



Núria Mallandrich i Miret

Doctora en Dret.
Professora universitària de
dret processal

Resum

L'objecte principal d'aquest article és analitzar el règim d'adopció de mesures cautelars regulat a la Llei 47/2014, del 18 de desembre, d'arbitratge del Principat d'Andorra, posant una atenció especial en el diferent àmbit d'aplicació de les mesures cautelars que pot adoptar la Batllia en funcions d'assistència a l'arbitratge i les mesures cautelars i ordres preliminars que pot adoptar la Junta Arbitral.

Paraules clau

Mesures cautelars, arbitratge, Principat d'Andorra, alternativitat.

I. Introducció

Aquest article té el seu fonament en la ponència que va tenir lloc en el marc dels 9ns Debats de recerca, *La recerca jurídica a Andorra*, els dies 3 i 4 de juny del 2015, coorganitzats pel Ministeri d'Educació i Ensenyament Superior del Govern d'Andorra i la Societat Andorrana de Ciències, a qui agraeixo sincerament la invitació i la possibilitat de participar en les jornades. El contingut d'aquest estudi es basarà, principalment, en el desenvolupament de les qüestions que es van tractar en la seu d'aquestes jornades científiques, però també aprofitaré l'ocasió per aprofundir en aquestes qüestions, així com per estudiar-ne d'altres connexes que, per limitacions de temps i de format, no van poder ser abordades. Aquest estudi, doncs, té per objecte d'anàlisi la Llei 47/2014, del 18 de desembre, d'arbitratge del Principat d'Andorra (d'ara endavant, LAA), i se centra específicament en l'examen de la regulació que s'hi fa respecte de la possibilitat d'adoptar mesures cautelars en el procés arbitral. No obstant això, a l'efecte de centrar adequadament el tema, es fa necessari, amb caràcter previ, introduir alguns elements definitoris de la regulació aprovada.

En primer lloc, s'ha d'indicar que la LAA està inspirada en la Llei model de la CNUDMI sobre arbitratge comercial internacional, del 1985, en la versió revisada l'any 2006 (d'ara endavant, LM), i es pot observar també una influència de la Llei 60/2004, del 23 de desembre, d'arbitratge espanyola (d'ara



Núria Mallandrich i Miret

**L'adopció de
mesures cautelars
en l'arbitratge:
especial
referència a la llei
47/2014, del 18
de desembre,
d'arbitratge del
Principat
d'Andorra i la
seva relació amb
la llei model
d'arbitratge de la
CNUDMI**

endavant, LAE), motiu pel qual es faran algunes referències expresses a aquests dos textos normatius. Com a conseqüència d'això, aquest treball incorpora una menció a la regulació de les mesures cautelars i de les ordres preliminars prevista a l'article 17 de la LM, posant una atenció especial en el procés de revisió i modificació del text que es va dur a terme a finals de la dècada dels anys 90 i principis del 2000 en el si del Grup de Treball II sobre arbitratge i conciliació, que permet entendre i interpretar la regulació actual i que, en matèria de mesures cautelars, a diferència de la LAE, ha estat plenament acollida pel legislador andorrà.

La mateixa exposició de motius indica expressament que la LAA és una llei dualista que regula de manera separada l'arbitratge intern (títol II) de l'arbitratge internacional (títol III).¹ El concepte d'*arbitratge internacional* es contraposa al d'arbitratge intern i ambdós són definits pel mateix text legal a l'article 4.1 i 4.2. D'acord amb aquest precepte, l'arbitratge serà intern quan "tingui la seu al Principat d'Andorra, sempre que totes les parts hi tinguin el domicili i que no concorri cap de les circumstàncies que defineixen l'arbitratge internacional", i internacional quan concorri alguna de les circumstàncies següents:

"a) Que, en el moment de la celebració del conveni d'arbitratge, les parts tinguin els seus domicilis en estats diferents.

b) Que la seu de l'arbitratge determinat en el conveni d'arbitratge o d'acord amb el que preveu, estigui situat fora de l'Estat en què les parts tinguin els seus domicilis.

c) Que el lloc de compliment d'una part substancial de les obligacions de la relació jurídica de la qual dimani la controvèrsia estigui situat fora de l'Estat en què les parts tinguin els seus domicilis.

d) Que la relació jurídica de la qual dimani la controvèrsia afecti interessos del comerç internacional.

e) Que les parts hagin convingut expressament que la qüestió objecte del conveni arbitral està relacionada amb més d'un Estat."

No obstant això, s'ha d'assenyalar que la mateixa regulació de l'arbitratge internacional redirigeix, en un gran nombre d'ocasions, a la regulació de l'arbitratge intern. Un exemple n'és l'article 66 de la LAA, que regula l'adopció de mesures cautelars per part dels àrbitres en l'àmbit de l'arbitratge

1- L'exposició de motius indica que "La Llei estableix un sistema dualista i regula separatament l'arbitratge intern de l'arbitratge internacional, a cadascun dels quals els dedica un títol separat, malgrat que un gran nombre de normes són aplicables als dos. No es tracta tant d'una regulació separada, sinó de subratllar una concepció diferenciada dels dos arbitratges...".

internacional, establint que són aplicables "les normes que conté el capítol V del títol II relatives a les mesures cautelars i a les ordres preliminars en l'arbitratge intern." Com a conseqüència, gairebé totes les valoracions que es faran en aquest treball relatives a la regulació de les mesures cautelars en l'arbitratge intern són també vàlides per l'arbitratge internacional.

En tercer lloc, també és important tenir en compte que la mateixa LAA defineix, en l'article 1, el concepte d'*arbitratge*, objecte poc habitual en les legislacions comparades que no solen incloure una definició autònoma de l'arbitratge.² Tanmateix, aquesta previsió no resulta estranya si es té en compte que a l'ordenament jurídic andorrà no hi havia hagut precedents legals que reguessin la institució i, especialment, el procediment, tot i que sí que s'observen, tal com descriu la mateixa exposició de motius de la Llei, antecedents normatius en els quals es remet a la solució de conflictes a través de la "declaració d'àrbitres" o a "l'àrbitri d'un tercer".³

D'acord amb l'article 1 de la LAA "L'objecte d'aquesta Llei és la regulació de l'arbitratge, entès com el procediment en virtut del qual les parts sotmeten voluntàriament una o diverses controvèrsies entre elles, abans de sorgir o després d'haver sorgit, a la decisió d'un tercer o tercers independents i imparcials i denominats àrbitres. L'àrbitre o els àrbitres són nomenats, directament o indirectament, per les parts que, per mitjà d'un procediment igualment convingut per elles, resolten les esmentades controvèrsies sobre la base de les alegacions fetes i les proves practicades, mitjançant una resolució (laude) que les parts accepten com a final i executiva i que equival a una sentència judicial ferma".

