

CONTROLANDO AL LITIGANTE REBELDE: LAS *ANTI-SUIT INJUNCTIONS* EN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES*

JOKIN BELTRÁN DE LUBIANO SÁEZ DE URABAIN**

Resumen: Los tribunales ingleses dictan habitualmente *anti-suit injunctions* mediante las cuales se ordena a un litigante que cese las actuaciones judiciales en otros foros. Este art. explora los aspectos de Derecho internacional y español relacionados con este tipo de órdenes, incluyendo el alcance de la prohibición en el Derecho de la UE. Este trabajo explora la posibilidad de dictar medidas antiproceto bajo Derecho español, en los distintos casos que se pueden dar (acuerdos de sumisión, arbitraje y conductas abusivas). Se argumenta que cuando dos partes hayan acordado la jurisdicción exclusiva de los juzgados españoles, estos pueden dictar medidas antiproceto como sus colegas en Inglaterra y otros países. Los casos de medidas antiproceto en el contexto del arbitraje o en ausencia de obligaciones contractuales, sin embargo, presentan mayores dificultades. En cualquier caso, las medidas antiproceto son remedios que pueden ser justos y útiles en ciertos casos y no deberán desecharse.

Palabras clave: medidas antiproceto, jurisdicción, Reglamento Bruselas I, cláusulas de sumisión, medidas cautelares.

Abstract: English courts routinely issue anti-suit injunctions ordering litigants to stop judicial proceedings in other fora. This article explores the international and Spanish law issues related to this injunctions, including the scope of the EU law prohibition. This article argues that where two parties have agreed to the exclusive jurisdiction of the Spanish courts, these courts may issue anti-suit injunctions like their peers in England and other jurisdictions. The article explores the questions on international and Spanish law that arise in relation to these types of injunctions. Cases of anti-suit injunctions in the context of arbitration or where no contractual relation exist present more difficulties. In any event, anti-suit injunctions are remedies that can be just and convenient in certain cases and should not be discarded.

Keywords: anti-suit injunctions, jurisdiction, Brussels I Regulation, jurisdiction clauses, interim injunctions.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA *ANTI-SUIT INJUNCTION* EN DERECHO INGLÉS; III. ASPECTOS GENERALES DE LAS *ANTI-SUIT INJUNCTIONS*; 1. Derecho internacional público; 2. Tutela judicial efectiva; a. consideraciones a favor; b. consideraciones en contra; 3. Medidas antiproceto y Derecho de la UE; a. Procedimientos judiciales; b. Arbitraje; 4. Análisis de Derecho internacional privado; IV. MEDIDAS ANTIPROCETO EN DERECHO ESPA-

* Fecha de recepción: 17 de junio de 2015.

Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2015.

** Estudiante, Derecho y ADE, Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: jokin_bel@hotmail.com. Agradezco a la Prof. P. Rogerson por sus excelentes supervisiones, en las que surgió la idea para este artículo, y al Prof. Iván Heredia por aceptar ser tutor en este trabajo.

ÑOL; 1. Remedios Alternativos; a. Declinatoria en el extranjero; b. Daños por incumplimiento de sumisión exclusiva; c. No reconocimiento; d. Medidas antiejecución; 2. ¿Puede el sistema español acomodar una medida antiproceso?; a. Las características de un sistema *common law*; b. Aspectos procesales; 3. Medidas antiproceso a favor de pactos de sumisión; 4. Medidas antiproceso en arbitraje; a. En favor de un acuerdo arbitral; b. Emitidas en contra de un arbitraje; 5. Medidas antiproceso no contractuales; V. CONCLUSIÓN; VI. BIBLIOGRAFÍA GENERAL.

I. INTRODUCCIÓN

Imaginemos que A, una empresa pública del país X, llega a un acuerdo para hacer una inversión en Inglaterra con B, un hombre de negocios. Imaginemos además que los tribunales de X son muy lentos, tienden a fallar a favor del gobierno, no respetan las garantías procesales básicas o suelen ser malos con litigios comerciales. En consecuencia, las partes incluyen un pacto por el cual los tribunales ingleses, y solo ellos, tendrán jurisdicción sobre cualquier litigio que se plantee. Posteriormente, A incumple con el contrato causando millones en daños a B. Antes de que B pueda movilizarse, A demanda ante los tribunales en X pidiendo una declaración de que no tiene responsabilidad ninguna.

En estas circunstancias, los tribunales ingleses rápidamente ordenarían a A que desista de sus acciones judiciales en X, bajo pena de desacato. Este tipo de órdenes son conocidas como *anti-suit injunctions*.

Sustituyamos ahora «España» por «Inglaterra» y «tribunales españoles» por «tribunales ingleses». Desgraciadamente para B (nuestro honrado hombre de negocios) y por suerte para A (una empresa que incumple compulsivamente con sus contratos), parece que B no podría obtener un remedio similar (no existen precedentes de *anti-suit injunctions* dictadas por un tribunal español)¹. El propósito de este art. es argumentar que los jueces españoles —como sus compañeros ingleses y de otros países²— pueden también dictar *anti-suit injunctions* («ASI») o medidas antiproceso³.

Una ASI es una orden judicial por la que se ordena al destinatario a cesar una acción judicial (o a no comenzarla) en una jurisdicción diferente a la del tribunal ordenante. Es

¹ RAMOS ROMEU F., «Litigation Under the Shadow of an *Exequatur*: The Spanish Recognition of U.S. Judgments», *The International Lawyer*, vol. 38(4), American Bar Association, Chicago, 2008, pp. 945-972, p. 964.

² Las ASI son comunes en la mayoría de países de tradición *common law* como Estados Unidos y los países de la *Commonwealth* (e.g. Australia, Nueva Zelanda, Canadá...) pero también existen casos aislados en Países Bajos, Alemania y Francia; vid. RAPHAEL T., *The Anti-suit Injunction*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 2. Vid. para Argentina VIRGOS SORIANO M., «El arbitraje en Latinoamérica: balance del año», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. 19, Uría Menéndez, Madrid, 2008, pp.112-115, p. 114, citando *Procuración del Tesoro c. Cámara de Comercio Internacional*, decisión de 3-7-2007 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

³ Se sigue la traducción de *anti-suit injunction* de REQUEJO ISIDRO M., *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000.

una orden dirigida a una persona, no al tribunal extranjero, estando respaldada por todas las consecuencias que el cumplimiento de una orden judicial puede significar (e.g., multas e incluso cárcel). Como se verá, también son posibles en el contexto de un arbitraje.

Las medidas antiproceso generan una gran cantidad de interesantes cuestiones jurídicas. No es una sorpresa que este tipo de órdenes resulten muy controvertidas (han llegado a ser calificadas como «bombas nucleares»⁴). Primero, se explica brevemente en qué circunstancias los tribunales ingleses otorgan *anti-suit injunctions*, como contexto general. Segundo, se analizan las cuestiones generales de Derecho internacional que puede hacer surgir una medida antiproceso. Posteriormente, se examina la cuestión desde el punto de vista del Derecho español: primero, en cuanto a las medidas antiproceso basadas en un acuerdo de sumisión exclusiva y seguidamente en casos de arbitraje y de medidas antiproceso «no contractuales».

Antes que nada, han de hacerse un par de apreciaciones de vocabulario. En este trabajo se usa demandado para referirse a la parte que lo ha sido en el foro «inapropiado» y que pide la medida antiproceso. El demandante es la persona que inicia procedimientos en un foro «inapropiado» y contra la cual potencialmente se dirige la medida antiproceso. En aras de una lectura más sencilla, juzgado y tribunal se usan indistintamente. Se utiliza Inglaterra para referirse al sistema de Inglaterra y Gales, un sistema y jurisdicción diferente a nuestros efectos a los otros de Reino Unido (Escocia e Irlanda del Norte).

II. LA ANTI-SUIT INJUNCTION EN DERECHO INGLÉS⁵

La ley inglesa otorga a los jueces la posibilidad de emitir una orden (*injunction*) «en todos aquellos casos en los cuales le parezca al tribunal justo y conveniente»⁶. Esta potestad incluye tanto medidas cautelares como órdenes permanentes. Al menos desde 1821⁷, los jueces han usado este amplio poder para restringir las actuaciones de alguna de las partes en otros foros (curiosamente los primeros casos limitaban procesos dentro del Reino Unido, en Escocia).

Las ASI son un tipo de *equitable remedy*, calificación eminentemente histórica pero con implicaciones que todavía persisten. Tradicionalmente, existían dos jurisdicciones

⁴ CARRIER R., «L'antisuit injunction», *Centre de Droit Maritime et des Transports*, 2001, p. 5, citado en HEIM L. E., «Protecting Their Own?: Pro-American Bias and the Issuance of Anti-Suit Injunctions», *Ohio State Law Journal*, Vol. 69, Moritz College of Law – Ohio State University, Columbus, 2008, p. 701 y ss.

