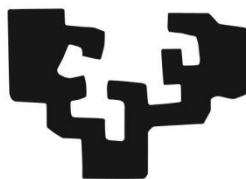


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

ZUZENBIDE FAKULTATEA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

**Justicia cautelar y UE: una perspectiva mixta
(jurisdiccional y arbitral) y su proyección sobre el
ámbito marítimo**

XABIER ORBEGOZO MIGUEL

Donostia, noviembre de 2019

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO
EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA

FACULTAD DE DERECHO
ZUZENBIDE FAKULTATEA

Departamento de Derecho de la Empresa

**Justicia cautelar y UE: una perspectiva mixta
(jurisdiccional y arbitral) y su proyección sobre el
ámbito marítimo**

Tesis que presenta el Lic. D. Xabier ORBEGOZO MIGUEL para la obtención del título de Doctor en Derecho, elaborada bajo la dirección del Dr. D. Juan José Álvarez Rubio, Catedrático de Derecho internacional privado de esta universidad.

Donostia, noviembre de 2019

ESKERRAK

Mila esker Miryam hor egoteagatik urte gogor hauetan, topikoa bada ere, zure laguntza eta maitasuna gabe ez nuke sekula tesi hau bukatuko izango.

Nora eta Amale, Amale eta Nora, zoragarriak zarete, mila esker zuei ere zuen irribarreekin bizitzari zentzua emateagatik.

“Aitite”, “amama” eta Marta, “ordezko” familia ezin hobea tokatu zait, zuen babesaren ezinbestekoa izan da maratoni honen helmugara iristeko.

Familiari ere, daudenei eta falta direnei.

Bidean gelditu etzeaten lagunei. Bereziki Txema, Jorge eta Silvia, Fernández-tarrak, Marquéstarrak, andereño Idoyita maitea, hemendik aurrera kaso gehiago egingo dizuet.

GEZKiko familiari, egunak jasagarriagoak izaten laguntzeagatik.

Juanjo maitea, etengabeko inspirazioa.

Aita eta ama, beti bihotzean, eskerrik asko naizena izateko egin zenuten guztiagatik.

Índice

Abreviaturas.....	14
Introducción.....	17

CAPÍTULO I

TUTELA CAUTELAR EN LA UE

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. Ámbito de aplicación de los Reglamentos en materia cautelar	35
1.1. Medida solicitada ante el tribunal competente sobre el fondo	36
1.2. Remisión del artículo 35 RBI-bis	36
1.3. Domicilio del demandado.....	38
2. Naturaleza jurídica de las medidas cautelares en Derecho europeo.....	38
2.1. Accesoriedad vs. independencia.....	39
2.2. Delimitación del ámbito material con el Reglamento Bruselas I-bis	47
3. Cuestiones relacionadas – competencia cautelar y acuerdos atributivos de competencia.....	47
4. Noción de “medidas provisionales” o “cautelares”.	48
4.1. <i>Reichert (II)</i> como primera definición.....	48
4.2. Provisionalidad de la medida.....	56
4.3. Exclusión de procesos sumarios.	59
5. Concepto de medidas provisionales y cautelares en el proceso de reforma del RBI	59
5.1. Informe Pocar	59
5.2. Informe Heidelberg.....	60
5.3. Informe de la Comisión	60
5.4. Propuesta de la Comisión	60

6.	Definición en RBI-bis	62
7.	RBI-bis y normas europeas sobre pruebas - Reglamento 1206/2001 y Directiva 2004/48	63
8.	RBI-bis y audiencia a testigos.....	65

II. COMPETENCIA PARA ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES EN LA UE

1.	Competencia del foro principal para adoptar medidas cautelares.....	69
1.1.	Origen del problema	70
1.2.	Respuesta del TJCE: <i>Van Uden y Mietz</i>	73
2.	Relevancia del momento de la solicitud de la medida cautelar	79
2.1.	Medidas <i>ante causam</i> , antecedentes.....	79
2.2.	Medidas <i>ante causam</i> en la Propuesta de la Comisión.....	80
2.3.	Medidas <i>ante causam</i> en RBI-bis.....	83
2.4.	Medidas cautelares <i>medio iudicio</i>	86
3.	Competencia sobre el fondo en la Propuesta de la Comisión de 2010.....	87
3.1.	Artículo 35 Propuesta 2010: competencia expresa de los tribunales competentes sobre el fondo.....	87
3.2.	Distinción entre medidas anticipatorias y conservatorias.....	88
4.	Medidas cautelares y competencias exclusivas del artículo 24 RBI-bis	89
5.	Medidas cautelares y prórroga de la competencia	90
6.	Medidas cautelares y demandados no domiciliados en la UE	91
7.	Cooperación entre tribunales	92
7.1.	Antecedentes.....	92
7.2.	Cooperación entre tribunales en RBI-bis	94

8.	Competencia del foro cautelar de los artículos 24CB68, 31RBI y 35RBI-bis - “vínculo territorial”	94
8.1.	El debate remisión v. competencia	95
8.2.	Situación con CB68 y RBI	96

III. CIRCULACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN LA UE

1.	Antecedentes - circulación de medidas cautelares en el régimen del Derecho europeo	118
1.1.	El procedimiento de <i>exequátur</i> y su pretendida abolición en RBI-bis ...	119
1.2.	Circulación de medidas cautelares adoptadas por el tribunal no competente sobre el fondo (en aplicación del art. 24 CB68/31RB).	122
1.3.	Circulación de medidas del tribunal competente sobre el fondo.....	124
2.	La reforma de RBI	124
2.1.	Trabajos previos	124
2.2.	Medidas <i>ex-parte</i>	126
2.3.	Propuesta de la Comisión	126
2.4.	<i>Statu quo</i> – situación tras la entrada en vigor de RBI-bis	127
2.5.	Circulación limitada a medidas adoptadas por el tribunal competente sobre el fondo	128
3.	Críticas al nuevo sistema	129
3.1.	Técnica legislativa	129
3.2.	Interpretación de la jurisprudencia	130
3.3.	Otros inconvenientes	131
3.4.	Situación de las medidas <i>ante causam</i>	131
3.5.	Excepción a la excepción del artículo 43 RBI-bis.....	134

IV. ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA CAUTELAR EN LA UE - LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS

1. Consideraciones introductorias – el proceso de comunitarización del DIPr en la UE	137
1.1. Derecho derivado UE	140
1.2. Instrumentos de <i>soft law</i>	142
2. Armonización cautelar en la UE – la Orden Europea de Retención de Cuentas	145
3. Ámbito de aplicación de la OERC	149
3.1. Ámbito de aplicación espacial.....	149
3.2. Ámbito de aplicación personal	152
3.3. La definición de documento público con fuerza ejecutiva	153
3.4. Ámbito de aplicación material.....	154
3.5. Ámbito de aplicación temporal.....	159
3.6. Escenarios para la solicitud de la OERC	159
4. Competencia judicial internacional	161
4.1. Solicitud OERC previa a obtener título ejecutivo	161
4.2. Determinación del tribunal competente sobre el fondo.....	163
4.3. Solicitud alternativa del artículo 35 RBI-bis	164
4.4. Solicitud posterior al título ejecutivo.....	164
5. Requisitos de aplicación	165
5.1. Medida intrínsecamente <i>ex-parte</i>	165
5.2. Requisitos para el acreedor.....	167
6. Procedimiento	174
6.1. Defensa y representación.....	174
6.2. Solicitud.....	175
6.3. Concesión de la OERC	177
7. Reconocimiento y ejecución de la OERC	178
7.1. Reconocimiento	178

7.2.	Ejecución	178
7.3.	Cumplimentación (art. 24).....	179
8.	Recursos.....	182
8.1.	Impugnación de la OERC en origen.....	182
8.2.	Impugnación de la ejecución	184
8.3.	Cantidades retenidas en exceso	187
8.4.	Punto de cierre, recursos comunes para deudor y acreedor.....	188
9.	Derechos de terceros implicados	189
9.1.	Cuentas conjuntas y nominales.....	189
10.	Vigencia de la medida	191
11.	Naturaleza cautelar de la OERC.....	192
12.	Ventajas respecto al RBI-bis	194

CAPÍTULO III

TUTELA CAUTELAR Y ARBITRAJE

I. MEDIDAS CAUTELARES Y ARBITRAJE

1.	Consideraciones introductorias.....	197
2.	Arbitraje internacional y medidas cautelares.....	200
3.	Medidas cautelares adoptadas por árbitros.....	203
3.1.	Capacidad de los árbitros en las diferentes normas.	203
3.2.	Requisitos para la adopción de medidas cautelares por los árbitros.....	206
3.3.	Medidas <i>ante causam</i> y el arbitraje de emergencia.....	207
3.4.	Las medidas <i>ex-parte</i> en el arbitraje.....	215
3.5.	Sustitución de la medida cautelar por declaración de buena fe del demandado	216

4.	Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares adoptadas por árbitros...	217
4.1.	Circulación de medidas cautelares arbitrales en general	217
4.2.	Reconocimiento de medidas adoptadas por los árbitros de emergencia	219
4.3.	El Convenio de Nueva York.....	222
4.4.	La Ley Modelo UNCITRAL	223
4.5.	Reconocimiento de medidas de emergencia en Derecho español	225
5.	Medidas cautelares adoptadas por órganos jurisdiccionales estatales.....	226

II. MEDIDAS CAUTELARES Y ARBITRAJE EN LA UE

1.	Antecedentes	228
1.1.	Exclusión del arbitraje de la legislación europea de DIPr.....	228
1.2.	Alcance de la exclusión del artículo 1 CB68 y RBI.....	231
1.3.	Primera aportación del TJCE, asunto <i>Rich</i>	231
1.4.	TJCE y <i>Van Uden</i> - medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral	233
1.5.	Las <i>antisuit injunctions</i> y el arbitraje en la UE: el asunto <i>Allianz</i>	236
1.6.	<i>Anti-suit injunctions</i> adoptadas por un tribunal arbitral: el asunto <i>Gazprom</i>	248
2.	El proceso de reforma del RBI.....	258
2.1.	Informe Heidelberg.....	259
2.2.	El Libro Verde de la Comisión.....	261
2.3.	Propuesta de la Comisión	265
3.	Regulación definitiva del RBI-bis	270
3.1.	El Considerando 12 RBI-bis.....	271
3.2.	Exclusión general de arbitraje	272
3.3.	Medidas cautelares en apoyo de procedimientos arbitrales.....	273

3.4.	RBI-bis y <i>anti-suit injunctions</i>	276
3.5.	El importante papel del convenio arbitral y la circulación de decisiones	280
4.	OERC y arbitraje	286
4.1.	El arbitraje en la Propuesta de Reglamento OERC	287
4.2.	Situación con el texto definitivo	287

III. MEDIDAS CAUTELARES Y ARBITRAJE EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1.	Medidas cautelares adoptadas por jueces españoles en apoyo de procedimientos arbitrales	289
1.1.	Medidas <i>ante causam</i>	290
1.2.	Competencia de los tribunales españoles para adoptar medidas cautelares en apoyo a procedimientos arbitrales extranjeros	292
1.3.	Procedimiento para la adopción de las medidas	293
1.4.	Medidas cautelares específicas	295
2.	Potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares	295
2.1.	Árbitros y medidas <i>ante causam</i>	296
2.2.	Capacidad declarativa-ejecutiva de los árbitros	297
3.	La problemática de la caución en procedimientos cautelares arbitrales	298
4.	Aplicación subsidiaria de la LEC.....	302
4.1.	Medidas cautelares específicas	302
5.	Medidas <i>ex-parte</i>	304

IV. EL ARBITRAJE UNCITRAL

1.	Antecedentes. La justicia cautelar con la Ley Modelo de 1985.....	306
-----------	--	------------

2.	Enmiendas a la LMU de 2006.....	308
3.	La tutela cautelar en la LMU 2006	309
3.1.	Requisitos para la adopción de medidas cautelares por los árbitros.....	311
3.2.	Medidas <i>ex-parte</i> en la LMU –las órdenes preliminares-.	312
3.3.	Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares.....	319
3.4.	Reconocimiento de medidas adoptadas por árbitros de emergencia en base al modelo UNCITRAL	321
3.5.	La circulación de medidas cautelares en apoyo a procedimientos arbitrales (17.j)	322
3.6.	Cuestiones accesorias	323
4.	Repercusión internacional de la LMU.....	324

V. MEDIDAS CAUTELARES EN LOS REGLAMENTOS ARBITRALES

1.	El arbitraje de la CCI.....	326
1.1.	Capacidad para adoptar medidas cautelares	326
1.2.	Medidas <i>ex-parte</i>	327
1.3.	Medidas <i>ante causam</i> - el árbitro de emergencia	328
2.	La “LCIA” - Corte de Arbitraje Internacional de Londres.....	334
2.1.	Capacidad para adoptar medidas cautelares	334
2.2.	Medidas <i>ante causam</i>	336
2.3.	Medidas <i>ex-parte</i>	340
3.	El ICDR	340
3.1.	Capacidad para adoptar medidas cautelares	340
3.2.	Medidas <i>ex-parte</i>	341
3.3.	Medidas <i>ante causam</i>	342

CAPÍTULO III

DIMENSIÓN MARÍTIMA

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

1.	Armonización del Derecho marítimo.....	346
1.1.	Armonización por vía convencional.....	347
1.2.	Otros métodos de armonización	350
2.	Relevancia del embargo preventivo de buques en el tráfico marítimo.....	351

II. RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES

1.	Contexto histórico.....	354
1.1.	Elaboración del Convenio de Bruselas de 1952	354
1.2.	Revisión del Convenio de Bruselas de 1952 y elaboración del Convenio de Ginebra de 1999	356
2.	Análisis comparado de los Convenios.....	359
2.1.	El crédito marítimo – artículo 1	360
2.2.	La lista de créditos.....	363
3.	Presupuestos para solicitar la medida	384
3.1.	El <i>periculum in mora</i>	384
3.2.	El <i>fumus boni iuris</i>	385
3.3.	La caución.....	386
4.	Potestad para embargar.....	387
4.1.	Situación del buque en el momento de solicitar el embargo	388
5.	El buque objeto del embargo.....	388
5.1.	Deudor propietario.....	389
5.2.	Arrendatarios o fletadores del buque	390
5.3.	Supuestos especiales, reipersecutoriedad de algunos créditos.	394
5.4.	Buques embargables	396

5.5.	Contratos de <i>time charter</i> y la obligación de explotadores-no propietarios del buque de soportar los perjuicios derivados del embargo	397
6.	Reembargo y “multiple arrest”	398
7.	Levantamiento del embargo	400
8.	Competencia judicial internacional sobre el fondo-controversia principal.....	401
8.1.	En el Convenio de 1952	401
8.2.	En el Convenio de 1999	407

