

X.2- NOTAS SOBRE EL ARBITRAJE DE EQUIDAD.

Miguel Coca Payeras

El escaso trecho recorrido por el arbitraje en la realidad cotidiana de nuestro sistema jurídico, permite que puedan suscribirse a día día de hoy las palabras que dedicaba a esta institución la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953, cuando advertía que el desarrollo del arbitraje es *“un síntoma de que en un país determinado las relaciones intersociales no se agudizan continuamente, de manera que sea siempre preciso acudir al remedio extremo de los Tribunales. De aquí que, precisamente en los países de más densa cohesión social, sin perjuicio de su refinado espíritu jurídico, el arbitraje alcance dimensiones cada vez de mayor amplitud.*

Partiendo del afirmado déficit, en mi intervención voy a plantear, que no necesariamente resolver, cuatro cuestiones heterogéneas, unidas por el común denominador de ir referidas al arbitraje de equidad en nuestro ordenamiento. A saber:

1º.- El progresivo desplazamiento de la equidad como instrumento preferente de resolución del arbitraje, por el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español o, lo que es lo mismo, el desplazamiento del arbitraje de equidad en beneficio del de derecho.

2º.- La evolución jurisprudencial de la configuración del arbitraje de equidad, que va de la resolución “según el leal saber y entender” de los árbitros, a la “interpretación en equidad de las normas” o “aplicación no rigurosa de las normas”.

3º.- En conexión con lo anterior, la exigencia de motivación de esos laudos y la trascendencia de su falta.

4º.- Determinación del marco jurídico que rige la posible adopción por el Tribunal arbitral de medidas cautelares.

1º.- El progresivo desplazamiento de la equidad como instrumento preferente de resolución del arbitraje, por el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español.

1.1.- La Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 expresa claramente que la misma invierte la regla de preferencia que la anterior ley de arbitraje contenía en favor del arbitraje de equidad. En efecto, el art. 4.2 de la Ley 36/1988 establecía que *En el caso de que las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros resolverán en equidad, salvo que hayan encomendado la administración del arbitraje a una corporación o asociación, en cuyo caso se estará a lo que resulte de su reglamento.* Mientras que, el art. 34 de la vigente Ley, bajo el encabezado de *Normas aplicables al fondo de la controversia*, establece : *1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello.*

1.2.- Esta inversión en la preferencia legal de la equidad frente al derecho, en favor de éste último como criterio legal supletorio a falta de voluntad expresa, no constituye una novedad en nuestro sistema jurídico sino el regreso al criterio de la Ley de 22 diciembre 1953, en cuyo tercer párrafo del art. 4 se establecía que *Se entenderá que las partes optan por un arbitraje de derecho cuando nada dijera en contrario.*

En este sentido, y como exponente de la falta de coherencia en la política legislativa sobre el arbitraje en los últimos treinta años, la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 justifica la inversión del criterio en que *“La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un Tribunal”.*

En suma, a día de hoy –como sigue diciendo la referida exposición– el arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la «*equidad*», o a términos similares como decisión «*en conciencia*», «*ex aequo et bono*», o que el árbitro actuará como «*amigable componedor*».

Complementariamente a lo anterior, conviene señalar que el principal criterio inspirador confesado de nuestra Ley 60/2003, fue la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho

Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, «*teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional*», en cuyo art. 28.3 indica que *El Tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.*

1.3.- El retroceso o decadencia de la equidad en este campo, estuvo a punto de alcanzar su culmen en la reforma del año 2011.

El Anteproyecto de Ley publicado en el BIMJ n° 2106 (1 abril 2010), contenía un artículo 5° bajo el encabezado *Limitaciones al arbitraje de equidad*, cuyo contenido consistía en dar una nueva redacción al art. 34.1 de la Ley 60/2003 en los siguientes términos: *1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello y se tratare de un arbitraje internacional.*

Ese mismo tenor se trasladó al artículo 6° del Proyecto de Ley, publicado el 8 de septiembre 2010 (BOCG Serie A n° 85-1) que desembocó en la Ley 11/2011 de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003. Con ello, se pretendía simple y llanamente suprimir con carácter general el arbitraje interno de equidad.