El laude arbitral s'equipara, doncs, a una sentència judicial ferma, té eficàcia de cosa jutjada (article 55 de la LAA) i és executiu. Tanmateix, si bé la Llei confereix als àrbitres *autoritas*, no els atribueix *potestas*. Per tant, si bé poden declarar el dret pel cas concret, no poden executar les resolucions que dictin, i aquest poder es reserva als òrgans jurisdiccionals estatals. La intervenció dels òrgans jurisdiccionals està regulada en els articles 8 i 9 de la LAA. L'article 8 de la LAA reconeix, d'aquesta manera, l'efecte exclouent de l'arbitratge en indicar que, en els assumptes que es regeixin per la LAA, no hi intervindran els òrgans jurisdiccionals, excepte en els casos en què així es prevegi expressament. Els supòsits d'intervenció

2- Tampoc no conté una previsió similar la Llei model de la CNUDMI sobre arbitratge comercial internacional.

3- D'acord amb l'exposició de motius de la LAA: "L'arbitratge ha tingut un fort arrelament al Principat d'Andorra com a mecanisme de resolució de controvèrsies. La preocupació de l'arbitratge ve d'antic, com es desprèn d'algunes màximes del Manual Digest (capítol VI): *Pero se deu advertir; que los Batlles deuen procurar que las parts no pleidegin, sino, que se Compongan, y no tingan Verbal, o que deixen sas Questions a declaració de Arbitres, Cedint los Batlles per lo amor ala quietud, y be publich cedir asos particulars interesos, que tindrian en las declaraciones, y sas Sequelas.*"

En aquest sentit, històricament, els capítols matrimonials o els testaments han previst clàusules que remetien a l'àrbitri d'un tercer ("home bo") per resoldre les eventuais controvèrsies que es puguin produir en aquest àmbit. També ha estat habitual que en els estatuts de les societats mercantils o de les comunitats de copropietaris s'hagin inclòs convenis per resoldre les controvèrsies mitjançant l'arbitratge.

No obstant això, la manca de regulació legal d'aquesta institució ha comportat que, a la pràctica, aquesta opció hagi estat sovint descartada per les parts, fins i tot en aquells casos en què s'havia previst inicialment. D'aquesta manera, les controvèrsies han acabat essent objecte de procediment judicial".

dels òrgans jurisdiccionals estatals estan delimitats de forma tassada a l'article 9 de la LAA, que té una doble finalitat. D'una banda, defineix quins són els supòsits d'intervenció dels òrgans jurisdiccionals, per prestar funcions sia d'assistència o de supervisió de l'arbitratge. I de l'altra, determina quin és l'òrgan competent per cada una de les funcions.

La LAA regula un doble sistema d'adopció de mesures cautelars en el procés arbitral atenent el subjecte competent per acordar-les. D'aquesta manera, l'article 12 de la LAA preveu expressament que les parts puguin sol·licitar, davant de la Secció Civil de la Batllia, l'adopció de mesures cautelars, tant abans d'iniciar-se les actuacions arbitrals com durant la tramitació. Aquesta mateixa previsió es reitera a l'article 38.1 de la LAA. Per la seva banda, l'article 9 de la LAA abans esmentat, en l'apartat primer, lletra c), estableix novament l'òrgan judicial competent per adoptar-les.

Paral·lelament, els articles 28 a 35 regulen el règim d'adopció de mesures cautelars i ordres preliminars per part de la Junta Arbitral.⁴ Aquesta dualitat d'òrgans competents per a l'adopció de mesures cautelars resulta un element nuclear a tenir en compte a l'hora de desenvolupar el tema d'estudi, i és imprescindible deslligar l'àmbit d'actuació de cadascun i el seu règim d'actuació, dos qüestions que seran desenvolupades en aquest treball.

4- La LAA utilitza el terme *junta arbitral* per fer referència a la persona o les persones a les quals, en qualitat d'àrbitres, s'encomana resoldre la disputa, que, a elecció de les parts, pot estar constituïda per un únic àrbitre o ser col·legiada (art. 16 de la LAA).

5- També coneguda com a UNCITRAL per les seves sigles en anglès.

6- Es pot consultar a l'Informe de la Comissió de les Nacions Unides sobre Dret Mercantil Internacional sobre la tasca efectuada en el seu 39è període de sessions.

Documents oficials a/61/17. Tots els documents de la CNUDMI es poden consultar a la web: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/39th.html>

II. La influència de la llei model de la CNUDMI sobre arbitratge comercial internacional

1. La influència de la Llei model de la CNUDMI sobre arbitratge comercial internacional, del 21 de juny de 1985, en la Llei d'arbitratge del Principat d'Andorra

La Llei model sobre arbitratge comercial internacional va ser aprovada el 21 de juny de 1985 per la Comissió de les Nacions Unides pel Dret Mercantil Internacional (CNUDMI),⁵ en el seu 18è període de sessions. Posteriorment, l'Assemblea General de l'ONU, mitjançant la Resolució 40/72, de l'11 de desembre de 1985, adoptada en la 112a sessió plenària, recomanava "que tots els Estats examinin degudament la Llei model sobre arbitratge comercial internacional". L'any 2006, després de diversos anys de treballs preparatoris, la CNUDMI, en el seu 39è període de sessions celebrat a Nova York del 19 de juny al 7 de juliol del 2006,⁶ va aprovar la modificació d'alguns articles de la LM, entre els quals hi ha l'art. 17, relatiu a les mesures cautelars.

La LM no és un instrument directament vinculant per als estats,⁷ sinó que el seu contingut té valor de simple recomanació o, com el seu mateix títol indica, de model perquè els estats legislin prenent la llei model com a referència. La seva finalitat última és aconseguir la màxima uniformitat o harmonització entre les normes reguladores de l'arbitratge internacional dels estats.⁸ Evidentment, el fet que la llei model hagi estat concebuda per donar uniformitat a la legislació sobre arbitratge comercial internacional com a mecanisme per fomentar la institució i donar seguretat al tràfic mercantil, no obsta que les seves disposicions siguin plenament vàlides per regular l'arbitratge intern.

L'article 17 de la LM, en la versió revisada l'any 2006, va ampliar notablement el seu contingut en relació amb la seva redacció original.

El legislador andorrà ha optat per seguir la recomanació 40/72 de l'Assemblea General de l'ONU i ha aprovat una llei que parteix del contingut essencial de la LM. A diferència, per exemple, de la llei d'arbitratge espanyola, a la llei andorrana no es fa un reconeixement exprés a l'exposició de motius.⁹ No obstant això, la influència assenyalada queda patent en el seu articulat, que segueix de forma gairebé paral·lela l'estructura de la LM en la seva versió posterior a l'any 2006. A més a més, sí que es pot veure un reconeixement exprés en els treballs prelegislatius.¹⁰

Tal com s'ha exposat, la LM ha servit de base per delimitar el règim de les mesures cautelars a la LAA. La LM preveu, en el seu article 6, que els Estats detallin els òrgans competents per efectuar les funcions d'assistència i supervisió de l'arbitratge. Aquest precepte s'ha reflectit en els articles 8 i 9 de la LAA.¹¹ Mentre l'article 8 de la LAA limita la intervenció dels òrgans judicials estatals únicament als supòsits d'assistència i supervisió de l'arbitratge que es regulin expressament i, per tant, exclou qualsevol altre cas, l'article 9 de la LAA determina els òrgans judicials objectivament competents per dur a terme: el nomenament i la remoció de la Junta Arbitral; l'adopció de mesures cautelars; l'execució forçosa del laude, així com per conèixer l'acció d'anul·lació del laude i per conèixer l'exequatur de laudes estrangers.