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE ORIGEN INTERNO - PERSPECTIVA DE DERECHO ESPAÑOL

1.	Contexto - evolución cronológica del sistema de fuentes en Derecho español.	414
1.1.	La regulación primitiva del Código de Comercio	414
1.2.	Convivencia de los Convenios y la LEC	414
2.	La Ley de Navegación Marítima.....	418
3.	El embargo preventivo de buques en España – <i>statu quo</i>.....	420
3.1.	Prevalencia de fuentes y concreción de la medida cautelar de “embargo preventivo”.....	420
3.2.	Competencia	423
3.3.	Ámbito de aplicación de la medida	426
3.4.	Presupuestos procesales para adoptar la medida	426
3.5.	Notificación y ejecución del embargo preventivo.....	434
3.6.	Levantamiento del embargo – liberación del buque.....	436
3.7.	Oposición al embargo	437

IV. CONVENIOS SOBRE EMBARGO PREVENTIVO Y DERECHO EUROPEO

1.	La “regla de especialidad”	438
1.1.	El nuevo artículo 71 y <i>statu quo</i> de la cuestión.	440
1.2.	Interpretación de la norma general del art. 71.1	442
2.	Regla de especialidad y Convenios sobre embargo preventivo de buques..	447
2.1.	Alcance del art. 7	450
3.	Posibilidad de ratificación del Convenio de 1999 sobre embargo preventivo de buques por parte de los Estados miembros.....	452

ABREVIATURAS

AAA	<i>American Arbitration Association</i>
ADM	Anuario de Derecho marítimo
AEDIPr	Anuario español de Derecho internacional privado
<i>Arb. Int.</i>	<i>Arbitration International</i>
Arbitraje	Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones
BOE	Boletín Oficial del Estado
BUNKERS 2001	Convenio sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques
C.C.	Código Civil
C52	Convenio de Bruselas sobre embargo preventivo de buques
C99	Convenio de Ginebra sobre embargo preventivo de buques
CNUDM	Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del mar
CCI	Cámara de comercio internacional
CB68	Convenio de Bruselas de 1968
CDT	Cuadernos de Derecho Transnacional
CE	Constitución española
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CJI	Competencia judicial internacional
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional
CNY	Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras
CPH	Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DO	Diario Oficial
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DIPr	Derecho internacional privado

EEMM	Estados miembros
EE.UU.	Estados Unidos de América
FJ	Fundamento Jurídico
ICDR	<i>International Centre for Dispute Resolution</i>
JIGE	<i>Joint Intergovernmental Group of Experts on Maritime Liens and Mortgages and Related Subjects</i>
LARb	Ley de arbitraje
LCIA	<i>London Court of International Arbitration</i> -Corte de arbitraje internacional de Londres-
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LNМ	Ley de Navegación Marítima
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MARPOL	Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OECD	<i>Organisation for Economic Cooperation and Development</i> (vid. OCDE)
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMI/IMO	Organización Marítima Internacional/ <i>International Maritime Organization</i>
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SOLAS	Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
UNCTAD	<i>United Nations Conference on for Trade and Development</i> / Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo

UNIDROIT

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho
Privado

V./Vs.

Contra (*versus*)

INTRODUCCIÓN

1. La justicia cautelar constituye un elemento fundamental en todo procedimiento de arreglo de controversias en la actualidad. Esta relevancia tiene su reflejo en una doble vertiente.

Por un lado, la función más elemental de las medidas cautelares se apoya en la necesidad de la parte demandante de asegurar la eventual ejecución de una resolución que le sea favorable, para lo que a menudo deberá preservarse cautelarmente el objeto de la controversia. Se trata de la característica fundamental de toda situación susceptible de obtener una medida cautelar, el denominado *periculum in mora* se erige así como mínimo común denominador en todo procedimiento cautelar, siendo la primera y fundamental característica del mismo. Por lo tanto, no sorprende encontrarnos con afirmaciones rotundas como que “la tutela judicial efectiva no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva recaída en la controversia judicial”¹.

Por otro lado, no puede desconocerse otra función que, si bien no queda expresamente recogida en las normas, tiene una incontestable relevancia práctica. Nos estamos refiriendo a los efectos persuasivos o intimidatorios derivados del otorgamiento de medidas cautelares, a menudo más eficaces que la resolución final en sí misma.

Tanto es así que la justicia cautelar es a menudo considerada preferible² porque permite una justicia rápida, poco problemática y más eficiente. Así, conseguir una resolución favorable a la adopción de medidas cautelar situará al demandante en una posición negociadora mejor en aras a lograr la rápida satisfacción de sus intereses. Por el contrario, la denegación de la medida anticipará en ocasiones un poco exitoso procedimiento sobre el fondo.

Decíamos que no queda recogida de manera expresa, si bien a lo que estamos haciendo referencia no deja de ser la consecuencia de la otra característica propia de todo proceso cautelar, como es el *fumus boni iuris*. La obtención de la medida, en general³, generará un contexto de victoria moral para el demandante por haber sido

¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Aproximación teleológica a la tutela cautelar en el proceso civil y en el arbitraje”, *Diario La Ley*, nº 8897, de 10 de enero de 2017, p. 14.

² HONORATI, C., “Medidas provisionales y revisión del Reglamento Bruselas I: una oportunidad perdida para mejorar la regulación”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, Nº11, 2011, pp. 207-227.

³ Veremos como el caso de la norma relativa al embargo preventivo de buques introduce una excepción a este principio general de aceptación del *fumus boni iuris* como requisito, reduciendo las exigencias para la obtención de la medida a la mera alegación del crédito.

apreciada por el tribunal esta “apariencia de buen derecho” que aunque no devenga inevitablemente en una victoria final sí hará a la contraparte plantearse la estrategia de cara al litigio. No faltan voces autorizadas en la doctrina que respaldan esta afirmación hasta el punto de considerar que “*it is a well known facet of litigation that the first step is often more important than any to follow*”⁴.

Podría plantearse en este punto si el poder atribuido a las medidas cautelares al que nos referimos no las eleva a una categoría de resoluciones, de facto, definitivas, lo que choca con la propia naturaleza cautelar de la medida. Entendemos que, al contrario, al margen de consideraciones semánticas en torno al concepto de “provisionalidad”, la posición negociadora derivada de la consecución de la medida es un elemento más de la tutela cautelar que dota de contenido y entidad a esta figura jurídica.

2. Hemos puesto sobre la mesa el papel central que cumplen las medidas cautelares en los procedimientos de arreglo de controversias. En este contexto, el presente estudio pretende situar el foco sobre el desarrollo de este tipo de instrumentos procesales cuando concurre un elemento de internacionalidad, lo que conocemos como tutela cautelar internacional, entendida como “la respuesta normativa del Estado (o los Estados) a las cuestiones específicas que suscita la adopción de medidas cautelares en litigios vinculados con dos o más sistemas jurídicos territoriales”⁵.

Si decíamos que las medidas cautelares pueden llegar a ser incluso más importantes que la decisión sobre el fondo, esta utilidad de la tutela cautelar cobra aún mayor relevancia en el panorama del comercio internacional en un momento en el que el volumen de operaciones a nivel mundial –que crece exponencialmente año tras año– redundará inevitablemente en una litigiosidad internacional sin precedentes.

Así, en un procedimiento de reclamación de deudas transfronterizas, por ejemplo, nos encontraremos, además de con las incertidumbres propias de todo procedimiento litigioso, con las cuestiones de Derecho internacional privado –competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones– en relación

⁴ MAHLER, G. Y RODGER, B. J., “Provisional and Protective Remedies: The British Experience of the Brussels Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, N° 48, 1999, pp. 302-339, p. 302.

⁵ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 3.

con la controversia, lo que añade un grado de complejidad adicional para los operadores jurídicos, a los que va dirigida esta investigación doctoral.

Dicha complejidad lleva aparejado un procedimiento, que a menudo se prolonga mucho en el tiempo –notablemente más que en los procedimientos nacionales- lo que vuelve a reflejar la importancia de las medidas cautelares en este escenario.

Asimismo, los riesgos inherentes a todo procedimiento se ven acentuados en este contexto internacional, por cuanto que resulta mucho más factible que un demandado domiciliado en otro Estado, dado el galimatías derivado de un proceso de estas características, pueda eludir las consecuencias de una futura resolución condenatoria –a través de destrucción de documentos o pruebas o el desplazamiento de capitales-.

Manifestación gráfica de este “*periculum reforzado*” es, desde luego, el caso de las deudas en el tráfico marítimo y el embargo preventivo de buques, sobre el que volveremos posteriormente, y al que dedicaremos el tercer capítulo del presente estudio.

Dadas por tanto las citadas especificidades de la tutela cautelar en su vertiente internacional, el necesario equilibrio entre las partes cobra una relevancia capital. Cuestión recurrente a lo largo de todo el trabajo, veremos de qué manera los diferentes sistemas normativos facilitan la adopción de este tipo de medidas para el demandante y cómo esto, en ocasiones, puede generar controversia en relación con los derechos de defensa del demandado. Caso paradigmático es el de la adopción de medidas cautelares sin dar audiencia al demandado *-ex-parte-*.

3. En el marco descrito, el presente estudio pretende mostrar una imagen completa del panorama cautelar para el operador jurídico –particularmente el europeo- comenzando por la alusión a las normas que, desde el Derecho derivado, se ha dotado a los Estados miembros para resolver las cuestiones de Derecho internacional privado a las que nos referíamos.

La idea que ha presidido los sucesivos textos –primero convenios, actualmente reglamentos- ha sido siempre la de perseguir una armonización a todos los niveles, haciendo del espacio judicial europeo un escenario en el que las cuestiones relativas a litigios transfronterizos civiles, comerciales o de familia, tengan un alto grado de previsibilidad en cuanto al proceso y cada vez mayor grado de armonización en cuanto al Derecho material que se aplica para resolver los mismos.

Esta anhelada uniformidad, sin embargo, parece haber encontrado en la tutela cautelar un terreno resbaladizo en el que las incertidumbres siguen siendo importantes a pesar de las sucesivas reformas de los reglamentos. Los escasos cambios introducidos en la nueva versión del Reglamento Bruselas I⁶ -RBI-, el actualmente vigente Reglamento Bruselas I-bis⁷ -RBI-bis, no han sido considerados, en términos generales, muy satisfactorios y continúan siendo la excepción a los citados avances en armonización que sí se dan en las demás áreas del texto.

Los motivos de esta falta de avances serán puestos sobre la mesa. Podemos de manera preliminar, como señalan algunos autores⁸, a que el alto grado de flexibilidad que introduce la regulación contenida en RBI-bis responde a motivos esencialmente pragmáticos.

Del art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968⁹ -CB68- hemos llegado, pasando por el art. 31 RBI, al sistema establecido por el art. 35 RBI-bis, que remite al Derecho autónomo de los Estados miembros la determinación no solo del catálogo concreto de medidas que se pueden adoptar, sino también los requisitos procesales para su adopción. Todo ello, en la práctica, tiene como consecuencia la posibilidad de abrir el espectro de medidas cautelares que se pueden obtener a través de las diferentes normas internas.

Es más, algunas voces en la doctrina llegan a afirmar que un mayor control competencial en relación a la tutela cautelar a nivel europeo podría redundar, paradójicamente, en una manifiesta denegación de justicia en algunos casos¹⁰.

Con todo, abordaremos la cuestión de la tutela cautelar en general desde el prisma del DIPr de la UE haciendo el necesario recorrido cronológico de dicha figura. Este *iter*, basado en la evolución del régimen cautelar del CB68 hasta la norma vigente deberá apoyarse en la abundante y relevante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -TJUE- cuyas aportaciones en este campo han sido determinantes en aras a dotar de verdadero sentido práctico a tutela cautelar europea.

⁶ Reglamento (CE) No 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOCE L 12 de 16/12/2001, pp. 1-23.

⁷ Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DOUE L 351, del 20/12/2012, pp. 1-32.

⁸ DICKINSON, A., "Provisional measures in the "Brussels I" review: disturbing the status quo?" *Journal of Private International Law*, Vol. 6, N° 3 2010, pp. 519-564, p. 543.

⁹ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOCE: L 299 de 31/12/1972 pp. 0032 – 0042.

¹⁰ DICKINSON, A., "Provisional measures...", op. cit. p. 542.

El análisis del ámbito de aplicación del citado art. 35 RBI-bis junto a la cuestión relativa al reconocimiento y ejecución de medidas cautelares en aplicación del mismo Reglamento ocuparán buena parte del primer capítulo.

Ahondando, asimismo, en la armonización a la que nos venimos refiriendo, el legislador europeo ya ha dado los primeros pasos, en materias concretas, en relación con la ejecución de créditos no impugnados¹¹ o, en materia cautelar, a través de la creación de la figura de la orden europea de retención de cuentas¹² –OERC-, que se erige como primer gran hito armonizador en materia cautelar a nivel de Unión Europea.

4. Realizada la exposición de las cuestiones más relevantes en relación con la tutela cautelar en su vertiente jurisdiccional, procede extender el análisis al método de resolución de controversias preferido por los operadores en comercio internacional, el arbitraje. Tanto es así que, de acuerdo con un estudio llevado a cabo por la Universidad Queen Mary de Londres¹³, hasta un 97% de los encuestados optan por el arbitraje frente a la alternativa jurisdiccional.

En este escenario, el acceso de las partes a la tutela judicial efectiva pasa, necesariamente, por la capacidad de los tribunales arbitrales para poder adoptar medidas cautelares¹⁴.

Las novedades legislativas que han aflorado en los últimos años en esta disciplina justifican, asimismo, la aproximación que haremos a la materia.

Concretamente, en el nivel de la Unión Europea, en el proceso de reforma que ha resultado en el RBI-bis se planteó desde diferentes instancias la posibilidad de introducir de alguna manera la materia arbitral en la refundición del reglamento. Documentos como el Informe Heidelberg¹⁵ pusieron sobre la mesa la posible supresión de la excepción general del arbitraje, permitiendo que entraran en su ámbito de

¹¹ A través del Reglamento (CE) No 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, DOUE nº L 143, pp. 15-39.

¹² A través del Reglamento (UE) nº 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, DOUE L 189, pp. 59-92.

¹³ Universidad Queen Mary, SIA –School of International Arbitration- y despacho White & Case: *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration* <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-19.pdf>.

¹⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Aproximación teleológica...”, op. cit., p. 11.

¹⁵ Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States presented by Prof. Dr. Burkhard Hess Prof. Dr. Thomas Pfeiffer and Prof. Dr. Peter Schlosser (Munich), Institut für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, septiembre de 2007.

aplicación cuestiones como las resoluciones respecto de la validez del convenio arbitral, los procedimientos conexos o incluso se planteó la posibilidad de incluir los laudos como resoluciones asimilables a las resoluciones de órganos jurisdiccionales estatales de cara a su reconocimiento y ejecución.

Todo ello en aplicación de un criterio jurisprudencial marcado por el TJUE que apuntaba hacía un RBI-bis más permeable a la materia arbitral.

