cuando no sea susceptible de «sustitución por otra medida igualmente eficaz y menos gravosa o perjudicial para el demandado» (art. 726.1, 2.º, LEC).

³¹ BARONA VILAR, *op. cit.*, pp. 855 y 856.

La proporcionalidad –termina diciendo– se delimitará mediante un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, potenciándose con ello una menor onerosidad para el demandado. No existe, a este respecto, sin embargo, una posible catalogación acerca de qué debe entenderse como más o menos oneroso para el demandado que soporta la medida, de manera que la determinación de esa gradación no siempre puede responder a parámetros realistas³². Esta idea de la proporcionalidad es perfectamente aplicable tanto cuando se trate de proceso cautelar instrumental de un proceso declarativo judicial, como cuando se refiere a un proceso cautelar instrumental de un proceso declarativo arbitral».

III.2.2 PRESUPUESTOS COMUNES DE APLICACIÓN

Un tema mascado, pero de tratamiento necesario –aunque se trate de una disciplina de índole exclusivamente procesal– si se quiere llegar a entender el mecanismo de accionamiento y desenvolvimiento de las medidas cautelares, es el referido a los presupuestos o elementos fundamentales que dotan de fundamento procesal y sustantivo a la tutela cautelar. En la configuración de estos presupuestos, viene en ayuda el artículo 728 de la LEC, que, a lo que este trabajo interesa, establece:

«1. Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

No se acordarán 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.

2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al funda-

³² Esto introduce un debate que puede llevar a otra línea de investigación en torno a la creación jurisdiccional del derecho a través de las medidas cautelares o, si se quiere, a la consideración de la jurisprudencia como fuente del derecho, algo que, en sede de tutela cautelar, parece del todo punto indiscutible. ¿Habría que comenzar a hablar también de la «creación arbitral del derecho»?

mento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios.

3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.»

Es decir, de la lectura esmerada de esta norma es dable colegir los presupuestos de aplicación de las medidas cautelares, que funcionan como tensores del imbricado de solicitud, acogimiento y ejecución de la tutela cautelar, teniendo en cuenta dos matices:

a) En primer lugar, que como presupuestos comunes de aplicación propiamente dichos, sólo funcionan el denominado «*fumus boni iuris*» o apariencia de un buen derecho, y el denominado «*periculum in mora*» o peligro de mora procesal. Acaso haya que reflejar un tercer requisito que podríamos denominar la «oportunidad de la medida», pues, como dice el artículo, ha de estar ésta justificada –momento oportuno de pedirla, proporcional, etc.– y fundamentada –en datos, argumentos y justificaciones documentales que lleven al juicio indiciario sobre la necesidad de adoptarla–.

b) En segundo término, provocado por la reforma que sufrió la LEC a instancias de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, se prevé la obligatoriedad, como regla general³³, de prestar caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. Más que un presupuesto de adopción de la medida cautelar, estaríamos ante un presupuesto de ejecución de la misma.

Analizamos brevemente los presupuestos enunciados.

A) El humo de buen derecho.

La jurisprudencia, a fuerza de incidir sobre el concepto, ha terminado de perfilar que se trata de un requisito básico para poder ejercer la tutela cautelar. Ha de existir³⁴ un cierto juicio positivo

³³ Precisamente, la nueva redacción que se dio al art. 728 de la LEC lo fue para asentar que «en los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el Tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados».

³⁴ Dice, por todas, la sentencia de la AP de Navarra, de 15 de mayo de 1998.

por parte del juez de que el resultado de tal proceso principal será probablemente favorable al actor; es lo que se denomina apariencia de buen derecho. No obstante, ésta no supone un convencimiento absoluto de que esa pretensión será estimada en todo caso, sino que es suficiente con la mera posibilidad de que tal resultado se pueda producir efectivamente.

«¿En qué consiste, pues, esa necesaria diferencia? –Posibilidad, diríamos nosotros–. Para Calamandrei en que por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todo caso a un juicio de probabilidad o verosimilitud. Declarar la existencia del derecho es función de la resolución principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil»³⁵.

B) Peligro de mora procesal.

El peligro de mora procesal, como presupuesto de las medidas cautelares, se concibe como el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal, riesgo que puede surgir con ocasión de la necesaria dilación temporal en alcanzarse, tras la realización del proceso de declaración, la sentencia que concede aquélla tutela³⁶. El denominado *periculum in mora, lato sensu*, constituye una nota esencial que caracteriza a las medidas cautelares; advierten del auténtico interés jurídico del peticionario. Por eso se ha dicho que pese a la transformación que se viene operando en los ordenamientos procesales comparados sobre tales medidas, la urgencia con que deben dictarse para evitar un daño grave o irreparable continúa siendo un presupuesto común a la tutela cautelar³⁷.

Aunque no siempre se diga, es conveniente puntualizar que el retraso o mora procesal a que se refiere este presupuesto básico de la tutela cautelar no debe confundirse con la durabilidad de un proceso judicial o arbitral; en ocasiones, la justicia o es lenta o no es absolutamente nada. Por ello, hay que centrar el verdadero peligro: la idea de dilación o tardanza encierra un matiz peyorativo que es el que hay que reconocer como auténtico *periculum* de que el retraso ocasione la inviabilidad del propio proceso o de su resultado.

C) Caución.

En línea con lo expuesto anteriormente, es conveniente hacer constar que esta caución supone una prevención o cautela, a modo de garantía, que permitirá un eventual resarcimiento de daños y

³⁵ ORTELLS RAMOS, *op. cit.*, p. 167. La aclaración entre guiones es nuestra.

³⁶ Según puntualiza ORTELLS RAMOS, *op. cit.*, p. 150, *in fine*.

³⁷ Párrafo extraído de una ponencia de SARTORI, J. A., *El debido concepto de lo cautelar*, ponencia del X Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Argentina, 2008.

perjuicios si, con posterioridad, se pone de manifiesto que la medida carecía de fundamento y procede su revocación. En todo caso, debe ser previa al cumplimiento o ejecución de la medida y suficiente cualitativa y cuantitativamente.

La LEC concede al sujeto sobre el que recae la medida cautelar la posibilidad de sustituirla por caución suficiente, a juicio del Tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare. Ha manifestado ORTELLS RAMOS³⁸ «una cierta ambigüedad del régimen de la caución sustitutoria, que puede repercutir en los criterios de fijación de la cuantía de la misma. Por una parte, ese régimen posibilita una fijación de la caución adecuada para reforzar el compromiso del demandado con el cumplimiento en forma específica de la sentencia. Pero, en todo caso, asegura que el juez no está vinculado por el ofrecimiento de caución, sino que debe decidir sobre su admisión considerando lo que exige la efectividad de la tutela instada en el proceso principal; así como también garantiza que el importe de la caución debe cubrir, como mínimo, la indemnización previsible en caso de imposibilidad de ejecución específica plena».

Estos presupuestos comunes de aplicación de las medidas cautelares (de cuya formulación, contenido y alcance hemos hecho aquí sólo un breve apunte, entre otras razones, por tratarse de cuestiones específicamente procesales que han sido estudiadas en innumerables ocasiones) han de ser tenidos en cuenta en la adopción y ejecución de medidas cautelares judiciales, y en nada interferirían la eventual posibilidad de que sean los árbitros quienes decidan establecer una medida cautelar y ejecutarla *in natura* o en forma específica.

III.2.3 EL ARTÍCULO 11 FRENTE AL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE ARBITRAJE DE 2003

De entrada, no parece complicado adelantar que el artículo 11 –y seguimos ahora en la vigente LA de 2003– no existiría si la equiparación entre las potestades judiciales y las arbitrales en sede de justicia cautelar fuera total. Básicamente, esta confluencia de preceptos pretende salvaguardar situaciones en las que las medidas cautelares –según veremos a continuación, nos referimos a reclamar una medida cautelar concreta ante el juez–, se solicitan con carácter previo a la interposición de la demanda y existe una cláusula contractual de sometimiento de la cuestión a arbitraje: el debate entonces se centraría en la posibilidad de que, ante un medida

³⁸ ORTELLS RAMOS, *op. cit.*, p. 200.

cautelar solicitada *ex ante* demanda, cupiera el acogimiento de la declinatoria de sumisión al arbitraje (como decíamos inmediatamente antes, no daría lugar a este debate el hecho de que la medida cautelar se solicitara ante el árbitro, pues entonces la declinatoria de sometimiento a arbitraje sería espuria). Yáñez Velasco³⁹, por ejemplo, dice que no cabe la declinatoria de sumisión a arbitraje en tal caso, prevista para el demandado como regla general, quedando su viabilidad postergada hasta que formalmente se interponga la demanda. Y, en efecto, así ha de ser: una medida cautelar solicitada con anterioridad a la interposición de la demanda, con los efectos de una cláusula de sometimiento a arbitraje en situación de pendencia, no activaría lo que se denomina el efecto negativo del convenio arbitral (no impide a los jueces y tribunales entrar a debatir y decidir sobre lo solicitado), con lo que, como ha quedado dicho, la exclusión de la actividad jurisdiccional quedaría a expensas de que se interpusiera la demanda.

Previsor como pocos, el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (artículo VI.4), bajo el epígrafe de «competencia de los tribunales judiciales estatales», contenía la conjetura de que «si una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral ni como un sometimiento del asunto al Tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo». Lo que significa un auténtico espaldarazo a la idea antes apuntada; solicitar una medida cautelar ante la autoridad judicial estando pendiente una cláusula de sometimiento a arbitraje no significa derivación del asunto al orden jurisdiccional. Ello, no obstante, deja una duda aún por resolver: si, como hemos visto, la medida cautelar —caso de ser acogida— es en cierto modo anticipatoria de la decisión, ¿puede considerarse que el árbitro estará condicionado por la determinación que el órgano judicial entienda procedente? Sin duda, desde un punto de vista estrictamente sustantivo, no lo estará. Desde un punto de vista psicológico...