⁵ Vid. una exposición general en ROGERSON P., *Collier's Conflict of Laws*, 4ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 194-205 y RAPHAEL T., ob. cit., para una monografía detallada. Para una exposición en español del Derecho estadounidense en la materia, vid. MARÍN NARROS H. D., «Los antisuit injunctions (medidas antijudicio) en Derecho estadounidense», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 732, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012, pp. 2165-2200.

⁶ Senior Courts Act 1981 (c. 54), s. 37 (trad. propia).

⁷ *Bushby v Munday* (1821) 5 Madd 297.

diferentes en Inglaterra: la de las *courts of law* y la de las *courts of equity*. Los tribunales de equidad, que ejercían la potestad discrecional del Rey, desarrollaron un cuerpo de normas más flexibles que el Derecho «estricto», al que se superponían. Son ejemplos de esto los *trusts* (fideicomisos) y la posibilidad de hacer cumplir los contratos en especie (*specific performance*), posibilidad inexistente en las *courts of law* que solo otorgaban daños. Las jurisdicciones se fusionaron en 1875, y para casi todos los efectos las diferencias que aún quedan son meramente terminológicas⁸. Sin embargo, subsiste la naturaleza discrecional de este tipo de remedios (como ya se ha dicho, la potestad de dictar *injunctions* existe «en todos aquellos casos en los cuales *le parezca al tribunal justo y conveniente*»). Dicha discrecionalidad no es tan amplia como podría parecer a primera vista, puesto que la jurisprudencia desarrolla unos principios que la ordenan (*principled discretion*). Dicha discrecionalidad también significa que los jueces tienen un margen para ir aplicando la ley a medida en cada caso, desarrollando dichos principios «*one case at a time*»⁹ dentro del proceso inductivo típico del sistema de *common law*.

La orden del tribunal, como ya se ha dicho, no se dirige contra el tribunal extranjero sino contra el litigante «rebelde». Se trata de una orden *in personam*. Es necesario, por tanto, que el tribunal establezca jurisdicción sobre aquel litigante¹⁰. Para ello, el tribunal usará el Reglamento de Bruselas I bis¹¹ si está domiciliado en un Estado Miembro (pero nótese que no pueden restringirse procedimientos basados en dicho Reglamento, ver *Turner*¹², *infra*) o las reglas tradicionales de Inglaterra (de naturaleza, otra vez, discrecional)¹³. Normalmente, la medida antiproceso será emitida en favor de un proceso ante los tribunales ingleses, en los cuales la jurisdicción sobre las partes ya se habrá establecido. Además, también es necesario que el tribunal inglés tenga un interés en el litigio (de forma que la decisión no sea contraria al principio de *comity*, es decir, de respeto a las autoridades de otros países)¹⁴.

⁸ Para un resumen claro, vid. CARTWRIGHT J., *An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 2ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 5 ss. y 266-267.

⁹ Expresión de SUNSTEIN C., *One Case at a Time, Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2001.

¹⁰ Ha de hacerse notar que si el demandante no tiene intereses en el Reino Unido podría ignorar la ASI sin mayor problema.

¹¹ Reglamento (UE) 1215/2012 (ahora en su versión refundida que sustituye al anterior Reglamento (CE) 44/2001).

¹² *Turner c. Grovit y otros*, STJUE 27.4.2004, C-152/02.

¹³ Como Lord GOFF resume, «[e]n Inglaterra, la jurisdicción se basa en la presencia del acusado en la jurisdicción y, en ciertas (pero ampliamente dibujadas) circunstancias, en un poder para notificar a la parte demandada de un proceso fuera de la jurisdicción. Pero los excesos potenciales de las jurisdicciones del *common law* se restringen generalmente por la adopción del principio de *forum non conveniens* – una doctrina auto-negatoria en virtud de la cual el tribunal suspenderá (o archivará) los procedimientos en favor de otro foro claramente más adecuado». *Airbus v Patel* [1999] 1 AC 119 (*trad. propia*). Para un resumen del sistema tradicional inglés sobre jurisdicción, vid. ROGERSON, *ob. cit.*, pp. 139 y ss.

¹⁴ Por ejemplo, en *Airbus v Patel*, la *House of Lords* se negó a emitir una ASI en un litigio ante los tribunales de India y Texas, puesto que los jueces ingleses no tenían por qué actuar como «policía internacional».

Las medidas antiproceso se otorgan en casos en los que el Tribunal inglés aprecia «injusticia». Los casos pueden dividirse entre aquellos que existe un acuerdo de sumisión a la jurisdicción inglesa o a arbitraje (conocidos como casos «contractuales», en los que la ASI se otorga de manera rutinaria) y aquellos en los que la conducta del demandante produce perjuicios al demandado (por ejemplo, arrastrando a la otra parte a un foro con corrupción judicial generalizada, presentando una demanda claramente carente de fundamento o en el que el demandado sufre desventajas abrumadoras). Como es obvio, conseguir una orden en estos últimos casos es más difícil. Tradicionalmente, bastaba con demostrar que Inglaterra era el foro «natural», pero los tribunales dan cada vez más peso al principio de *comity*¹⁵. Es necesario que los procedimientos vejan, opriman o sean injustos (*vexatious, oppressive or unconscionable conduct*). En Canadá los tribunales son más exigentes, exigiendo que la jurisdicción del tribunal extranjero sea «exorbitante»¹⁶.

Cuando las partes hayan acordado que los juzgados ingleses tienen jurisdicción exclusiva para conocer de un litigio, el demandante tiene que presentar alguna razón para evitar la ASI. Principalmente, el demandante puede argumentar que el acuerdo no es válido, no es vinculante, no es exclusivo o no cubre el litigio en cuestión. Además, en un caso así el principio de *comity* se considera irrelevante¹⁷.

Una vez la orden ha sido dictada, su incumplimiento puede generar graves consecuencias. En los países de tradición de *common law*, todo aquel que incumple una orden judicial puede ser condenado por desacato (*held in contempt of court*) y penado con multas considerables, dictando sentencia en contra del incumplidor en el procedimiento principal e incluso cárcel. El *contempt of court* está caracterizado por una discrecionalidad judicial muy amplia y procedimientos relativamente rápidos e informales. Además, cualquier resolución judicial obtenida en contravención de una medida antiproceso no será reconocida por los tribunales ingleses¹⁸.

III. ASPECTOS GENERALES DE LAS ANTI-SUIT INJUNCTIONS

1. Derecho internacional público

Las medidas antiproceso han sido caracterizadas como contrarias al Derecho internacional público en la medida en que suponen una interferencia con la soberanía territorial

¹⁵ FENTIMAN R., «Anti-suit Injunctions – Comity Redux?», *Cambridge Law Journal*, vol. 71(2), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 273-276; *Star Reefers v JFC* [2012] EWCA Civ 14.

¹⁶ *Amchem v Workers Compensation Board* (1993) 102 D.L.R. (4th) 96.

¹⁷ *The Angelic Grace* [1995] 1 Lloyd's Rep 87, dicha decisión ha sido no obstante criticada, vid. RAPHAEL, ob. cit., pp. 173 y ss.

¹⁸ RAPHAEL, ob. cit., p. 359; *Philip Alexander Securities & Futures Limited v Bamberger* [1996] C.L.C. 1757, párr. 43, publicado en *International Litigation Procedure*, Sweet & Maxwell, Londres, 1997, pp. 73 ss.

de los estados¹⁹. Sin embargo, los límites que impone el Derecho internacional en cuanto a jurisdicción civil son más bien difusos: «[i]nternational law does not impose hard and fast rules on States delimiting spheres of national jurisdiction... it does however... postulate the existence of limits»²⁰. En principio, parece que una conexión suficientemente cercana con el foro basta²¹. Dicha conexión no supone ningún problema en la mayoría de los casos (sería raro que un tribunal sin ningún tipo de relación con la disputa decidiera emitir una ASI).

Más claramente, sin embargo, puesto que la práctica de otorgar medidas antiproseso nunca ha sido protestada diplomáticamente, su conformidad debería estar clara desde el punto de vista del derecho consuetudinario²².

Un punto importante es la consideración que se haga de la naturaleza *in personam* de la medida, puesto que ha sido considerada por algunos como una mero formalismo²³. Es decir, aunque la orden se dirige contra el demandante, esta impide el funcionamiento de un tribunal extranjero en la práctica. No obstante, en la medida en que la ausencia de intereses en el foro hacen totalmente inservible una medida antiproseso, es claro que la naturaleza personal sí es relevante. El caso *Airbus v Patel* ilustra esto de forma muy clara. En este caso (un matrimonio inglés sufrió un accidente aéreo en India y demandaron en Texas) Airbus obtuvo una ASI en India contra los demandantes. Sin embargo, como estos no tenían ningún interés en dicho país, podían desobedecerla sin mayores problemas, y así lo hicieron²⁴. Por otro lado, no puede desconocerse que la mayoría de empresas con negocios en todo el mundo difícilmente se podrán permitir desobedecer las órdenes de un país importante (como puede ser el Reino Unido).