La supresión se justificaba en la Exposición de Motivos del proyecto en razón de la seguridad jurídica: *Otras modificaciones de la Ley de Arbitraje buscan incrementar tanto la seguridad jurídica como la eficacia de estos procedimientos a la vista de la experiencia de estos últimos años. En esa línea se restringe el arbitraje de equidad, lógicamente sin afectar al ámbito específico del arbitraje de consumo, que cuenta con una regulación propia. Además, leemos: De este modo se potencia la idea del arbitraje como solución alternativa cuasijurisdiccional de conflictos que, sin perjuicio de la necesaria ponderación de la equidad en su aplicación, debe sustentarse necesariamente en Derecho.*

Y en la Memoria que acompañaba al Anteproyecto, leemos que la exclusión del arbitraje de equidad *se produce a la vista de la práctica que ha generado y que se ha traducido en la frecuente anulación de tales laudos por nuestros tribunales.*

El planteamiento era claro: la equidad debía dejar de ser una de las posibles fuentes formales del arbitraje, quedando reducido su papel al campo de la interpretación y aplicación de las fuentes formales del derecho, papel que –por otra parte– ya contempla el primer inciso del artículo 3.2 del Código Civil: *La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas...*

La proyectada supresión generó hasta seis enmiendas en el Congreso del Grupo Mixto, Grupo Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa, Grupo Vasco, Grupo Catalán-CIU e incluso del Grupo Popular, reivindicando la larga tradición del arbitraje de equidad en nuestro ordenamiento y el escaso peso del argumento de la litigiosidad de tales laudos por la vía de la acción de nulidad (BOCG de 24 febrero 2011. Serie A. nº 85-16).

Finalmente, como es sabido, dicha modificación desapareció en la Ley finalmente aprobada que mantuvo con carácter general la tipología dual del arbitraje (derecho/equidad).

2º.- Evolución jurisprudencial del arbitraje de equidad: del leal saber y entender a la interpretación en equidad de las normas.

Al margen del actual carácter subsidiario del arbitraje de equidad y de las relacionadas amenazas a su propia existencia, se ha producido un sensible cambio en el ámbito de lo que debe entenderse por equidad en este tipo de arbitrajes, mediante la restricción de la libre apreciación de los árbitros y de la exteriorización del laudo.

En este apartado nos detendremos en el primer aspecto, abordando el otro en el siguiente.

2.1.- El punto de partida es de la sinonimia entre “equidad” y “leal saber y entender” de los árbitros. De modo que éstos, para resolver en equidad era suficiente que lo hicieran conforme a su capacitación (saberes) y apreciación de los hechos (entendimiento). A ello, sumó la jurisprudencia una restricción: que los árbitros fueran “leales”, esto es, objetivos e imparciales.

La equiparación entre “equidad” y “saber y entender” fue establecido en la primera ley de arbitraje española, la Ley de 22 de diciembre de 1953, en cuyo artículo 4, se decía: *En lo sucesivo no existirá más que un tipo de arbitraje de Derecho Privado, ya deban fallar los árbitros con arreglo a derecho, ya solamente con sujeción a su saber y entender*. Y ese tipo de arbitraje era calificado, en la Exposición de Motivos, y en los arts. 29 y 30 como “de equidad”.

Como hemos adelantado, la jurisprudencia se encargó de adjetivar la exigencia del saber y entender como “leal”, en un contexto al que prácticamente era ajena la nota de profesionalidad.

La STS de 10 de marzo de 1977, calificaba la tarea de los árbitros de equidad como una *“una misión que amigablemente se les confía”*, y en la STS de 6 de mayo del mismo año sostenía que *“la finalidad que el legislador*

buscó al crear o autorizar el arbitraje de equidad...fue la de permitir y dirimir las cuestiones que se susciten entre partes en un amplio margen, sin sujetarse a los términos rígidos del derecho, buscando la conciliación de aquellos, y apoyándose, por el contrario, de modo preferente en las normas morales o de conciencia...”.