En tal caso, y obviando cualquier sospecha sobre la ascendencia sustantiva y procesal del artículo 11.3 de la Ley 2003 en la llamada Ley Modelo, podemos extraer ciertas consecuencias de esta equiparación de preceptos que se pone en liza:

En primer término, podemos colegir que el denominado efecto negativo del convenio arbitral (que designa el impedimento de los

³⁹ YÁÑEZ VELASCO, *op. cit.*, p. 447. En fin, dice este autor, el artículo 11.3 de la LA se dirige a evitar que, por el mero hecho de existir un convenio arbitral, se impida la actividad jurisdiccional cautelar, tanto antes como después de iniciado el arbitraje mismo.

Jueces y Tribunales para entrar a conocer de la controversia que se somete al procedimiento arbitral con independencia de la fase en que se encontrare)⁴⁰, no alcanza a la tutela judicial cautelar, que puede convivir perfectamente con los efectos del convenio arbitral. De igual modo, derivado de una interpretación puramente literal, el artículo 23 conlleva la compatibilidad de esa misma tutela cautelar judicial con el reconocimiento de la potestad arbitral para dictar medidas cautelares.

En segundo lugar, es reconocible en el texto de la norma la idea de que las medidas cautelares judiciales puedan solicitarse con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante la tramitación del procedimiento arbitral.

III.3 Tutela cautelar judicial

No supone ninguna primicia legislativa la inclusión en el texto articulado de la LA de 2003 de la posibilidad de instar medidas cautelares típicamente judiciales; de hecho, y como ha quedado apuntado, ya la LA de 1988 amparaba esa opción. Lo que sí supone, *one step up*, un progreso cierto es que en la ordenación anterior la adopción de la medida cautelar se ceñía al momento de finalización de la instancia arbitral –ya hemos visto que había que escudriñar la regulación completa para arbitrar una interpretación en otro sentido–, estando, en su caso, pendiente la tramitación de una anulación del laudo. En definitiva, dice Martínez García⁴¹, lo que la LA de 1988 había configurado no era propiamente una tutela cautelar instrumental, sino más bien una tutela de carácter preventivo,

⁴⁰ El contenido de este efecto está en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama nuestro texto constitucional en su artículo 24. Y ello porque pueden levantarse suspicacias en el sentido de que la protección que opera este artículo se vea menguada por la irrupción del arbitraje en detrimento de la jurisdicción ordinaria. El arbitraje, en este ámbito, es un acuerdo común de renuncia a la jurisdicción, pero de ningún modo un acuerdo común de renuncia a la tutela judicial. Por ello, no se debe de perder el rumbo de la institución arbitral: sustraer un asunto potencialmente judicial a la autoridad del aparato estatal no significa aminorar las garantías de seguridad y amparo, sino buscar alternativas al modelo oficial.

Desde esta óptica el arbitraje se asemeja al contrato de transacción –*vid.*, por todos, LÓPEZ BARBA, *El contrato de transacción: su resolución por incumplimiento*, Madrid, Laborum, 2001–, pues la razón de base de ambas instituciones tiene una etiología semejante: resolver la controversia al margen de la jurisdicción ordinaria. Y ello con una medida que, en principio, parece alejarse de la vía tradicional de resolución de los conflictos, pues aunque aparta al Juez competente, coloca en su lugar a un tercero que terminará investido igualmente de facultad decisoria.

⁴¹ MARTÍNEZ GARCÍA, E. *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2002, p. 198.

porque se convertía justamente en una garantía precautoria ante el recurso contra el laudo.

En cualquier caso, podemos hacer una subdivisión para analizar, desde un punto de vista temporal, los supuestos dobles de medidas cautelares judiciales.

III.3.1 TUTELA CAUTELAR JUDICIAL ANTE CAUSAM

El reconocimiento de esta premisa⁴², –nos referimos, parece claro, a la tutela cautelar ante *causam* impuesta judicialmente– supone:

a) La afirmación expresa de que es posible solicitar y obtener una tutela cautelar *ante causam*, en coherencia con el sistema procesal en su conjunto, amén de con una exigencia de configurar la efectividad que ofrece la tutela cautelar.

b) La atribución expresa de esta facultad a los órganos jurisdiccionales.

Junto a ello, siguen siendo de necesario rigor para la adopción de las medidas cautelares *ante causam* tanto su alegación como su justificación en términos razonables de urgencia y necesidad, por mandato normativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, así como que se interponga en plazo, a sabiendas de que decaerán si, como hemos visto con profusión, no se presentare la demanda ante el mismo tribunal que conoció su solicitud en los veinte días siguientes a su adopción.

III.3.2 TUTELA CAUTELAR JUDICIAL PENDIENTE LA CAUSA O EN PROCESO ARBITRAL SEGUIDO EN EL EXTRANJERO

Cualquier duda que pueda generar este apartado está ya convenientemente tratada en la LEC, art. 722, visto antes, y en el que reincidimos: «Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento».

El artículo 722.II de la LEC responde entonces a la premisa de la tutela cautelar judicial cuando se trate de un proceso arbitral seguido en el extranjero.

⁴² Véase, en tal sentido, BARONA VILAR, S., (coord.). *Comentarios...*, pp. 508 y ss.

III.4 Tutela cautelar arbitral

La decidida previsión legal de que los árbitros puedan dictar medidas cautelares ha cerrado este recurrente debate y lo ha hecho pivotar hacia qué tipo de medidas son las que pueda acoger de forma autónoma el árbitro⁴³. Decimos esto porque no se albergan dudas de que la nueva LA de 2003 ha configurado una especie de sistema alternativo (tutela cautelar judicial o arbitral) y concurrente (tutelar cautelar judicial y arbitral), que ha de estar presidido, también sin contemplaciones, por el principio de fe pública procesal⁴⁴. Y, en todo caso, este doble sistema de establecimiento de medidas cautelares debe presidirse por la idea rectora de colaboración entre la administración judicial y la arbitral.

En todo caso, dados los parámetros de la institución arbitral, se trata de medidas que sólo pueden adoptarse a instancias de la parte interesada; aunque no hay referencia expresa en la ley a la forma de resolver por parte de los árbitros, la Exposición de Motivos de la LA de 2003 alude a que las medidas cautelares establecidas por los árbitros se resolverán en lo que denomina «laudo parcial», como aquél que puede versar sobre algún aspecto del fondo de la controversia o sobre otras cuestiones diversas –entendemos, vgr., que ha de resolverse mediante laudo parcial la decisión del árbitro sobre su competencia (abstención y recusación)–, destacando, entre ellas, las medidas cautelares.

Menos vacilaciones ofrecen los trabajos de la UNCITRAL⁴⁵, cuyas propuestas en cuanto a medidas cautelares, se recogen con decisión y buen criterio en el artículo 17 del documento referencia-

⁴³ Estamos pretendiendo, a lo largo del trabajo, transmitir la idea de que la posibilidad de que los árbitros dicten medidas cautelares no es ni una solución pacífica o fácilmente defendible ni una tendencia legislativa contundente. Las reticencias existen, y las legislaciones nacionales e internacionales las reflejan: desde el derecho austríaco hasta el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (artículo 367.2) recogen la posibilidad de que los árbitros –o las partes– insten las medidas cautelares, pero judicialmente.

⁴⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 58. Acude este autor a una clarificadora cita del manual coordinado por la prof.^a BARONA VILAR (p. 847), donde se pone de manifiesto lo siguiente: «Ciertamente, esta doble potestad que el legislador arbitral ha querido consagrar –judicial y arbitral– debe entenderse siempre desde un comportamiento de buena fe procesal, de manera que no parece razonable aprovechar ambas potestades para ejercerlas en perjuicio de una de las partes del proceso, aprovechando su estado de debilidad en la contienda, o incluso como medio para obtener, sea cual sea la vía, la petición cautelar que interesa a una de las partes. No puede defenderse, por tanto, el doble juego como mecanismo fraudulento...».

⁴⁵ A/CN.9/WG.II/WP.141. Grupo de Trabajo II.

do, que, bajo la rúbrica «Potestad del tribunal de otorgar medidas cautelares», establece:

«1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

a) Mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia;

b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

c) Proporcione algún medio para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia»⁴⁶.

La propuesta contiene una generosa definición de medida cautelar; ajustada (porque se trata de una denotación fiel y cabal con el sentido y finalidad propios de la tutela cautelar), anti-formalista (porque ejemplifica, sin cerrar completamente los supuestos, diversas situaciones conformadoras de eventuales medidas cautelares, dejando la posibilidad de que puedan existir otras), atemporal (porque está por encima o trasciende las connotaciones típicas de cualquier institución jurídica) con tal de que se dicte –como es lógico– con anterioridad al laudo y delimitadora de los supuestos en que procede [letras a) a d)].

Prescindir de la autoridad judicial para establecer una medida cautelar en un procedimiento arbitral debería ser la tendencia legisladora en todos aquellos países que acometan el establecimiento de un régimen jurídico arbitral. No obstante, y en cualquier caso, lo que tampoco ofrece dudas es que el árbitro o el tribunal arbitral puede necesitar del auxilio judicial para ejecutar la medida cautelar, porque la vis coercitiva judicial-pública emana de la autoridad jurisdiccional, caso de que aquélla no sea razonablemente cumplida por la parte procesal afectada.

⁴⁶ Este artículo, extensísimo, supone en sí mismo toda una iniciativa orientada a configurar un auténtico régimen jurídico de la tutela cautelar arbitral, de ahí su importancia y de ahí que sea necesario llevar a cabo labores dogmáticas de seguimiento para analizar su posible implantación en las legislaciones estatales.