En otro sentido, la naturaleza personal de la orden tiene importancia en la medida que las partes sean «dueñas» del proceso. Si se trata de un proceso de oficio, obviamente una ASI no impedirá que este continúe. Si el proceso puede terminarse por el desistimiento de una de las partes, entonces el Tribunal que dicta la ASI simplemente está ordenando la actuación del demandante dentro de las posibilidades que el sistema le otorga. En otras palabras, si un estado deja a las partes la elección de si un proceso ha de continuar o no (como típicamente sucede en asuntos de derecho privado), estaría implícitamente reconociendo que no existe un interés público tan importante como para que la ASI pueda vulnerar su soberanía²⁵.

¹⁹ Vid. por ej., CLAVEL S., «Anti-Suit Injunctions et Arbitrage», *Revue de l'Arbitrage*, vol. 2001(4), Wolters Kluwer, Paris, 2001, pp. 669-706, p. 677; RAPHAEL, ob. cit., pp. 36 y ss.

²⁰ *Case concerning Barcelona Traction, Light and Power, Ltd.*, ICJ Reports, 1970, p. 105, párr. 70 (voto concurrente de Sir G. Fitzmaurice).

²¹ RAPHAEL, ob. cit., pp. 36-37.

²² *Ibid.*, p. 38.

²³ Vid. por ej. la opinión del A.G. Ruiz-Jarabo Colomer en *Turner v. Grovit* C-152/02, párr. 34.

²⁴ Nótese además que no era posible ejecutar la ASI en Inglaterra ya que los tribunales de esta jurisdicción no ejecutan *injunctions* extranjeras (*i.e.*, órdenes de hacer o no hacer), ROGERSON, ob. cit., p. 250. Es dudoso si se podría obtener el reconocimiento y ejecución de una ASI extranjera en España, ya que en la mayoría de los casos no se tratarán de resoluciones judiciales firmes sino de medidas cautelares (art. 951 LEC 1881).

²⁵ Vid. no obstante *City Oriente Ltd. v. The Republic of Ecuador et. al.*, Caso ICSID ARB/06/21 (*Decision on Provisional Measures*), 19-11-2007, en el que se ordenó a Ecuador que cesara acciones criminales contra

Por otro lado, la doctrina inglesa tiende a señalar la diferencia en la forma de afrontar o ponderar los diferentes intereses en el caso. Por un lado, los tribunales ingleses estarían más preocupados por la justicia práctica del caso, mientras que los tribunales continentales se preocuparían más de la soberanía judicial y los intereses del estado²⁶. El análisis de *comity* que hacen los tribunales ingleses parece suficiente para afrontar estas cuestiones, toda vez que la función principal de los jueces es garantizar la tutela judicial efectiva, y no ocuparse de problemas de relaciones internacionales eminentemente teóricos. En este sentido, el Juez Richard Posner dijo sobre las dos líneas de jurisprudencia norteamericanas existentes (*strict approach vs. lax approach*) lo siguiente:

«The strict cases presume a threat to international comity whenever an injunction is sought against litigating in a foreign court. The lax cases want to see some empirical flesh on the theoretical skeleton. They do not deny that comity could be impaired by such an injunction but they demand evidence (in a loose sense--it needn't be evidence admissible under the Federal Rules of Evidence) that comity is likely to be impaired in this case. *When every practical consideration supports the injunction, it is reasonable to ask the opponent for some indication that the issuance of an injunction really would throw a monkey wrench, however small, into the foreign relations of the United States*»²⁷.

En conclusión, el Derecho internacional público no prohíbe la emisión de medidas antiproceso, en la medida en la que exista una conexión entre la medida y la disputa. No obstante, los tribunales que dicten dichas ordenes lo hagan han de ser cautos a la hora de hacerlo y respetar debidamente los sistemas judiciales interesados²⁸.

2. Tutela judicial efectiva

A. Consideraciones en contra

El derecho a la tutela judicial efectiva protege el derecho de acceso a la justicia. Una medida antiproceso necesariamente restringe el «menú» de juzgados a los que el demandante tiene acceso, pero no le deja «sin comer». Se protege el derecho a acceder a *un* tribunal, no a *cualquier* tribunal. Por poner un ejemplo obvio, un arrendador no tiene derecho a que sus disputas con su arrendatario sean resueltas por la Audiencia Nacional.

el demandante (si bien en el contexto muy diferente de un arbitraje de inversiones y siendo Ecuador parte en el proceso).

²⁶ RAPHAEL, ob. cit., p. 12 y ss.

²⁷ *Allendale Mutual Insurance Company v. Bull Data Systems Incorporated SA*, 10 F.3d 425 (7th Cir., 1993), párr. 19.

²⁸ En este sentido, vid. la crítica sobre el sesgo «pro-americano» de los Tribunales estadounidenses a la hora de dictar ASIs en HEIM L. E, ob. cit.

El TEDH ha establecido que una medida que restringe la jurisdicción de un tribunal es compatible con el art. 6.1 CEDH en la medida que persiga un objetivo legítimo y sea proporcionada²⁹. Se puede argumentar que las medidas antiproceso tienen el objetivo legítimo de prevenir el *forum shopping*³⁰ abusivo y que son proporcionadas en la medida en que no impiden la ventilación del litigio.

En los casos en los que el derecho de acceso a la justicia puede ser contravenido es en los casos de foro único, es decir, aquellos en los que la acción solo existe en un país (por ejemplo, casos RICO o de derecho *antitrust* en Estados Unidos³¹) y si es restringida se negaría el acceso a los tribunales. Similar resultado se produce cuando existen ASI contradictorias (por ejemplo, los tribunales ingleses impiden una acción en Estados Unidos y los tribunales estadounidenses impiden la misma acción en Inglaterra). En general, una medida antiproceso que evite la ventilación de la disputa ha de ser necesariamente contraria al derecho de acceso a la justicia.

B. Consideraciones a favor

Por otro lado, el principio de tutela judicial efectiva debe militar a favor de que un tribunal dicte todas aquellas medidas disponibles (incluidas las medidas antiproceso) para poner coto a los actos de una persona que esté actuando de forma abusiva y oportunista.

En este sentido, ha de desecharse la idea de que no otorgar una medida antiproceso sea una solución neutral. En última instancia, la cuestión es si la decisión del litigante más rápido (que elige el tribunal) ha de mantenerse. Si esta decisión está motivada por causas no legítimas, la no emisión de una ASI implica el mantenimiento de una situación injusta.

Finalmente, en ciertas ocasiones, una medida antiproceso puede ser el único remedio disponible a una parte. Por ejemplo, este sería el caso si una parte es demandada en un país en el que no puede defenderse en la práctica (un ejemplo extremo sería un judío que ha de acudir a Alemania a defenderse en la época nazi). Entonces, la no emisión de una medida antiproceso crearía indefensión, al privar al litigante de un medio legítimo de defensa. El art. 24 CE entonces exigiría la emisión de la medida antiproceso. Sin embargo, el TC ha negado que la lejanía de un Tribunal extranjero o la carga de acudir a este tengan entidad constitucional³², aunque dichas sentencias han sido criticadas³³. En particular, parece con-

²⁹ *Al-Adsani v. Reino Unido* STEDH 21.11.2001 (rec. n.º 35763/97).

³⁰ Aunque el *forum shopping* suele considerarse algo a evitar, vid. las palabras de Lord Denning MR en *The Atlantic Star* [1973] QB 364, 381 «No one who comes to these courts asking for justice should come in vain. ... This right to come here is not confined to Englishmen. It extends to any friendly foreigner. He can seek the aid of our courts if he desires to do so. You may call this 'forum shopping' if you please, but if the forum is England, it is a good place to shop in, both for the quality of the goods and the speed of service».

³¹ Ver por ejemplo el caso *Laker*, RAPHAEEL, ob. cit., p. 9.

³² SSTC 43/1986 y 140/1995.

³³ Requejo, ob. cit., pp. 124-125.

trario a la literalidad del art. 24 CE, que insiste en una tutela *efectiva* (y no simplemente teórica), negar entidad a los problemas que puedan surgir en la práctica a la hora de defenderse en el extranjero.

3. Medidas antiproceso y Derecho de la UE

A. Procedimientos judiciales

El TJUE decidió en *Turner* y en *West Tankers*³⁴ que las medidas antiproceso son contrarias al Reglamento de Bruselas I sobre jurisdicción civil y mercantil.³⁵ De acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo, el principio de confianza mutua prohíbe a un tribunal de un Estado Miembro cuestionar el ejercicio de jurisdicción de otro tribunal en otro Estado Miembro. Las reglas procesales nacionales no pueden impedir el funcionamiento del Reglamento. El ámbito de la prohibición incluye todos los procesos comenzados bajo el Reglamento (incluso cuando la medida se otorga a favor de un arbitraje, excluidos del Reglamento (art. 1.2.d), *West Tankers*). No obstante, el TJUE ha mantenido recientemente en *Gazprom* que el Reglamento no se opone al reconocimiento de una medida antiproceso emitida por un tribunal arbitral (por considerarlo fuera del ámbito de aplicación del Reglamento), vid. *infra*³⁶.