En esa misma dirección, la STS 20 febrero 1982, sostuvo que al arbitraje según leal saber lo presidía un *móvil de paz y de equidad*, caracterizado por su sencillez y confianza. En la STS 20 diciembre 1985, que *el procedimiento, en caso de equidad....los árbitros, en la emisión del laudo,no tienen precisión de acomodarse al rigor de reglas establecidas por la Ley, sino meramente su apreciación en equidad, que precisamente, por su carácter y naturaleza, tiende a eliminar el riguroso sometimiento a normas de derecho.*

La STS 28 noviembre 1988, afirma que *en el arbitraje de equidad, los árbitros han de resolver sólo según su leal «saber y entender», siendo la esencia de ese juicio: personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que ese leal saber y entender del árbitro.*

2.2.- La sinonimia entre “equidad” y “saber entender” alcanza rango legal expreso en la Ley 36/1988 de 5 diciembre, en cuyo artículo 4.1 se establecía: *1. Los árbitros decidirán la cuestión litigiosa con sujeción a derecho o en equidad, según su saber y entender, a elección de las partes.*

Aunque tampoco en dicha Ley se aludía a la “lealtad”, la jurisprudencia siguió aludiendo al arbitraje de equidad como el realizado “*leal saber y entender*” de los árbitros, dotándoles de un casi absoluto margen de discrecionalidad, insistiendo en calificar su actividad como “*misión amistosa*”, por lo que –como decía la STS 17 julio 1990– *«si bien los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlos con demasiada restricción, apartándose de la misión amistosa que se les confía».*

Sin embargo, incluso antes de la vigencia de la Ley 36/1988, se percibe un planteamiento jurisprudencial que tiene a acotar o limitar el ámbito del arbitraje de equidad, alejándolo del “leal saber y entender” de los árbitros, e incluso interpretando lo que la propia Sala 1ª había estado sosteniendo sobre el mismo en forma asaz diferente. Un buen ejemplo de ello es la STS 30 mayo 1987, en donde puede leerse que ha de interpretarse la jurisprudencia específica sobre la naturaleza del arbitraje de equidad –sentencias de esta Sala de fecha 14 de Noviembre de 1984, 8 de Noviembre de 1985, y 20 de Diciembre de 1985, entre otras– *en cuanto no proclaman, en forma alguna, que los laudos de equidad, deban desconocer o contravenir las normas de derecho positivo, sino que vienen a afirmar que no se apliquen exclusivamente normas de derecho de forma rigurosa, como corresponde al*

concepto tradicional de equidad, superador y complementario del concepto de Ley, para una mayor aproximación al logro de una decisión justa para el caso concreto que la Ley, por su generalidad, podría no alcanzar.

Tesis también literalmente asumida por algunas Audiencias Provinciales (Cfr. SAP Vizcaya 940/1999 de 19 de octubre), Tribunales Superiores (Cfr. STSJ Galicia 15/2012 de 23 de abril).

Advirtamos que esta “reinterpretación” de lo que el propio TS había establecido sobre el arbitraje de equidad, deja a este tipo de arbitraje en una posición escasamente diferenciada del arbitraje de derecho, pues “*no aplicar exclusivamente normas de derecho de forma rigurosa*” es algo a lo que el primer inciso del art. 3.2 del Código Civil constriñe a los Tribunales (ponderación de la equidad en la aplicación de las normas) y a lo que, por ende, también se hallan obligados los árbitros de derecho.

¿En qué quedamos?: en el arbitraje de equidad no tiene por qué ser aplicada norma alguna, o cabe aplicarla aunque no rigurosamente, o cabe aplicar normas junto al leal saber y entender.

2.3.- Por último, la Ley la Ley 60/2003 desterró normativamente el “leal saber y entender”, pues en sus diferentes preceptos sólo alude a la “equidad”, aunque en el Exposición de Motivos se califique este arbitraje como aquel en que se toma la “*decisión «en conciencia», «ex aequo et bono», o que el árbitro actuará como «amigable componedor*”.

3º.- La exigencia de motivación del laudo.

Como hemos apuntado, estrechamente unida a la cuestión que acabamos de analizar hallamos otra: la de la exigencia, o no, de motivación del laudo en el arbitraje de equidad.

En realidad, en el ordenamiento español, la noción de “leal saber y entender” va unida a la inexigencia de motivación del laudo, y por ello el declive de la primera ha ido abriendo paso a la exigencia de motivación.