De igual modo, la solicitud de tutela cautelar arbitral se hace compatible con la judicial en el mismo art. 17 *undecies*⁴⁷: «El foro judicial gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales y en lo concerniente a esas actuaciones que tengan lugar en el país de su jurisdicción o en otro país que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales o en relación con ellas, y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias reglas y procedimientos en la medida en que sean compatibles con los rasgos distintivos de un arbitraje internacional».

La realidad forense demuestra, sin embargo, que los árbitros titubean sobremanera tanto a la hora de *concienciarse* de su facultad para adoptar medidas cautelares como también para determinar qué medida de las existentes es idónea para establecerse. Dado que ningún conjunto de medidas cautelares de cobertura legal suele definirse sobre la base de un *numerus clausus*, las amplias posibilidades para decantarse por una de ellas conduce, en no pocas ocasiones, a errar sobre su adecuación (a esta particular rémora, no obstante, no es ajena la actividad jurisdiccional)⁴⁸.

IV. CONCLUSIONES PARCIALES

Todavía no se ha dicho, que los aspectos registrales del procedimiento arbitral se pueden concentrar en la anotación preventiva de demanda, como medida cautelar, para asegurar las resultas del procedimiento. Puede afirmarse, sobre la base ya incluso de un principio general del derecho indubitado, que tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se han corregido los defectos y las dudas que existían en torno a la posibilidad de instar medidas cautelares en el procedimiento arbitral. Esta reflexión ni presenta ni añade, en el momento legislativo actual, ninguna particularidad, pero hemos visto cómo han sido necesarias diversas reformas legales para que esta posibilidad se convierta en una conclusión irrefutable.

⁴⁷ UNCITRAL, *ibidem*.

⁴⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 36, *in fine*, y 37, matiza: «En cualquier caso el catálogo (de medidas cautelares, se entiende) difiere respecto a que sea un juez o un árbitro el encargado de decretarlas, pues en el caso del primero la operatividad de la medida es mucho más intensa porque a él compete su ejecución, pero en caso del segundo la flexibilidad es mucho mayor por no estar constreñido al estricto ámbito de las leyes procesales internas. Es más, los reglamentos de las instituciones arbitrales suelen insistir en esta flexibilidad al permitir que decreten las medidas que «considere apropiadas» (art. 23.1.º Regl. CCI), aunque luego se suscitarán los problemas consiguientes a la hora de su ejecución si el sistema concernido desconoce la concreta medida cautelar...».

Ahora, podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral en España o haya pedido la formalización judicial del arbitraje o, en el supuesto de arbitraje institucional, haya presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente. Esta posibilidad, anotada ya en la LEC y controvertida en la predecesora Ley de Arbitraje de 1988, es una absoluta realidad gracias al juego de los artículos 11 y 23 de la Ley de 2003.

Lo determinante entonces viene dado por la eventual confluencia de potestades –arbitral y judicial– en sede de medidas cautelares; Fernández Rozas⁴⁹ lo ve así: «La puesta en marcha de un procedimiento arbitral no puede impedir, pues, el acceso a la tutela cautelar como parte integrante del más general derecho a la tutela judicial efectiva. Es lógico que cuando las partes deciden someter sus controversias a arbitraje no se produzca una derogación de la jurisdicción sino suspensión de su ejercicio y esta posibilidad, articulada legalmente, es una forma de ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva. Por eso no es admisible que quienes desean ejercer el referido derecho constitucional por la vía arbitral, admitida y regulada legalmente, se vean privados de esa otra vertiente de la tutela judicial que es el aseguramiento cautelar. Estamos ante una manifestación de la verdadera cooperación entre jueces y árbitros que, en el caso de la adopción de medidas cautelares, es absolutamente necesaria. El recurso a la jurisdicción nacional, en estos casos, además de ser imprescindible, se resuelve de tal manera que termina con uno de los temores latentes en el uso de tal auxilio, cual es que las ventajas que ofrece el arbitraje queden en la práctica desvirtuadas; se consigue, como es natural, el equilibrio entre la finalidad de las medidas cautelares, anticipativa de emergencia, y las necesidades del procedimiento arbitral que debe desarrollarse sin dilaciones indebidas.

También el arbitraje obedece a unos caracteres específicos que dotan de peculiaridades a sus relaciones con las medidas provisionales. Si, como hemos reiterado, determinadas actividades propias del proceso arbitral no pueden llevarse a cabo sin la colaboración de los tribunales del Estado; según se interprete la extensión de la jurisdicción arbitral, la adopción de medidas cautelares será una de ellas o bien pasará al ámbito de las materias trasladadas a la competencia de los árbitros; pero se encuentra, en cualquier caso, en la zona de competencias compartidas. La práctica arbitral y judicial demuestra que la tutela provisional y cautelar es precisamente uno

⁴⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 60, *in fine*. Aunque el pasaje es algo extenso, merece la pena reflejar su completa opinión.

de los supuestos frecuentes en que ha de recabarse el apoyo de los tribunales estatales, en virtud de las importantes limitaciones que gravan al arbitraje en la materia. La facultad de los árbitros de otorgar medidas cautelares es una posibilidad teórica, cuya materialización en la práctica depende de la voluntad expresada por las partes al respecto, ya sea directamente, ya sea por remisión a un reglamento arbitral o a la ley que resulte aplicable al arbitraje en defecto de toda indicación. Es, además, de una posibilidad limitada, como ponen de manifiesto, por ejemplo, el supuesto que el tribunal arbitral no se encuentre formado cuando surge la necesidad de la medida o, en cualquier caso, el hecho que un árbitro no puede llevar a cabo la ejecución forzosa de una medida».

En efecto, cualquier tentativa de resolver las tensiones y litigios planteados en relación con la justicia cautelar que, con la normativa vigente en la mano, de manera autónoma –sin conexión órgano judicial-órgano arbitral–, es infructuosa y está condenada a enervar los efectos que normalmente debería producir.

V. APÉNDICE. EL EFECTO SUSTANTIVO (DE) TRAS EL EFECTO PROCESAL: LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA EN EL PROCESO ARBITRAL

La seguridad jurídica exige que se anticipen y protejan los efectos del futuro laudo arbitral. El principio de fe pública registral anuncia la protección del tercero de buena fe adquirente que confía en lo que el Registro publica⁵⁰. La anotación preventiva de demanda, referida al proceso arbitral, aunque también –como es sabido– referida a otros ámbitos, pone en valor la conjugación del principio de seguridad jurídica a través de la fe pública. La fórmula es sencilla: el principio de fe pública registral, no por más repetido menos sabido, adquiere especial importancia dentro de la dinámica de los derechos; opera en beneficio de los terceros que, dentro del tráfico jurídico-comercial, adquieren un bien de quien, aparentemente, se encontraba facultado para

⁵⁰ La literatura, a través de monografías, trabajos, manuales, tesis... sobre la seguridad pública registral es extensa y profunda; destacamos, por su repercusión y por la originalidad de sus planteamientos, el trabajo de VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R: «Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social», *Anuario de Derecho Civil*, T. LVIII, fasc. IV, octubre-diciembre de 2005, pp. 1509-1574.

De forma más específica para la fe pública registral, CHICO Y ORTIZ, J. M. «Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la legislación hipotecaria de 1944», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, núm. 625, noviembre-diciembre.

hacerlo. La protección se materializa convirtiendo en inatacable el derecho del tercero. Usemos un ejemplo cotidiano y por esa misma razón recurrente:

«Tiziano desea adquirir un inmueble. Encuentra uno a su satisfacción y acude al Registro de la Propiedad. Allí toma conocimiento de que el propietario del mismo es Trajano, y de que sobre el inmueble no pesan cargas, gravámenes ni anotaciones preventivas de demanda. Sobre la base de tal información, ambas partes celebran un contrato de compraventa. Como efecto de este negocio jurídico, Tiziano se convierte en nuevo propietario del inmueble y oportunamente inscribe su derecho en el Registro. Puestos en la eventualidad de que judicialmente se declarase la nulidad del contrato de compraventa anterior que había hecho propietario a Trajano, el principio de fe pública registral surgiría señalando que aquella nulidad no afectará el derecho de propiedad que, ahora, ostenta Tiziano. En este sentido, si se quiere, el principio de fe pública registral enerva o, por mejor decir, rehúsa el «efecto arrastre» que, de ordinario, suscita la invalidez de un negocio jurídico. Hasta el punto de que en este caso, incluso, puede llegar a consolidar una adquisición de quien no era propietario –la memorable adquisición *a non domino*–.»

Las consecuencias para el tema que tratamos son claras: la posición de un tercero que adquirió con las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria mientras estaba pendiente la conclusión del procedimiento, se mantendrán en virtud del principio de fe pública registral. Ya sabemos que, precisamente, la anotación preventiva cumple la función de enervar la fe pública registral impidiendo que aparezca el tercer adquirente protegido. Pero desarrollemos adecuadamente este punto.

La naturaleza jurídica de la anotación preventiva de demanda se revela como una auténtica medida cautelar; su carácter instrumental, respecto del proceso principal, su homogeneidad con la futura medida ejecutiva y su provisionalidad registral⁵¹ hacen de ella una medida que tiende a preordenar efectos indirectos de la cosa juzgada, tales como la cancelación de la inscripciones⁵² y de los asientos

⁵¹ RAMOS MÉNDEZ, F., *op. cit.*, pp. 25 y ss.

⁵² De hecho, sin firmeza de la sentencia que ordene una cancelación, sólo cabe pedir anotación preventiva. Así lo determina la Resolución de 5 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y el Notariado; BOE de 1 de septiembre de 2006.