7- En aquest sentit, SANDERS indica que "The provisions contained in a Model Law only become law when the model is adopted and introduced in a national law" (a *UNCITRAL'S Model Law on International and Commercial Arbitration: Present Situation and Future, Arbitration International*, vol. 21, núm. 4, 2005, p. 480).

8- Vegeu extensament ESPILGUES MOTA, C.A., i McNERNY, M., *Aproximación a la nueva Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional*, RCEA, vol. III, 1986, pp. 12 i ss.

9- D'aquesta manera, el legislador espanyol es pronunciava indicant, a l'exposició de motius de la llei 60/2003, "...que una buena regulacion del arbitraje internacional ha de serlo tambien para el arbitraje interno, y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de CNUDMI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno."

10- Vegeu esmena 1 del Grup Parlamentari Socialdemòcrata. Butlletí del Consell General, núm. 106/2014, Casa de la Vall, 10 de desembre del 2014.

11- Article 8 de la llei d'arbitratge espanyola.

12- Vegeu document A/54/17 del 17 de maig de 1999. *Informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en su 32º período de sesiones celebrado en Viena entre el 17 de mayo y el 4 de junio de 1999.*

13- Document A/CN.9/WG.III/WP.110, del 22 de setembre de 1999. *Informe del Secretario General sobre el posible régimen uniforme sobre ciertas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: forma escrita del acuerdo de arbitraje, medidas cautelares, conciliación.*

14- Document A/CN.9/487, del 15 de juny del 2001. *Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 34º período de sesiones celebrado en Nueva York del 21 de mayo al 1 de junio de 2001*; Document A/CN.9/508, del 12 d'abril del 2002. *Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 36º período de sesiones celebrado en Nueva York entre el 4 y el 8 de marzo de 2002.*

15- L'acord es va adoptar en el 42è període de sessions celebrat a Nova York, del 10 al 14 de gener del 2005. Vegeu Document A/CN.9/573, del 27 de gener del 2005. La denominació *acord de transacció* es pot trobar en el Document A/CN.9/589, del 12 d'octubre del 2005. *Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 43º período de sesiones celebrado en Viena, del 3 al 7 de octubre de 2005.*

16- Vegeu PERALES VISCASILLAS, P., *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la Ley Modelo de la CNUDMI*, RJCcat, nº 2, 2007, pp. 418 i ss.

17- Document A/CN.9/589, del 12 d'octubre del 2005. Paràgraf 52.

2. La possibilitat d'adoptar mesures cautelars 'inaudita parte'

2.1 Una solució de consens: Les ordres preliminars

La possibilitat d'admetre l'adopció de mesures cautelars *inaudita parte* per part del Tribunal Arbitral va ser un dels temes més controvertits que es van tractar en el si del Grup de Treball II sobre arbitratge i conciliació durant el procés de reforma de l'article 17 de la LM. La rellevància de la qüestió es posa de manifest ja des dels primers documents de treball que es van preparar.¹² La primera proposta que va preparar la Secretaria i que va ser objecte d'estudi del Grup de Treball II incorporava, d'una banda, una definició de mesura cautelar i de l'altra, disposicions addicionals en les quals es proposava considerar l'adopció de mesures cautelars *inaudita parte*.¹³

El debat d'aquesta qüestió en el Grup de Treball II va causar, ja des d'un primer moment, una gran controvèrsia amb opinions tant a favor com en contra.¹⁴ La discussió es va mantenir durant la totalitat de les sessions en què la qüestió objecte de debat va ser tractada, i, finalment, es va aprovar un text transaccional.¹⁵ De fet, l'oposició a l'adopció de qualsevol mesura sense audiència prèvia a la part afectada, va arribar a ser tan forta que, inclús, una vegada que ja s'havia tancat el text de transacció o de compromís,¹⁶ algunes delegacions continuaven plantejant la conveniència d'incloure una regulació en aquest sentit en el text de l'article 17 de la LM.¹⁷ L'anàlisi de la documentació que es va anar produint durant les sessions d'estudi del Grup de Treball II permet sintetitzar els arguments que es van al·legar a favor de l'adopció de mesures cautelars *inaudita parte*:

- "Podrien ser adequades quan sigui necessari un element de sorpresa, és a dir, quan sigui possible que la part afectada pugui tractar d'avançar-se a la mesura duent a terme accions que la converteixin en inútil o inexecutable."¹⁸

- Quan les parts decideixen acudir a l'arbitratge estan decidint resoldre les seves controvèrsies al marge dels òrgans judicials estatals. Partint d'aquesta base, si no es permetés als àrbitres adoptar mesures cautelars *inaudita parte*, s'estaria obligant les parts a acudir als òrgans judicials que havien exclòs prèviament.¹⁹

- Que els principis d'igualtat i de defensa regulats per l'art. 18 LM també estan recollits en els ordenaments interns de molts Estats en què es permet adoptar mesures cautelars *inaudita parte* davant dels òrgans judicials estatals, sense que es

considerés que s'estava produint una vulneració d'aquests principis.²⁰

Per la seva banda, el sector contrari a la regulació de mesures cautelars *inaudita parte* basava la seva argumentació en els motius següents:

- La legislació arbitral vigent en diversos països només facultava els òrgans judicials per adoptar mesures cautelars sense audiència prèvia.²¹

- Es vulneraven els principis regulats a l'article 18 de la LM.²²

- Es va indicar que "si es reconeixia la possibilitat que un tribunal arbitral pogués dictar mesures cautelars a instància d'una part, es donaria peu a pràctiques dilatòries i inequitatives".²³

- Les mesures cautelars dictades sense audiència prèvia podien perjudicar tercers.²⁴

- Inquietava la possibilitat que el Tribunal Arbitral pogués abusar de les mesures cautelars adoptades sense audiència prèvia a la part afectada.²⁵

- Podien implicar una vulneració de l'autonomia de la voluntat de les parts.²⁶

Tal com s'ha indicat, al llarg de les sessions de treball es van anar aproximant les posicions amb la finalitat d'arribar a una regulació de consens que pogués ser acceptable per la major part de les delegacions. En aquest sentit, l'element de consens principal el va constituir la idea que l'adopció de mesures cautelars *inaudita parte* seria acceptable sempre que s'introduïssin les salvaguardes oportunes en la redacció de l'article 17 de la LM.²⁷

Les principals salvaguardes que es van proposar són les que es destaquen a continuació. Com es pot observar, la major part va ser recollida en el text aprovat definitivament de l'article 17 de la LM, i han estat també reproduïdes posteriorment pel legislador andorrà als articles 30 a 35 de la LAA.

- El compromís d'indemnitzar el demandat quan, posteriorment, es constati que l'adopció de la mesura sense audiència prèvia ha estat injustificada.²⁸ Més endavant, es va proposar incloure l'exigència que la part que sol·liciti una mesura *inaudita parte* ofereixi una garantia financera adient amb la finalitat d'evitar sol·licituds temeràries.²⁹ Més tard també es va arribar a la convicció que la prestació de caució hauria de tenir, en aquest cas, caràcter obligatori.

- L'adopció de mesures cautelars sense audiència prèvia només es podia donar en circumstàncies excepcionals o urgents.³⁰

18- Document A/CN.9/WG.II/WP.110, del 20 de setembre del 2000. *Informe del Secretario General*; A/CN.9/WG.II/WP.111, del 30 d'octubre del 2000.