3.1.- El artículo 29 de la Ley de 1953, expresaba claramente esa relación: El procedimiento, en caso de equidad, no tendrá que someterse a formas legales ni que ajustarse a derecho en cuanto al fondo.

Los árbitros deberán, no obstante, dar a las partes oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias, dirimiendo después el conflicto según su saber y entender.

El mismo planteamiento se advierte en la Ley 36/1988, en cuyo artículo 32.2 establecía que El laudo será motivado cuando los árbitros decidan la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho.

En perfecta consonancia con este enfoque legal, la jurisprudencia de la época, e incluso el Tribunal Constitucional, se hicieron eco de esa innecesaria motivación.

Para la STC 43/1988 de 16 marzo 1988, el arbitraje de equidad, constituye, desde el plano sustantivo, uno de los supuestos excepcionales a los que indirectamente se refiere el art. 3.2, del Código Civil, cuando al hablar de la equidad en la aplicación de las normas jurídicas sólo autoriza su uso de manera exclusiva en las resoluciones de los Tribunales en el caso de que la Ley expresamente lo permita.

En la vertiente procesal, esto se traduce en la previsión de un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la simplicidad de formas procesales y el uso del arbitrio («saber y entender») por los Jueces árbitros designados por las partes, no obligados a la motivación jurídica, aunque sí, en todo caso, a «dar a aquéllas la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias».

En la STS 28 noviembre 1988, se sostiene que la esencia del juicio de equidad es su carácter subjetivo, de pleno arbitrio, sin mas fundamento que su leal saber y entender, que no viene obligado a una motivación jurídica.

3.2.- La Ley 60/2003 siguió manteniendo la inexigencia de motivación al laudo de equidad, en la medida en que, en el artículo 37.4, expresaba que El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior. Tal redacción, sumada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales, permitía interpretar que en la cláusula de sumisión a arbitraje de equidad las partes habían convenido que no era precisa la motivación del laudo.

Claramente lo indicaba, por ejemplo, la SAP Las Palmas de Gran Canaria de 29 de septiembre de 1995: La expresión “según su saber y entender” refleja un modelo de resolución, desde el punto de vista sustantivo, de las cuestiones litigiosas, donde la actividad del Juzgador no tropieza con los límites que marcan las normas, ni siquiera las que integran el ius cogens... Esto quiere decir, con referencia al arbitraje, “que los árbitros no están coartados en su misión decisoria, ni restringidos en las interpretaciones de las cuestiones a decidir, que deben apreciarse de modo conjunto, no aisladamente, y en relación con los antecedentes y finalidad. (...), sin más fundamento que ese leal saber y entender, a quien nadie obliga a una motivación jurídica. (STC 43/1988 de 16 marzo).”

En la misma línea, son muy significativas las palabras de la SAP Madrid 217/2010, de 4 de mayo: *Téngase en cuenta que no es un arbitraje de derecho sino de equidad y muy poco cabe motivar en equidad.*

3.3.- Ha sido la Ley 11/2011 de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, la que ha dado el paso definitivo, exigiendo de forma expresa la motivación a todo laudo, al margen del tipo de arbitraje. La Exposición de Motivos así lo afirma: *También se precisan sus formalidades y se exige siempre la motivación de los laudos.*

Y el “nuevo” artículo 37.4 dice ahora: *El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior.* O sea, la única excepción es la del laudo por acuerdo de las partes del artículo 36, al que carece de sentido exigirle motivación en la medida en que se trata de algo similar o equivalente a la homologación judicial de una transacción.

A la pregunta de en qué se concreta tal exigencia de motivación, no cabe responder sino de la mano del artículo 218,2 LEC, cuando lo concreta en un doble campo: valoración de la prueba e interpretación y aplicación del derecho. Recordemos el tenor de dicho precepto: *Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho.* La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

Esta exigencia de motivación del laudo de equidad, como requisito de exteriorización del mismo, es evidente que no se cohonestaba con la noción de “leal saber y entender”, y sí plenamente con el nuevo planteamiento jurisprudencial que parece ir desplazando el arbitraje de equidad al campo de la aplicación de normas, no rigurosa –pero aplicación a fin de cuentas– y equitativa, confundiendo con el tradicional campo de la interpretación y aplicación de las normas por los tribunales del primer inciso del artículo 3.2 del Código Civil que, de esta guisa, sería redundante en su segundo inciso.