5. Asimismo, y de aquí la pertinencia de la inclusión del tema en el presente estudio, las aportaciones jurisprudenciales en relación con las sucesivas versiones del RBI-bis y el arbitraje no pueden entenderse sin la alusión a la relación entre las medidas cautelares y el arbitraje en el ámbito de aplicación de los Reglamentos¹⁶.

Tanto es así que en el texto de la Propuesta para la reforma del RBI¹⁷ -Propuesta 2010-, el legislador europeo planteó la modificación del art. 31 RBI en un nuevo art. 36 en el que se contemplaba la posibilidad de adopción de medidas cautelares en apoyo de procedimiento arbitrales.

Art. 36 Propuesta 2010 (tachado lo que se proponía eliminar respecto del texto anterior)

“Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, ~~en virtud del presente Reglamento~~ un tribunal de otro Estado miembro o un tribunal arbitral fuere competente para conocer sobre el fondo.”

Tan revolucionarios cambios no fueron, sin embargo, llevados al texto del definitivo del RBI-bis, que se aparta por completo de la Propuesta 2010, llevándose a cabo una reforma “modesta”¹⁸ en relación con el arbitraje.

6. Dada esta inexistente armonización del arbitraje a nivel de Derecho europeo, deberemos acudir a normas alternativas para analizar la situación y el funcionamiento

¹⁶ Este, en su sentencia del asunto *Van Uden* -STJCE de 17 de noviembre de 1998, asunto C-391/95, *Van Uden*, ECLI: EU:C:1998:543- abrió la puerta a la adopción de medidas cautelares en apoyo a procedimientos arbitrales en aplicación del CB68 a pesar de la exclusión genera del artículo 1.

¹⁷ Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Versión refundida), COM (2010) 748.

¹⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro”, *La Ley Unión Europea*, n°9, noviembre 2013, p. 17.

del sistema cautelar aplicado a la esfera arbitral, en general, y en el contexto del arbitraje comercial internacional, en particular.

Para ello nos referiremos, por un lado, a la realidad jurídica española a través de la regulación que en materia cautelar recoge la LArb¹⁹. El art. 23 de dicha norma confirma la competencia concurrente de órganos jurisdiccionales y arbitrales para la adopción de medidas cautelares.

De este modo, en aplicación de la legislación española los tribunales serán competentes para adoptar medidas cautelares en apoyo de procedimiento arbitrales -art. 722 LEC-, habiéndose disipado a través del articulado de la LARb dudas que subsistían en aplicación de la LEC, como la posibilidad de adoptar medida *ante causam*, expresamente prevista en el art. 11.3 LARb.

La posibilidad de que los árbitros adopten medidas cautelares quedará, igualmente, establecida en el texto de la LARb, a través del citado art. 23. En aplicación del mismo, no obstante, se debe excluir la posibilidad, por ejemplo, de adopción de medidas cautelares previas a la constitución del tribunal, como sucede en el supuesto precedente.

7. Por otro lado, aunque excede las pretensiones de este estudio la pormenorizada referencia a la regulación cautelar comparada de diferentes Estados, nos referiremos a la Ley Modelo UNCITRAL²⁰ -LMU-, como texto de referencia para numerosas normas estatales –entre las cuales se encuentra la española-.

El modelo introducido por la LMU presenta interesantes novedades, por cuanto que, además de la consabida competencia concurrente de jueces y árbitros para la adopción de medidas cautelares –art. 17 LMU- en la que se basa el art. 23 LARb, se introduce la figura de las órdenes preliminares como instrumento expresamente establecido para la adopción de medidas cautelares *ex parte*, cuando concurren las necesarias circunstancias.

8. Esta misma urgencia, recogida en forma de “arbitrajes de emergencia” es una de las cuestiones más destacadas de los reglamentos de las principales instituciones arbitrales.

¹⁹ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, «BOE» núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.

²⁰ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006.

Dichos Reglamentos se han erigido en los últimos tiempos como *lex mercatoria* y su utilización se encuentra extraordinariamente extendida a día de hoy, lo que exige una aproximación que, aunque no pueda ser pormenorizada, señale el tratamiento de la tutela cautelar a nivel de arbitraje institucional, con el que completaremos el capítulo relativo al arbitraje.

9. La dimensión general de la tutela cautelar a nivel jurisdiccional y arbitral será trasladada en el último capítulo al ámbito del Derecho marítimo, más concretamente, al embargo preventivo de buques.

En septiembre del año 2016 la naviera surcoreana Hanjin declaraba su incapacidad para hacer frente a los pagos con sus acreedores. En ese momento, la compañía, una de las principales navieras a nivel mundial, vio como la práctica totalidad de su flota se veía bloqueada en puertos de todo el mundo. Muchos de estos buques, no todos, se enfrentarían, de hecho, a embargos preventivos instados por acreedores que impedían la liberación del buque hasta que se presentase la garantía de pago correspondiente.

Esta situación, que generó un verdadero colapso en el tráfico de mercancías a nivel mundial –con unos 540.000 contenedores literalmente “atascados” en el mar sin posibilidad de llegar a su destino- da cuenta de la extraordinaria relevancia de una medida cautelar como el embargo preventivo de buque que se erige como una de las medidas con más transcendencia práctica de cuantas pueden adoptarse en el comercio internacional.

Los costes diarios derivados de la retención de un buque en puerto, tanto directamente –tasas portuarias o gastos de mantenimiento- como indirectamente –el lucro cesante generado por la situación- suponen una carga inmensa para el explotador comercial del buque, lo que convierte al embargo preventivo, además, en una medida de extraordinaria eficacia preventiva.

10. Nos encontramos, adicionalmente, con una medida encuadrada en un área normativa tan singular como el Derecho marítimo, disciplina en la que la armonización regulatoria a nivel internacional resulta muy significativa en atención a las características propias del transporte marítimo, cuyo objeto de regulación fundamental – el buque- genera situaciones jurídicas internacionales de manera recurrente.

El embargo preventivo de buques, en este contexto, no es una excepción y se encuentra, actualmente, regulado por dos convenios internacionales. El Convenio de Ginebra de 1999 sobre embargo preventivo de buques²¹ –C99-, llamado a actualizar el antiguo Convenio de 1952²² sobre la materia –C52-, aunque no ha logrado un gran número de ratificaciones -11 a fecha de publicación de este estudio-. Esta falta de uniformidad generada por un texto surgido con idea de unificar y actualizar la regulación anterior genera, paradójicamente un mayor grado de inseguridad jurídica, semejante a la producida en el ámbito de la regulación relativa al transporte bajo conocimiento de embarque, -con la coexistencia las “Reglas de la Haya – Visby”, el Convenio de Hamburgo de 1978 y la solución, igualmente poco exitosa, planteada por las Reglas de Rotterdam-.

En este último caso, los Estados de la OCDE, que descartaron en bloque la firma del último texto, crearon así dos bloques con los que se producía una situación de absurdo que no ha sido solucionada hasta el momento a pesar de haberse elaborado un nuevo texto “de consenso”, las Reglas de Rotterdam, que ha supuesto un nuevo fracaso -desde 2009 sólo ha sido ratificado por España, curiosamente, y Togo-.

Las analogías con el caso estudiado son evidentes. Mientras que son parte del Convenio de Bruselas Estados indudablemente relevantes en el comercio mundial como Reino Unido, Países Bajos, Rusia, Bélgica, Francia, Alemania, Grecia o Italia, y representando España el país europeo más destacado de cuantos han prestado el instrumento de ratificación al C99 hasta la fecha, cabe pensar que el “bloque débil”, como sucede con aquellos Estados parte del Convenio de Hamburgo, será precisamente el constituido por aquellos que han ratificado el más reciente de los textos.

Los motivos para el fracaso de la última versión del Convenio exigirán un análisis comparado del articulado de ambos textos en la que destacan diferencias en relación con la lista de créditos que dan acceso al embargo, ampliada en la nueva versión, o la regulación relativa al embargo cuando el deudor no sea propietario del buque embargado –más restringida-.

²¹ Convenio Internacional sobre Embargo Preventivo de Buques, firmado en Ginebra el 12 de marzo de 1999.

²² Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Embargo Preventivo de Buques de Navegación Marítima, firmado en Bruselas el 10 de mayo de 1952.

11. Ante las numerosas cuestiones para las que los convenios remiten a las normas internas de los Estados parte resulta obligado analizar la cuestión desde la perspectiva del Derecho español, en el que la Ley de navegación marítima²³ -LNM- regula de manera monográfica –a través del capítulo II del título IX- la figura del embargo preventivo de buques.

A día de hoy, por lo tanto, un embargo preventivo de buques en España se regirá, como expresamente prevé la LNM, por las disposiciones del C99, salvo en aquellos casos que este remita a la legislación española o en aquellos supuestos excluidos del ámbito de aplicación del mismo. Estos supuestos serán los embargos preventivos en situaciones estrictamente nacionales o los embargos de buques que enarbojen el pabellón de Estados no parte del Convenio.

Si bien la LNM reproduce de manera casi literal la regulación del C99, existen algunas especificidades en relación, por ejemplo, con la lista de créditos, que serán exclusivamente aplicables en estos supuestos excluidos del Convenio.

12. Por último, las reflexiones finales del estudio se dedicarán a la situación de los convenios sobre embargo preventivo en el sistema de fuentes de la UE. La cuestión reviste interés desde el punto de vista del análisis jurídico dado que los citados textos internacionales contienen previsiones de DIPr –competencia judicial internacional- cuya compatibilidad con las normas europeas -RBI-bis- ha sido resuelta mediante la aplicación de la regla de especialidad, ratificada por la jurisprudencia del TJUE, en virtud de la cual prevalecerán las previsiones específicas de los convenios sobre las generales del Reglamento.

No obstante, la pacífica aceptación de este criterio en relación con el C52 encuentra algunos problemas en relación con la ratificación por parte de España del C99, derivada del cambio introducido en el art. 71 del RBI respecto del art. 57 CB68.

El Convenio excluía su aplicación a “los Convenios en que Estados contratantes fueren o llegaren a ser parte y que, en materias particulares, regularen la competencia judicial, e reconocimiento o la ejecución de las resoluciones”. En la regulación del RBI fue eliminada la expresión “o llegaran a ser parte”, lo que excluye los convenios ratificados con posterioridad a la entrada en vigor del RBI.

²³ Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, «BOE» núm. 180, de 25 de julio de 2014.

España ratificó el C99 estando ya vigente el RBI, planteándose la duda sobre si al hacerlo contravino la competencia exclusiva de la Unión para obligarse en convenios internacionales que contengan normas de competencia judicial internacional o reconocimiento y ejecución de resoluciones establecida por el Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia²⁴ basada en los arts. 3 y 81 del TFUE.

²⁴ Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 7 de febrero de 2006, ECLI:EU:C:2006:81.

CAPÍTULO I
TUTELA CAUTELAR EN LA UE

La tutela cautelar, como pilar fundamental de la tutela judicial, ha constituido desde las primeras fases del proceso de integración política de la UE una cuestión de gran trascendencia, y sin duda por ello ha sido regulada en los instrumentos más relevantes de DIPr y Derecho procesal europeo. GARCIMARTÍN ALFEREZ²⁵, citando el Informe Jenard²⁶ al Convenio de Bruselas recoge un interesante apunte extraído de una nota de la Comisión de 22 de octubre de 1959 según el cual “sólo se realizará un verdadero mercado interior cuando se garantice una protección jurídica suficiente. (...) la seguridad jurídica del Mercado Común dependen esencialmente de la adopción entre los Estados miembros de una solución satisfactoria en lo relativo al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones judiciales”.

La plasmación práctica de lo antedicho deviene especialmente relevante en una materia como es la de las medidas provisionales o cautelares, cuya adopción fue regulada por primera vez a escala europea en el CB68. El citado Convenio, surgido en cumplimiento del mandato (implícito) del art. 220 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea hace una regulación que trasciende de lo que se extraía de dicho Tratado, yendo más allá de la mera regulación del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, creando un verdadero sistema armonizado de competencia judicial internacional para los Estados parte, estableciendo un catálogo de normas de competencia directa que sustituyen a las normas nacionales dentro del ámbito de aplicación del texto.

Siendo un instrumento indudablemente exitoso en su aplicación –aunque no exento de inevitables controversias de las que nos haremos eco en el presente estudio en todo aquello que tenga que ver con los procedimientos cautelares- fue sustituido por el RBI actualizado, a su vez, por el RBI-bis.

Las reglas de competencia y reconocimiento, de sobra conocidas por los operadores jurídicos, serán analizadas en el presente estudio en relación con las medidas cautelares, haciendo especial hincapié en aquellos aspectos más controvertidos desde el punto de vista doctrinal y/o jurisprudencial. Estas cuestiones, intensamente tratadas en la doctrina, serán actualizadas, tratando de comprobar si todos aquellos interrogantes que se plantearon en relación con la aplicación de los textos han sido de algún modo

²⁵ GARCIMARTÍN ALFEREZ, F. J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 16.

²⁶ Informe del Sr. P. Renard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOCE nº 189, de 28 de julio de 1990 (en español).

aclarados por el TJCE primero o el TJUE más recientemente, del mismo modo que se expondrán las reacciones de las decisiones que eventualmente hubieran podido emanar de dicho Tribunal en la doctrina.

De acuerdo con la dinámica que regirá el resto del presente capítulo la aproximación a las diferentes cuestiones suscitadas en torno a la regulación de la tutela cautelar en los textos europeos se abordará de manera cronológica, deviniendo especialmente relevante el análisis de los cambios producidos en esta área en la reforma del RBI. La importancia de este análisis deriva no solo de la mayor proximidad temporal, sino del hecho de que se han producido numerosas modificaciones de la regulación cautelar en el Reglamento, cambios que no se produjeron en el paso del CB68 al RBI.

I.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Toda aproximación jurídica referente a cualquier precepto normativo debe partir necesariamente del análisis más exhaustivo del ámbito de aplicación del mismo en aras a centrar el posterior análisis de las numerosas derivadas que puedan surgir a la hora de poner en práctica dicha norma. Los preceptos que el RBI-bis dedica a la tutela cautelar en el espacio judicial europeo no son una excepción cuando, de hecho, se trata de una de las cuestiones más ambiguamente reguladas en dicho texto.

En primer lugar, y a modo de consideraciones preliminares, deberemos referirnos siquiera someramente al ámbito de aplicación general del RBI-bis²⁷, en el que se introdujo algún cambio respecto de la anterior regulación²⁸.