La duda principal que no han conseguido aclarar las sucesivas sentencias del TJUE es el ámbito exacto de la prohibición europea de medidas antiproceso. En primer lugar, se podría extender la prohibición a todo tipo de medidas que restringieran procedimientos en tribunales europeos (independientemente de sí existe un reglamento europeo en la materia, como el Reglamento de Bruselas I bis o el Reglamento de Insolvencias³⁷). Sin embargo, dicho argumento parece poco sustanciado en la medida en que el TJUE menciona en múltiples ocasiones el Convenio de Bruselas y la decisión en *Gazprom* sugiere que fuera del ámbito de aplicación del Reglamento de Bruselas I no hay obstáculo a una medida antiproceso (sujeto a las consideraciones sobre el ámbito de la sentencia que se discuten *infra*).

En segundo lugar, sabemos por *West Tankers* que cuando una medida antiproceso dirigida contra un procedimiento cuyo fondo está contenido en el Reglamento, dicha medida es contraria a este³⁸. Cuando el procedimiento trata sobre una materia no incluida, el Reglamento no impide la medida antiproceso (*Gazprom*). Sin embargo, la prohibición

³⁴ *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, STJUE 10.2.2009, C-185/07; vid. una explicación detallada en ELVIRA BANAYÁS, M.J., «¿Existe alguna posibilidad, por pequeña que sea, de salvar lo nuestro? Las antisuit injunction y el Convenio de Bruselas a propósito de la STJCE de 27 de abril de 2004, C-159/02», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 9, 2005, pp. 1-11.

³⁵ El caso en *Turner* se basaba en el Convenio de Bruselas pero su razonamiento es aplicable al Reglamento.

³⁶ *Gazprom OAO c. Lietuvos Respublika*, STJUE 13.5.2015, C-536/13.

³⁷ Reglamento (CE) 1346/2000.

³⁸ Vid. MARCUELLO SALTO, J.I., «La sentencia *West Tankers* y su jurisprudencia Derivada. La inclusión del arbitraje en el espacio de Libertad, seguridad y justicia», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 24, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 95-118.

probablemente sea también aplicable en los ámbitos de los otros Reglamentos europeos existentes sobre jurisdicción³⁹. Finalmente, se podría argumentar en base al párrafo 26 de *Turner* que sí cabe una ASI en los ámbitos donde la jurisdicción del tribunal puede ser revisada de acuerdo al Reglamento⁴⁰. En este párrafo, el TJUE argumentó que una de las razones por las que no cabía una ASI era porque el tribunal inglés no podía revisar la jurisdicción del tribunal español. Pero en estas materias, los tribunales europeos ante los que se intente el reconocimiento de una sentencia sí que pueden revisar la jurisdicción del tribunal «de origen». Esta argumentación no salvaría en cualquier caso el argumento de la confianza mutua, al que el TJUE parece darle más importancia en la sentencia.

Esta jurisprudencia del TJUE, junto con la decisión en *Gasser*⁴¹ (por la que se permitía el llamado «torpedo italiano»), ha sido sometida a fuertes críticas en Reino Unido⁴². Principalmente, se reprocha al TJUE su incapacidad de considerar las consecuencias de sus decisiones, la importación de un razonamiento de Derecho público en una materia netamente privada y un excesivo formalismo (al negarse a considerar límites al principio de confianza mutua). El efecto combinado de estas decisiones permite a un litigante sin escrúpulos retrasar un procedimiento por muchos años simplemente presentado una demanda en un foro lento, incluso aunque exista un pacto de sumisión a los juzgados de otro país. Así, el juzgado designado debe esperar a la decisión del primer órgano judicial y tiene prohibido dictar una medida antiproceto. Este resultado es difícilmente compatible con la *ratio* detrás del art. 25 del Reglamento, que establece claramente la competencia exclusiva del juzgado elegido⁴³. Sea como sea, la nueva versión del Reglamento (vid. art. 31.2) soluciona el problema creado por *Gasser*, pero no dice nada sobre las medidas antiproceto y no parece que la actitud del TJUE hacia ellas vaya a cambiar⁴⁴. Por ello, se ha propuesto la modificación del Reglamento para incorporar las medidas antiproceto al sistema europeo⁴⁵.

³⁹ RAPHAEL, ob. cit., p. 290.

⁴⁰ Los establecidos en el art. 45.1.e) del Reglamento (las secciones 3, 4, 5 y 6 del capítulo II, relativas a contratos de seguro, de trabajo y de consumo y a materias de competencia exclusiva).

⁴¹ *Eric Gasser GmbH c. MISAT srl*, STJUE 9.12.2003, C-116/02.

⁴² HARTLEY T.C., «The European Union and the systematic dismantling of the common law of conflict of laws», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54(4), Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 813-828; BRIGGS A., «The Impact of Recent Judgments of the European Court on English Procedural Law and Practice», *Oxford Legal Studies Research Paper No. 11/2006*.

⁴³ Vid. en el mismo sentido, VIRGÓS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2.ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 283.

⁴⁴ ESTRUPA *et. al.*, «West Tankers revisited: has the new Brussels I Regulation brought anti-suit injunctions back into the procedural armoury?» *Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 79(2), Sweet & Maxwell, Londres, 2013, p.158-170.

⁴⁵ HUESKE W., «Rule, Britannia! A Proposed Revival of the British Antisuit Injunction in the E.U. Legal Framework», *The George Washington International Law Review*, vol. 41(2), George Washington University, Washington, 2009, pp. 433-463.

En contraste, tanto en Estados Unidos como en Reino Unido las medidas antiproceso internas (por ejemplo, una orden dictada por un tribunal del estado de Illinois restringiendo un procedimiento en California), son perfectamente posibles⁴⁶.

B. Arbitraje

En principio, el Reglamento de Bruselas excluye el arbitraje de su ámbito de aplicación, que se entiende sometido al Convenio de Nueva York⁴⁷. Sin embargo, como ya se ha dicho, el TJUE decidió en *West Tankers* que una medida antiproceso en favor de un procedimiento arbitral contra un procedimiento cubierto por el Reglamento de Bruselas I es contraria a este. Ahora bien, un nuevo considerando del Reglamento de Bruselas I bis y la decisión del TJUE en *Gazprom* pueden suponer un cambio.

En primer lugar, el considerando (12) del nuevo Reglamento contiene una larga exposición que explica, en esencia, lo siguiente: (i) el Reglamento no impide la sumisión a arbitraje, (ii) las decisiones judiciales sobre nulidad, ineficacia o inaplicabilidad de un convenio arbitral no son reconocibles en otro Estado Miembro de acuerdo con el reglamento⁴⁸, (iii) pero el reglamento sí aplica a dichas decisiones en la medida en la que traten cuestiones de fondo, y (iv) el reglamento «no debe aplicarse a ningún procedimiento incidental ni acción relacionados» con un procedimiento arbitral⁴⁹.

¿Hasta qué punto cambia el nuevo considerando el derecho previo? Los considerandos en derecho de la UE no tienen valor jurídico independiente, pero pueden expandir el ámbito de una disposición ambigua, o determinar la naturaleza de una disposición⁵⁰. No está claro sin embargo si *West Tankers* ha quedado «derogada».

Esta cuestión se la ha planteado el Abogado General Wathelet en su opinión en el caso *Gazprom*. Este caso trata sobre una sociedad participada por Gazprom, el gobierno lituano y EON. Las partes firmaron un pacto de socios en el que se incluyó una cláusula arbitral. A pesar de ello, el gobierno lituano comenzó un procedimiento judicial en Lituania encaminado a investigar las actividades de la sociedad. Gazprom, haciendo uso de la cláusula arbitral del pacto de socios, solicitó a un tribunal arbitral que ordenará al gobierno a que cesará su acción judicial. Gazprom obtuvo dicha orden y acudió a los juzgados lituanos

⁴⁶ RAPHAEL, ob. cit., p. 274; PHILIPS J.R., «A proposed solution to the puzzle of antisuit injunctions», *The University of Chicago Law Review*, vol. 69(4) University of Chicago, Chicago, 2002, pp. 2007-2032.

⁴⁷ Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 («Convenio de Nueva York»).

⁴⁸ Vid. *National Navigation v Endesa* [2009] EWCA Civ 1397, donde la *Court of Appeals* consideró que el Reglamento le obligaba a reconocer un Auto de un juzgado español que declaraba que una cláusula arbitral no se había incorporado al contrato. En vista de la nueva redacción del considerando, la decisión sería la contraria.

⁴⁹ Vid. *Marc Rich and Co. AG c. Società Italiana Impianti PA*, STJUE 25.7.1991, C-190/89.