Parafraseando el referido precepto, acabaría diciendo que las resoluciones sólo podrán descansar en equidad cuando la ley lo permita, y cuando lo permite ello no excluye la aplicación de las normas, sólo que ésta no debe ser rigurosa, buscando la realización de la justicia material.

3.4.- Lo cierto es que en la práctica del arbitraje de equidad, es muy frecuente, e incluso imprescindible que el laudo contenga una motivación jurídico-normativa, por dos razones.

En primer lugar, por imperativo de los principios de audiencia, contradicción y congruencia que tanto la Ley 60/2003 como el Tribunal Constitucional exigen al laudo, ya que las alegaciones de las partes se mueven casi siempre en el campo jurídico-normativo y en el jurisprudencial. Por ejemplo, sobre la naturaleza jurídica de un contrato, sobre la fijación de la doctrina del Tribunal Supremo acerca de una figura, o sobre la aplicabilidad al caso de dicha doctrina.

Y, en segundo lugar, por cuanto desde la ya citada STS de 30 de mayo 1987, y más recientemente STS 429/2009 de 22 junio, se entiende que en el arbitraje de equidad: *La aplicación de la equidad no supone, como ha declarado esta Sala, prescindir de los principios generales del Derecho y la justicia, ni contravenir el Derecho positivo, la jurisprudencia no declara que los laudos de equidad deban desconocer o contravenir las normas de Derecho positivo, sino que viene a afirmar que no se apliquen exclusivamente normas de Derecho de forma rigurosa, sino más bien atenerse a criterios de justicia material fundados en principios de carácter sustantivo y premisas de carácter extra sistemático para fundar la argumentación.*

3.5.- Con todo, y fruto de la evidente tensión que provoca la inserción del arbitraje de equidad en un sistema jurídico de fuentes tasadas como es el español, resulta que en no pocos arbitrajes *adquieren una importancia secundaria los elementos de incongruencia o incoherencia interna de la decisión arbitral, dado que.... las reglas de carácter formal o institucional, tendentes a garantizar la seguridad jurídica y la posición formal de las partes, presentan una importancia secundaria en el arbitraje de equidad, en el que razones de justicia material pueden llevar al árbitro a prescindir de ellas*, tal como sostiene la citada STS 429/2009 de 22 junio.

Mayor interés ofrecen las consecuencias de la exigencia de motivación de cualquier laudo, pues la misma parece que no puede quedarse en una mera formulación retórica. El problema es cual es el tratamiento que cabe dar a la falta de motivación o a la errónea motivación del laudo de equidad.

En línea de principio se ha ido negando que puede anularse el laudo de equidad por ser inequitativo, o el de derecho por infracción de normas, ya que un control de fondo siempre ha parecido contrario a la propia esencia del arbitraje en cuanto excluye la intervención de los Tribunales, y más aún en el equidad.

Sin embargo, como ha dicho la STSJ Cataluña 57/2014 de 29 de julio, respecto al control de la motivación y a si la carencia de ésta comporta arbitrariedad, lo que contravendría el orden público y por lo tanto concurriría causa de anulación ex art. 41.1.f de la Ley 60/2003, aunque no cabe como regla general el control sobre el contenido de la motivación, sí

cabe sobre su existencia o no. Tal no quiere decir que el Tribunal deba limitarse a comprobar, exclusivamente, la carencia total de motivación, “*pues constando, aun cuando sea formalmente la motivación, no resulta –siempre– suficiente para cumplir con el derecho a la tutela judicial efectiva –art. 24CE–*”.

Es decir, “*la motivación aparente por palmaria arbitrariedad –que ha de diferenciarse de la insatisfactoria– puede conformar una vulneración a éste derecho fundamental de tutela judicial efectiva que puede afirmarse tanto de los arbitrajes de derecho como en los arbitrajes de equidad*”.

4º.- Determinación del marco jurídico que rige la posible adopción por el Tribunal arbitral de medidas cautelares.