²⁷ Sobre las novedades en el RBI-bis vid. entre otros: DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.). *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015; GUINCHARD, E. (dir.). *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, Bruselas, 2014; LEIN, E. (ed.). *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2012; MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2016; POCAR, F. y otros, *Recasting Brussels I*, CEDAM, Padova, 2012; Lazić, V. y Stuijl S. (eds.), *Brussels Ibis Regulation, Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*, Asser Press, The Hague, 2017; Cadet, F., “Le nouveau règlement Bruxelles I ou l’itinéraire d’un enfant gâté”, *Journal du Droit International*, N°3, 2013, pp. 765-790; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”. *La Ley*, año XXXIV, número 8013, 31 de enero de 2013; DICKINSON, A., “The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast) ('Brussels I bis' Regulation)”, <http://papers.ssrn.com>, 2011; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. y SÁNCHEZ, S., “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial?” *Revista Española de Derecho Europeo* 48, octubre-diciembre 2013, pp. 9-35; GAUDEMET-TALLON, H. y KASSEDJIAN, C., “La refonte du règlement Bruxelles I”. *Revue trimestrielle de droit européen*, janvier-mars 2013, pp. 435-454; KASSEDJIAN, C., “Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001”, *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 47, n°1 2011, pp. 117-130; NIELSEN, P. A., “The new Brussels I Regulation”, *Common Market Law Review*, Vol. 50 N°2 2013, pp. 503-528; NUYTS, A., “La refonte du règlement Bruxelles I”, *Revue critique de droit international privé*, N°1 2013, pp. 1-64; POCAR, F., “Révision de Bruxelles I et ordre juridique international: quelle approche uniforme?”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* N° 3 2011, pp. 591-600; ROSENDE VILLAR, C., “Principales novedades del Reglamento núm. 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *Revista Aranzadi Unión Europea* 11, noviembre 2014, pp. 27-57; SEATZU, F. “La proposta per la riforma del Regolamento “Bruxelles I” e il provvedimento provvisorio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, N° 2, octubre 2011, pp.170-177; SILVESTRI, C., “Recasting Brussels I: il nuovo regolamento n.1215 del 2012”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 67 (2) 2013, pp. 677-698; STANDLER, A., “From the Brussels Convention to Regulation 44/2001: Cornerstones of a European law of civil procedure”, *Common Law Market Review*, Vol. 42, N° 6, 2005; ARENAS GARCÍA, R., “Del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I-bis”, *REDI*, vol. LXV, 2013, pp. 377-382.

²⁸ Regulación del RBI-bis referente a su ámbito de aplicación contenida en: considerandos 10, 11, 12 y 41 y artículos 1 y 73.2.

De manera análoga a sus antecesores, el RBI-bis se aplica a litigios internacionales – concepto no definido²⁹- quedando el concreto ámbito material de aplicación establecido en el art. 1³⁰. Se realiza a este respecto y de manera simultánea una regulación en positivo y otra en negativo.

Por un lado, el artículo indica que el Reglamento se aplica a cuestiones de Derecho civil y mercantil –tampoco definido³¹- y por otro lado introduce las consabidas exclusiones: además de las relaciones de Derecho público, incorpora excepciones relativas al estado y capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, la insolvencia, las obligaciones alimenticias, testamentos y sucesiones. Estas dos últimas, novedosas respecto del texto del RBI, responden a la adopción de sendas normas europeas en la materia³² que hacen innecesaria su regulación por el Reglamento.

Asimismo contiene una exclusión genérica del arbitraje³³, reforzada por el art. 73.2, conforme a cuyo tenor, “el presente Reglamento no afectará a la aplicación del Convenio de Nueva York de 1958³⁴”. La relación del Reglamento y el arbitraje ha demostrado ser, no obstante, una cuestión sensiblemente más controvertida en el proceso de reforma, en una doble vertiente.

²⁹ Concepto no determinado por el Reglamento y sobre la que existen diferentes aproximaciones doctrinales, Vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medidas cautelares no comercio internacional”, *Cuadernos de derecho judicial*, nº 18 2004, pp. 409-591, p. 430.

³⁰ Artículo 1

1. El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No se aplicará, en particular, a las materias fiscal, aduanera ni administrativa, ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (acta iure imperii).

2. Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: a) el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable; b) la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos; c) la seguridad social; d) el arbitraje; e) las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad; f) los testamentos y sucesiones, incluidas las obligaciones de alimentos por causa de muerte.

³¹ Definición aportada por la jurisprudencia del TJUE en las siguientes resoluciones: Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 1976, C-29/76 *Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1976:137 y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de noviembre de 2002, C-271/00, *Steenbergen*, ECLI:EU:C:2002:656.

³² Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo y Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

³³ Sobre este particular vid. DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.). *The Brussels I...*, op. cit., pp. 57-60 y 74-92.

³⁴ Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958.

Por un lado, en relación con los procedimientos paralelos relativos a la existencia o validez de la cláusula arbitral, a raíz del pronunciamiento del TJUE en *Allianz*³⁵, surgiría la cuestión en torno al papel del Reglamento en dichos procedimientos.

Por otro lado se introduce una excepción a dicha exclusión genérica de la materia arbitral en referencia a las medidas cautelares que deban ser adoptadas en aras a asegurar la ejecución del laudo, de acuerdo con lo que estableció la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Van Uden*³⁶. Cuestión ésta sobre la que volveremos a lo largo del estudio.

Si bien el ámbito de aplicación espacial³⁷ no reviste especial complejidad, el ámbito de aplicación personal merece consideración. Mientras que el RBI perpetuaba el requisito de que el demandado debe estar domiciliado en un Estado miembro establecido por su predecesor, la Propuesta de 14 de diciembre de 2010 para la reforma del Reglamento 44/2001 -Propuesta 2010- introducía una novedad³⁸ ambiciosa al pretender suprimir dicho requisito en los supuestos en los que materialmente fuera aplicable el Reglamento, tratando de eliminar de esta manera la aplicabilidad de los foros exorbitantes en el territorio de la UE derivados de la aplicación del Derecho interno para estos supuestos.

Finalmente el texto vigente del RBI-bis ha matizado significativamente la Propuesta 2010 optando por mantener lo que se ha venido a llamar la “conexión europea”, que opera de manera diferente dependiendo de si nos encontramos ante un caso de reconocimiento y ejecución -en cuyo caso bastará que la resolución tenga origen en otro

³⁵ STJUE de 10 de febrero de 2009, asunto C-185/07, *Allianz*, EU:C:2009:69.

³⁶ STJCE de 17 de noviembre de 1998, asunto C-391/95, *Van Uden*, EU:C:1998:543.

³⁷ En relación con el ámbito de aplicación espacial, en general, el Reglamento será de aplicación en todo el territorio de los Estados miembros de la UE, entendido del modo establecido por el TCE en su artículo 299.

³⁸ Propuesta 2010: 1.2, p. 3: “El acceso a la justicia en la UE es en conjunto insatisfactorio cuando en los litigios intervienen demandados con domicilio en terceros países. En efecto, salvo contadas excepciones, el Reglamento actual solo es aplicable si el demandado está domiciliado en la UE. En caso contrario, la competencia judicial se rige por el Derecho nacional. Ahora bien, dada la diversidad de los ordenamientos jurídicos nacionales, las empresas de la UE que hacen negocios con socios de terceros países tienen un acceso a la justicia desigual: algunas pueden ejercitar fácilmente una acción en la UE, mientras que otras no pueden hacerlo, ni siquiera en los casos en que no es competente ningún otro órgano jurisdiccional que garantice un juicio justo. A ello hay que añadir el hecho de que cuando el Derecho nacional no permite el acceso a la justicia en los litigios en que intervienen partes domiciliadas en terceros países, no queda garantizada la ejecución de la legislación ES 4 ES vinculante de la UE que protege, por ejemplo, a los consumidores, los trabajadores o los agentes comerciales.; 3.1.2. p. 8: “... la modificación garantizará que las normas de competencia protectora disponibles para los consumidores, los trabajadores y los asegurados también se apliquen si el demandado tiene su domicilio fuera de la UE.”.

Estado miembro- o si nos referimos a la notablemente más compleja cuestión de la competencia judicial internacional directa.

En este último caso, si bien deberá condicionarse la aplicación de las normas de CJI del Reglamento, como regla general, a que el domicilio del demandado se encuentre en un Estado miembro³⁹ -siendo la norma interna de dicho Estado la que determine la competencia para demandados de terceros Estados-, será igualmente la norma interna la que determine qué debemos entender por “domicilio” a efectos del Reglamento, de modo análogo a lo que sucedía con el RBI o CB68.

Esta norma es, por tanto, continuista respecto del art. 4 del RBI y CB68, incorporando igual que estos las situaciones de competencias exclusivas y de prórroga de la competencia⁴⁰ como excepciones a la regla general, además de dos nuevos supuestos relativos a situaciones que requieren especial protección como son los trabajadores y consumidores, recogiendo de alguna manera el espíritu contenido en la Propuesta 2010⁴¹.

Realizada la adecuada contextualización procede a continuación referirnos a las particulares condiciones que rigen el singular régimen cautelar previsto en el RBI-bis, debiendo hacerse las necesarias alusiones al *iter* regulatorio en torno a esta cuestión en los sucesivos CB68-RBI hasta el vigente RBI-bis.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS EN MATERIA CAUTELAR

Nos referiremos a continuación a la regulación que hace el Reglamento –en cualquiera de sus versiones- de la cuestión cautelar, para lo que haremos una primera distinción en atención al sistema de doble vía sobre la que se asienta la tutela cautelar en los textos europeos.

En virtud del citado sistema el demandante puede optar a la hora de solicitar medidas cautelares entre dirigirse directamente al tribunal competente sobre el fondo, cuya

³⁹ Debiendo ex. artículo 6 RBI-bis recurrirse a las normas internas de los Estados para la determinación de la competencia en casos en que el demandado se encuentre domiciliado en un tercer Estado.

⁴⁰ Aunque no se cite expresamente, la sumisión tácita debe entenderse igualmente incluida dentro de las excepciones de acuerdo con MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., op. cit., p. 108. Dichos autores remiten a la jurisprudencia del TJUE en el caso *Group Josi* - Sentencia del tribunal de justicia de 13 de julio de 2000, asunto C-412/98, *Group Josi*, ECLI: EU:C:2000:399.

⁴¹ Vid. cita nº 38.

competencia cautelar como explicaremos será prácticamente absoluta e ilimitada, o ante el tribunal competente en virtud del precepto específico –art. 35 en el vigente RBI-bis-, debiendo en este último caso observarse determinados requisitos o limitaciones a los que dedicaremos la debida atención a lo largo de las siguientes páginas.

Dado que se trata de realidades procesales diferentes, con numerosas particularidades, toda explicación en el presente estudio deberá necesariamente tener en cuenta esta cuestión tratando de manera separada ambas cuestiones.

1.1. MEDIDA SOLICITADA ANTE EL TRIBUNAL COMPETENTE SOBRE EL FONDO

En primer lugar aludiremos a la competencia para adoptar medidas cautelares asociada a la competencia general del capítulo II del Reglamento para conocer sobre el fondo del litigio. Aunque es desarrollada en el epígrafe referente expresamente a la competencia⁴², baste apuntar que la competencia en materia cautelar es concurrente con la competencia sobre el fondo, siendo todo tribunal competente sobre el fondo igualmente competente para adoptar las medidas cautelares requeridas en el litigio sin limitaciones.

En las situaciones en las que la competencia se basa en dichos preceptos el ámbito de aplicación en materia cautelar no difiere en absoluto del que rige, en general, en el resto de preceptos del Reglamento, que como veíamos en los párrafos precedentes, queda sometida como regla general al domicilio del demandado en un Estado miembro, con las consabidas excepciones.

1.2. REMISIÓN DEL ARTÍCULO 35 RBI-BIS

La situación requiere algo más de detenimiento al referirnos al ámbito de aplicación del art. 35 RBI-bis y a la remisión a la competencia sobre el fondo que realiza el mismo, en la que se introduce una novedad respecto de los textos anteriores. Debe señalarse en este punto que se trata de una cuestión íntimamente ligada –siendo inevitable el solapamiento en algunas cuestiones- a las consideraciones que sobre competencia se realizarán en el presente capítulo, al que nuevamente se debe remitir al lector para una comprensión más exhaustiva.

⁴² Vid. pp. 70 y ss.

En las versiones anteriores –art. 31RBI o art. 24 CB68- se atribuía competencia cautelar a los tribunales de un Estado miembro “incluso si, en virtud del presente Reglamento (o Convenio), un tribunal de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto”.

En torno al requisito de que la competencia sobre el fondo derivara del propio Reglamento se propusieron diferentes alternativas en el debate jurídico relativo al ámbito de aplicación espacial de los arts. 24 CB o 31 RBI⁴³. Concretamente, se debatió si la competencia del juez competente sobre el fondo debía necesariamente derivar de las normas del Reglamento, si ésta podría basarse en el DIPr nacional del Estado en cuestión o si ni siquiera debería haber un tribunal competente en un Estado miembro.

A través de la Propuesta 2010, la Comisión pareció apostar claramente por esta última alternativa, flexibilizando enormemente el ámbito de aplicación del precepto a través de la supresión del término “miembro” o la alusión a que la competencia debía ser determinada por las reglas del Reglamento.

Artículo ~~31~~36, Propuesta 2010 (tachado lo eliminado de la redacción anterior, según redacción literal de la Propuesta)

Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, ~~en virtud del presente Reglamento~~, un tribunal de otro Estado ~~miembro~~ ► o un tribunal arbitral ◀ fuere competente para conocer sobre el fondo.

No obstante, esta alternativa, llamada a simplificar enormemente la aplicación del precepto⁴⁴, sería parcialmente reformada en el texto definitivo del art. 35 RBI-bis que, si bien suprime la necesidad de que la competencia del tribunal competente sobre el fondo derive del Reglamento, mantiene el requisito de que la competencia sobre el fondo del asunto recaiga sobre el tribunal de otro Estado miembro.

Artículo 35 RBI-bis (texto definitivo)

Podrán solicitarse a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de dicho Estado

⁴³ VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª edición, Thomson Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 342-343.

⁴⁴ ARENAS GARCÍA, R., “Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas I: de la regulación actual a la regulación proyectada”, *Diario La Ley*, nº 7601, Sección Tribuna, 31 marzo de 2011, p. 7.

miembro, incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto.

1.3. DOMICILIO DEL DEMANDADO

En cualquier caso, hecha esta primera aproximación a cuestiones más propias del estudio de la competencia, deviene en este punto especialmente relevante referirnos a las cuestiones relativas al domicilio del demandado.

La duda surgió en la doctrina⁴⁵ respecto de la aplicabilidad del art. 35 RBI-bis a un demandado domiciliado en un tercer Estado no miembro. La respuesta, de la mano de la combinación del propio art. 35 con el art. 6 RBI-bis solo puede ser negativa, debiendo rechazarse la aplicación de un régimen especial en este sentido para el precepto en cuestión.

Para la aplicación del art. 35 las medidas cautelares deben solicitarse ante los tribunales de un Estado miembro, independientemente del domicilio del demandado, pudiendo éste encontrarse, o no, dentro de un Estado miembro⁴⁶.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO EUROPEO

Volviendo a la distinción entre las medidas cautelares adoptadas por tribunales competentes sobre el fondo y aquéllos que lo son en virtud del art. 35 RBI-bis, debemos partir de la base de que, lógicamente, las restricciones materiales generales del Reglamento a las que hacíamos alusión les serían de aplicación a ambos, siendo esta afirmación más pacífica en el primer caso que en el segundo.