⁵⁰ KLIMAS T. y VAIČIUKAITĖ J., «The Law of Recitals in EC legislation», *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 15, Nova Southeastern University, Ft. Lauderdale, 2008.

para que fuera reconocida bajo el Convenio de Nueva York. El Tribunal Supremo Lituano pregunta al TJUE si el Reglamento de Bruselas I (aplicable *ratione tempore*) se opone al reconocimiento de la ASI dictada por el tribunal arbitral⁵¹.

Como ya se ha dicho, tanto el AG como el TJUE llegan a la misma conclusión. El reglamento no se opone al reconocimiento de dicha orden, puesto que se trata de un tema de arbitraje, excluido del Reglamento. En este sentido, esta decisión no se distingue de otras anteriores, como por ejemplo *Rich*⁵².

Ahora bien, el AG aporta una segunda razón sobre la que el TJUE no se ha pronunciado. De acuerdo con la opinión de Wathelet, el nuevo considerando incluido en el Reglamento de Bruselas I bis «desvela» la verdadera interpretación de la exclusión del arbitraje del art. 1.2.d, con efectos incluso retroactivos. Esto implicaría que la decisión en *West Tankers* es incorrecta y debe rechazarse. La incapacidad del TJUE para dar una respuesta en este punto implica una clara ambigüedad jurídica que tarde o temprano habrá de resolverse (ya que ahora existe una opinión autorizada según la cual *West Tankers* no es aplicable a la nueva versión del Reglamento)⁵³.

Además de no resolver sobre el segundo argumento aportado por el AG, la decisión del TJUE también genera dudas sobre el significado exacto de esta. Al tratarse de una cuestión sobre reconocimiento, la cuestión planteada se limita a establecer que la medida antiproceso no vulnera el orden público⁵⁴. Por tanto, la decisión no resuelve estrictamente sobre si la medida es legal.

Las decisiones del TJUE dejan ciertos márgenes para la duda (que indudablemente serán explotados ante los tribunales ingleses), pero la respuesta más probable es que (i) en la medida que aplique un reglamento europeo, las ASI no están permitidas, pero (ii) cuando estos reglamentos no son aplicables (como por ejemplo, en un procedimiento arbitral), las ASI son posibles. Por tanto, parece que los tribunales arbitrales disponen de una facultad de la que los tribunales ordinarios no pueden hacer uso.

⁵¹ Nótese que existen dos causas adicionales por las cuales la orden del tribunal arbitral no es reconocida en Lituania: la material no se considera arbitrable bajo derecho lituano y la orden es contraria al orden público lituano, vid. Art. V del Convenio de Nueva York.

⁵² Vid. nota 50, supra.

⁵³ S. LACEY, «Are Anti-Suit Injunctions Back on the Menu? The AG's Opinion in *Gazprom*», <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/12/16/are-anti-suit-injunctions-back-on-the-menu-the-ags-opinion-in-gazprom/>> (accedido 5-3-15) y LACEY S., «Are Anti-Suit Injunctions Back on the Menu? Part 2: The CJEU's Decision in *Gazprom*», <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/05/14/are-anti-suit-injunctions-back-on-the-menu-part-2-the-cjeus-decision-in-gazprom/>> (accedido 15-5-2015).

⁵⁴ Un laudo no será reconocido si vulnera el orden público, pero ha de ser reconocido si simplemente comete un error de Derecho, vid. art. V.2.b) CNY.

4. **Análisis de Derecho internacional privado (competencia, ley aplicable y *lex fori*)**⁵⁵

A la hora de dictar una medida antiproceto, es necesario como paso previo que el tribunal establezca su competencia judicial internacional. En las medidas «contractuales» (es decir, las que se dictan en favor de un acuerdo de sumisión o arbitraje), en principio este mismo acuerdo será suficiente para otorgar competencia al tribunal. En las medidas no contractuales, la cuestión es menos directa. Se podría solicitar en los tribunales donde el demandante esté domiciliado (art. 4 Reglamento de Bruselas I bis). Alternativamente, se podría solicitar donde se sufre el daño (¿dónde se encuentra el demandado?) o donde este se causa (en principio, este sería el foro extranjero⁵⁶, por lo que no sería útil para el demandado).

Una vez establecida la jurisdicción del tribunal, es necesario establecer la ley aplicable a la relación obligatoria en la que se apoya la medida. Es la ley aplicable la que ha de disponer una obligación sustantiva de no demandar en otro foro. En los casos contractuales, la ley aplicable la determinaría la ley aplicable al pacto de sumisión o de arbitraje (típicamente, la ley del contrato o la del foro elegido). En los casos no contractuales, el Reglamento de Roma II⁵⁷ implicaría que ha de ser aplicable la ley donde se causa el daño⁵⁸. Como ya se ha dicho, esto significaría que el derecho aplicable sería el del lugar donde se ha demandado, y no el del foro donde se solicita la medida antiproceto. Esto supone un problema importante para la obtención de una medida antiproceto. En contraste, los tribunales ingleses suelen asumir irreflexivamente que la ley aplicable es la inglesa, al tratarse de un asunto de *equity*⁵⁹.

Finalmente, la potestad del tribunal para dictar una medida antiproceto debería determinarse bajo la *lex fori*. También es relevante la ley aplicable a la capacidad de dictar medidas antiproceto por operación del art. 12.c) del Reglamento de Roma I⁶⁰.

IV. MEDIDAS ANTIPROCETO EN DERECHO ESPAÑOL

1. Remedios alternativos

Una primera cuestión, teniendo en cuenta lo agresivas que pueden llegar a ser las medidas antiproceto, es considerar hasta qué punto son necesarias. Existen alternativas

⁵⁵ Este análisis se realiza desde un punto de vista de los principios aceptados a nivel europeo, pero no se puede desconocer que diferentes sistemas puedan tener normas de jurisdicción o conflicto totalmente diferentes.

⁵⁶ RAPHAEL, ob. cit., p. 286.

⁵⁷ Reglamento (CE) 864/2007.

⁵⁸ Art. 4.1 Reglamento de Roma II. Podría intentarse aplicar la ley del foro en la medida que se determine que hay «vínculos manifiestamente más estrechos» (art. 4.3.) con este sistema jurídico (debido a que es el lugar donde debería haberse ventilado la disputa principal), vid. RAPHAEL, ob. cit., p. 87.

⁵⁹ RAPHAEL, ob. cit., pp. 83 ss. Vid. también la crítica por REQUEJO, ob. cit.

⁶⁰ Reglamento (CE) 593/2008.

para un demandado que considera que ha sido demandado en el lugar equivocado. Primero, puede pedir al tribunal extranjero que decline su jurisdicción. Segundo, puede presentar una demanda por los daños causados. Tercero, puede no hacer nada, y correr el riesgo de que la sentencia extranjera se ejecute en España. Por último lugar, existen las llamadas medidas «antiejecución» como remedio extremo (pero probablemente contrarias a Derecho). Como se verá a continuación, las medidas antiproseso presentan ventajas que otros remedios no pueden ofrecer.

A. *Declinatorias en el extranjero*

Un litigante siempre tendrá la posibilidad de solicitar al tribunal extranjero que decline su jurisdicción. Sin embargo, aunque esto sea verdad en teoría (y debería ser la vía habitual), crea importantes problemas en la práctica.

En primer lugar, plantear una declinatoria en el extranjero requiere tiempo, dinero y conocimiento dicho foro. El demandado necesita elegir abogado en un país desconocido, preparar las alegaciones y pruebas necesarias, decidir la estrategia a seguir, tal vez viajar el mismo a la jurisdicción (para entrevistar abogados, firmar poderes, testificar), etc. Todo ello en un periodo de tiempo potencialmente corto. Estos obstáculos pueden ser considerablemente difíciles de superar, especialmente para litigantes no sofisticados.

En segundo lugar, en muchos sistemas no es posible presentar una cuestión jurisdiccional de forma preliminar, y hay que alegarla junto con el fondo de la cuestión⁶¹. En estos casos, los problemas mencionados anteriormente se multiplican.

En tercer lugar, el demandante es el que elige la jurisdicción. Con la elección de la jurisdicción se eligen también los criterios de esta para declinar casos por falta de competencia judicial internacional. Obviamente, el demandante tenderá a elegir aquellos sistemas que le benefician. Además, el demandante también puede elegir una jurisdicción especialmente «complicada» para el demandado (por ejemplo, una jurisdicción con costes de litigación altos, con normas procesales o materiales que perjudiquen el caso del demandado, etc.) En este sentido, tenderá a existir un sesgo a favor del demandante.

