

previsto en el art. 22 del Reglamento del TAG o, en su defecto, por la del contemplado para cualquier laudo art. 39.1º.d) LA cuando se hubiere producido en el mismo según la demanda de anulación – como es el caso de la presente– una extralimitación parcial por haber resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o no susceptibles de arbitraje.

En consecuencia, se desestiman finalmente las causas de anulación que hemos referenciado como 3.a, 3.b y 3.c en la relación contenida en el FD2 de esta resolución.

SEXTO: La desestimación íntegra de la demanda comporta la condena de la demandante en las costas de este procedimiento, conforme a lo dispuesto en el art. 394 LEC, precepto aplicable ante la falta de disposición expresa en la normativa de arbitraje y la remisión procedimental que allí se efectúa al juicio verbal.

NOTA.– 1. El gran interés de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia (el “TSJ”) de Cataluña en fecha 28 de septiembre de 2012 (la “Sentencia”) radica, esencialmente, en el análisis que se realiza sobre dos aspectos capitales de la tutela cautelar. En primer, es de destacar el examen que efectúa el Alto Tribunal de Cataluña sobre la potestad de los árbitros para dictar medidas cautelares inaudita parte, problemática que si bien puede considerarse superada en la actualidad en España, lo cierto es que en su momento fue objeto de un amplio debate doctrinal. En segundo lugar –y mucho más importante por constituir el eje central de la Sentencia–, está el tratamiento que otorga el TSJ a las infracciones cometidas en materia cautelar que no han sido recurridas previamente en el marco del propio proceso arbitral y que pretenden hacerse valer, por vez primera, vía acción de anulación del art. 41 LA. Es decir, qué consecuencias conlleva para la parte interesada, el hecho de no denunciar ante el propio árbitro las irregularidades por éste cometidas en la adopción de las medidas cautelares (cuando las reglas procesales aplicables al arbitraje lo permiten), y en lugar de ello, se decide ejercer directamente la acción de anulación ante los tribunales. ¿Tiene alguna derivación práctica esta estrategia que no prevé agotar las vías ofrecidas en el marco del proceso arbitral? Desde ahora adelantamos que sí, y que las consecuencias son de gran calado para el éxito de la acción de anulación.

2. La Sentencia analizada tuvo como objeto resolver una acción de anulación ejercida por la mercantil Sinergis Ingeniería, Sociedad Limitada Profesional (Sinergis) contra un laudo parcial de fecha 18 de mayo de 2015, en el que se acordó la adopción de medidas cautelares a favor de un accionista minoritario de la mencionada sociedad (Sra. Rosana). El laudo parcial de medidas cautelares fue dictado por la árbitro Esther Sais Re, designada por el Tribunal Arbitral de Girona (TAG). Sinergis instó la anulación del laudo arbitral sobre la base –en síntesis– de que la decisión (i) se había tomado inaudita parte, lo que vulneraba los principios de igualdad, y los derechos de audiencia y contradicción; (ii) vulneraba el orden público por diversos motivos; y finalmente (iii) había resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

La mayoría de estas alegaciones y sus argumentos, fueron desestimados por el TSJ de Cataluña en virtud del mencionado análisis sobre (a) la potes-

tad de los árbitros para dictar medidas cautelares y, sobre todo, (b) por las consecuencias que este asoció al hecho de que Sinergis no denunciase previamente frente a la árbitro, las supuestas irregularidades en la adopción de las medidas cautelares. Impugnación que facilitaba el propio artículo 22 del Reglamento del TAG, al establecer que

“...una vez ejecutada la medida [inaudita parte], esta parte [la afectada] podrá impugnarla delante del árbitro, sin perjuicio de la acción de anulación judicial que en general prevé el artículo 23.2 de la Ley de Arbitraje”.