Por un lado, la competencia general sobre el fondo de un litigio viene condicionada de manera expresa por los citados requisitos del art. 1 RBI-bis y no requiere a nuestro juicio un análisis más pormenorizado.

⁴⁵ Sobre este particular: MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European...* op. cit. pp 787-788: “is it for instance possible for a Belgian claimant to invoke Art. 35 to request provisional measures against a defendant domiciled in the United States?”.

⁴⁶ Adicionalmente, en los supuestos meramente o estrictamente internos -situaciones, en las que ambos demandados están domiciliados en el mismo Estado miembro y la controversia surge en torno a una cuestión que no tiene relación con otro Estado- parece lógico concluir que el artículo 35 RBI-bis tampoco sería operativo, debiendo regirse la situación por Derecho interno.

Por el contrario, la naturaleza jurídica de la medida cautelar a la que se refiere el art. 35 RBI-bis –en cualquiera de sus versiones- y la propia definición o extensión de lo que deba entenderse por “medidas provisionales o cautelares” han resultado desde su formulación en el CB68 cuestiones no exentas de controversia en el debate académico.

2.1. ACCESORIEDAD VS. INDEPENDENCIA

En una primera lectura del precepto, en cualquiera de las tres versiones –art. 24 CB68, art. 31 RBI o art. 35 RBI-bis-, vemos que carece de delimitación expresa de su ámbito de aplicación material, por lo que debemos asumir que, en principio, el régimen de exclusiones del art. 1 se debe hacer extensivo al campo de las medidas cautelares, siendo inaplicable el CB68 o el Reglamento a todos aquellos litigios excluidos materialmente por el citado artículo, cuando en ellos se soliciten, o se vayan a solicitar, medidas cautelares.

Esta fue precisamente la lectura del TJCE en el asunto *De Cavel I*⁴⁷, en cuya resolución afirmaba que “el Convenio no proporciona base jurídica alguna que permita distinguir, en cuanto a su ámbito de aplicación material, entre medidas provisionales y definitivas”.

Estamos ante una cuestión nada pacífica, hasta el punto de que se trata de uno de los extremos más controvertidos en relación con la aplicación del precepto, que atrajo gran atención doctrinal, en paralelo a los pronunciamientos judiciales a los que aludiremos a continuación.

La problemática gira en torno a la relación entre la medida cautelar y el proceso principal, concretamente se centra en definir el objeto del proceso cautelar y hasta qué punto es éste distinguible del objeto del proceso principal y en qué medida le afectan los citados límites del art. 1.

El recorrido en el análisis de la cuestión ha de ir necesariamente de la mano del análisis de la jurisprudencia del TJUE, que tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión en el citado asunto *De Cavel I*, y casi en paralelo se produciría el pronunciamiento en *De Cavel II*⁴⁸, completándose esta suerte de trilogía con el asunto *CHW*⁴⁹.

⁴⁷Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 1979, asunto 143/78, *De Cavel I*, ECLI:EU:C:1979:83, párrafo 9.

⁴⁸ STJCE de 6 de marzo de 1980, asunto 120/79, *De Cavel (II)*, ECLI:EU:C:1980:70.

⁴⁹ STJE de 31 de marzo de 1982, asunto 25/81, *W./H.*, ECLI:EU:C:1982:116.

Corresponde en este punto una somera aproximación a los citados casos en aras a una completa comprensión de la cuestión. Asimismo, será el barniz previo imprescindible para abordar a través del presente estudio la problemática de la tutela cautelar internacional.

-De Cavel (I)-

En este caso el Sr. Jacques de Cavel -de nacionalidad francesa- inicia un procedimiento de divorcio ante el *Tribunal de grande Instance* de París contra su mujer -de nacionalidad alemana-. Ambos poseían conjuntamente en aquel momento un inmueble en Francia -Cannes- y otro en Alemania -Frankfurt- de los cuales, según alegaba el marido, la mujer habría vendido objetos de valor que le pertenecían a él, por lo que opta por solicitar ante el tribunal ante el que se sustancia la demanda de divorcio medidas cautelares destinadas a que la mujer no siguiera liquidando bienes para no tener así que repartirlos en el divorcio. El juez francés admitió la petición de medidas cautelares y solicitó el embargo de cuentas de la mujer en Alemania, además de ordenar que se precintará la vivienda de Frankfurt.

El marido acude en este punto al *Landgericht* de Frankfurt pretendiendo la ejecución de la medida de acuerdo con el art. 31 del CB68⁵⁰. El Tribunal rechaza la ejecutoria alegando que “el demandante no ha presentado, como exige el art. 47 del CB68, documentación acreditativa de que, según la ley del Estado de origen, la resolución tiene carácter de ejecutoria y ha sido notificada”. Ante esta resolución, el marido recurrió al *Oberlandesgericht*, que negó la ejecutoriedad de la medida, pero alegando en este caso que las medidas forman parte del proceso de divorcio, excluido del ámbito de aplicación del CB68 en su art. 1.2.

Al volver a recurrir ante el *Bundesgerichtshof*, este remitió el asunto al TJCE cuestionando si el CB68 no sería aplicable al caso por tratarse de de una resolución accesoria al procedimiento principal, que por estar excluido del ámbito de aplicación material del CB68, excluiría igualmente la medida cautelar.

⁵⁰ Artículo 31: Las resoluciones dictadas en un Estado contratante que allí fueren ejecutorias se ejecutarán en otro Estado contratante cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hubiere otorgado su ejecución en éste último (22).

Interesa en este punto resaltar las alegaciones hechas a propósito del caso por el Gobierno del Reino Unido, el Gobierno alemán y la Comisión, además de las partes y el abogado general. Plantean las diferentes soluciones que cabría dar al caso según su particular interpretación del Derecho de la Unión.

El demandante, por su parte, considera que se debe centrar la cuestión en la naturaleza de la medida independientemente considerada, dado que esta es “divisible jurídicamente” del proceso principal⁵¹.

El Gobierno alemán, aunque de partida considera que la exclusión del proceso principal no conlleva necesariamente la exclusión del proceso complementario –o “*ancillary proceeding*”-, pone el énfasis en determinar la naturaleza jurídica del derecho que la medida pretende proteger –“*the nature of the right which the protective measure seeks to protect*”-⁵². De acuerdo con este criterio excluye para este caso la aplicación del CB68 a las medidas cautelares solicitadas por el marido.

El Gobierno del Reino Unido, por su parte, insiste en la idea de la accesoriedad de la medida respecto del litigio principal –“*an ancillary order must follow the course of the main proceedings*”-. Como consecuencia de esta interpretación la exclusión del objeto del proceso principal –en este caso un divorcio- conllevaría automáticamente la exclusión de las demandas de medidas cautelares que se hubiesen suscitado en el procedimiento⁵³.

La Comisión, por su parte, considera que se deben interpretar uniformemente en todo el territorio de aplicación del CB68 los conceptos “estado y capacidad de las personas físicas” y “regímenes matrimoniales” –“*the status or legal capacity of natural persons, rights in property arising out of a matrimonial relationship*”-⁵⁴. En la misma línea, el Gobierno alemán se inclina por considerar que la exclusión material del litigio principal no debe suponer “*ipso facto*” la exclusión de la medida cautelar –“*divorce proceedings (...) relate to the status of persons within the meaning of Article 1 of the Convention (...) but that does not mean that the other*

⁵¹ Sentencia *De Cavel I*, p. 1058.

⁵² *Ibid.*, p. 1060.

⁵³ *Ibid.*, p. 1061.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 1062.

decisions taken within the framework of divorce proceedings are ipso facto excluded from the sphere of application of the Convention”-. En aplicación de este criterio estima que dentro de lo que coincidiría con una definición uniforme de los conceptos arriba señalados no puede determinarse que las medidas solicitadas queden excluidas por aplicación del art. 1.

El TJCE resuelve admitiendo el criterio de la Comisión y del Gobierno alemán, en el sentido de centrarse en la “naturaleza jurisdiccional de la pretensión que la medida cautelar intenta proteger o asegurar”. Coincide así con las tesis del abogado general al no admitir la aplicación del CB68 al caso por estar las medidas solicitadas “estrechamente vinculadas a cuestiones relativas bien al estado de las personas implicadas en el proceso de divorcio o bien a relaciones jurídicas patrimoniales, que resultan directamente del vínculo conyugal o de su disolución.”⁵⁵ -

-Asunto *De Cavel (II)*⁵⁶

Dentro del mismo procedimiento de divorcio se planteaba en este caso al TJCE la pertinencia de incluir o no dentro del ámbito de aplicación material del CB68 el supuesto concreto de una medida provisional relativa a materia de alimentos solicitada por la esposa –no excluida en el CB68- como accesoria de un proceso principal de divorcio –excluido por aplicación del art. 1.2 CB68-. La exclusión supondría que la medida no podría ser ejecutada en Alemania de acuerdo con las disposiciones del CB68.

El marido, lógicamente, alega que del mismo modo que las medidas fueron denegadas en *De Cavel I*, con el mismo argumento deben ser denegadas en *De Cavel II*⁵⁷.

⁵⁵ Ibid. p. 1068 “Judicial decisions authorizing provisional protective measures — such as the placing under seal or the freezing of the assets of the spouses — in the course of proceedings for divorce do not fall within the scope of the Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgment in Civil and Commercial Matters as defined in Article 1 thereof if those measures concern or are closely connected with either questions of the status of the persons involved in the divorce proceedings or proprietary legal relations resulting directly from the matrimonial relationship or the dissolution thereof.”

⁵⁶ STJCE de 6 de marzo de 1980, asunto 120/79, *De Cavel (II)*, ECLI:EU:C:1980:70.

⁵⁷ Ibid., “Judicial decisions authorizing interim or final measures which are ancillary to divorce proceedings do not come within the scope of the Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, as the same is defined in Article 1 thereof, if those measures are concerned with, or are closely linked to, either questions relating to the status of the persons who are parties to the divorce or to the patrimonial legal relationships arising 735 JUDGMENT OF 6. 3. 1980 — CASE 120/79 from the conjugal bond or its dissolution”.

La postura de la Comisión no varía sustancialmente respecto del caso precedente, apoyándose en aseveraciones del informe Schlosser⁵⁸ y del Informe Jenard⁵⁹. Este último deja claro que “*matters falling outside the scope of the Convention do so only if they constitute the principal subject-matter of the proceedings*”. A diferencia del caso *De Cavel (I)*, en este caso existe una previsión expresa en el CB68 referida a la cuestión material de alimentos, cosa que no sucedía con las medidas solicitadas en el primero. Por ello, considera el CB68 de indiscutible aplicación al caso.

Admite en este caso el Tribunal la aplicación del CB68, en una decisión que no puede calificarse de incoherente con la anterior por cuanto que encuentra un anclaje sólido en la regulación que el art. 5.2 CB68 hace de la materia de alimentos. Considerando por separado la medida, como hacía en *De Cavel I* en este caso el resultado es otro porque se considera que la medida solicitada tiene entidad suficiente por haber sido expresamente regulada en el CB68⁶⁰.

-Asunto *C.H.W./G.J.H.*⁶¹

Se trata nuevamente de un litigio entre cónyuges, ambos de nacionalidad holandesa, en relación con la administración por parte del marido de los bienes privativos de la mujer. El marido solicitó, como medida cautelar, que se le impidiese a la mujer presentar como prueba en el juicio un documento –codicilo- redactado por él que obraba en poder de la susodicha. Se elevaba la cuestión prejudicial por parte del *Hoge Raad*⁶² holandés al TJCE por tratarse de dos temas excluidos a priori del ámbito de aplicación material del CB68. La materia sucesoria por un lado, por tratarse de un “supuesto codicilo” y la cuestión sustantiva matrimonial por otro.

⁵⁸ “Informe Schlosser” sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio de Bruselas, en DOCE C 59 (OJEC por tratarse de la versión inglesa) de 5 de marzo de 1979, pp. 71 y ss.

⁵⁹ Informe del Sr. P. Jenard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOCE C 189 de 28 de julio de 1990 pp. 122-180, p. 10.

⁶⁰ Sentencia *De Cavel II*, párrafo 5: “Así pues, estas prestaciones pertenecen a la materia civil en el sentido del párrafo primero del artículo 1 del Convenio y, por tanto, están comprendidas dentro de su ámbito de aplicación, al no haber sido excluidas por el párrafo segundo de dicho artículo.”

⁶¹ STJE de 31 de marzo de 1982, asunto 25/81, *C.H.W./G.J.H.*, ECLI:EU:C:1982:116.

⁶² El equivalente a nuestro TS.

Del tenor literal de la sentencia “una demanda de medidas cautelares destinada a obtener la entrega de un documento con el fin de impedir que las declaraciones que en él figuran sean utilizadas como prueba en un litigio relativo a la administración de los bienes privativos de la mujer” debe también considerarse, debido a su carácter accesorio, como relacionada con los regímenes matrimoniales a efectos del CB68. Puede observarse como el Tribunal recurre al concepto de accesoriedad para justificar su decisión, accesoriedad que considera irrelevante en las decisiones precedentes. Ello nos obliga a realizar una distinción entre proceso principal y accesorio (cautelar en este caso), del mismo modo que se deben distinguir el objeto en los diferentes procesos.

A este respecto interesa traer a colación la reflexión de GARCIMARTÍN ALFÉREZ⁶³, al recordar que, siendo todo proceso cautelar “accesorio de uno principal”, [...] “la medida cautelar es instrumental respecto del derecho que hace valer el actor y para el cual se reclama esa protección cautelar.” Siendo esto así, la determinación del objeto del proceso cautelar irá indefectiblemente ligado al proceso principal, dando como resultado la resolución comentada.

Por lo tanto, puede darse, según esta tesis, la circunstancia de que exista un proceso accesorio pero con un objeto diferente al del proceso principal, existiendo igualmente objetos principales y accesorios.

En esta línea, algunos autores⁶⁴ no dudan en establecer la accesoriedad, estrechamente vinculada a la instrumentalidad como elementos indispensables a la hora de considerar una medida como incluida en la definición del Reglamento.

A. Instrumentalidad de la medida como mínimo común denominador

Parte de la doctrina⁶⁵ recurre por tanto al requisito de instrumentalidad enunciado en las sentencias comentadas como hilo conductor o mínimo común denominador a la hora de establecer los requisitos mínimos de las medidas cautelares para que éstas sean

⁶³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas cautelares...* op. cit. p. 23.

⁶⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., en DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 313.