En cuarto lugar, el demandado puede considerar que debido a los costes que va a tener que abonar en cualquier caso, no le merezca la pena contestar la jurisdicción del tribunal extranjero y renuncie al derecho que tiene de hacerlo. Por ejemplo, imaginemos que A es demandado por B en el país X, donde se deciden los asuntos de jurisdicción junto con los de fondo. A y B habían pactado que las disputas habrían de resolverse en Y. A quiere alegar dicho pacto, pero debe preparar también el fondo por si acaso. Imaginemos que las costas procesales de A son 10.000 euros en Y, 15.000 euros en X (imaginemos costes adicionales

⁶¹ Sobre los problemas que esto puede causar, vid. por ejemplo ROGERSON, ob. cit., pp. 127-128, en relación con el caso *JP Morgan Europe Ltd v Primacom AG* publicado en *International Litigation Procedure*, Sweet & Maxwell, Londres, 2006, pp. 11 ss.

como viajes, traducciones, etc.) y 18.000 euros en X si además solicita la declinatoria de jurisdicción (los abogados de A necesitan más horas para prepararla). Asumamos que A tiene una probabilidad del 50% de recuperar las costas. Si el tribunal de X declina su jurisdicción, B presentará la misma demanda en Y. Ambas jurisdicciones son por lo demás iguales.

	[1] B demanda en Y	[2] B demanda en X, A solicita la declinatoria	[3] B demanda en X, A no solicita la declinatoria
Costas en X	0€	18.000€	15.000€
Costas en Y	10.000€	10.000€	0€
Coste neto ⁶²	5.000€	14.000€	7.500€

Este caso ilustra como una parte puede generar un incentivo perverso en la otra para no pedir una declinatoria aunque tuviera derecho a ello. En el ejemplo, cuando B demanda en X, descarta la opción [1] (que era la elegida por las partes). Entre las opciones [2] y [3], A renunciará a plantear la declinatoria ya que resulta más caro. B habrá incumplido su pacto, y se habrá librado de cualquier consecuencia.

Estos problemas, aunque sean de naturaleza práctica, no pueden ser ignorados. En el ejemplo, solamente una medida antiproceso ofrecería un remedio adecuado, *ex ante*, y efectivo contra los demandantes oportunistas.

B. Daños por incumplimiento de pactos de sumisión exclusiva⁶²

En ciertas circunstancias, es posible pedir daños por el incumplimiento de un acuerdo de sumisión exclusiva. Si una parte demanda en unos tribunales distintos a los elegidos por las partes, la demandada tiene derecho a que se le reintegren los daños (principalmente las costas procesales) causados⁶³.

El remedio de daños puede ser satisfactorio en cierta medida. Permite al demandado recuperar sus costes, compensando los costes incurridos y reduciendo el problema de incentivos perversos descrito antes. Sin embargo, este es un remedio *ex post*, a diferencia de las medidas antiproceso. Asimismo, es complicado cuantificar los daños.

Adicionalmente, existen problemas en caso de que el tribunal extranjero estime que sí tiene jurisdicción, puesto que podría tener efectos de cosa juzgada entre las partes y evitar una reclamación de daños.

A diferencia de las medidas antiproceso, el remedio de daños parece ser posible dentro del Reglamento de Bruselas (al menos en la medida en que el tribunal no elegido no haya

⁶² Vid. en general REQUEJO ISIDRO M., «Violación de acuerdos de elección de foro y derecho a indemnización: estado de la cuestión», *Revista electrónica de estudios internacionales*, n.º 17, 2009.

⁶³ Vid. SSTs 23-2-2007 y 12-1-2009.

estimado que sí que es competente). Dicha posibilidad había sido barajada por la doctrina⁶⁴, y confirmada por la *Court of Appeals* inglesa en *The Alexandros T*⁶⁵.

Finalmente, en principio no sería posible solicitar daños en casos en los que no existe un acuerdo de sumisión.

C. *No reconocimiento*

Otra alternativa puede ser no hacer nada, y cuando se intente el reconocimiento en España, oponerse a él. Esta opción solo es viable si está claro que la eventual sentencia no será reconocida, ya que se corre un grave riesgo de que la sentencia sea contraria a los intereses del demandado (puesto que el tribunal extranjero no habrá podido considerar más que las alegaciones del demandante). Además, para las personas (y particularmente, empresas) con activos en muchas jurisdicciones, los riesgos se multiplican.

D. *Medidas «antiejecución»*

Finalmente, existe un remedio excepcionalmente agresivo e inusual, que se menciona por su similitud con las medidas antiproceso. Hay al menos dos precedentes de medidas «antiejecución» (*anti-enforcement injunctions*)⁶⁶, por las que se prohíbe al demandante que intente la ejecución de una sentencia en cualquier jurisdicción (diferente a la de procedencia). Estas medidas alcanzan niveles de interferencia mucho más elevados que una medida antiproceso, y parecen difícilmente compatibles con el Derecho internacional público. En concreto, el precedente inglés es un caso de 1928, y el entendimiento actual es que hoy una medida similar solo estaría justificada (de estarlo) en los casos más excepcionales⁶⁷. En el caso estadounidense, la medida antiejecución fue anulada en apelación⁶⁸.

2. ¿Puede el sistema español acomodar medidas antiproceso?

No existen precedentes en España de medidas antiproceso, y de hecho son raras en la mayoría de sistemas continentales. Esto puede hacer pensar que por alguna razón no son posibles en nuestro sistema (aunque en realidad habla más de una falta de creatividad de los operadores jurídicos). Varios autores se han pronunciado favorablemente sobre la po-

⁶⁴ REQUEJO ISIDRO, ob. cit. n. 42, p. 11.

⁶⁵ [2014] EWCA Civ 1010, párrs. 15-17.

⁶⁶ *Ellesman Lines Ltd v Read* [1928] 2 KB 144 y *Chevron Corp v. Donziger*, 768 F. Supp. 2d 581 (S.D.N.Y. 2011).

⁶⁷ RAPHAEL, ob. cit., p. 152; *Masri v Consolidated Contractors International Company SAL* [2008] EWCA Civ 625, párr. 93-94.

⁶⁸ *Chevron Corp. v. Naranjo*, 2011 WL 4375022 (2nd Cir. Sept. 19, 2011).

sibilidad de emitir medidas antiproceso por parte de los juzgados españoles⁶⁹. Otros se han mostrado en contra, muchas veces basándose en la diferencia entre *common law* y *civil law*⁷⁰.

A. Las características específicas de un sistema *common law*

Las *anti-suit injunctions* son características de los sistemas de tradición *common law*. Por tanto, la discusión tiene ciertas notas que pueden parecer totalmente ajenas a un sistema como el español. En particular, la idea de *equity*, la naturaleza discrecional de los *equitable remedies* y la importancia dada a un concepto cuasi-político como del de *comity* producen extrañeza. Se podría pensar que en consecuencia no es posible importar las medidas antiproceso por tener sentido solo en un sistema ajeno al español.

En primer lugar, no han de exagerarse las diferencias entre los dos sistemas, que en cualquier caso tienden a reducirse⁷¹. Varios países de tradición «civil» ya han dictado medidas antiproceso⁷². En cualquier caso, dichos conceptos que parecen ajenos pueden traducirse a conceptos habituales en Derecho español.

En segundo lugar, el sistema de *equity* se desarrolló como una respuesta a la falta de remedios efectivos en el sistema tradicional de *common law*⁷³. Más allá de que hoy en día la distinción sea principalmente técnica, el principio básico detrás de la *equity* no es otro que el de remedios efectivos⁷⁴. Dicho espíritu es compartido por nuestro art. 24 CE, que garantiza la tutela judicial *efectiva*.

En tercer lugar, es verdad que las *anti-suit injunctions* son remedios discrecionales. Los sistemas de *common law* son mucho más adeptos a la discrecionalidad que los continentales⁷⁵. Esto puede llevar a confusión: no significa que los jueces sean libres de hacer lo que quieran. Significa que el procedimiento de decisión está basado en principios (creados en la jurisprudencia o en la legislación), en vez de en reglas. Esta distinción no es específica de las ASI, simplemente refleja que a la hora de emitir medidas cautelares el sistema inglés se basa eminentemente en principios y el español principalmente en reglas. Ambos sistemas pueden emitir medidas cautelares.

⁶⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *Derecho Internacional Privado*, 2.ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p.191; MARÍN NARROS, ob. cit.

⁷⁰ Vid. por ejemplo LANZÓN F., «Anti Suit Injunction y Anti Arbitration Injunction en el Arbitraje Comercial Internacional», *Spain Arbitration Review*, vol. 17, Wolters Kluwer España, 2013, pp. 69-96.

⁷¹ FUNKEN K., «The Best of Both Worlds – The Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System» (2003), disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=476461> (accedido 6-3-15).

⁷² Vid. nota 2.

⁷³ Vid. nota 9.

⁷⁴ Una de las *maxims of equity* es «equity will not suffer a wrong to be without a remedy», vid. *Ashby v White* (1703) 92 ER 126.

⁷⁵ WADDAM, S., «Judicial Discretion», *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 1, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 59-71.

Finalmente, la *comity* se puede traducir al sistema español de dos formas a través del Derecho internacional público (que es automáticamente parte del Derecho español, a diferencia del inglés). En primer lugar, los tribunales han de tener en cuenta el principio de respeto por la soberanía de otros estados, por el principio de no intervención, para modelar su potestad en caso de emitir una medida antiproceso⁷⁶. En segundo lugar, una medida antiproceso que vulnere el Derecho internacional público (no obstante sus difusos límites) es simplemente contraria a Derecho y no debería dictarse.