Aunque cabe la ejecución provisional de las resoluciones judiciales no firmes, esta ejecución sólo puede comprender medidas de efectividad que no estén en contradicción con su provisionalidad. En nuestro ordenamiento registral las situaciones litigiosas que afectan a la existencia de los derechos inscritos tienen acceso al Registro a través de la anotación preventiva de demanda (artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria). Y existiendo ya sentencia ejecutable no hay obstáculo para que el que la solicite y haya obtenido, consiga la anotación preventiva al modo que ocurre en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

posteriores a la propia anotación preventiva. Publica indistintamente derechos reales y personales, así como situaciones jurídicas de mera proyección inmobiliaria. Pretenden un bloqueo de la protección registral. Podría hablarse incluso –a efectos comparativos– de un supuesto de suspensión temporal de la fe pública registral (aunque la Ley Hipotecaria habla de esta suspensión, en exclusiva, para los arts. 207 y el 28).

La autoridad pública dispensada al árbitro, que cualquier sujeto identifica con el *imperium* atribuido al juez, no le alcanza para otorgarle la facultad de emitir un mandamiento al Registrador de la propiedad (o mercantil) –u ordenar otro tipo de acto como embargos–, con lo que, en cierta medida, la tutela cautelar arbitral se ve seriamente diezmada cuando tiene enfrente el poder negativo del convenio arbitral; esto es, si existe cláusula de sumisión a arbitraje paccionada por las partes y cualquiera de ellas pretende la adopción de medidas cautelares por parte de un árbitro, habrá de contar con el consentimiento de la «disidente» (que deberá aceptar y cumplir con la decisión, en esta fase cautelar, determinada por el árbitro) para no tener que acudir en auxilio de la autoridad jurisdiccional, única ya que podrá, y permítase la licencia de este juego de palabras, arbitrarla.

La principal interrogante que surge entonces, a este respecto, es la siguiente: ¿tiene el procedimiento arbitral entidad suficiente como para conformar una anotación preventiva de pendencia antes de que sea dictado el laudo? Esta duda parece haber quedado al socaire de la nueva regulación, pero lleva tras de sí la rémora de una serie de cuestiones de no menos calado: lo que se esconde detrás de este debate –y esta idea, en algún párrafo anterior, ya la hemos proyectado– es la delicada posibilidad de que de una vez por todas se equiparen en mayor extensión el poder decisorio –lo que implicaría facultades totales de establecimiento y ejecución de las medidas cautelares– del juez y del árbitro, por una parte, y de que se equiparen la sentencia y el laudo, por otra ⁵³.

⁵³ Estas consideraciones parten, sin duda, de la equiparación del laudo arbitral con la sentencia, y ello, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones comparadas, sin necesidad de homologación judicial. Parece que, en una primera aproximación, podría decirse entonces que cabe la misma solución para ambos pronunciamientos: el proceso de inscripción del laudo tendría así parámetros idénticos a los de la sentencia; pero, como tendremos ocasión de comprobar a continuación, esto no es totalmente cierto.

Esta idea está imbricada en una tradición histórica muy remota. MERCHÁN ÁLVAREZ, en su estudio histórico-jurídico sobre el arbitraje, data esa tendencia de equiparación en el Código de Justiniano, desde el que pasaría al Derecho español a través del *Liber Iudiciorum* (Ley II, 1, 18) y luego a las *Partidas* (p. III, Título IV, Ley 23). En la reciente doctrina, y, salvo PRIETO CASTRO (*La nueva regulación del arbitraje*, Madrid, 1964), que manifestó la original tesis de que la actividad del Juez de ejecución representaba la homologación del laudo, se observa una absoluta adhesión a la equivalencia entre el laudo y la sentencia (las muestras son abundantes; basten los nombres de ORTIZ NAVACERRADA («La Ley 36/1988

En Derecho español, la ambivalencia sentencia-laudo había dado atisbos de legalidad consagrada en la LA de 22 de diciembre de 1953. La propia Exposición de Motivos de esta Ley anunciaba esta posibilidad al decir que «finalmente, en el artículo treinta y uno se declara la ejecutoriedad del laudo arbitral, equiparado en este punto a una sentencia, con posibilidad de ejecución provisional, cuando está pendiente de recurso, previa caución a cargo del interesado (artículo treinta y uno)». Es una declaración breve pero indubitada: se equipara en este punto a una sentencia, realidad que no se encontraba en el Derecho comparado (sistemas de tradición jurídico-canónica: Francia, Italia...), donde ocurría exactamente lo siguiente: el laudo no gozaba de la plena eficacia ejecutiva y no se asimilaba a la sentencia sino cuando un órgano judicial lo sancionaba, con lo que el arbitraje lo era menos en la medida en que el filtro judicial añadía una perjudicial traba que rebajaba más de una de las ventajas genéricas del arbitraje (agilidad y rapidez, especialización, etc.). La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1960 era lo suficientemente ilustrativa a este respecto. Manifestaba esta resolución la virtualidad ejecutiva del laudo «sin el previo requisito de la homologación en el ordenamiento patrio, a diferencia de otros extranjeros que preceptivamente lo exigen, y por la ejecución directa se equipara a las sentencias dictadas por los tribunales estatales...». El matiz es significativo: se equiparaban en cuanto a la ejecución directa.

Queremos decir con ello que a mayor grado de equiparación entre ambas instituciones, entre ambos foros de debate y decisión jurídica –la arbitral y la jurisdiccional–, menos razones habrá para negar al árbitro facultades de ejecución en sede de justicia cautelar. Ya, de entrada, no parece procedente que se niegue al árbitro esta facultad y, sin embargo, pueda dictar una resolución laudal, de mayor alcance y enjundia que un laudo parcial que especifique y establezca una medida cautelar. En verdad, lo que ocurre es que el sinsentido se da en ambos casos; el problema está cuando llega el momento de invocar el poder coactivo del Estado (el árbitro se

de 5 de diciembre de Arbitraje: Aspectos procesales», *Actualidad Civil*, enero de 1989), ALMAGRO NOSETE (*La nueva Ley española de Arbitraje*, Barcelona, 1990), MUÑOZ ROJAS (*Una introducción a la nueva Ley española de Arbitraje*, en LORCA NAVARRETE (dir.), San Sebastián, 1989).

Un punto y aparte lo constituye, en esta materia, GUASP. Para este autor, la fuerza ejecutiva del laudo no se deriva de su equiparación con la sentencia (hay, dice, auténticos títulos de ejecución que no son sentencias; como las transacciones o las escrituras de hipoteca), sino que ese carácter se lo otorga la Ley. Hay aquí, sobre todo, una coherencia lógica con la consideración contractual del arbitraje, de la que el propio GUASP partía sin tapujos.

encuentra inerte cuando tiene que imponer la ejecución de la medida, igual que se encuentra inerte cuando tiene que imponer la ejecución del laudo)⁵⁴.

El artículo 257 de la Ley Hipotecaria es fiel reflejo de lo que venimos observando. Dice así: «Para que en virtud de resolución judicial pueda hacerse cualquier asiento en el Registro, expedirá el Juez o Tribunal, por duplicado, el mandamiento correspondiente, excepto cuando se trate de ejecutorias». Dado que las ejecutorias no son otra cosa que los testimonios expedidos por el Secretario judicial de una sentencia firme y que, según el tenor del precepto, suponen excepciones a la necesidad de mandamiento judicial, el laudo tiene puerta abierta para su acceso al Registro sin necesidad de ningún mandamiento⁵⁵. Es más, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 tiene el ánimo de asimilar en lo posible los distintos títulos ejecutivos. En el Libro III (arts. 517 y ss.) destinado a la ejecución no sólo se refiere a la sentencia sino a la mayor parte de los títulos ejecutivos. La normativa intenta unificar, en lo posible, la ejecución de los distintos títulos ejecutivos, sin perjuicio de recoger sus especialidades. El laudo también es objeto de tratamiento. Se ocupa de la ejecución del laudo, en todos sus aspectos, incluida la forma de solicitar la ejecución en el ámbito jurisdiccional, que

⁵⁴ Las ejecución del laudo se rige, esencialmente, por las mismas normas que las de la sentencia.

La Ley de Arbitraje de 1988 había dedicado los arts. 52 a 55 a la ejecución forzosa del laudo. En estos artículos, lo que se regulaba era la fase de «homologación» del laudo a los títulos ejecutivos jurisdiccionales, ya que, una vez el laudo era aceptado para su ejecución en el ámbito jurisdiccional, la ejecución, en sí misma, no difería sustancialmente a la de la sentencia.

En los artículos citados, se regulaba el Tribunal al que debía solicitarse la ejecución. La forma, plazos y documentos a aportar, si se deseaba solicitar la ejecución. También se establecía un incidente de oposición a la ejecución. Una vez despachada la ejecución, el laudo equiparado ya a una resolución jurisdiccional, seguía los mismos pasos que la sentencia.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no se había referido a la ejecución del laudo. Así pues, no había contradicciones, entre ambas normativas.

La Ley de Enjuiciamiento Civil establece, respecto a los distintos títulos ejecutivos a que se refiere, y que incluyen el laudo, el tribunal competente para solicitar la ejecución, la forma y plazo de solicitarla, los documentos a aportar y la oposición a la ejecución, entre otras materias.

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 no derogó explícitamente los artículos 52 a 55 de la Ley de Arbitraje, pese a sus coincidencias. Esta circunstancia provocó un cierto desconcierto interpretativo que ya ha sido resuelto con la nueva Ley de Arbitraje de 2003, que subsana esta deficiencia. Suprime los artículos que regulaban materias coincidentes, dejando intacto el espíritu de su regulación.