No me refiero a las medidas cautelares solicitadas ante un Tribunal, antes o durante el procedimiento arbitral, contempladas en el artículo 722 de la LEC, ni a la concurrencia de las potestades arbitral y judicial en forma alternativa y concurrente sino, insisto, a la posibilidad que abre el artículo 23 –una de las principales novedades de la Ley 60/2003– de que los árbitros adopten medidas cautelares.

Dicho artículo 23, bajo el encabezado “*Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares*”, dicta en su apartado 1, que “*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.*”

Es manifiesto que de las dos certientes de la actividad cautelar (declarativa y ejecutiva) la Ley reconoce a los árbitros sólo la primera, como aclara la Exposición de Motivos.

Pero la Ley no precisa cual es el ámbito de esa potestad cautelar declarativa en el arbitraje de equidad (ni tampoco en el de derecho). Y no lo hace en ninguna de sus facetas, ni en cuanto a las posibles medidas a adoptar, ni en cuanto a los presupuestos para su adopción, ni en cuanto al procedimiento. Actitud del legislador deliberada, pues en su Exposición de Motivos leemos que “*La Ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar*”, aunque no ilustra la razón de tal designio de política legislativa, dejando abiertos los tres interrogantes planteados.

4.1.- Sobre la tipología de las posibles medidas cautelares en el arbitraje de equidad, reputamos indudable que cabe adoptar las previstas en los artículos 726 y 727 de la LEC, e incluso las que contempla el artículo 17 de la Ley Uniforme, entre las que se incluyen algunas ajenas a nuestro

sistema cautelar como las que consisten en ordenar a una de las partes que *preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia* (apartado f, artículo 17), así como cualquier otra medida que recaiga sobre los bienes y derechos de una parte que sea considerada equitativa.

4.2.- En cuanto a los presupuestos, la duda es mayor, pues hay que resolver la cuestión de si en un arbitraje de equidad, los árbitros deben exigir para la adopción de la medida cautelar solicitada, el cumplimiento de los presupuestos del artículo 728 LEC: *fumus boni iuris*, y peligro por la mora procesal, o bien si el tipo de arbitraje permite prescindir a los árbitros de esos presupuestos legales en la adopción de la medida.

El núcleo del problema radica en si la equidad permite al Tribunal arbitral prescindir de dichos dos presupuestos o de alguno de ellos, o hay que entender que los dos al configurar institucionalmente la figura no son prescindibles, debiendo la equidad ser únicamente tenida en consideración para determinar la concurrencia de los dos presupuestos que exige la LEC, sin lo cuales no cabe adoptar medida cautelar alguna.

Creo que la solución viene dada, también en este punto, por el resultado final en la evolución del ámbito del arbitraje de equidad que he ido exponiendo a grandes rasgos, de modo que no será preciso que se apliquen de forma **rigurosa** los arts. 728 y 732 LEC, pero no cabe prescindir de la apariencia de buen derecho ni del peligro por la mora procesal, so pena de desnaturalizar la institución de la medida cautelar, cuya naturaleza no puede ser alterada por la circunstancia de que el arbitraje sea de equidad.

Dos argumentos básicos avalan la tesis expuesta.

En primer lugar, cabe aludir a la doctrina constitucional sobre el contenido esencial de los derechos y figuras jurídicas, establecida por el Tribunal Constitucional desde la STC 11/1981 de 8 de abril, por cuanto tanto la apariencia de buen derecho como el peligro por la mora procesal son dos presupuestos de reconocibilidad de las medidas cautelares, sin los cuales esa figura “*dejaría de pertenecer a ese tipo*” y tendría “*que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así*”.

Y por último, cabe hallar sustento en la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL de 1985, –reconocida como fuente de inspiración por nuestra Ley 60/2003– en cuyo artículo 17.A.1 bajo el título de *Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares*, enumera tales “condiciones” (en realidad, presupuestos) en forma harto parecida a los de nuestra LEC, pues refiere que el solicitante de alguna medida cautelar “*deberá convencer al tribunal arbitral de que:*

a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

4.3.- Para terminar, en lo que atañe al procedimiento, entiendo que no hay duda de que el mismo, sea cual sea el tipo de arbitraje, debe sujetarse a los principios que rigen la sustanciación de las actuaciones arbitrales recogidos en el artículo 24 de la Ley 60/2003: igualdad de oportunidades, audiencia y contradicción.