⁶⁵ PRETELLI, I. En LAZÍĆ, V. y STUIJL S. (eds.), op. cit., p. 103; GASCÓN INCHAUSTI, F., en DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 313.

consideradas parte del sistema del Reglamento. Entendido de este modo, la medida cautelar que, sirviendo al proceso principal, comparte objeto con éste, deberá ser excluida del ámbito de aplicación del CB68, cosa que no sucedería en el caso de existir, como comentábamos en el párrafo precedente, un proceso accesorio con un objeto diferente, por lo que esta aproximación no resulta aplicable a todos los supuestos.

Esta instrumentalidad es, precisamente, la que rige el sistema cautelar previsto en la LEC, por lo que dando por bueno el criterio se daría cobertura a las mismas por parte del Reglamento sin mayores inconvenientes⁶⁶.

B. Superando el debate

En un estudio más en profundidad de las resoluciones comentadas, otros autores como FUENTES CAMACHO⁶⁷ ponen el foco en otras analogías. Superando el debate accesoriidad vs. independencia del proceso cautelar respecto del proceso principal podemos centrar la solución en la determinación de la competencia judicial internacional para resolver del proceso principal⁶⁸. De acuerdo con esta tesis la conclusión que se debe extraer de las resoluciones del TJCE no es otra que lo relevante no es la distinción entre proceso y objeto cautelar y objeto y proceso principal, sino que la solución consistiría en la verificación de la competencia judicial internacional, de acuerdo con los preceptos del CB68, para conocer de un existente o futuro litigio principal.

Otros autores⁶⁹ concluyen sin embargo que “las medidas provisionales o cautelares deben tener por finalidad la salvaguarda de derechos referidos a materias cubiertas” por el Reglamento, independientemente de la naturaleza o materia a la que se refiera el proceso principal o, incluso, la propia medida cautelar. Dicha tesis encuentra su base fundamental en la jurisprudencia del TJUE en *Bohez*⁷⁰.

⁶⁶ Ibid., p. 314.

⁶⁷ FUENTES CAMACHO, V., *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Eurolex, Madrid, 1996, pp. 163 y ss.

⁶⁸ Ibid. p. 163, de este modo la condición de aplicación del artículo 24 del Convenio de Bruselas consistente en que la medida de que se trate se incardine en su ámbito material es indisociable de otra exigida que se exige explícitamente en el precepto: que el Tribunal ante el cual se haya suscitado, o, eventualmente pueda llegar a suscitarse el litigio principal sea competente para resolverlo en virtud de alguna de las normas distributivas de la competencia judicial internacional que se formulan en el título II [...] Indisociable y, además, directamente dependiente (...).

⁶⁹ CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., op. cit. pp. 474 y ss.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2015, C-4/14, *Bohez*, ECLI:EU:C:2015:563.

-Bohez-

Nos encontramos ante una cuestión prejudicial presentada en el marco de un litigio entre el Sr. Bohez y la Sra. Wiertz respecto a la ejecución en Finlandia de una multa coercitiva impuesta mediante una resolución dictada por un tribunal belga para garantizar el respeto del derecho de visita concedido al Sr. Bohez sobre sus hijos.

En ella se solicita la interpretación de los arts. 1, apartado 2, y 49 del RBI y del art. 47, apartado 1, del Reglamento Bruselas II bis. Deviene especialmente relevante a los efectos del presente estudio la cuestión siguiente:

“¿Debe interpretarse el art. 1, apartado 2, del Reglamento nº 44/2001 en el sentido de que los asuntos relativos a la ejecución de una multa coercitiva impuesta para la observancia de la obligación principal en los litigios en materia de custodia de los hijos o del derecho de visita no están comprendidos en el ámbito de aplicación de este Reglamento?”⁷¹.

En respuesta a dicha cuestión el TJUE recuerda que “en lo que respecta a las medidas provisionales, el Tribunal de Justicia considera que su inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 viene determinada, no por su naturaleza propia, sino por la naturaleza de los derechos cuya salvaguarda garantizan”, remitiendo a su vez a jurisprudencia previa en el asunto *Realchemie Nederland*⁷² que se hace eco⁷³ del criterio establecido en *De Cavel y Van Uden*.

En atención a dicho criterio el Tribunal determina⁷⁴ que “la multa coercitiva cuya ejecución se solicita en el asunto principal es una medida accesoria que pretende garantizar la salvaguarda de un derecho que no forma parte del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001, sino del relativo al Reglamento nº 2201/2003” por lo que el RBI no le será de aplicación.

Siguen existiendo voces, no obstante, que ponen el acento en “la naturaleza de la pretensión que se ventila en el procedimiento principal”⁷⁵ por lo que podemos concluir

⁷¹ Ibid. párrafo 30.

⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de octubre de 2011, C-406/09, *Realchemie Nederland*, EU:C:2011:668.

⁷³ Ibid. epígrafe 40.

⁷⁴ Ibid. epígrafe 39.

⁷⁵ ARENAS GARCÍA, R., “Las medidas provisionales...”, op. cit., p. 7.

que no se trata en absoluto de un debate cerrado siquiera en el plano más teórico-jurídico.

Cabe decir, sin embargo, como conclusión, que la tesis mayoritariamente aceptada⁷⁶ apunta a que en lo que debe ponerse el acento es en que la medida debe estar dirigida a la protección de derechos en materias amparadas por el Reglamento, independientemente de de la naturaleza o materia del procedimiento principal o cautelar.

2.2. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO MATERIAL CON EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS

Ya en el periodo de aplicación del RBI esta se consideró en opinión de parte de la doctrina una cuestión cerrada⁷⁷, poniéndose, con la sentencia del asunto *C.H.W./G.J.H.* punto final a una “vacilante y equívoca”⁷⁸ trilogía jurisprudencial a este respecto.

Quizá por ello en el proceso de reforma del RBI ninguno de los trabajos preparatorios se detienen en la cuestión, acerca de la cual, no obstante, sigue habiendo pronunciamientos en la doctrina.

Sigue por tanto, a nuestro juicio, plenamente vigente la mayoritariamente aceptada reflexión del profesor GARCIMARTÍN ALFÉREZ⁷⁹ que destaca la irrelevancia de la naturaleza o materia del proceso principal ni de la propia medida cautelar, siendo determinante “la materia o naturaleza de los derechos cuya salvaguardia garantizan las medidas”.

3. CUESTIONES RELACIONADAS – COMPETENCIA CAUTELAR Y ACUERDOS ATRIBUTIVOS DE COMPETENCIA

Ante una situación en la que las partes hayan sometido la controversia a determinados tribunales surgirán dos cuestiones a tener en cuenta.

Por un lado, la mera existencia de un tribunal competente sobre el fondo en virtud de un acuerdo atributivo de competencia no supondrá la inaplicabilidad del art. 35 RBI-bis,

⁷⁶ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medidas cautelares...”, op. cit. p. 454; CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., op. cit. pp. 474 y ss.

⁷⁷ Vid., entre otros, ARENAS GARCÍA, R., “Las medidas...”, op. cit., p. 7.

⁷⁸ FUENTES CAMACHO, V., op. cit., p. 153.

⁷⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *El regimen...*, op. cit., pp. 67-101.

siendo, a efectos de aplicación del mismo, indiferente el origen de la competencia del tribunal sobre el fondo.

Por otro lado cabe la posibilidad de que las partes hubieran previsto no solo la competencia, en genérico, para conocer del litigio, sino que hubiesen introducido expresamente la adopción de medidas cautelares dentro del acuerdo de elección de foro. De haberse previsto, y no habiendo sido respetado el pacto por alguna de las partes cabría para el perjudicado el recurso a la excepción de incompetencia correspondiente del art. 25 RBI-bis, si bien es cierto que podría bastar con la simple incomparecencia, siendo responsabilidad del tribunal el control de oficio de su competencia.

Idéntica tesis puede ser aplicable a la relación entre el art. 35 RBI-bis y los demás preceptos del título II que atribuyen competencia judicial internacional a un determinado tribunal.

4. NOCIÓN DE “MEDIDAS PROVISIONALES” O “CAUTELARES”.

Al margen de la controversia comentada –y estrechamente relacionada con la misma– en el epígrafe anterior, relativa exclusivamente a la aplicación de los límites materiales del Reglamento en materia cautelar, la falta de una verdadera delimitación del concepto enunciado en las diferentes versiones del precepto comentado ha sido objeto de estudio y atención por parte de la doctrina⁸⁰ en paralelo a los pronunciamientos jurisprudenciales que se comentarán a continuación.

Dado el tremendamente heterogéneo panorama cautelar en la UE, la necesidad de acotar el concepto deviene esencial en aras a dotar al precepto un elevado grado de aplicabilidad práctica en una cuestión de innegable transcendencia procesal como es la justicia cautelar.

4.1. REICHERT (II) COMO PRIMERA DEFINICIÓN

⁸⁰ NUYTS, A. (Coord.). *Actualités en Droit international privé*, Bruylant, Bruselas, 2014, pp. 115 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Civil Europeo, Vol. I, Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 312.

En la sentencia del caso *Reichert II*⁸¹ –resumen a continuación- el TJUE introduce una primera delimitación del concepto de “medidas provisionales y cautelares”, limitando un concepto tan consustancialmente abierto a interpretación.

-REICHERT II-

El litigio principal surge entre el Sr. y la Sra. Reichert y su hijo por una parte y el Dresdner Bank por otra. Los señores Reichert, residentes en Alemania, poseían unos bienes inmuebles en Francia cuya nuda propiedad donaron a su hijo. La donación fue impugnada por el Dresdner Bank, acreedor del matrimonio Reichert, ejercitando una acción pauliana regulada en el 1167 del Código Civil francés con la que el demandante pretendía proteger su crédito ante ese acto que consideraba realizado en fraude de su derecho.

El tribunal *de grande instance de Grasse* se declaró competente en base al art. 16.1 del CB68 –competencia exclusiva de los Tribunales del Estado contratante donde se encuentre el inmueble en materia de derechos reales inmobiliarios-, competencia que sería recurrida por los demandados.

A consecuencia de este recurso, la *cour d’appel de Aix-en-Provence* suspendió el procedimiento y plantearía la primera cuestión ante el TJCE para aclarar la aplicabilidad al caso del art. 16 del CB68. Esta cuestión dio como resultado la sentencia de *Reichert I*⁸² que descartaba que la acción pauliana solicitada pudiera considerarse cubierta por dicho precepto del CB68.

En este punto, a instancia del demandante la *Cour d’appel* plantea una cuestión prejudicial complementaria en la que cuestiona si la competencia de los tribunales franceses puede basarse en el art. 5.3 –materia delictual o cuasidelictual-, el 16.5 CB68 –lugar de ejecución- o el art. 24 CB68, que centrará la atención en el presente estudio.

En lo relativo a este último artículo el demandante alega que la acción pauliana debe ser considerada una medida cautelar a efectos del art. 24 del CB68. No obstante, siguiendo el criterio de la Comisión y del propio

⁸¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de marzo de 1992, Asunto C-261/90, *Reichert (II)*, ECLI:EU:C:1992:149.

⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de enero de 1990, Asunto C-115/88, *Reichert (I)*, ECLI:EU:C:1990:3.

abogado general⁸³ el Tribunal opta por determinar que una acción como la citada no cabe dentro del concepto de medidas provisionales y cautelares del precepto en cuestión porque “no tiene por objeto mantener una situación de hecho o de Derecho a la espera de una resolución del Juez sobre el fondo del asunto”. Éste es, precisamente, el criterio que rige una suerte de definición introducida en esta sentencia que constituye la primera delimitación expresa del concepto de medidas provisionales y cautelares del art. 24. Según el Tribunal, “procede considerar como medidas provisionales o cautelares a efectos del art. 24 las medidas que, en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del CB68, están destinadas a mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al Juez que conoce del fondo del asunto”.

De la lectura de la sentencia podemos extraer los requisitos materiales a los que aludiremos a continuación.

A. Mantener una situación de hecho o de derecho

En relación con este requisito debemos referirnos inicialmente a una categorización que distingue entre medidas provisionales conservatorias, anticipatorias o preparatorias.

Todo ello sin perjuicio de apuntar la distinción que debe realizarse entre medidas provisionales y medidas cautelares, ya que no reflejan la misma realidad, dado que, “si bien todas las -medidas- cautelares son provisionales no todas las provisionales son cautelares”⁸⁴.

Aclarada esta cuestión, la controversia, en la práctica, surgirá particularmente en torno a aquellas medidas provisionales que adelantan el contenido de la decisión sobre el fondo, es decir, las medidas anticipatorias. Con todo, las restantes categorías serán igualmente analizadas a continuación.

a. Medidas provisionales conservatorias –medidas cautelares en sentido estricto-

⁸³ Conclusiones del abogado general sr. Claus Gulmann, presentadas el 20 de febrero de 1992: “Una acción de rescisión como la acción pauliana no está comprendida dentro del ámbito de aplicación del número 3 del artículo 5, ni en el del número 5 del artículo 16, ni en el del artículo 24 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.”

⁸⁴ ARENAS GARCÍA R., “Las medidas...”, op. cit., p. 9.

Las medidas que cumplen esta función serían las que genuinamente cumplirían con los requisitos enunciados en *Reichert*, puesto que están destinadas únicamente a mantener el *statu quo* hasta la efectiva resolución del caso, paradigmáticas en esta categoría serían las *freezing injunctions* inglesas o sus equivalentes continentales.

¿Quedarían fuera por tanto las medidas provisionales de las dos categorías restantes?

b. Medidas provisionales anticipatorias (i.a. pago anticipado) – cambio de paradigma con *Van Uden/Mietz*

Si tenemos en cuenta que, en puridad, estas medidas no tienen por finalidad mantener una situación de hecho o de derecho, en aplicación literal estricta de la definición de *Reichert* parecía, con anterioridad a la sentencia *Van Uden*, sensata la exclusión de las mismas del ámbito de aplicación del precepto. Así se desprende de pronunciamientos doctrinales⁸⁵, de la propia Comisión en los trabajos previos para la revisión del CB68 y del *Committee on International Civil and Commercial Litigation*⁸⁶ de la *International Law Association*.

La jurisprudencia del TJUE en *Van Uden*⁸⁷ parece apuntar, no obstante, en sentido opuesto. Si bien sujeta a condiciones más estrictas que en el caso previo, no se cuestiona a día de hoy la aplicabilidad del art. 35 RBI-bis a medidas anticipatorias⁸⁸ como el “pago anticipado” *-interim payment-*, que, al recaer sobre el bien o la suma reclamada en el procedimiento principal desposeen al demandado del bien o la suma objeto del litigio principal.

Conviene sin embargo matizar algunas cuestiones.

Según la propia sentencia⁸⁹ la adopción de la medida solo estará justificada en los casos en que sea necesaria para el aseguramiento del objeto del procedimiento principal. En la práctica puede pensarse que el supuesto más habitual será el que suponga para el demandante de la medida la necesidad de demostrar que la demora en la obtención de una resolución sin la obtención de la medida cautelar puede derivar en privar de sentido todo el procedimiento.