19- Document A/CN.9/569, del 4 d'octubre del 2004. *Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 41º periodo de sesiones celebrado en Viena, del 13 al 17 de septiembre de 2004.*

20- Document A/CN.9/508, del 12 d'abril del 2002.

21- Document A/CN.9/508, del 12 d'abril del 2002.

22- Document A/CN.9/508, del 12 d'abril del 2002.

23- Documento A/CN.9/508, del 12 d'abril del 2002.

24- Document A/CN.9/508, del 12 d'abril del 2002.

25- Document A/CN.9/523, de l'11 de novembre del 2002. *Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 37º periodo de sesiones celebrada en Viena, del 7 al 11 de octubre de 2002.*

26- Document A/CN.9/569, del 4 d'octubre del 2004.

27- Document A/CN.9/487, del 15 de juny del 2001.

28- Document A/CN.9/WG.II/WP.111, del 30 d'octubre del 2000. *Informe del Secretario General.*

29- Document A/CN.9/487, del 15 de juny del 2001.

30- Document A/CN.9/487, del 15 de juny del 2001.

31- Document A/CN.9/487, del 15 de juny del 2001.
32- Document A/CN.9/508, del 12 d'abril del 2002.
33- Document A/CN.9/508, del 12 d'abril del 2002.
34- Document A/CN.9/523, de l'11 de novembre del 2002.
35- Document A/CN.9/508, del 12 d'abril del 2002.

- La part que sol·liciti una mesura d'aquesta naturalesa hauria d'estar obligada a revelar totalment i veraçment tota la informació pertinent, inclosa la que es pogués utilitzar en contra de la seva d'adopció.³¹
- Supeditar l'adopció de les mesures *inaudita parte* a l'existència d'un acord previ entre les parts.³²
- Limitar l'abast de les mesures al manteniment l'*statu quo*.³³
- Limitar la seva vigència a un termini de temps determinat.³⁴
- Excloure la seva executivitat davant dels òrgans judicials.³⁵

La solució a què, finalment, es va arribar va ser distingir entre les mesures cautelars i el que inicialment es va anomenar "mandat preliminar", denominació que posteriorment es va modificar per la "d'ordre preliminar". Una distinció entre les dues figures es pot trobar en el document A/CN.9/569, del 4 d'octubre del 2014. En aquest document s'indica que "si bien un mandato preliminar podía considerarse una subcategoría de una medida cautelar, podía distinguirse de cualquier otra medida cautelar por su alcance más limitado, que era simplemente el de evitar que se hiciera fracasar la medida cautelar concretamente solicitada. Otro rasgo distintivo de los mandatos preliminares radicaba en su función, que se limitaba a ordenar a una parte que mantuviera el statu quo hasta que el tribunal arbitral hubiera escuchado los argumentos de la otra parte y hubiera adoptado una decisión sobre la demanda de la medida cautelar. Además, los mandatos preliminares se distinguían también de las medidas cautelares por su régimen jurídico, en virtud del cual los mandatos preliminares estaban sujetos a límites temporales más estrictos que otras medidas cautelares. Las características concretas de un mandato preliminar se resumieron señalando que el mandato preliminar se limitaba a establecer un mecanismo provisional hasta que la medida cautelar solicitada fuera objeto de un procedimiento *inter partes*, es decir, en el que fueran escuchadas todas las partes".

2.2. La regulació de les ordres preliminars a l'article 17 de la LM

El text reformat de l'article 17 de la LM finalment aprovat per la CNUDMI i l'Assemblea General de l'ONU es divideix en cinc seccions, l'estructura de les quals es reproduïx a la LAA. En la primera es regulen les disposicions relatives a les mesures cautelars; a la segona, les ordres preliminars; a la tercera, les disposicions comunes a les mesures cautelars i les ordres

preliminars; a la quarta, el reconeixement i l'execució de les mesures cautelars adoptades pels àrbitres, i a la cinquena, l'adopció de mesures cautelars per part dels òrgans judicials (la Batllia en el cas de la LAA).

D'acord amb l'article 17.B.1. de la LM, "salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra parte, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada". L'article 30 de la LAA, reproduïx gairebé literalment el text transcrit extret de la versió en castellà del text de la LM publicat per la mateixa CNUDMI, incorporant únicament una precisió consistent a incloure en el text la menció *ex parte* que no modifica en absolut el contingut ni l'àbast de la disposició. L'adopció d'aquestes ordres preliminars no és automàtica sinó que té caràcter excepcional.³⁶ Perquè es puguin acordar es requereix, a part del *periculum in mora* exigit a l'article 17.A.1.a)³⁷ de la LM, la concurrència d'un altre perill diferenciat consistent en el fet que la mera notificació de la sol·licitud de la mesura cautelar a la part que se'n pugui veure afectada constitueixi per si mateix un risc que frustri l'eficàcia de la mesura sol·licitada. La mateixa previsió es troba regulada a l'article 30 de la LAA.

L'article 17.C.5. de la LM estableix el caràcter vinculant de l'ordre preliminar per les parts. És a dir, que les parts quedaran vinculades pel seu contingut mentre l'ordre estigui vigent. No obstant això, durant les deliberacions del Grup de Treball II es va acordar que no es podria sol·licitar la seva execució davant dels òrgans jurisdiccionals.³⁸ Tal com s'ha indicat prèviament, la no executivitat d'aquestes resolucions va ser, precisament, una de les qüestions que es van pactar en el si del Grup de Treball II amb la finalitat d'aconseguir una major adhesió dels Estats contraris a l'adopció de mesures cautelars *inaudita parte*.³⁹ Tanmateix, l'article 17.C.5 de la LM preveu que la resolució que adopti una ordre preliminar no pugui tenir la forma de laude. L'article 31 de la LAA reproduïx gairebé literalment les previsions de l'article 17.C de la LM amb l'única excepció de l'apartat primer de l'article 31 de la LAA, que no incorpora cap substantivitat a la regulació efectuada per la LM perquè es limita a establir que la Junta Arbitral s'ha de pronunciar sobre la procedència o no de l'adopció de l'ordre preliminar, qüestió

36- Document A/CN.9/508 del 12 d'abril del 2002. *Informe del Grupo de Trabajo sobre arbitraje y conciliación sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones celebrado en Nueva York del 4 al 8 de marzo de 2002*; Document A/CN.9/523 de l'11 de novembre del 2002. *Informe del Grupo de Trabajo sobre arbitraje y conciliación sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones celebrado en Viena del 7 al 11 de noviembre de 2002*.

37- L'article 17.A.1.a) estableix que "el solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del apartado 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral que: a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca un daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser esta otorgada..."

38- Per a PERALES VISCASILLAS es tracta d'una mesura cautelar "descafeïnada" (a *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la Ley Modelo de la CNUDMI*, op. cit, p. 420).

39- Document A/CN.9/569 del 4 d'octubre del 2004, paràgraf 51. *Informe del Grupo de Trabajo sobre arbitraje y conciliación sobre la labor realizada en su 41º período de sesiones celebrado en Viena del 13 al 17 de septiembre de 2004*.

que per si mateixa constitueix una obvietat en la mesura que, com s'ha dit, es configura com un instrument de caràcter excepcional i no d'aplicació automàtica.