⁵⁵ Así lo consideran también FERNÁNDEZ DEL POZO, L. («Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXVIII, núm. 612, septiembre-octubre de 1992, pp. 2033 a 2053) y PICÓ JUNOY y VÁZQUEZ ALBERT («El arbitraje en las sociedades mercantiles», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.ºs 3-4, 1998, pp. 535 a 574).

ya regulaba la Ley de Arbitraje de 1988 y cuya regulación se ha trasladado –con los parámetros que estamos viendo– a la vigente Ley de Arbitraje de 2003⁵⁶.

En otro orden de cosas, y para concluir esta idea, hay que manifestar que, como escribe Fernández del Pozo⁵⁷, no existe una regulación general de anotaciones preventivas en el procedimiento arbitral, aunque no sería difícil construir una teoría general a este respecto; bastaría con acudir a los procedimientos arbitrales en que se ventilan pretensiones que implicarían, de estimarse, la declaración de inexactitud o invalidez de los hechos inscribibles, estén o no inscritos.

⁵⁶ Aunque en el interdisciplinar ámbito del Derecho de consumidores, dice MARTÍNEZ BELTRÁN DE HEREDIA («Sistema arbitral, dificultad de ejecución de laudos y turno de asesoramiento de las asociaciones en la Junta Arbitral», *Comunicaciones al I Congreso Europeo de Consumidores*, noviembre de 2004, Burgos): «La Ley de Arbitraje, establece que un Laudo de una Junta Arbitral, tiene los mismos efectos que una Sentencia dictada por un Juzgado. El artículo 517.2 de la nueva LEC, establece que el Laudo Arbitral es un título que lleva aparejada la ejecución.

Sin embargo la Junta Arbitral no puede hacer ejecutar sus propios Laudos, debiéndose estos ejecutar en sede judicial, concretamente, según dispone el artículo 545 de la nueva LEC, en el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que se haya dictado el Laudo.

Aunque en principio el Consumidor podría solicitar la ejecución del Laudo sin necesidad de Abogado ni Procurador, ya que el art. 539 LEC establece que para la ejecución no será preciso abogado y procurador cuando la resolución se haya dictado en un proceso donde no era preceptiva la participación de los citados profesionales, en la práctica, la regulación legal hace que cuando el condenado no quiera pagar voluntariamente, el consumidor se encuentre en una clara indefensión. De un procedimiento sencillo debe acudir a un Juzgado a pedir la ejecución del Laudo.

Cabe recordar en este punto, que la ejecución debe solicitarse según el artículo 549 de la nueva LEC a través de un escrito llamado «Demanda Ejecutiva», escrito que tiene un carácter marcadamente formalista y que puede desbordar la consumidor medio, que no sabe qué pasos debe seguir ni como llevar a cabo el derecho que un Laudo le ha reconocido.

La propuesta que se lanza desde este congreso, para apoyar al consumidor en tanto no se modifique la actual regulación legal, es constituir un turno de asesoramiento, mediante el cual, la Junta Arbitral podría poner en contacto al consumidor cuyo laudo no se ha cumplido voluntariamente, con las asociaciones de consumidores. Estas asociaciones, a través de sus asesores, podrían ayudar a redactar la demanda ejecutiva, y asesorar al consumidor en el proceso de ejecución que debe sustanciarse en sede judicial.

Es de señalar que esta propuesta no entra en fricción con la Ley de Justicia Gratuita, ya que como la Ley no exige abogado ni procurador para ejecutar el Laudo el consumidor no tendría derechos a estos profesionales aun cuando cumplierse los requisitos de carácter económico establecidos en la Ley de Justicia Gratuita.

Como se ve la regulación legal ha dejado una auténtica laguna, ya que el consumidor que ha conseguido un laudo a su favor, cuando lo quiere ejecutar, se encuentra con que debe acudir al Juzgado y que no tiene acceso a abogado ni procurador de oficio aunque sus recursos económicos justificasen la aplicación de la Ley de Justicia Gratuita, lo que evidentemente genera una clara indefensión del ciudadano que vulnera el artículo 24 de nuestra constitución.

La solución definitiva al problema pasaría por una modificación legislativa que facilitase la ejecución de los laudos, quizás dando a las Juntas Arbitrales el poder de ejecutar sus propios Laudos. Pero en mientras no se lleve a cabo la citada modificación legislativa, la propuesta presentada es útil para dar una respuesta eficaz a una necesidad del consumidor».

⁵⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, *op. cit.*, p. 2048.

El artículo 727.5 de la LEC, dentro de las medidas cautelares específicas, se encarga de citar «la anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos».

Hasta aquí una breve introducción del establecimiento de la anotación preventiva de demanda arbitral como medida cautelar. En cuanto a su nulidad y cancelación, basta acudir a Roca Sastre quien, en lo referente a la nulidad de las inscripciones, y aún siendo bastante para su cancelación el contenido de la sentencia, declara que es práctica constantemente observada cursar mandamiento, a lo que no es ajeno el artículo 53 del Reglamento Hipotecario que parece amparar este criterio⁵⁸. En otras ocasiones, es manifiestamente necesario el mandamiento, cuando en la sentencia se han reservado para el momento de la ejecución algunas determinaciones trascendentes al Registro (pensemos, por ejemplo, en la retroacción de la quiebra y su proyección registral que en cada caso particular deberá ser señalada). No obstante, a todo esto, hay que reparar en lo determinado por el artículo 173 del Reglamento Hipotecario, cuando establece que «para practicar la cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventivas, en los casos a que se refiere el artículo 79 de la Ley, será necesario presentar en el Registro los títulos o documentos que acrediten la extinción de la finca o derecho, o en que se declare la nulidad del título inscrito o de la inscripción».

V.1 Anotación preventiva de demanda y fe pública registral

A estas alturas del trabajo no podemos por menos que ir asentando la idea de que la anotación preventiva de demanda (también de demanda arbitral) se erige en un auténtico mecanismo de defensa en manos del demandado para evitar los efectos que pudieran derivarse de la aplicación del principio de la fe pública registral.

Ha sido habitual entender que la anotación de demanda es una medida cautelar de naturaleza registral que trata de asegurar la pretensión ejercitada en el proceso para el caso de que finalmente sea estimada. A la hora de precisar esta formulación abstracta, pode-

⁵⁸ ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948, Tomo III. 6.ª ed., pp. 225 y ss. DE MENA (DE MENA Y SAN MILLAN, J. M.), *Calificación registral de documentos judiciales*, 1985. Más reciente, TORRES MANRIQUE, F. J., «La calificación registral de los documentos judiciales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 689, mayo-junio de 1989) considera que la nulidad de inscripciones no es cuestión arbitrable, pues los asientos registrales están bajo la salvaguarda de los Tribunales.

También, por supuesto, CHICO Y ORTIZ, J. M. *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*, Madrid, 1994.

mos entender que la finalidad de la anotación de demanda consiste en preservar el proceso del juego del Registro, eliminando los obstáculos que pueda levantar la fe registral a la ejecución de la sentencia estimatoria que en su día se dicte⁵⁹. Y entonces:

I) Si la pendencia del proceso no se publica mediante la oportuna anotación, el que adquiere, a título oneroso y de buena fe, derecho del demandado, e inscribe, devendrá titular de modo irrevocable.

II) Poco importa que la sentencia final acoja las razones del demandante y reconozca su derecho. El fallo es inútil y de poco servirá al vencedor iniciar un nuevo proceso contra el tercero: mientras se ventilaba el primer juicio, el Registro le ha investido al adquirente con un título autónomo de propiedad, independiente del de su causante.

III) En resumen, el juego demoledor del Registro ofrece al demandado un cómodo instrumento para burlar la Justicia: resultado intolerable por partida doble, ya que conduce al descrédito del proceso y del Registro. De ahí la necesidad de ofrecer al demandante instrumentos para impedirlo.

La anotación de demanda sería el instrumento que el demandante tiene para impedir que durante el proceso se produzca, mediante el juego del Registro, la adquisición *a non domino* por un tercero del derecho reclamado (*vid., supra*, el ejemplo usado en la p. 47).

⁵⁹ Tomamos un ejemplo clarificador y práctico donde puede llegar a discutirse incluso la creación *ex novo* de medidas cautelares: El comprador por virtud de documento privado, de unas parcelas, demanda el cumplimiento del contrato al vendedor. El contrato tiene una cláusula de arras de desistimiento, que el vendedor ha ejercitado.

La acción ejercitada por el comprador tiene trascendencia real, ya que la entrega de la cosa en que consiste el cumplimiento del contrato produce la transmisión del dominio, por lo que procederá la anotación preventiva a fin de asegurar los efectos del proceso. El fondo económico del mismo viene determinado por la conveniencia para el vendedor de resolver la venta y volver a vender, dada la revalorización de los bienes.

Se discute con ocasión de este caso si el artículo 727.5.^a de la nueva LEC ha creado una nueva anotación preventiva de demanda como medida cautelar genérica, de las señaladas en el artículo 42.10.º de la Ley Hipotecaria, o si bien, dicha anotación preventiva es la de demanda a la que se refiere el artículo 42.1.º de la última ley.