En conclusión, los sistemas de *common law* no tienen nada tan único o especial que impida la importación de remedios por parte de los sistemas continentales, cuando dichos remedios son posibles dentro del sistema español (como es el caso de las ASI).

B. Aspectos procesales

La cuestión de si el sistema procesal español puede acomodar una orden de este tipo es de vital importancia. En la práctica, una eventual sentencia obligando al demandado cesar a sus actuaciones judiciales en otro país llegará casi siempre demasiado tarde (pero no es imposible en la teoría). Por tanto, esta medida habría de canalizarse a través de una medida cautelar, por ejemplo en un procedimiento en el que se pida una declaración de validez y cumplimiento de una cláusula de sumisión⁷⁷.

En primer lugar, ha de recordarse que la LEC no establece una lista cerrada de medidas cautelares. En principio los art.s 726 y 727 LEC no suponen ningún obstáculo a la adopción de una medida antiproceso. En concreto, el art. 727.11.^a LEC permite la adopción de «[a]quellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, (...) se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio». En cierto sentido, en cuanto a medidas cautelares, la imaginación del juez es el límite. Por ello, los únicos requisitos que han de cumplirse son los generales para cualquier medida cautelar: apariencia de buen derecho y peligro de mora procesal.

En cuanto a la apariencia de buen derecho, en la gran mayoría de casos contractuales (es decir, en aquellos en los que hay un acuerdo de las partes) no debería de haber problemas. Evidentemente, existen ocasiones en las que una cláusula de sumisión puede no ser eficaz, por ejemplo si la legislación de consumidores es aplicable o si el contrato se firmó a consecuencia de un engaño. Pero si las partes son ambas empresas con negocios multinacionales (que al fin y al cabo son las que más contratos internacionales celebran) y el proceso

⁷⁶ Vid. Resolución de la A.G. de las NN.UU. 2625 (XXV) («Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas»).

⁷⁷ Posibilidad admitida por Virgós y Garcimartin en cuanto a la parte declarativa, VIRGOS SORIANO y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, ob. cit., p. 301.

de negociación fue normal, no habrá mucha duda de que la cláusula es válida y eficaz. Los casos no contractuales presentarían mayores dificultades.

En cuanto a la mora procesal será vital demostrar que la conducta del demandante en el otro foro obliga a la otra a parte a incurrir gastos y tiempo considerable para preparar una defensa en un lugar posiblemente desconocido, que otorga una ventaja injustificada al demandante o tal vez que no sea posible una tutela judicial efectiva en dicho foro. En principio, en los casos contractuales, si una parte incumple con su propio contrato, será porque piensa obtener alguna ventaja que no tendría en el foro elegido.

Un aspecto crucial es el relacionado con el posible incumplimiento de la medida. La ejecución de la medida cautelar habría de hacerse de acuerdo con lo establecido con en los art.s 705 LEC y ss. Por descontado, el sistema procesal no es tan contundente como el inglés, lo que podría restar eficacia a una medida antiproceto. Se podrían obtener los daños de acuerdo con el art. 706 LEC *in fine* o una multa mensual (art. 709, si la prestación se considera personalísima, lo cual podría ser discutido). Se podría intentar que el tribunal emitiera una declaración de voluntad de desistimiento de la causa (art. 708 LEC), pero resultaría muy extraño que el juzgado extranjero reconociera esta declaración. El art. 738 LEC también hace mención a «los medios que fueran necesarios». Resulta difícil determinar qué tipo de medios podrían ser estos⁷⁸. El incumplimiento de la orden también podría causar responsabilidad penal⁷⁹. Finalmente, se podría no reconocer la sentencia obtenida en contravención de una medida antiproceto española en la medida que se considere contraria al orden público español (puesto que se ha obtenido sin respetar el deber constitucional *ex art. 118 CE* de cumplir con las resoluciones judiciales).

3. Medidas antiproceto a favor de pactos de sumisión

Dentro de las diferentes razones que pueden motivar una medida antiproceto, el hecho de que las partes hayan acordado que los tribunales de un país sean los únicos que puedan conocer de un litigio es probablemente la menos controvertida. Es necesario que dichos acuerdos generen una obligación contractual de no demandar en el foro extranjero.

Los acuerdos de sumisión exclusiva tienen un componente positivo (el que proroga la jurisdicción del órgano judicial elegido) y otro negativo (el que excluye o deroga la jurisdicción de los demás tribunales judiciales). La LOPJ (art. 22.2) solo prevé el primer componente, pero una interpretación sistemática (ver a este efecto el art. 23.3 del Regla-

⁷⁸ Se podría pedir una orden contra los abogados extranjeros del demandante, aunque parece una medida extrema. Esto mismo ha sido intentado, sin éxito, en los tribunales ingleses, vid. RAPHAEL, ob. cit., p. 79; *Castanho v Brown & Root* [1980] 1 WLR 833 (CA). Existen otras posibilidad más creativas, por ejemplo, existe un precedente en el que se ordenó a cierto testigos que no acudieran a testificar en un procedimiento extranjero seguido en violación de una ASI.

⁷⁹ Posiblemente por desobediencia (art. 556 CP). MARÍN NARROS, ob. cit., p.2189, sugiere la aplicación del tipo de estafa procesal.

mento de Bruselas I) y acorde con el principio de autonomía de la voluntad debe conducir a la conclusión de que la parte negativa también es parte del sistema español⁸⁰. Esto ha sido reconocido por el TS en sus SSTs 23-2-2007 y 12-1-2009. De acuerdo con esta última sentencia, el pacto de sumisión es «incorporado a la relación contractual como una más de las reglas de conducta *a que han de atenderse las partes*» (énfasis añadido). Su incumplimiento genera la obligación de indemnizar, y lógicamente también debería ser posible una orden de cumplimiento en especie.

A los efectos de una medida antiproseso, es por tanto crucial apreciar que aunque una cláusula de sumisión esté llamada a tener un efecto procesal, no deja de ser un acuerdo contractual al que ambas partes tienen derecho a su cumplimiento real o en especie⁸¹. Como regla general, si las partes de un contrato acuerdan algo, y una de las partes rompe su parte del trato, la otra parte tiene derecho a acudir al juzgado y obtener de él una orden de cumplimiento en especie⁸². Si las partes de un contrato acuerdan que todo litigio sea decidido exclusivamente por los tribunales de España, las partes deben de poder obtener medidas judiciales dirigidas a hacer cumplir a la otra parte con el pacto que ellos aceptaron.

Es importante darse cuenta que las cláusulas de sumisión exclusiva generan un derecho contractual a no ser demandado en cualquier otro foro distinto al elegido («a right not to be sued»). Este derecho es el reverso de la obligación de no demandar en otro foro al designado. Las medidas antiproseso simplemente materializan ese derecho.

4. Medidas antiproseso en arbitraje⁸³

Las medidas antiproseso tienen una amplia tradición en el arbitraje internacional. Estas medidas antiproseso pueden ser emitidas por un tribunal en favor de un acuerdo arbitral, o en contra de un arbitraje. Las órdenes pueden ser emitidas tanto por un órgano judicial como por un tribunal arbitral. Ahora bien, la tendencia moderna es la de evitar la intervención judicial en el arbitraje, y que dicha intervención se sitúe en sede posterior a la emisión del laudo⁸⁴. Ello no favorece la emisión de medidas antiarbitraje (o proarbitraje) por parte de los órganos judiciales, que a veces pueden obstruir el funcionamiento ordinario de un procedimiento arbitral⁸⁵.

⁸⁰ VIRGÓS SORIANO y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, ob. cit., p. 303.

⁸¹ Id., p. 301. Vid. la discusión en REQUEJO, ob. cit., p. 107ss.

⁸² DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN M., *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, tomo I, *El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 212.

⁸³ Vid. en general GAILLARD E. (ed.), *Anti-suit Injunctions in International Arbitration*, Juris Publishing, 2005.

⁸⁴ RAPHAEL, ob. cit., p. 248.

⁸⁵ Vid. por ejemplo los casos citados por LANZÓN, ob. cit.

A. En favor de un acuerdo arbitral

Las medidas antiproceso emitidas en favor de un acuerdo arbitral son muy similares a las emitidas en favor de un pacto de sumisión. Ambas tienen como base un acuerdo de las partes de utilizar un tribunal específico y un posterior incumplimiento de una de ellas. La propia Ley de Arbitraje establece en su art. 11.1 que «[e]l convenio arbitral obliga a las partes a cumplir con lo estipulado...». Al someterse al arbitraje, las partes acuerdan (a veces implícitamente) no acudir a ningún otro tribunal⁸⁶.