Debemos referirnos, en esta línea, a los siguientes requisitos concretos:

⁸⁵ Vid. CONSOLO, C., “Avoiding the Risk of Babel after Van Uden and Mietz: Perspectives and Proposals”, *Zeitschrift für Zivilprozeß international: Jahrbuch des internationalen Zivilprozeßrechts*, vol.6, 2001, pp. 49-63, p. 49.

⁸⁶ En la Conferencia de Helsinki de 1996 de la ILA, segundo *interim report*, párrafo 37.

⁸⁷ Vid comentario de la sentencia en pp. 73 y ss.

⁸⁸ De esta opinión CONSOLO, C., “Avoiding...”, op. cit., p. 50.

⁸⁹ Sentencia *Reichert (II)* párrafo 34.

i. El requisito de urgencia

No se puede hablar por tanto de una aceptación general de este tipo de medidas dentro del Reglamento, debiendo atenderse, a juicio de algunos autores a la necesidad de urgencia⁹⁰ como prerequisite indispensable.

Esta urgencia, implícita en *Van Uden* -sobre la que volveremos en las próximas páginas-, no ha sido expresamente introducida por el TJUE en su jurisprudencia, a pesar de lo cual resulta un requisito comúnmente aceptado que, de hecho, está incorporado en las legislaciones nacionales a través del *periculum in mora* cuya formulación en el art. 728 LEC⁹¹ resulta muy similar a la citada estipulación del TJUE en *Van Uden*. En consecuencia puede estimarse el carácter consustancial de la urgencia a la motivación misma de las medidas cautelares.

Siendo, no obstante, controvertida su consideración y delimitación⁹² en la doctrina, ésta pudo nuevamente ser zanjada en el año 1995, de no haber sido retiradas la cuestión prejudicial por el *Hoge Raad*⁹³ holandés en el asunto C-99/95.

De modo análogo a lo que ocurre con la caución, la aplicación del art. 35 RBI-bis (o sus antecesores) junto con la legislación interna incorporará en la práctica totalidad de los supuestos el *periculum in mora* como requisito de Derecho interno. Quizá por ello no es un requisito que venga recogido en ninguna de las versiones del Reglamento –ni de manera expresa en la jurisprudencia del TJUE-, lo que ha sido interpretado de diferentes maneras por la doctrina.

Por un lado puede entenderse que la exclusión es consciente y voluntaria, no pudiendo concluirse que pueda exigirse este requisito en los procedimientos cautelares a regidos por Derecho europeo⁹⁴. Otros autores se sitúan en una posición menos categórica, rechazando interpretar la omisión en el sentido de considerar que el legislador ha querido excluirlo expresamente, aunque no llegue a dar el paso definitivo

⁹⁰ DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.), op. cit., p. 364.; GASCÓN INCHAUSTI F., en DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 314; GAUDEMET-TALLON, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3ª edición, L.G.D.J., París, 2002, p. 249.

⁹¹ Artículo 728 Peligro por la mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución.

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

⁹² GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau...*, op. cit., p. 176; NUYTS, A., “La refonte...”, op. cit., p. 48;

⁹³ Asunto C-99/95, *Saueressig c. Forbo-Krommenie*, retirada del registro 29 de abril de 1996.

⁹⁴ NUYTS, A., “La refonte...”, op. cit., p. 48, GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau...*, op. cit., p. 176.

de incluir dicha voluntad en el texto⁹⁵. En cualquier caso, no existe unanimidad en la doctrina sobre la exigibilidad –siquiera teórica- de la urgencia a efectos de la aplicación del art. 35 RBI-bis.

No obstante, puede entenderse que ofrecería una mayor seguridad para el afectado por la medida la plasmación expresa en el texto convencional, que evitaría la aplicación de las siempre más imprevisibles legislaciones internas de los Estados. Debe limitarse por tanto, en opinión de algunos autores⁹⁶, la adopción de medidas cautelares a casos en los que la urgencia haga necesario el recurso al art. 35 RBI-bis, siendo poco operativo el recurso al tribunal que conoce sobre el fondo. En esta misma línea, en caso de no existir esta urgencia debe ser este último el encargado de conocer de la demanda de medidas cautelares con todas las garantías para el demandado y con el conocimiento más en profundidad del caso.

ii. Reversibilidad (como *repayment*) y territorialidad

La aceptación de las medidas anticipatorias dentro del ámbito de aplicación del precepto viene además de la mano del cumplimiento de otros requisitos enunciados en *Van Uden*⁹⁷ y *Mietz*⁹⁸. Nos estamos refiriendo, concretamente, a la reversibilidad de la medida –en el sentido de que la devolución de la cantidad entregada esté garantizada- y a la necesidad de que los bienes a los que se refiere la medida se encuentren dentro de la esfera territorial del juez competente. Baste anunciar la cuestión sobre la que volveremos en las páginas siguientes.

iii. Medidas no dinerarias

Conviene destacar la dificultad de extrapolar la “caución” –en forma de garantía de recobro exigida en *Van Uden*- como requisito general, a aquellas medidas cautelares cuyo objeto no sea dinerario o en casos en los que sí exista una reclamación dineraria pero basada en una relación extracontractual.

A pesar de que en las siguientes páginas se dedicará un espacio a la provisionalidad en genérico establecida por el TJUE en *Denilauler*, podemos destacar que parte de la

⁹⁵ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European...*, op. cit., p. 801, NUYTS, A. (Coord.) *Actualités...*, op. cit., p. 118.

⁹⁶ De esta opinión MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European...*, op. cit., p. 801.

⁹⁷ Sentencia *Van Uden*, cit., fdto. 47.

⁹⁸ Sentencia *Mietz*, cit., fdto. 43.

doctrina⁹⁹ consideró apropiada la distinción entre deudas basadas en una relación contractual y las que no, no pudiendo ser exigidas a estas últimas las mismas garantías que para las primeras.

Cabe recordar además en este punto que las medidas cautelares adoptadas sobre la base del art. 35 RBI-bis (o cualquiera de sus antecesores) se adoptarán de acuerdo con la legislación nacional del Estado miembro en cuestión, con lo que la figura de la caución -*security*- con la que cuentan la generalidad de los ordenamientos europeos matizará en la práctica el requisito adaptándolo a la realidad del caso. En la caución recogida en nuestra LEC se da un notable margen al juez¹⁰⁰ para modular la cuantía, no debiendo corresponderse con la totalidad de lo exigido, como parecería exigir una interpretación estricta de *Van Uden*.

c. Medidas provisionales preparatorias

Al referirnos a este tipo de medidas nos estamos refiriendo a las medidas relacionadas con el ámbito probatorio. Concretamente, la situación de las medidas de aseguramiento de pruebas resultan ser supuestos controvertidos por cuanto que, en puridad, su objetivo no es el de asegurar la efectividad de la sentencia –fundamento básico de toda medida provisional o cautelar- sino más bien se refieren de manera exclusiva a una fase del proceso y al aseguramiento de la misma.

No obstante, en relación con el RBI, algunos autores¹⁰¹ se posicionaban a favor de considerar este tipo de medida, no expresamente reguladas en el texto, como incorporables al concepto de medidas provisionales y cautelares por tener un fundamento y estructura equiparables a las mismas, refiriéndose concretamente a que los presupuestos clásicos del *periculum in mora* y *fumus boni iuris* les son también de aplicación.

⁹⁹ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European...*, op. cit., p. 804.

¹⁰⁰ Art. 728 LEC

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

El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

(...)

Art. 737 LEC

La prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada.

El tribunal decidirá, mediante providencia, sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la caución.

¹⁰¹ DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 318.

Estamos ante unos supuestos regulados expresamente en otra norma europea – Reglamento 1206/2001-¹⁰² e incluso en convenio internacional¹⁰³, que eran las vías a las que debería, teóricamente, recurrirse. No obstante, a juicio de algunos autores¹⁰⁴ el recurso a estos instrumentos, en la práctica, no resulta todo lo ágil que tan delicada materia puede requerir, resultando más operativo el recurso al RBI y su art. 31.

Con todo, si buscamos una respuesta con una base más sólida, el pronunciamiento del TJUE en el asunto *St. Paul Dairy*¹⁰⁵, referido al examen de un testigo, podría ser extrapolado al caso dando como resultado la exclusión de este tipo de medidas. Se trata, no obstante, de una cuestión no estrictamente idéntica, por lo que esta extrapolación no puede ser admitida como criterio general.

En vista de la relevancia práctica de la cuestión, esta fue tomada en cuenta por la Comisión en su Propuesta 2010, a través del considerando 22, que afirma que “debe clarificarse la noción de medidas provisionales y cautelares. Éstas deben incluir, en particular, las providencias precautorias destinadas a obtener información o a conservar pruebas (...)”.

Asimismo, en esta línea -aunque volveremos sobre la cuestión en próximas páginas-, el RBI-bis ha incorporado expresamente en la versión definitiva del considerando 25 las “medidas destinadas a obtener información o a conservar pruebas” dentro del concepto de medidas provisionales y cautelares, si bien realiza una remisión a la consideración que hace la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

Al margen de las precisiones que se expondrán posteriormente queda claro por tanto que, a pesar de la definición de *Reichert*, el legislador europeo ha incorporado, aunque con más restringido, las medidas de esta naturaleza en el texto.

En definitiva, siendo determinante la aportación de *Reichert (II)* a la delimitación material de las medidas cautelares en la UE; sus requisitos serán en la práctica fácilmente cumplibles por la mayoría de las medidas cautelares que puedan plantearse por los diferentes ordenamientos. A modo de ejemplo, en el catálogo de medidas –no

¹⁰² Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

¹⁰³ Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.

¹⁰⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., Derecho Procesal..., op cit., p. 319.

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 28 de abril de 2005, C- 104/03, *St. Paul Dairy*, ECLI:EU:C:2005:255. Para resumen de la sentencia vid. pp. 67 y ss.

cerrado- que plantea nuestra LEC podemos ver que difícilmente puede entenderse que el embargo o intervención de bienes, el depósito de cosa mueble o formación de inventario de bienes, entre otros, puedan quedar fuera de la letra de dicho requisito. Quizá por ello podamos considerar que en cierto modo *Reichert (II)*, habida cuenta de las consideraciones referidas en torno al requisito de “mantener una situación de hecho o de derecho, resultan algo redundantes.

4.2. PROVISIONALIDAD DE LA MEDIDA

A. Provisionalidad como reversibilidad

En un sentido material-formal esta limitación fue introducida por las sentencias *Van Uden y Mietz*¹⁰⁶, en las que se consideraba necesario –amen de la conexión real a la que se prestará la debida atención en el punto correspondiente del trabajo¹⁰⁷- garantizar la recuperación, recobro *-repayment-* del importe depositado por el afectado por la medida cautelar en caso de que no prosperara la demanda sobre el fondo. Aunque se trata a nuestro juicio de una cautela coherente con lo gravoso de una medida que anticipa de alguna manera el resultado final del litigio¹⁰⁸, es considerada por algunos autores una carga excesiva para el demandante que en la práctica podría disuadir a muchos a la hora de solicitar las medidas¹⁰⁹. Debe existir, en cualquier caso, una garantía que constate la reversibilidad o provisionalidad propugnada por el TJUE en la jurisprudencia citada.

Asimismo, el TJUE deja abierta a interpretación la cuestión de cuándo se dará por garantizado el recobro, si bien parece lógico pensar que este solo podrá considerarse garantizado en los casos en que se consigne judicialmente la cantidad correspondiente¹¹⁰, lo que redundaría en la idea del párrafo anterior de que resultará gravoso para el demandante que, en reclamación precisamente de una deuda, puede verse en una situación financiera compleja de cara a poder consignar la cantidad que precisamente está reclamando.

B. Provisionalidad, aspecto temporal

¹⁰⁶ Sentencia *Mietz*, cit.

¹⁰⁷ Vid. sentencia *Denilauler*, infra, p. 57.

¹⁰⁸ DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.), op. cit., p. 366.

¹⁰⁹ BOULARBAH, H., “Les mesures provisoires en droit commercial international: développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et de Lugano”, *Revue de droit commercial belge*, 1999, pp. 604, 609.

¹¹⁰ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European...*, op. cit., p. 803.

La provisionalidad de la medida exigida en este caso por el TJUE, en remisión a la sentencia del mismo Tribunal en el caso *Denilauler* -resumen a continuación- plantea la cuestión de si la medida debe o no limitarse al espacio de tiempo comprendido entre la presentación de la demanda sobre el fondo y la resolución definitiva de la misma. De la mano de dicho requisito aludiremos necesariamente a la necesidad de urgencia como elemento indispensable en la activación del precepto.

-DENILAULER¹¹¹-

La empresa demandante, SNC Couchet Frères -con sede social en Francia- transportaba mercancías para Bernard Denilauler, nacional alemán. Ante el impago de éste la empresa francesa demandó en base al contrato logrando, en un procedimiento unilateral, una medida cautelar de embargo preventivo de una suma de dinero en un banco del demandado en Frankfurt.

La demandante solicitó el reconocimiento y la ejecución de la medida obtenida en Francia ante el *Landgericht* de Wiesbaden en aplicación del CB 68. El propio demandante, adelantándose al Tribunal, alegaba la no aplicabilidad al caso del art. 47 del CB68 –el que exige notificación previa para poder instar la ejecución-. Sustentaba esta afirmación argumentando que el efecto sorpresa es precisamente lo que da sentido a la medida cautelar.

Aceptando estos argumentos el *Landgericht* ordenó la ejecución de la medida, que fue recurrida ante el *Oberlandesgericht Frankfurt am Main* por el demandado alegando que se habían obviado los arts. 27.2 y 46.2 del CB68. En este punto, el *Oberlandesgericht* traslada la cuestión al TJCE en relación con la aplicación al caso de tanto de los arts. 27.2 y 46.2 aludidos por el demandante, como del art. 47 aludido por el propio demandante en primera instancia –reconocimiento y ejecución de resoluciones adoptadas *ex parte*-, además del alcance de los arts. 34 y 36 –argumentos que el demandado puede plantear al recurrir la ejecución-.

Respecto de las medidas adoptadas *ex parte* el Tribunal pondera la efectividad de estas medidas con los derechos de defensa –que constituyen una de los principios que sustentan el CB68- decantándose por priorizar

¹¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de mayo de 1980, C-125/79, *Denilauler*, ECLI:EU:C:1980:130.

estos últimos. Descarta por tanto la circulación entre Estado miembros de medidas cautelares adoptadas en un procedimiento unilateral.

Se detiene además a analizar el alcance del art. 24 CB68, como régimen especial dentro del Convenio, cuyas condiciones no pueden ser extrapolables a las medidas cautelares adoptadas por el tribunal competente sobre el fondo. Introduce además interesantes matizaciones inéditas hasta el momento sobre el art. 24 CB68:

Respecto de la provisionalidad de la medida¹¹², se establece expresamente que debe poderse limitar su concesión en el tiempo, pudiéndose exigir asimismo garantías bancarias.