Si bien se señala que el artículo 42.10.º de la Ley Hipotecaria permite la práctica de cualesquiera otra anotación preventiva distinta de las enumeradas en los apartados precedentes del mismo, siempre que se hallen previstas en la ley, como es el caso de la medida cautelar que previene el artículo 727.5.^a, nos inclinamos por considerar que la LEC no ha creado una nueva anotación preventiva, ya que la sede oportuna para hacerlo es la Ley Hipotecaria, sin perjuicio, de que el legislador pueda hacerlo en otra ley, siempre y cuando lo haga con la claridad y expresión suficiente como para considerar evidentemente sentada su voluntad en ese sentido. Pero en el presente caso la LEC no procede así, por lo que es preciso acudir a las normas de la Ley Hipotecaria para determinar si la anotación es o no susceptible de ingreso en el registro, por lo que deberemos acudir al artículo 42.1.º de la Ley Hipotecaria, en lo que abunda el artículo 738.2.III de la LEC al ordenar que en la ejecución de la medida cautelar, cuando se trate de anotación preventiva, se proceda conforme a las normas del Registro correspondiente.

La función de la anotación sería propiamente defensiva. Desde esta perspectiva la anotación de demanda sería –en lo que parecería un juego tautología de palabras– el medio que el Registro ofrece al proceso para ponerse a salvo de los efectos del Registro. Se trataría también de privar al demandado de la facultad de servirse de forma ilegítima del Registro con el objetivo de burlar al demandante vendedor y también a la jurisdicción, que lo reconoce como tal. En este punto coinciden doctrina y jurisprudencia: la finalidad de la anotación de demanda consistiría en enervar los defectos destructivos del principio de fe pública registral.

«No parece, sin embargo, rigurosamente exacto afirmar que la anotación sea una medida dirigida simplemente a suspender la protección registral de las adquisiciones de derechos realizadas con posterioridad (por tanto, operativa sólo a partir del momento en que se practica). Esta construcción merece, cuando menos, dos correcciones en su significado, equivocado por exceso y por defecto.

I) En primer lugar, aún dando por bueno que la finalidad de la anotación es suspender el juego de la fe registral, lo cierto es que sólo la suspende en cuanto perjudique al anotante: una suspensión, pues, por una parte, de eficacia relativa. El Registro sigue funcionando y protegiendo al tercero que inscribe contra todos, salvo contra el anotante.

II) En segundo lugar, la parálisis que la anotación produce de la fe registral en beneficio del demandante es total hasta el punto de que el Registro dejará de amparar no sólo a los adquirentes posteriores, sino también a los anteriores: la suspensión opera entonces con un cierto carácter retroactivo. Así los que adquirieron derechos antes de la anotación, pero los inscriben después, tampoco pueden llamarse a la protección de la fe pública»⁶⁰.

Esta particular eficacia de la anotación es difícilmente comprensible, por lo que se han visto condenados al fracaso los sucesivos intentos doctrinales para encontrarle acomodo o justificación en alguna de las construcciones conceptuales habitualmente manejadas en Derecho. Sea cualquiera la opinión que se acepte sobre el alcance del principio de fe pública, resulta que la anotación de demanda, por una parte, no consigue enervar completamente su efecto: el Registro sigue funcionando y su juego perjudicando a todos menos al anotante. Por otra parte, en cambio, paradójicamente en beneficio del anotante, la paralización de la fe registral es radical hasta el punto de que deja de proteger también a adquisicio-

⁶⁰ ALFONSO RODRÍGUEZ, Elvira, en *Comentarios al Código Civil, tomo VII, vol. 5.º Artículos 42 a 103 de la Ley Hipotecaria*, dirigidos por ALBADALEJO GARCÍA, Madrid, 2004.

nes anteriores a la anotación que se inscriben después. Conclusiones que se avienen mal con la idea de que la anotación, tal como pasaría con una prohibición de disponer, niega protección registral únicamente a las adquisiciones consumadas a partir del momento en que se extiende⁶¹.

V.2 Arbitraje y trascendencia jurídico-real

Recoge la más erudita doctrina⁶², refiriéndose a las posibles medidas cautelares acordadas por los árbitros, que «el embargo preventivo de bienes para proteger de la insolvencia o la anotación preventiva de demanda arbitral, así como otras anotaciones registrales, requerirían intervención jurisdiccional auxiliadora». ⁶³ La atribución en exclusiva a un árbitro del poder de dirigir un mandamiento al registrador para que anote preventivamente una demanda arbitral, ¿genera algún peligro?

Es obvio que a esta pregunta se le pueden atribuir dos adjetivaciones: peyorativa o ingenua y, desde luego, retórica. Habría que matizar también a qué tipo de peligro nos referimos. Desde luego ingenua no es... y el hecho de que la calificuemos de retórica hace traslucir *per se* su contenido peyorativo. De entrada, está excluida la posibilidad de obtener una resolución judicial de anotación preventiva de demanda cuando un convenio arbitral irradia su fuerza negativa, ya que, «en cuanto a la necesidad de obtener la resolución judicial de anotación preventiva, se trata de un efecto secundario de la demanda que, con independencia de la trascendencia que pueda corresponderle, de ningún modo debe prevalecer sobre lo princi-

⁶¹ ALFONSO RODRÍGUEZ, *ib.*, p. 235.

⁶² En este caso, YÁÑEZ VELASCO, *op. cit.*, p. 460; MARTÍN PASTOR, J., *La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro*, Madrid, 2001.

⁶³ «No ocurriría lo mismo –*ibidem*– si se pacta la intervención o la administración del árbitro o de un tercero sobre bienes productivos cuya entrega se reclama (establecimientos comerciales, industriales o fincas rústicas), y tampoco sería necesaria la participación judicial para constituir un contrato de depósito de cosa mueble en posesión de una de las partes interesadas. Sin embargo, cuando no medie la voluntad común de los protagonistas sí sería preciso solicitar el auxilio del juzgador. Este también será preciso en cuanto a la cesación provisional, abstención temporal o prohibición temporal de actividades, conductas o realización de prestaciones, salvo que el propio sujeto que sería afectado por la medida solicitada acepte la cesación, abstención o no realización y se comprometa incluso desde el punto de vista obligacional con previsión de responsabilidades en caso de incumplimiento. Las intervenciones, consignaciones y depósitos reclamadas en concepto de remuneración de derechos de la propiedad intelectual o referidas a ingresos que se alegan de contrario obtenidos mediante actividad ilícita, permitirían tanto la consignación voluntaria como el contrato de depósito, pero si no existe voluntad de los implicados volvería a ser necesario el poder coactivo del juez auxiliador, al igual que ocurre en el depósito de ejemplares de obras, objetos y material. Por último, en materia de impugnación de acuerdos societarios pueden los propios socios acordar la suspensión de su ejecución, pero sin esta voluntad mutua de nuevo haría falta la intervención jurisdiccional.»

pal, en este caso el mismo derecho a ejercitarla ante la jurisdicción ordinaria, limitado expresamente por el sometimiento al arbitraje. Al excluir legítimamente esta estipulación la interposición de la demanda, también resultan excluidos todos sus efectos, entre ellos la posibilidad de acordar su anotación en el Registro, pues lo contrario sería contradictorio»⁶⁴. Hay arbitraje..., por ende no hay anotación preventiva de demanda (no arbitral).

Pero la anterior pregunta se formulaba buscando responder una diatriba distinta; la incógnita gira en torno a si, sobre la base de un convenio arbitral que legitima una demanda arbitral, puede inscribirse la anotación preventiva de esa demanda arbitral.

Es aquí donde la trascendencia jurídico-real aparece para imponer el criterio de que, con ánimo de evitar la consumación de una transmisión negocial que sí accede al Registro, es procedente asegurar las resultas del proceso arbitral permitiendo el acceso al Registro de la propiedad de la anotación preventiva de la demanda arbitral. El mecanismo y la justificación –atisbados páginas más arriba– son tan simples como los esgrimidos para el caso de que se trate de una demanda judicial. No obstante, la realidad parece mostrarse en contra de este fundamental principio de justicia (arbitral). Sobre todo si se tiene en cuenta⁶⁵ que la celeridad y agilidad del arbitraje no es comparable con la rapidez con la que puede consumarse una transmisión (o perfeccionarse un negocio jurídico), practicarse su inscripción, y aparecer un tercero hipotecario protegido, en virtud del juego inmediato y mecánico de los principios registrales de legitimación y de fe pública registral. El árbitro debería gozar de poder y fuerza para generar –en sus justos límites, que son los marcados por la reglamentación hipotecaria; esto es, la normativa que precisamente impide la actividad autónoma del árbitro– la anotación preventiva sin auxilio jurisdiccional complementario.

«Un especial esfuerzo imaginativo, hipotecario y procesal»⁶⁶, dirá Ávila Navarro, requiere la configuración de la anotación preventiva de demanda arbitral en la medida en que no está, por una parte, prevista en el riguroso *numerus clausus* de la normativa hipotecaria, ni, como se ha visto, la normativa arbitral anterior ponía las cosas fáciles. En efecto, dado el escaso refuerzo de los textos positivos en esta materia, que –no debe olvidarse– fecunda células de la trascendencia de la mutación jurídico-real, se genera

⁶⁴ Audiencia Provincial de Pontevedra, sentencia de la sección 2.ª, de 14 de noviembre de 1997.

⁶⁵ Lo dice, y nos suscribimos línea por línea a esas palabras, MARTÍN PASTOR, J., *La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro*, Madrid, 2001, p. 526.

⁶⁶ ÁVILA NAVARRO, P., en sus *Comentarios de jurisprudencia registral (1990-1993)*, Barcelona, 1994.

la necesidad de acudir a auténticas filigranas jurídicas para configurar una medida cautelar como la anotación preventiva de demanda arbitral.

V.2.1 REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Es incontestable la idea de que el Registro trasluce una realidad extra-registral con la que ha de ser concordante; la información registral infunde en el tráfico jurídico-económico la certeza (amparada por el principio de seguridad jurídica); la confianza del tercero (amparada por la denominada fe pública registral). Por el contrario, el procedimiento judicial cumple –entre otras funciones– u ofrece la posibilidad de cuestionar la estabilidad de la información registral. Pues bien, como dice Ramos Méndez⁶⁷, existen dos formas de someter a debate el contenido o la información registral: «...bien porque la propia situación registral se convierta en objeto del proceso, esto es, en la *res litigiosa*, bien porque el contenido del proceso implique algún tipo de trascendencia registral».