Una altra salvaguarda que es va considerar oportú incorporar va ser l'exigència, a diferència del règim d'adopció de mesures cautelars, de prestar caució amb caràcter obligatori per fer front als danys i perjudicis eventuals que l'adopció de l'ordre preliminar pogués causar si finalment s'arribés a la conclusió que aquesta no s'hauria d'haver adoptat. No obstant això, també es va estimar adient donar als àrbitres la possibilitat d'exceptuar aquesta exigència en supòsits concrets en els quals el Tribunal Arbitral considerés que la prestació de caució era "inapropiada o innecessària". A l'hora de redactar aquesta disposició, el Grup de Treball II va citar dos supòsits en què no seria oportú exigir la caució. Es tractava de situacions en les quals "el demandante de la medida no dispusiera de fondos por razón de algún incumplimiento del demandado o cuando se estuviera demandando desagravio por mandato judicial de algún daño ya causado".⁴⁰ Aquestes manifestacions, efectuades en el si de les deliberacions del Grup de Treball, es poden tenir en compte a efectes interpretatius. Tanmateix, segons la meua opinió, han de ser valorats en el marc de l'ordenament jurídic intern que correspongui, en aquest cas l'andorrà, sia amb caràcter restrictiu, sia a efectes extensius, però en qualsevol cas, l'exclusió hauria de ser sempre motivada per part del Tribunal Arbitral.

Una vegada adoptada l'ordre preliminar, l'article 17.C de la LM i l'article 31.3 de la LAA exigeixen que el Tribunal o la Junta Arbitral notifiquin immediatament a les parts totes les comunicacions que facin referència tant a l'ordre preliminar com a la mesura cautelar sol·licitada. Paral·lelament, el Tribunal Arbitral també haurà de comunicar a la part que es veu afectada per l'ordre preliminar que té la possibilitat d'oposar-s'hi en el termini més breu possible. Aquest termini d'oposició ha d'entendre's referit a la sol·licitud de la mesura cautelar. Ni la LM ni la LAA no estableixen un termini per a fer-ho, perquè es va estimar que era més convenient donar llibertat als àrbitres, en consonància amb la flexibilitat que defineix el procediment arbitral, per decidir-lo en funció de les circumstàncies del cas.⁴¹ En qualsevol cas, resulta tan obvi com imprescindible que els àrbitres atorguin un termini per fer-ho que haurà de permetre que el tribunal es pronunciï sobre la

40- Document A/CN.9/569, del 4 d'octubre del 2004.

41- Document A/CN.9/569, del 4 d'octubre del 2004.

sol·licitud de mesures cautelars en el termini màxim de vigència de l'ordre preliminar que, d'acord amb l'article 17.C.4 de la LM i el 31.5 de la LAA, és de 20 dies.⁴² A més a més, s'ha de tenir en compte que aquest termini es va creure improrrogable o immodificable perquè es considerava com una de les garanties o salvaguardes que s'havien de respectar per adoptar mesures cautelars *inaudita parte*.⁴³

Com a conseqüència d'això, si no es vol desapropitar la protecció que l'ordre preliminar confereix, com s'ha indicat, els àrbitres hauran d'actuar molt ràpidament i resoldre sobre l'adopció de la mesura cautelar dins del mateix termini. No obstant això, al meu entendre, la regulació efectuada planteja un problema. Si bé l'eficàcia de l'ordre preliminar es limita a 20 dies a comptar de la seva emissió, qualsevol termini perquè el demandat pugui oposar-se a l'adopció de la mesura cautelar s'ha de computar necessàriament des de la notificació de la resolució per la qual s'adopta l'ordre preliminar i se li dóna l'oportunitat de fer valdre els seus drets. Per tant, qualsevol demora o incidència en la notificació pot comportar que se superi el termini assenyalat. És per aquest motiu que, segons el meu parer, el termini de 20 dies de duració de l'ordre preliminar hauria de començar a comptar a partir del moment en què la persona en contra de la qual s'adopta en té coneixement i això, sempre que s'hagi prestat la caució exigida.

Per la seva banda, l'article 17.D de la LM i l'article 32 de la LAA confereixen al Tribunal o a la Junta Arbitral la facultat de modificar, suspendre o revocar tant les mesures cautelars com les ordres preliminars que s'hagin adoptat, sia a instància de part, sia, en supòsits excepcionals, d'ofici. Aquesta previsió s'ha de vincular també amb el deure que imposen els articles 17.F de la LM i 34 de la LAA al peticionari d'una ordre preliminar de revelar al Tribunal o a la Junta Arbitral qualsevol circumstància que pugui ser rellevant tant als efectes de la seva adopció com als del seu manteniment posterior.

Finalment, els articles 17.G de la LM i 35 de la LAA estableixen expressament la responsabilitat de tot sol·licitant d'una mesura cautelar o un peticionari d'una ordre preliminar pels danys que puguin causar-se com a conseqüència de la seva adopció si, posteriorment, el Tribunal o la Junta Arbitral determinen que la mesura o l'ordre no s'haurien d'haver adoptat.

42- En relació amb el moment en què comença a comptar el termini de 20 dies, vegeu el Document A/CN.9/573, del 27 de gener del 2005. Paràgraf 52.

43- Document A/CN.9/569, del 4 d'octubre del 2004. En els paràgrafs 62 i següents es parteix de l'existència d'un "principi de prohibició de prorroga". Qualsevol prorroga de l'ordre preliminar hauria de venir a través de l'adopció d'una mesura cautelar que tingués el mateix contingut.

III. El concepte de mesures cautelars en l'arbitratge

1. El caràcter dualista del concepte de 'mesures cautelars' en l'àmbit del procés arbitral

En aquest apartat es pretén determinar quin és el concepte de *mesures cautelars* pel que fa a la Llei andorrana d'arbitratge, o dit d'una altra manera, què s'entén per *mesura cautelar* dins de l'àmbit de l'arbitratge.

Pel que fa al cas, el primer aspecte que hem de tenir en compte a l'hora de tractar aquesta qüestió és que la LAA, de forma similar a com ho fan les normes reguladores de l'arbitratge del seu entorn, com pot ser la LAE o el Code de Procédure Civil francès, regula una dualitat de subjectes competents per adoptar mesures cautelars. Com veurem, aquesta circumstància pot determinar també una dualitat de conceptes de mesures cautelars, i també, com examinarem posteriorment, l'establiment de determinats límits en la possibilitat de l'ús d'aquest mecanisme processal, vinculats al subjecte al qual se sol·liciti l'adopció de mesures cautelars.