3. En relación a la primera de estas circunstancias –la potestad de los árbitros de dictar medidas cautelares, incluso inaudita parte–, la disyuntiva quedó ampliamente superada en España con posterioridad a la aprobación de la Ley de Arbitraje de 2003 (de clara inspiración en la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1985), al reconocerse expresamente que la potestad de los árbitros en materia cautelar es “alternativa y concurrente” a la potestad de los jueces. En consecuencia, la Sra. Rosana, tenía a su disposición tanto la vía arbitral como la judicial para solicitar las medidas cautelares que precisaba, esto es: la suspensión de la eficacia de ciertos acuerdos sociales, previamente impugnados. No obstante, vale aclarar que, la competencia arbitral cuenta con dos límites absolutos. En primer lugar, el árbitro carece de *ius imperii*, y por tanto, no dispone de capacidad para imponer coactivamente las medidas sobre personas o cosas, para lo cual va a requerir siempre la intervención de los tribunales, lo que circunscribe la eficacia de la potestad arbitral más bien a las medidas de naturaleza declarativa. En segundo lugar, el árbitro no puede adoptar medidas que recaigan sobre terceros que no han suscrito el convenio arbitral, ni son parte del arbitraje. En definitiva, las medidas cautelares adoptadas por los árbitros solo tiene y eficacia *inter partes*. Sin embargo, fuera de estos límites mencionados, los árbitros pueden adoptar, a instancia de parte, cualquier otra medida que consideren necesaria, como medidas de protección y aseguramiento de bienes litigiosos, incluso pruebas; afianzamiento de los importes en juego o como en el presente caso, la orden de no inscribir los acuerdos societarios.

Esta competencia “alternativa y concurrente” es tenida en cuenta en la Sentencia del TSJ de Cataluña, y sobre la base del contenido del art. 23 LA, que reconoce la facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares si las partes no han acordado otra cosa, efectúa una indagación para determinar la voluntad de las partes a este respecto, trayendo a colación los elementos que configuran la ley aplicable al procedimiento arbitral. Esto es, (a) el convenio arbitral; (b) el Reglamento del TAG, institución administradora del arbitraje, y (c) el Acta de Misión, donde cabe la posibilidad de que las Partes modificasen el mencionado convenio arbitral y estableciesen, de común acuerdo nuevas condiciones a la llevanza del procedimiento arbitral. De tal forma, el TSJ de Cataluña llega a la conclusión—analizando también lo establecido en los arts. 739 a 742 LEC como norma supletoria— de que las Partes no han acordado eliminar o limitar las facultades de los árbitros en la adopción de las me-

didadas cautelares. Es más, el procedimiento previsto en el art. 22 Regl. TAG, expresamente establece esta posibilidad de adopción de medidas cautelares:

“1.— Si las partes no han convenido lo contrario, los árbitros podrán acordar medidas cautelares a instancia de cualquiera de ellas...”.

4. Para el TSJ de Cataluña, el mencionado procedimiento de adopción de medidas cautelares previsto en el Reglamento del TAG respeta “plenamente” los principios de igualdad, audiencia y contradicción, a diferencia de lo sostenido por Sinergis. El proceso del art. 22 prevé claramente la posibilidad la impugnación de las medidas cautelares en el propio procedimiento arbitral, sin perjuicio, además, del derecho a instar seguidamente ante los tribunales, la anulación por las causas del art. 41 LA. Por ello y atendiendo a la voluntad de las Partes de extraer su controversia de la esfera judicial en virtud del pacto de arbitraje, el TSJ de Cataluña otorgó tanta importancia al hecho de que Sinergis no impugnase ante la propia Arbitro, la decisión sobre medidas cautelares en el marco de un proceso garantista, y acudiese directamente a la instancia judicial.

En definitiva, para el TSJ la no utilización de dicho mecanismo del art. 22 del Reglamento impide a Sinergis la denuncia ex post en sede judicial, lo que determinó también la desestimación de las alegaciones de inarbitrabilidad y supuesta contrariedad del laudo parcial contra el orden público. La jurisprudencia española cuenta con otras decisiones que también han exigido la denuncia previa de irregularidades en el marco del proceso arbitral, pero hasta ahora se habían circunscrito a los vicios formales del proceso y no a la materia cautelar (*vid.* SAP Madrid 25^a de 19 de marzo de 2007, CIAMEN, *Jurisprudencia española de arbitraje*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, n^{os} 398 y 648). Después de la Sentencia del TSJ de Cataluña, se puede concluir que ante este Alto Tribunal, si bien la impugnación de las medidas cautelares no es obligatoria en el marco del propio arbitraje, sí condicionará en gran medida el éxito de las alegaciones sobre posibles irregularidades en vía judicial.

Enrique LINARES RODRÍGUEZ *

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) n^o 27/2016, de 14 marzo 2016

Acción de anulación.— Arbitraje administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.— Laudo contrario al orden

* Investigador predoctoral. Departamento de Derecho internacional público y de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.