Además de la referencia expresa, ya estudiada, del artículo 722 de la LEC, el párr. 6.º del art. 727 del mismo cuerpo legal, recuerda este autor –dentro de las medidas específicas– que pueden acogerse «otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral⁶⁸ sea útil para el buen fin de la ejecución». Entre otras, la intención de estos preceptos –parece claro ya, según hemos tenido ocasión de investigar al hacer referencia a la regulación positiva de las medidas cautelares en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000– es amparar desde el punto de vista normativo la anotación preventiva de iniciación de un procedimiento arbitral con trascendencia jurídico real.

V.2.2 OBJETIVO DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA (ARBITRAL): LA INTERRUPCIÓN DE UNA EVENTUAL MUTACIÓN JURÍDICO-REAL

La Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946, contempló en el Título III (arts. 42 a 75) las llamadas anotaciones preventivas. Y el art. 42 estatuyó, en el párr. 2.º, que podían pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente «el que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o

⁶⁷ RAMOS MÉNDEZ, F., *op. cit.*, p. 16.

⁶⁸ MORALES MORENO, A. M., «Publicidad registral y datos de hecho», *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Madrid, 2000.

extinción de cualquier derecho real». Desde sus inicios, es perfectamente sabido que el hecho de que se articulara esta medida en concreto ha respondido siempre a la necesidad de cohesionar los resortes del sistema registral, pues es lógico que si el Registro protege a quien de buena fe y a título oneroso adquiere un bien inmueble –el llamado tercero hipotecario–, necesita de alguna fórmula –la medida cautelar de anotación preventiva– para informar de que los pretendidos y habituales efectos de la mutación jurídico-inmobiliaria quedan interrumpidos. Esto es, el art. 17.1 de la Ley Hipotecaria hace el resto: «Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real».

El establecimiento de una medida cautelar es una labor conjunta del Juez y del Registrador, dado que se trata de una posibilidad jurídica que participa de la doble condición de asiento registral y medida cautelar propiamente dicha. Es claro que el objeto de la medida cautelar de anotación preventiva de demanda, identificado ese objeto con la finalidad pretendida o buscada por la parte que la solicita, no puede ser otro que publicitar la existencia de un procedimiento (judicial o, en nuestro caso, arbitral) sobre una cosa en sentido jurídico o sobre una situación jurídica con trascendencia jurídico-real. Se trata de inmovilizar o, por mejor decir, paralizar los pretendidos efectos de una posible transmisión o mutación jurídica. Se evitan así actos de disposición fraudulenta que mermen los efectos de una eventual sentencia estimatoria.

Así lo decía De la Rica y Arenal⁶⁹: «... es la medio que la técnica jurídica ofrece a los intereses jurídicos, reconocidos jurisdiccionalmente mediante sentencias firmes, para asegurar su eficacia anticipadamente, es decir, antes de que la sentencia se dicte por los órganos judiciales competentes». También, la originaria Ley Hipotecaria, en su Exposición de Motivos, identificaba los supuestos para los cuales se hacía viable el asiento de anotación preventiva: en algunos casos, asegurar las resultas de un juicio; en otros, garantizar derechos existentes, pero no definitivos; y, por último, en otros casos se pretendería asegurar los efectos de los títulos defectuosos para cuando, una vez subsanados, sean inscritos.

La cuestión del objeto o finalidad que se pretende con la anotación preventiva de demanda (arbitral) ha de ser puesta en relación con el ámbito de aplicación del arbitraje (materias objeto de arbi-

⁶⁹ DE LA RICA Y ARENAL, *op. cit.*, pp. 65, *in fine*, y 66.

traje), cuya Ley, desde luego, no sustrae a la competencia de los árbitros las cuestiones civiles relativas a las mutaciones jurídico-inmobiliarias. Y entonces, teniendo en cuenta que, como hemos dicho, la anotación preventiva de demanda tiene la doble característica de ser *judicial* –en el sentido de que han de decretarse por el órgano judicial competente; en ningún caso, por árbitros– y *rogada* –porque la posibilidad de su establecimiento depende de que sea solicitada por la parte–, ¿cabría plantearse, *de lege ferenda*, la eventualidad de que un cambio normativo posibilite que dicha medida cautelar sea establecida y ejecutada por un árbitro? La respuesta, a día de hoy, no puede ni debe ser sencilla; dicha posibilidad ha de confiarse a la progresión social y normativa⁷⁰.

V.3 El Registro de la Propiedad y la anotación preventiva de demanda arbitral. Laudo y ejecución del laudo

Una de las voces más autorizadas sobre las medidas cautelares en el arbitraje⁷¹, la prof.^a Barona Vilar, refleja, si bien de forma escueta, que en el supuesto de que se adoptase una medida cautelar de anotación preventiva, habría que estar a la norma privilegiada del artículo 738.2.III de la LEC: «Si se tratare de la anotación preventiva se procederá conforme a las normas del Registro correspondiente». Se trata, a la postre, de una norma de remisión a la normativa registral concreta, en atención a la clase de Registro que se tratare (Registro de la propiedad, Registro Mercantil...).

Podemos decir, con Martín Pastor⁷², que siendo la anotación preventiva de demanda una medida cautelar que sirve de puente de comunicación entre el proceso y el Registro, para que el órgano jurisdiccional la pueda adoptar es preciso que el objeto del proceso que se inicia con la demanda tenga un carácter registral⁷³, esto es, que el resultado de dicho proceso pueda tener acceso al Registro.

⁷⁰ En nuestro caso, abogamos por una reforma legislativa que vaya introduciendo la posibilidad de que sean los árbitros, de manera autónoma, quienes puedan enviar un mandamiento al registrador de la Propiedad para que éste anote preventivamente (si bien, ese mandamiento habrá de pasar oportunamente el tamiz de la calificación registral –legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase que pretenden acceder al Registro; *vid.* art. 18 de la LH).

⁷¹ De hecho, cuenta con una magnífica y reciente monografía titulada homónimamente *Medidas cautelares en el arbitraje*, Navarra, 2006.

⁷² MARTÍN PASTOR, *op. cit.*, p. 111.

⁷³ Y se apoya esta declaración en manifestaciones tan antiguas como la contenida en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de diciembre de 1925, que asevera que en la anotación de demanda practicada deberá consignarse «el objeto de la misma con la precisión y claridad necesaria para evitar confusiones o perjuicios al tercero que haya de contratar, confiado en la fe de los libros hipotecarios».

Dicho esto, y no obstante, en frase que resume el hilo conductor de este artículo dogmático, puede aseverarse que el árbitro, en el momento legislativo actual, puede establecer la medida cautelar de anotación preventiva de demanda arbitral, pero necesita del auxilio judicial para ejecutarla.

La justicia cautelar puede impartirse entonces a través de dos cauces, y es susceptible entonces de resolverse –según previsión legal– de dos formas distintas: el juez decide a través del llamado auto cautelar; y el laudo cautelar (llamado laudo parcial, no por la LA, sino por su Exposición de Motivos) contiene la decisión arbitral –de los árbitros– sobre la tutela cautelar. Una vez dictado el laudo parcial [con los condicionantes o requisitos que establecen los párrfs. 3, 4, 5 y 6 del art. 37: fecha y lugar de dictado, decisión o pronunciamiento –cabe incluso voto discrepante–, motivación, costas y firma de de los árbitros (sea individual o colegial)], lo que no podrá es ejecutarse –salvo en el hipotético caso de que el sujeto pasivo de la medida cautelar acceda voluntariamente a cumplirlo– sin el auxilio jurisdiccional procedente⁷⁴. En resumen, la ejecución

Sirvan, por casi todos, las palabras del prof. GARCÍA GARCÍA, J. M., en «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», RCDI, núm. 625, noviembre-diciembre de 1994.

También para ROCA SASTRE, R. M.^a ROCA-SASTRE MANCUNILL, L., *Derecho Hipotecario, IV-1*, Barcelona, 1959, p. 53, el objeto de la demanda debe estar perfectamente delimitado en la anotación practicada, añadiendo que «si según el artículo 71 de la Ley Hipotecaria la anotación en general y, por tanto, la de demanda no impide que el titular registral de los bienes o derechos inscritos objeto de dicha anotación pueda enajenarlos o gravarlos, el adquirente de éstos conviene que sepa con claridad cuál sea concretamente la pretensión que se ejercita en la demanda, pues de lo contrario, o sea, de haber confusión sobre el litigio, los bienes anotados sufrirán en el tráfico inmobiliario, ya que el adquirente, a la vista de dicho objeto de la demanda, puede a veces fundadamente pensar en que la tal medida anotada no prevalecerá, cosa imposible de dilucidar ante la imprecisión del objeto de la demanda anotada preventivamente».

Ante la clarividencia de la nota, hemos optado por recogerla íntegramente por referencia de MARTÍN PASTOR, *op. cit.*, p. 111, nota a pie n.º 19.