Los tribunales arbitrales pueden ordenar a una parte que abandone un procedimiento judicial emprendido en contravención del convenio arbitral, vid. por ejemplo *Gazprom*⁸⁷. La orden puede ser definitiva o cautelar⁸⁸. Además, dicha prohibición puede dirigirse contra procedimientos judiciales europeos, ya que no es aplicable el Reglamento de Bruselas I bis. Teniendo en cuenta que en los casos de medidas antiproceso el tiempo suele ser escaso, los nuevos procedimientos de arbitraje de emergencia pueden ser muy útiles⁸⁹. En cualquier caso, el cumplimiento de la medida antiproceso es complicado. Primero, el reconocimiento de la decisión arbitral puede ser difícil. En segundo lugar, las decisiones de un tribunal arbitral no están respaldadas por sanciones (como en un órgano judicial) sino simplemente por la posibilidad de solicitar daños y perjuicios⁹⁰.

Los órganos judiciales también pueden emitir medidas antiproceso en favor de un convenio arbitral, pero existen más problemas. Principalmente, es discutible en qué medida se puede intervenir un tribunal español debido al art. 7 LA («[e]n los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta así lo disponga»).

⁸⁶ Por ejemplo, en *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC v AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP* [2013] UKSC 35, el TS británico confirmó recientemente una medida antiproceso en base a una cláusula arbitral (incluso cuando el solicitante no tenía intención de arbitrar), declarando que el convenio arbitral implica un derecho a no ser demandado en cualquier otro foro distinto. Vid. también FENTIMAN R., «Antisuit Injunctions and Arbitration Agreements», *Cambridge Law Journal*, vol. 72(3), Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 521-525.

⁸⁷ Vid. también GAILLARD E., «Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators», *International Arbitration 2006: Back to Basics, ICCA Congress Series No. 13*, Albert Jan van den Berg, 2007, p. 239 y Caso ICC n.º 8.307. Sin embargo, vid. CONSTENLA P., «Regulation 1215/2012: new hope for arbitration?», *Spain Arbitration Review*, vol. 22, Wolters Kluwer España, 2015, pp. 129 – 147, p. 139 sugiriendo que los tribunales arbitrales españoles no tienen potestad para emitir medidas antiproceso.

⁸⁸ El art. 23 LA presupone la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares, así como los reglamentos de las instituciones arbitrales principales (vid. por ejemplo art. 36 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid (2015) y art. 28 de las *Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce* (2012)). Vid. también el art. 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (2006). Compárese con el art. 818 del *Codice di Procedura Civile* italiano, que no permite las medidas cautelares arbitrales.

⁸⁹ Vid. por ejemplo el Anexo II del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid (2015) y el art. 29 de las *Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce* (2012).

⁹⁰ Vid. por ejemplo la nota 87 de la opinión del AG. en *Gazprom*.

B. Emitidas en contra de un arbitraje

Es posible solicitar medidas antiproceto dirigidas contra un arbitraje cuando una parte comienza un procedimiento arbitral sin existir un convenio arbitral. Sin embargo, su posibilidad está limitada atendiendo otra vez al art. 7 LA, así como al principio de *competenz-competenz*. Normalmente, el control judicial habrá de realizarse en sede de anulación o reconocimiento.

Cuando exista un convenio arbitral, la medida no tiene base alguna (salvo, posiblemente, casos de materias no arbitrables). Por ejemplo, existe un precedente español en el que se denegó una medida antiarbitraje en apoyo de un procedimiento judicial español en base al efecto negativo del pacto arbitral⁹¹.

En Inglaterra, se considera generalmente que la responsabilidad para controlar los arbitrajes reside en los juzgados de la sede⁹². Los tribunales ingleses, por tanto, solo emitirán ASI contra arbitrajes en otras jurisdicciones en casos excepcionales (por ejemplo, casos de conducta fraudulenta)⁹³. Las medidas «antiarbitraje» dirigidas contra procesos seguidos en Inglaterra también están limitadas por la Arbitration Act 1996 (s. 1)⁹⁴.

Los tribunales españoles podrían en teoría restringir arbitrajes extranjeros (ya que el art. 7 LA no se aplica a estos arbitrajes, art. 1.2 LA), pero deberían hacerlo de forma muy limitada y en casos extremadamente excepcionales, en atención a los principios de intervención judicial mínima y competencia-competencia.

5. Medidas antiproceto no contractuales

Finalmente, es posible dictar medidas antiproceto en casos en los que no existe un acuerdo entre las partes. Un ejemplo típico en el que un juzgado inglés otorgaría una medida de este tipo sería *Turner*, donde se comenzó una acción en el extranjero con el simple objetivo de hostigar al demandado.

El problema principal en este tipo de medidas es que la obligación del demandante de no demandar en un foro extranjero, base sustantiva de una medida antiproceto, no está clara. En estos casos la discusión ha de girar sobre la buena fe y el abuso de derecho, que inherentemente tienen unos límites más difusos.

⁹¹ FERNÁNDEZ DE LA MELA J.M., LÓPEZ CASTRO H. y CAPIEL, L., *International Arbitration*, Global Legal Group, 2015, p. 277.

⁹² RAPHAEL, ob. cit., p. 258.

⁹³ *Albon v Nazan Motors* [2007] 2 Lloyds Rep 420, donde se determinó que una de las partes había falsificado el acuerdo arbitral (a favor de arbitraje en Malasia) y se ordenó a dicha parte que desistiera del arbitraje.

⁹⁴ RAPHAEL, ob. cit., pp. 252 ss.

Además, como se ha visto supra, las cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable son más complicadas. En principio, el Reglamento de Roma II implica que la obligación sustantiva habría de ser determinada bajo la ley del foro donde se ha comenzado la acción. El solicitante se encontraría entonces en la difícil posición de probar que el derecho del foro extranjero establece que el demandante tiene la obligación de no acudir a este mismo foro, y que al hacerlo actuó de forma abusiva.

Ahora bien, en unas circunstancias en las que un demandado no tiene ninguna alternativa real para defenderse de una conducta abusiva y se encuentre en circunstancias de indefensión, no debería descartarse la posibilidad de una medida anti proceso como medida drástica pero necesaria.

V. CONCLUSIÓN

Como se ve hasta aquí, el sistema español podría acomodar una medida antiproceso, al menos en los casos en los que se dicte en apoyo de un pacto de sumisión exclusiva o arbitraje. Sin embargo, esto depende en gran medida de la visión que se tenga de ellas.

En los casos de pactos de sumisión o arbitraje, el otorgamiento de medidas antiproceso en casos de pactos de sumisión expresa es *justo y económicamente eficiente*.

En primer lugar, las medidas antiproceso se deducen de los principios generales de *pacta sunt servanda* (o buena fe) y tutela judicial efectiva. Los juzgados deberían hacer cumplir a las partes con los pactos que ellos mismos han aceptado. Es más, sería injusto que un juzgado quede inmóvil ante la conducta de un demandante que solo puede calificarse de abusiva.

En segundo lugar, una medida antiproceso tiene sentido desde un punto de vista económico puesto que ayuda a dotar de mayor efectividad a los pactos de sumisión (y arbitraje). Estos pactos reducen la inseguridad de las partes, al permitir conocer de antemano el órgano que decidirá la disputa. También simplifican los potenciales litigios al reducir en gran medida la posibilidad de enzarzarse en una pelea por la jurisdicción. Finalmente, las partes están en la mejor situación para decidir dónde y cómo litigar. Además, desincentivan las conductas oportunistas.

En los casos de medidas no contractuales la justificación es menos evidente. En estos casos no existe un acuerdo de las partes que justifique la intervención del juzgado. Sin embargo, en casos donde el demandante no tenga ningún remedio alternativo efectivo, y la conducta del demandante sea claramente abusiva, los tribunales deberían adoptar medidas antiproceso como única forma de garantizar la tutela judicial efectiva y evitar la indefensión.

Las medidas antiproceso son claramente algo agresivo y perturbador. En un mundo ideal en el que los problemas jurisdiccionales se solucionaran armónicamente, serían innecesarias. En cierta medida, se podría argumentar que el sistema europeo es suficientemente

armónico como para no necesitar de medidas antiproceto. Pero como dijo Lord Goff en *Airbus v Patel*, «[t]here is, so to speak, a jungle of separate, broadly based, jurisdictions all over the world. ... It is at this point that ... the jurisdiction to grant an anti-suit injunction becomes relevant»⁹⁵.

Tal vez algún día un abogado emprendedor (apoyado por un cliente dispuesto a pagarle) ponga sobre la mesa de un juez español una petición de medidas antiproceto. En las circunstancias adecuadas, el juez debería otorgarlas.

VII. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- T. RAPHAEL (2008) «The Anti-suit Injunction», Oxford University Press.
- M. REQUEJO ISIDRO (2000) «Proceso en el extranjero y medidas antiproceto», Universidad de Santiago de Compostela.
- P. ROGERSON (2012) «Conflict of Laws», Cambridge University Press.
- M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2007) «Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional», Thomson Civitas.
- V. CORTÉS DOMÍNGUEZ y V. MORENO CATENA (2013) «Derecho Procesal Civil. Parte General», Tirant lo Blanch.

⁹⁵ *Airbus v Patel* [1999] 1 AC 119, 132.