2. L'adopció de mesures cautelars per part de la Secció Civil de la Batllia

Tal com s'ha indicat anteriorment, l'article 38.1 de la LAA preveu expressament que les parts puguin sol·licitar, abans de l'inici de les actuacions arbitrals o durant la seva tramitació, l'adopció de mesures cautelars a la Secció Civil de la Batllia, sense que la seva sol·licitud afecti la validesa del conveni arbitral. La mateixa previsió, criticable quant a tècnica legislativa, es reproduïx gairebé literalment a l'article 12.2 de la LAA. No obstant això, l'article 38 de la LAA, a diferència de l'article 12 de la LAA, desenvolupa el règim d'adopció indicant que "la secció civil de la Batllia té la mateixa competència per adoptar mesures cautelars al servei d'actuacions arbitrals [...] que la que té al servei d'actuacions judicials". És a dir, equipara el règim normatiu aplicable tant als supòsits en què l'adopció de mesures cautelars se sol·licita en el marc d'un procés arbitral, que en el d'un procés judicial. Com a conseqüència d'això, el concepte de *mesura cautelar*, així com el seu règim d'adopció i, especialment, els seus pressupòsits d'adopció, són, en principi, idèntics. Cal, en conseqüència, examinar el concepte de *mesura cautelar* a l'ordenament processal civil andorrà.

L'ordenament jurídic andorrà, no té, a diferència de l'espanyol,

una regulació general sobre mesures cautelars. La regulació d'aquesta matèria és parcial i, a més a més, dispersa, perquè es troba en diversos textos normatius, de manera que ha estat objecte, principalment, de desenvolupament jurisprudencial.⁴⁴ Les úniques referències normatives específiques es troben al Decret de l'1 de maig de 1922 sobre embargaments preventius i en altres lleis sectorials com, per exemple, la Llei de l'11 de maig de 1995, de Marques, que regula determinades mesures cautelars concretes (article 31 a 33 de la LMA).

Per la seva banda, la jurisprudència ha indicat que la finalitat de les mesures cautelars és assegurar l'eficàcia "del resultat del judici civil",⁴⁵ "dels resultats d'un determinat litigi",⁴⁶ "de la decisió que es pugui prendre en un procés iniciat o que en breu s'iniciarà"⁴⁷ o "les resultes d'una eventual i futura resolució judicial condemnatòria".⁴⁸ És a dir, que el que es pretén amb les mesures cautelars és assegurar l'eficàcia dels pronunciaments de la sentència, impedit que es puguin donar situacions que obstin o dificultin l'efectivitat.⁴⁹ De les definicions anteriors, és possible extreure'n els tres caràcters bàsics que part de la doctrina espanyola ha assenyalat que identifiquen les mesures cautelars. La instrumentalitat,⁵⁰ l'assegurament de l'eficàcia i la temporalitat.

La instrumentalitat suposa que les mesures cautelars estan necessàriament vinculades a un procés i, en concret, a les pretensions que s'hi exerciten.⁵¹ Així ho ha entès també el Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, que, més d'una vegada, s'ha hagut de pronunciar sobre la idoneïtat d'una mesura cautelar per assegurar l'eficàcia de les pretensions que s'estan exercint en el procés principal.⁵²

Pel que fa a l'assegurament de l'eficàcia, actualment, amb algunes excepcions,⁵³ la doctrina espanyola, partint dels treballs duts a terme per Ramos Méndez, Ortells Ramos i Calderón Cuadrado al llarg dels anys 80, considera que el concepte d'assegurament de l'eficàcia va més enllà d'assegurar l'execució de les sentències, perquè ha de permetre assegurar també pretensions tant declaratives com constitutives, a la vegada que també estimaven que les mesures cautelars podien tenir qualsevol contingut que permetés assegurar la tutela que se sol·licitava, de manera que no només era possible adoptar mesures conservatives, sinó també anticipants.⁵⁴

44- En aquest sentit, vegeu NAVARRO VILLANUEVA, C., *Dret Processal Civil del Principat d'Andorra*, Universitat d'Andorra i Fundació Crèdit Andorrà, 2011, p. 346.

45- ATSJ (Secció Civil) del 25 de febrer del 2010: "malgrat que la única mesura cautelar regulada en el nostre ordenament és la d'embargament preventiu, cal entendre que s'han d'admetre totes aquelles altres que s'adrecen a l'efectivitat i assegurament del resultat del judici civil, i, entre elles, té especial rellevància aquella que garanteix que qui es proposa presentar una demanda d'aliments gaudirà dels mateixos mentre dura el procediment".

46- ATSJ (Secció Civil) del 8 de gener del 2004: "les mesures cautelars tenen com a finalitat assegurar de forma provisional l'eficàcia dels resultats d'un determinat litigi iniciat, o pròxim a iniciar-se, i que podria quedar frustrada a causa de l'inevitable lentitud del procediment" (ATSJ (Secció Civil) del 27 de gener del 2010).

47- ATSJ (Secció Civil) del 8 de gener del 2004: "mesures cautelars, com molt bé s'indica en la resolució recorreguda, cerquen com a finalitat l'assegurament o protecció de la possible decisió que es pugui prendre en el procés iniciat o que en breu s'iniciarà".

48- ATSJ (Secció Civil) del 27 de maig del 2010: "les mesures cautelars s'equiparen per la finalitat que cerquen, consistent a assegurar les resultes d'una eventual i futura resolució judicial condemnatòria".

49- ATSJ (Secció Civil) del 26 de novembre del 2015: "es tracta d'impedir que es puguin produir situacions que obstin o dificultin l'efectivitat d'allò que s'estableixi en la futura sentència condemnatòria".

50- Respecte del concepte d'instrumentalitat s'ha de tenir en compte que, si bé la doctrina espanyola es mostra unànime a l'hora d'assenyalar que la instrumentalitat és un dels caràcters de les mesures cautelars, existeixen divergències en relació amb el seu abast del mateix. En aquest sentit, vegeu la meua obra *Medidas cautelares y arbitraje*, Atelier, Barcelona, 2010.

51- MALLANDRICH MIRET, N. *Medidas cautelares y arbitraje*, op. cit.

52- En aquest sentit, vegeu ATSJ (Secció Civil) del 22 de juliol del 2010 en què el Tribunal assenyala la impossibilitat de demanar com a mesura cautelar l'ús temporal d'un habitatge en l'àmbit d'un procediment de liquidació del règim econòmic matrimonial.

53- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinats per FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., RIFÀ SOLER, J. M^a i VALLS GOMBAU, J.F Tomo III, Atelier, Barcelona, 2000, p. 3269; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M^a, *Los procesos civiles: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, Bosch, 2001, pp. 496-497.

54- RAMOS MÉNDEZ, F. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Justicia, n^o 1, 1985, p. 79. ORTELLS RAMOS, M., *Sobre las medidas cautelares indeterminadas del art. 1428 LEC*, Justicia, n^o 1, 1989, pp. 62 i ss.