⁷⁴ En la sempiterna comparación entre la sentencia y el laudo, siempre ha estado yuxtapuesta la cuestión de la cosa juzgada. En este debate, median declaraciones como la contenida en la Exposición de Motivos de la LA, que declara que el laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable. Así lo ve la prof.^a BARONA VILAR –*op. cit.*, p. 345– para el caso de la eficacia de cosa juzgada del laudo parcial: «Estamos ante una resolución que contiene un pronunciamiento que decide, en palabras de CALDERÓN CUADRADO, «relaciones cambiantes, que establecen situaciones de hecho y de derecho no definitivas, y que como tales pueden exigir variaciones»*. No obstante, si las circunstancias que concurren en el momento de adoptar la medida no varían, la resolución cautelar que se dictó es inalterable. De este modo, si los hechos que sustentaron y fundaron el pronunciamiento cautelar no varían, podrá alegarse cosa juzgada en aquellos supuestos en que se pretende el alzamiento, la modificación o la supresión de las medidas; y, por el contrario, si los hechos cambian, no es posible hablar de cosa juzgada, por cuanto la pretensión que se ejercita en este segundo momento no es la misma al haber cambiado la *causa petendi*».

Y remata diciendo: «Reiteramos en este punto que la cuestión de la cosa juzgada es especialmente interesante cuando, desde el reconocimiento que se efectúa por el legislador registral, son perfectamente posibles las demandas cautelares en sede judicial y en sede

del laudo arbitral cautelar queda fuera de la atribución competencial de los árbitros.

Y aquí, en contra de los que puedan pensar que se da por acabado el debate, puesto que el árbitro debe acudir para ejecutar su decisión a la colaboración –y a ver en qué condiciones y bajo qué premisas se presta...– de los órganos estatales, a través del procedimiento marcado para ello en la LEC, y aquí, decimos, es donde precisamente ha de abrirse el debate que ha volado sobre el «nido de los cucos» que entienden que la actividad arbitral cautelar se agota en ese punto. Aquí es donde ha de abrirse la brecha de los que, a fuer de temer por su poder integral, niegan incluso la existencia del debate, desconociendo además que en el seno de Naciones Unidas, en la plataforma también de debate de la afamada Ley Modelo para el arbitraje, se llegó a plantear la viabilidad de que los árbitros dispusieran en su ejercicio de la autoridad normativa suficiente para ordenar la ejecución forzosa de la medida cautelar. Está claro que se trata de una cuestión en la que se debe valorar, en primer término, su cobertura constitucional y legal, y, después, sus condicionantes, requisitos y eficacia.

Sirva como ejemplo la Resolución de 20 de febrero de 2006, DGRN, BOE de 23 de marzo de 2006, cuyas líneas directrices incorporamos a mayor abundamiento, y donde se planteaba la posibilidad de practicar una anotación preventiva de prohibición de disponer en base a un acta de protocolización de un laudo arbitral en el que se acuerda esa medida en garantía de los derechos de una de las partes, para asegurar el buen fin de la escritura pública de compraventa, cuyo otorgamiento en determinadas condiciones, es acordado en el propio laudo.

El Registrador deniega la anotación por entender que es una medida cautelar que sólo puede practicarse en virtud de mandamiento judicial.

La Dirección entiende que la medida adoptada en el laudo tiene efectivamente carácter cautelar o asegurativo, y que tanto la LEC de 2000 como la Ley de Arbitraje (ley 60/2003) admiten la posibilidad de reconocer a los árbitros la potestad de dictar medidas cautelares. *Sin embargo hay que analizar si tal medida cautelar requiere auxilio judicial para su ejecución.*

La ley de Arbitraje de 2003 señala expresamente en su Exposición de Motivos que «obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares

arbitral. Plantear ambas de forma simultánea crearía un doble juego que no pretende el legislador, amén de una inseguridad jurídica que permitiría el *bis in idem* cautelar».

* CALDERÓN CUADRADO, *op. cit.*, p. 262 (citado también en este trabajo).

será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si un laudo sobre el fondo se tratará». De igual manera el art. 23.2 en relación con el 44 en materia de ejecución de medidas cautelares, remite a las normas de la legislación procesal, la cual, tratándose de anotaciones preventivas, nos conduce a la legislación hipotecaria. Pues bien, el art. 42.4 de la L.H. establece, tratándose de anotación preventiva de prohibición de disponer, la posibilidad de solicitarla al que «demandando en Juicio Ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviera Providencia con arreglo a las Leyes ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles» y el R. H. desarrollando esta norma, en su art. 165 señala para toda anotación que haya de practicarse en virtud de mandato judicial, que «se verificará en virtud de presentación en el Registro del mandato del Juez o Tribunal en que se insertará literalmente la resolución respectiva, con su fecha, y se hará constar en su caso que es firme.» De ello se desprende que para la inscripción de la medida cautelar acordada por los árbitros se requiere el auxilio del Juez o Tribunal que resulte competente (art. 8 Ley de Arbitraje), por lo que se confirma el defecto contenido en la nota de calificación.

Consciente de la dificultad de articular un sistema en el que el árbitro o el colegio arbitral puedan ejecutar una medida cautelar sin necesidad de buscar la ayuda de los órganos jurisdiccionales, la tan traída Ley Modelo inventó las denominadas «órdenes preliminares»⁷⁵, en un intento por buscar una solución intermedia que, en lo posible, evitara la expuesta tarea de recabar el auxilio judicial. Dado el carácter accesorio de las medidas cautelares, carece de sentido que el árbitro no pueda ejecutarlas, cuando, además, sí puede ya resolverlas.

Para evitar una toma de postura concluyente y coherente sobre un asunto que puede ocasionar numerosas ventajas al complejo mecanismo de la impartición de justicia, el legislador se ha contentado con una escuálida previsión –que se ha condensado en la remisión a la LEC contenida en el art. 44 de la LA de 2003– que en nada resuelve un tema que habrá de replantearse en el futuro.

⁷⁵ Si se quiere una auténtica visión global sobre este tipo de órdenes y su encaje en un sistema jurídico, es de obligada consulta «The Need for Conservatory and Preliminary Measures», *International Business Lawyer*, vol. 27, n.º 5, 1999, pp. 193-240, de CREMADES, B. M.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO RODRÍGUEZ, E.: *Comentarios al Código Civil, tomo VII, vol. 5.º Artículos 42 a 103 de la Ley Hipotecaria*, dirigidos por ALBADALEJO GARCÍA, Madrid, 2004.
- ALMAGRO NOSETE, J.: «Jurisdicción y arbitraje», en *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona*, núm. 2, pp. 61 y siguientes.
- ÁVILA NAVARRO, P.: *Comentarios de jurisprudencia registral (1990-1993)*, Barcelona, 1994.
- BARONA VILAR, S., (COORD.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, 2004.
- BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, Navarra, 2006.
- CALDERÓN CUADRADO, M. P.: *Las medidas cautelares indeterminadas*, Madrid, 1992.
- CARRERAS LLANSANA, J.: «Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Estudios de Derecho Procesal (con FENECH)*, Barcelona, 1962.
- CREMADES, B. M.: «The Need for Conservatory and Preliminary Measures», *International Bus. Lawyer*, vol. 27, n.º 5, 1999, pp. 193-240.
- CHICO Y ORTIZ, J. M.: *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*. Madrid, 1994.
- CHICO Y ORTIZ, J. M.: «Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la legislación hipotecaria de 1944», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, núm. 625, noviembre-diciembre.
- DE LA RICA Y ARENAL, R.: «Dos conferencias notables. I. La anotación preventiva de demanda. Su valor jurídico (Comentario a la conferencia de D. Ramón Meced Gress, en el Colegio Notarial de Valencia)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1947, pp. 65-81.
- DE MENA Y SAN MILLÁN, J. M.: *Calificación registral de documentos judiciales*, Madrid, 1985.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre de 1992.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: «Arbitraje y Justicia Cautelar», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, pp. 23-60.
- FUENTES CAMACHO, V.: *Las medidas provisionales y cautelares en el Espacio Judicial Europeo*, Madrid, 1996.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, noviembre-diciembre 1994.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, 1996.
- LÓPEZ BARBA, E.: *El contrato de transacción: su resolución por incumplimiento*, Madrid, Laborum, 2001.
- MAGRO SERVET, V.: «La adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral en la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje, en relación con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», *La Ley*, n.º 2, 2004, pp. 1850 a 1857.
- MARTÍN PASTOR, J.: *La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro*, Madrid, 2001.

- MARTÍNEZ BELTRÁN DE HEREDIA, F.: «Sistema arbitral, dificultad de ejecución de laudos y turno de asesoramiento de las asociaciones en la Junta Arbitral», *Comunicaciones al I Congreso Europeo de Consumidores*, noviembre de 2004, Burgos.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2002.
- MORALES MORENO, A. M.: «Publicidad registral y datos de hecho», *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Madrid, 2000.
- MUÑOZ SABATÉ, L.: «Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral», en *Revista Jurídica Catalana*, núm. 3, 1991, pp. 117 y siguientes.
- ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, colección «Ley de Enjuiciamiento Civil 2000», Madrid, 2000.
- OTERO LASTRES, J. M.: «El derecho fundamental a la tutela “arbitral” efectiva», *Abogados* (Madrid), febrero 2007, pp. 52-55.
- PARDO NÚÑEZ, C. R.: «La eficacia de la anotación preventiva de demanda, en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial. Las medidas cautelares. Consejo General del Poder Judicial*, 1993, pp. 113-172.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: *La anotación preventiva de demanda*, Barcelona, 1980.
- REINER, A.: «Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCI», *Journ. dr. int.*, 1998, pp. 853-904.
- ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948, Tomo III. 6ª Edición.
- SARTORI, J. A.: *El debido concepto de lo cautelar*, ponencia del X Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Argentina, 2008.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.: «Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social», *Anuario de Derecho Civil*, t. LVIII, fasc. IV, octubre-diciembre de 2005, pp. 1509-1574.
- VERDERA Y TUELLS, E.: «La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación», Madrid, *Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, 2005, pp. 92 y ss.
- YÁÑEZ VELASCO, R. (COORD.): *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Valencia, 2004, pp. 45 y ss.