55- Així, per exemple, es troba en diverses ocasions en autes en què la mesura cautelar que se sol·licita és l'embargament preventiu i se cita literalment la disposició legal que regula el *periculum in mora* i que fa referència expressament a sentències condemnatòries. Entre d'altres, ATSJ (Secció Civil) del 28 d'octubre del 2010;

La jurisprudència andorrana també sembla seguir aquest concepte ampli "d'assegurament de l'eficàcia" tot i que, en algunes resolucions, es pot observar com es fa referència a l'assegurament de "l'execució" o a garantir l'eficàcia d'una sentència "condemnatòria". No obstant això, crec que l'ús d'aquestes expressions més que una qüestió conceptual es tracta de terminologia vinculada a la pretensió o a la mesura cautelar concreta que s'està examinant.⁵⁵ L'examen més ampli de resolucions en matèria de mesures cautelars permet observar com la jurisprudència ha admès l'adopció de mesures cautelars de naturalesa anticipant.⁵⁶ A més a més, cal tenir en compte que l'ordenament jurídic sectorial preveu expressament determinades mesures cautelars típiques del caràcter anticipant com ara la prohibició de seguir lesionant drets del titular d'un registre de marca (article 31 de la LM). Finalment, les mesures cautelars tenen caràcter temporal perquè no estan preordenades a durar per sempre sinó que la seva essència determina que s'hagin d'alçar una vegada es dicti la sentència o la resolució que posi fi al procediment. La temporalitat està, doncs, íntimament vinculada a la instrumentalitat, però s'ha de distingir com a quelcom independent perquè és precisament la temporalitat que permet diferenciar una mesura cautelar d'una mesura executiva en els casos de mesures de naturalesa anticipant.⁵⁷ Aquest concepte ampli d'assegurament de l'eficàcia és, a més a més, coherent amb el caràcter atípic de les mesures cautelars. A l'ordenament jurídic andorrà no hi ha un llistat de mesures cautelars taxades.⁵⁸

A nivell procedimental és possible adoptar mesures cautelars tant abans d'iniciar el procés principal, com una vegada ja s'ha iniciat. En el primer cas, la sol·licitud s'ha de fer en forma de demanda, que es tramitarà pels tràmits del procediment abreujat i que podrà ser acordada amb audiència prèvia a la part contrària o *inaudita parte*.

3. L'adopció de mesures cautelars per part de la Junta Arbitral.

A diferència del que succeeix amb la LAE, que no defineix en el seu articulat el concepte de mesures cautelars, l'article 28 de la LAA, adoptant íntegrament el contingut de l'article 17 de la LM, estableix les mesures cautelars que es poden adoptar indicant que "la junta arbitral pot ordenar a una de les parts que:

- Mantingui o estableixi statu quo en espera que es dirimeixi la controvèrsia.

- Adopti mesures per impedir algun dany actual o imminent o alguna ingerència en el procediment arbitral o que s'abstingui de dur a terme certs actes que probablement ocasionarien un dany o una ingerència en el procediment arbitral.

- Proporcioni algun mitjà per a preservar béns que permetin executar qualsevol laude subsegüent.

- Preservi els elements de prova que poguessin ser rellevants i pertinents per resoldre la controvèrsia.”

Tal com es pot observar de la seva lectura, es tracta d'un concepte ampli de mesura cautelar que inclouria qualsevol institució dirigida a garantir l'eficàcia del procés i no únicament garantir que una vegada s'hagi dictat la sentència pugui ser eficaç i, a més a més, en els seu propis termes. Aquest concepte ampli de mesura cautelar, acceptat majoritàriament per la doctrina en l'àmbit de l'arbitratge internacional,⁵⁹ delimitat a partir dels apartats 1 a 4 de l'article 28 de la LAA, inclou les funcions asseguradores que tradicionalment, la doctrina i la jurisprudència tant espanyola com andorrana han donat a les mesures cautelars, que no és cap altra que assegurar l'eficàcia dels pronunciaments de la sentència (apartats 1 i 3) però, a la vegada, també conceptualitza com a mesura cautelar altres mecanismes processals com podria ser l'assegurament de prova o les diligències preliminars que tradicionalment han quedat excloses de la formulació de la teoria general de les mesures cautelars per part de la doctrina espanyola.⁶⁰

Planteja especialment dubtes la interpretació de l'apartat segon. D'acord amb el mateix apartat, “La junta arbitral pot ordenar a una de les parts que: [...] 2. Adopti mesures per impedir algun dany actual o imminent o alguna ingerència en el procediment arbitral, o que s'abstingui de dur a terme certs actes que probablement ocasionarien un dany o una ingerència en el procediment arbitral”. Com es pot observar, la finalitat d'aquesta previsió és impedir la causació de danys en el “el procediment arbitral”. Aquesta expressió ens podria fer pensar que l'àmbit d'aplicació de l'apartat es limita a aspectes merament procedimentals. No obstant això, segons el meu parer, i més tenint en compte que la terminologia de procés o procediment arbitral ha estat àmpliament debatuda per la doctrina, l'expressió s'ha d'interpretar en sentit ampli,

56- En aquest sentit, l'ATSJ (Secció Civil) del 25 de juny del 2010 admet el reconeixement anticipat d'una prestació d'aliments durant la tramitació del procés judicial en què es reclamen els aliments amb caràcter principal.

57- PÉREZ DAUDÍ, V., “Las medidas cautelares”, en *Instituciones del nuevo Proceso Civil*, coordinat per ALONSO CUEVILLAS SAYROL, J., tomo II, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2000, p. 561.

58- NAVARRO VILLANUEVA, C., *Dret Processal Civil del Principat d'Andorra*, op. cit., pp.346-347.

59- BERGER, K.P., *Private Dispute Resolution in International Business. Negotiation, Mediation, Arbitration. Volume II: handbook*, Kluwer Law International, La Haya, 2006, p. 416; CALVO CARAVACA, A.L., Medidas cautelares y arbitraje privado internacional, *Diario La Ley*, nº 6128, 16/11/2004, versió en línia, p. 13; GOLDMAN, C., *Mesures provisoires et arbitrage international*, RDAI (IBLJ), nº 1, 1993, pp. 18 i ss; PETSCHKE, M.A., *The Growing Authonomy of International Commercial Arbitration*, Sellier European Law Publishers, Frankfurt-Munich, 2005, p. 92; REDFERN, A. et al., *Teoría y práctica del arbitraje internacional*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 478 i ss.

60- En aquest sentit, veure la formulació de la teoria general de les mesures cautelars que van fer primer CARRERAS LLANÇANA (“Las medidas cautelares del art. 1428 de la LEC”, a *Estudios de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1962, pp. 563-591), i poc després, SERRA DOMÍNGUEZ (“Teoría general de las medidas cautelares” a *Las medidas cautelares en el proceso civil*, amb RAMOS MÉNDEZ, F., Industrias Gráficas, M. Pareja,

Barcelona, 1974). Tot i que, recentment, la formulació que van fer aquests dos autors al llarg dels anys 60 i 70, ha estat precisada en algunes qüestions, són la base que ha establert els fonaments teòrics de la institució, sent encara avui plenament vigents la major part de les seves formulacions. Sobre la matèria, és imprescindible també la lectura dels treballs realitzats pels professors RAMOS MÉNDEZ, ORTELLS RAMOS i CALDERÓN CUADRADO (RAMOS MÉNDEZ, F. "Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil", op. cit., p. 82; ORTELLS RAMOS, M., "Sobre las medidas cautelares indeterminadas del art. 1428 LEC", Justicia, nº 1,1989, pp. 62 y ss.; CALDERÓN CUADRADO, Mª P., "Las medidas cautelares innominadas", en *Las medidas cautelares*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 295 y ss.) a principis de la dècada dels anys 80, gràcies als quals se supera la concepció de la mesura cautelar com a mecanisme per assegurar "l'execució" de la sentència, que havien establert CARRERAS i SERRA, passant a establir-se que la finalitat de les mesures cautelars no és altra que assegurar "l'eficàcia" de la sentència.

de manera que abracci tant elements d'assegurament del procediment com elements del mateix procés i, per tant, la sentència. En cas contrari, es deixaria fora de l'àmbit d'adopció de les mesures cautelars arbitrals, les anomenades mesures anticipants que, a diferència de les conservatives, tendeixen a avançar al moment inicial del procés els efectes propis de la sentència. Si no s'acceptés aquesta interpretació, s'hauria de negar la possibilitat que els àrbitres adoptin mesures cautelars de contingut anticipant, i que l'àmbit d'aplicació de l'apartat segon quedi reduït a supòsits molt específics.

L'altra qüestió fonamental que es dedueix de la regulació de l'article 28 de la LAA respecte de la delimitació del concepte de mesures cautelars i que, per extensió, també és aplicable a les ordres preliminars, és que, tal com assenyalava el mateix precepte, les mesures cautelars –i les ordres preliminars– han de consistir en una ordre dirigida a una de les parts. És a dir, que no poden afectar tercers o, dit d'una altra manera, l'ordre no podrà anar mai dirigida a un tercer aliè al procés arbitral. Per tant, si bé podem afirmar que l'abast objectiu de les mesures cautelars regulades per la LAA és més ampli que el de les mesures cautelars adoptables per part dels òrgans judicials, a la vegada també podem afirmar que el seu abast subjectiu és més limitat.

Com a conseqüència d'això, quedarien excloses de la competència dels àrbitres mesures cautelars molt habituals a la pràctica, com ara l'embargament preventiu o l'anotació preventiva de demanda, en la mesura que el subjecte destinatari de la mesura, o qui li ha de donar compliment, no és la part afectada per la mesura, sinó un tercer que ha de col·laborar en la seva execució.

IV. Valoracions finals

Tal com s'ha exposat al llarg d'aquest treball, la Llei andorrana d'arbitratge pren com a instrument inspirador bàsic la Llei model de la CNUDMI sobre arbitratge comercial internacional i, en menor mesura, l'adaptació que en va fer el legislador espanyol, tot i que aquesta última influència és més patent en altres aspectes de la llei que no hem desenvolupat en aquest estudi, com ara l'execució dels laudes.

Tanmateix, al meu entendre, el legislador andorrà, respecte del tema estudiat, que és principalment l'anàlisi del concepte i l'abast de les mesures cautelars que es poden adoptar en el

marc del procés arbitral, ha pecat d'un literalisme excessiu, i procedeix a una "transposició" de la Llei model que no ha tingut en compte alguns elements característics del dret processal andorrà o qüestions de caire pràctic. Aquest fet ha provocat que s'hagin detectat alguns punts en els quals la legislació arbitral i processal no està, segons el meu parer, adequadament harmonitzada, o bé que hi hagi llacunes.

En aquest sentit, cal esmentar, en primer lloc, que la definició de mesures cautelars que incorpora la LAA no coincideix amb la definició de mesures cautelars que, al llarg dels anys, ha anat construint la jurisprudència andorrana. Tal com s'ha exposat al llarg d'aquest treball, el legislador andorrà ha traspassat de forma gairebé literal el contingut de l'article 17 de la LM. Seguint, doncs, l'article 17.B, l'article 28 de la LAA defineix el contingut de les mesures cautelars adoptables per part dels àrbitres, donant-los un abast més ampli que el que la jurisprudència andorrana ha donat tradicionalment a les mesures cautelars en seu del procés civil. Aquesta decisió, per si mateixa, no hauria de ser valorada com un element negatiu, perquè es pot argumentar al seu favor que, amb l'adopció d'aquesta regulació, es tendeix a unificar o harmonitzar la legislació processal andorrana amb d'altres del nostre entorn jurídic que també hagin adoptat el text, de manera que el text donaria seguretat jurídica als operadors internacionals. No obstant això, no s'ha de perdre de vista, en la meua opinió, que es tracta d'una llei d'arbitratge dualista, és a dir, que s'aplica tant a l'arbitratge nacional com a l'internacional, de manera que gran part dels arbitratges en què la llei s'aplicarà tindran lloc al Principat d'Andorra –element imprescindible perquè sigui aplicable d'acord amb l'article 2–, hi intervindran subjectes estretament vinculats al Principat– sia com a parts o en qualitat d'operadors jurídics– i per resoldre conflictes íntimament relacionats amb el país. Tenint en compte això, estimo que com a mínim, pel que fa a la regulació de l'arbitratge intern, contribuiria a donar una major seguretat jurídica haver donat una definició de *mesura cautelar* a l'article 28 en consonància amb el que es preveu per a l'ordenament jurídic processal. La redacció actual de l'article 28 utilitza expressions i terminologia no habitual en l'ordenament jurídic processal andorrà, fet que contribueix a donar inseguretat i a fer més difícil la interpretació del precepte.

La qüestió anterior s'ha de posar en relació, a més a més, amb

determinades qüestions d'ordre pràctic. Pel que fa al cas, volem posar de manifest que l'apartat 4rt de l'article 28 de la LAA permet a la Junta Arbitral ordenar a una de les parts que preservi els elements de prova que puguin ser rellevants i pertinents per resoldre la controvèrsia. El contingut d'aquest apartat, d'acord amb l'ordenament jurídic andorrà –i també l'espanyol–, és un element regulat per les regles sobre la prova. Aquest aspecte és important si tenim en compte que les resolucions sobre mesures cautelars –no les que acorden ordres preliminars– poden ser executades per la Secció Civil de la Batllia d'acord amb els articles 9.1.d), 36 i 59 de la LAA que remetent –tal com fa la LAE i amb això es divergeix de la LM–, tret d'allò previst expressament en la mateixa LAA en els articles 59 i 60, al procediment d'execució de resolucions judicials fermes. I, en aquest sentit, el procediment d'execució forçosa, depenent del contingut de la prova que es pretén executar, potser no sigui el més adient, tot i que sóc també conscient que, per exemple, en supòsits en què la preservació de l'element de prova consisteixi en una ordre de fer personalíssima, la naturalesa coercitiva del procediment d'execució forçosa, pot contribuir positivament al compliment de la prestació.

En qualsevol cas, no s'ha d'oblidar que la mateixa LAA, en l'article 48, seguint en aquest aspecte la LAE, que amplia l'article 27 de la LM, permet a la Junta Arbitral o a les parts sol·licitar a la Secció Civil de la Batllia assistència per la pràctica de proves, i es tramita aquesta sol·licitud d'acord amb les normes aplicables sobre mitjans de prova. A més a més, el precepte esmentat especifica, a diferència del que preveu la LM, que l'assistència podrà consistir tant en la pràctica de la prova per part de la mateixa Batllia com en l'adopció de les mesures necessàries perquè la prova pugui ser practicada davant la Junta Arbitral. Atenent el contingut d'aquest precepte, segons el meu parer, seria més adient acudir al procediment de l'article 48 de la LAA, relatiu a l'assistència judicial en la pràctica de proves, que directament al procediment d'execució forçosa.

Amb tot això, veiem com el legislador andorrà ha construït un sistema dual d'adopció de mesures cautelars del qual no es pot predicar el caràcter de l'alternativitat, perquè hi ha determinats àmbits en què resulta imprescindible acudir als òrgans judicials per sol·licitar l'adopció de mesures cautelars.