En relación, además, con el requisito de conexión real¹¹³, será el “Juez del lugar (...) donde estén situados los bienes que serán objeto de las medidas solicitadas”, el que está en mejores condiciones para apreciar las circunstancias que pueden llegar a conceder o denegar las medidas solicitadas.

Descarta por tanto la ejecución de la medida en Alemania, recordando no obstante que existe la posibilidad de eliminar los inconvenientes del procedimiento en curso recurriendo al Tribunal del lugar en que se hallen los bienes al amparo, precisamente, del art. 24 CB68.

La exigencia de provisionalidad enunciada en *Denilauler* e incluida en *Reichert (II)* como requisito adicional a la definición que ésta proporciona, no queda sin embargo acotada y debe cuestionarse su extensión, concretamente, en su vertiente temporal.

En este aspecto, el TJUE no determina si la exigible provisionalidad se refiere a un requisito temporal en el sentido de deber estar limitada a un espacio de tiempo concreto. Es decir, la concepción más restrictiva del criterio podría limitar la aplicabilidad del art. 35RBI-bis/31RBI/24CB68 a medidas que se mantuvieran vigentes exclusivamente desde la presentación de la demanda principal hasta que el tribunal competente sobre el fondo emitiese la correspondiente resolución sobre el caso. Esta sería, a juicio de

¹¹² Sentencia *Denilauler*, fundamento jurídico N° 15.

¹¹³ *Ibid.*, fundamento jurídico N° 16.

muchos¹¹⁴, una interpretación excesivamente restrictiva del precepto que no ha recibido además respaldo alguno en decisiones posteriores.

4.3. EXCLUSIÓN DE PROCESOS SUMARIOS.

Aunque sí existe una distinción entre procesos sobre el fondo y procesos provisionales-cautelares, a efectos de aplicación del Reglamento los procesos sumarios son considerados procesos principales, puesto que no se distingue entre procesos que resuelven un litigio de manera definitiva y aquellos que lo hacen provisionalmente.

Por ello, estos procesos no serán considerados dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, suponiendo su aceptación un quebranto en la seguridad jurídica por la diferencia de trato que supondría entre sujetos domiciliados en Estados en los que se conocen esos procesos sumarios y aquellos en los que no¹¹⁵.

5. CONCEPTO DE MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES EN EL PROCESO DE REFORMA DEL RBI

Como veremos se trata de una cuestión que ha recibido atención en las fases de estudio y elaboración del nuevo Reglamento, por lo que merece detenerse, siquiera someramente, en los diferentes informes o trabajos preparatorios en aras a comprobar el desarrollo de la cuestión hasta el texto vigente.

5.1. INFORME POCAR

En el Informe explicativo del Convenio de Lugano II el profesor Fausto Pocar¹¹⁶ realiza una serie de aportaciones relevantes para el estudio de la tutela cautelar, concretamente en los epígrafes 124 a 127.

Al respecto de la cuestión tratada en el presente punto señala la necesidad de una definición autónoma del concepto de medidas cautelares y provisionales, sugiriendo una definición que aúne los criterios introducidos por *Reichert* -mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita (...) al

¹¹⁴ COLLINS, L. "Provisional and protective measures in international litigation", *Recueil des cours, collected courses of the Hague academy of international law*, vol. 234, 1992, pp. 13 y 24.

¹¹⁵ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 318.

¹¹⁶ POCAR, F., Informe explicativo: Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007, 2009/C 319/01.

juez que conoce del fondo del asunto- con los requisitos de *Van Uden y Mietz*¹¹⁷ – garantizar la devolución y limitar la medida a los bienes en la esfera de competencia territorial del juez a través del requisito de conexión real-.

5.2. INFORME HEIDELBERG¹¹⁸

En este texto se recogen una serie de “cuestiones cruciales” en el ámbito de las medidas cautelares, entre las cuales destaca a efectos del presente epígrafe la referencia a la heterogeneidad del planteamiento cautelar en los diferentes Estados que componen el espacio judicial europeo. Un panorama de gran riqueza normativa que va desde las particularidades de las *freezing injunctions* anglosajonas a las controvertidas –por la litigiosidad generada- *kort geding* o *référé provision* francesa, pasando por complejas figuras en relación con obtención de información y pruebas –con reflejo igualmente en la jurisprudencia europea de la mano del asunto *St. Paul Dairy*¹¹⁹ al que se aludirá en diferentes puntos a lo largo del presente estudio-.

5.3. INFORME DE LA COMISIÓN¹²⁰

En el texto elaborado en 2009 la Comisión identifica las áreas en las que se han suscitado problemas, redundando en las dificultades derivadas de la heterogeneidad normativa comentadas en Heidelberg, identifica cuestiones específicamente problemáticas como las medidas *ex – parte*, el requisito de conexión real o la garantía de recobro. Pero, a efectos del ámbito de aplicación material destaca la referencia que hace a las medidas para la obtención de información y pruebas, sugiriendo, en aras a un mejor “*access to justice*”, su aceptación como medidas cautelares o provisionales. Se trata, como vemos, de una cuestión problemática derivada de la inexistencia de una definición autónoma.

5.4. PROPUESTA DE LA COMISIÓN

¹¹⁷ Vid. p. 73.

¹¹⁸ Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States presented by Prof. Dr. Burkhard Hess Prof. Dr. Thomas Pfeiffer and Prof. Dr. Peter Schlosser (Munich). Versión definitiva, septiembre de 2007.

¹¹⁹ Sentencia TJUE, asunto *St. Paul Dairy*, cit.

¹²⁰ Report from the Commission to the European Parliament, the Council and THE European Economic and Social Committee on the application of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters COM/2009/0174 final.

Cabe en este punto una breve alusión a la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Hacia una mayor eficacia en la obtención y la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea de 1997¹²¹ en la que ya se señalaba la necesidad de dotar a “medidas provisionales” de una definición autónoma en aras a “reforzar la seguridad jurídica y la eficacia de los mecanismos”¹²², redundando igualmente en la heterogeneidad de las mismas en el contexto de la Unión. Para paliar estas deficiencias proponen directamente “definir uniformemente la «medida cautelar o provisional». Se ha sugerido que se inspire en los principios rectores adoptados por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Reichert II*¹²³”.

Llegado el momento de elaboración del nuevo texto, la Comisión adoptó de manera desigual las sugerencias recogidas en los citados textos, además de la propia jurisprudencia y la doctrina.

El considerando 22 de la Propuesta 2010 recoge lo que la misma institución incorporaba en el texto de 1997, insistiendo en que “debe clarificarse la noción de medidas provisionales y cautelares”, e instando a incluir “las providencias precautorias destinadas a obtener información o a conservar pruebas, y abarcar pues las órdenes de búsqueda e incautación a que se refieren los arts. 6 y 7 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual”.

Del mismo modo se considera que “no deben incluir medidas que no sean de naturaleza cautelar, como las medidas por las que se ordena la audiencia de un testigo para permitir al demandante sopesar la conveniencia de ejercitar una acción ante la justicia.”

Asimismo, la nueva redacción propuesta del art. 2 incluía las citadas medidas de obtención o conservación de pruebas, siendo en este caso más significativa por encontrarse ahora sí en el articulado del texto.

Si bien en la Propuesta de 1997 la Comisión era notablemente más ambiciosa –tanto que el cambio sería finalmente descartado– en esta ocasión se opta ya desde este primer texto por una aproximación bastante continuista. Todo ello a pesar de la opinión mayoritaria en la doctrina, e incluso de las propias instituciones europeas en un primer

¹²¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51997DC0609&from=EN>

¹²² Propuesta 2010, párrafo 15, final. El epígrafe específico sobre la cuestión se recoge en los párrafos 22 a 29.

¹²³ Ibid. párrafo 27.

momento, que veían la reforma del Reglamento como una oportunidad para actualizar un precepto¹²⁴ cuyos problemas ya se habían identificado, entre otros, por la propia Comisión¹²⁵. En el proceso de elaboración del nuevo RBI-bis, una vez más, la doctrina albergaba esperanzas de que esta vez sí se aclarara la lectura que el legislador hace de la jurisprudencia referente al art. 24 CB68/31 RBI.

6. DEFINICIÓN EN EL RBI-BIS

Finalmente el Reglamento no incorporó definición alguna del concepto de “medidas provisionales y cautelares” más allá del Considerando 25¹²⁶ que introduce expresamente –aunque no en el articulado– las medidas “destinadas a obtener información o a conservar pruebas a que se refieren los arts. 6 y 7 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual”.

Por ello, la definición, en abstracto, se mantiene inalterada aunque algo matizada por dicha inclusión. Será, no obstante, la doctrina la que se encargará de dar definiciones concretas en ausencia de texto vigente que se encargue de lo propio. CARAVACA-CARRASCOSA¹²⁷, por ejemplo, recientemente ofrecían una muy completa definición al indicar que nos estamos refiriendo a medidas “instrumentales, temporales, requieren una apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), deben adoptarse ante una situación de peligro para la futura ejecución (*periculum in mora*) y pueden requerir la prestación

¹²⁴ DICKINSON, A., “Provisional measures in the “Brussels I” review: disturbing the status quo?” *Journal of Private International Law*, Vol. 6, Nº 3 2010, p. 521.

¹²⁵ En la exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (COM/99/348 final) señala que “El artículo 31, único artículo de esta Sección, no se ha modificado. Como las restantes disposiciones del Reglamento, debe leerse a la luz de las resoluciones del Tribunal de Justicia al pronunciarse sobre una cuestión prejudicial en virtud del Protocolo del Convenio de Bruselas“. Se entiende por tanto que el legislador europeo no era ajeno a la controversia que suscitaba la redacción del artículo 24.

¹²⁶ 25. “El concepto de medidas provisionales y cautelares debe incluir, entre otras, las destinadas a obtener información o a conservar pruebas a que se refieren los artículos 6 y 7 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (1). No debe incluir medidas que no sean de naturaleza cautelar, como las medidas por las que se ordena la audiencia de un testigo. Esto se entiende sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (CE) no 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (2).

¹²⁷ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis”. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Nº1 2015, p. 71.

de una fianza o contracautela para evitar abusos”. Según estos mismos autores deben considerarse incluidas tanto las medidas anticipatorias como las aseguratorias.

No obstante, como conclusión general, la doctrina¹²⁸ lamenta la oportunidad perdida por el legislador europeo para poner negro sobre blanco la abundante aportación que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia viene haciendo desde hace décadas, limitándose a hacer una enumeración no exhaustiva de supuestos. Jurisprudencia que, bien es cierto, tampoco realiza –como hemos visto- una exhaustiva delimitación del concepto y que además limita sus aportaciones a la concepción de medida cautelar del, hoy, art. 35 RBI-bis, no pudiendo ser extrapolados¹²⁹ estos requisitos a la competencia cautelar del juez con competencia para decidir sobre el fondo de la controversia.

7. RBI-BIS Y NORMAS EUROPEAS SOBRE PRUEBAS - REGLAMENTO 1206/2001 Y DIRECTIVA 2004/48

Otra cuestión que subyace al referirnos al considerando 25 sería la de las condiciones de aplicación del RBI-bis y el Reglamento 1206/2001 sobre obtención de pruebas al que remite.

A este respecto el propio TJUE confirmaba en la sentencia del asunto *ProRail*¹³⁰ el carácter no exclusivo del Reglamento 1206/2001 declarando que “un tribunal nacional que considere conveniente ordenar la práctica de una prueba pericial en el territorio de otro Estado miembro no tiene necesariamente la obligación de recurrir al modo de obtención de pruebas previsto” en el Reglamento¹³¹. Esta sentencia seguiría la línea marcada por el mismo TJUE en el asunto *Lippens*¹³².

La doctrina¹³³ parece posicionarse mayoritariamente de acuerdo con esta concepción del Tribunal apoyando una aplicación en paralelo de ambos instrumentos.

¹²⁸ GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...* op. cit., p. 172; DICKINSON, A., “Provisional measures...” op. cit., p. 545.

¹²⁹ GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...* op. cit., p. p. 173

¹³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de febrero de 2013, C-332/11, *ProRail*, ECLI:EU:C:2013:87.

¹³¹ Sentencia *ProRail* epígrafe 49.

¹³² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de septiembre de 2012, C-170/11, *Lippens*, ECLI:EU:C:2012:540.

¹³³ GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...*, op. cit., p. 182; NUYTS, A., “Le règlement communautaire sur l’obtention des preuves: un instrument exclusif?”, *Revue critique de droit international privé*, 2007, pp. 53 y ss.; GAUDEMET-TALLON, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4ª edición, L.G.D.J., 2010. p. 323.

En relación con la Directiva 2004/48 a la que remite directamente el citado considerando 25, este viene a acotar el concepto de “medidas destinadas a la obtención o conservación de pruebas” del modo que se expondrá a continuación.

El tenor literal de dichos preceptos es el siguiente (subrayado por el autor):

Art. 6

(...)

2. En las mismas condiciones, en el caso de una infracción cometida a escala comercial, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para permitir a las autoridades judiciales competentes, cuando corresponda y a petición de una de las partes, que se ordene la transmisión de documentos bancarios, financieros o comerciales que se encuentren bajo control de la parte contraria, sin perjuicio de la protección de los datos confidenciales.

Art. 7.

1. Los Estados miembros garantizarán que, antes incluso de iniciarse un procedimiento sobre el fondo, las autoridades judiciales competentes puedan, a instancia de una de las partes que haya presentado pruebas razonablemente disponibles para respaldar sus alegaciones de que su derecho de propiedad intelectual ha sido o va a ser infringido, dictar medidas provisionales rápidas y eficaces para proteger pruebas pertinentes con respecto a la supuesta infracción, sin perjuicio de que se garantice la protección de toda información confidencial. Dichas medidas podrán incluir la descripción detallada, con o sin toma de muestras, o la incautación efectiva de las mercancías litigiosas y, en los casos en que proceda, de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de dichas mercancías y de los documentos relacionados con las mismas. Estas medidas se tomarán, en caso de ser necesario sin que sea oída la otra parte, en particular cuando sea probable que el retraso vaya a ocasionar daños irreparables al titular del derecho o cuando exista un riesgo demostrable de que se destruyan pruebas. En los casos en que se hayan adoptado las medidas de protección de pruebas sin haber oído a la otra parte, se notificarán sin demora a las partes afectadas y a más tardar después de la ejecución de las medidas. A petición de las partes afectadas tendrá lugar una

revisión, que incluirá el derecho a ser oídas, con el fin de decidir, en un plazo razonable tras la notificación de las medidas, si éstas serán modificadas, revocadas o confirmadas.

El primero de los preceptos mencionados introduce de alguna manera una nueva figura en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, figura equiparable a la *worldwide disclosure order* de *common law*¹³⁴, resultando no obstante una armonización tímida que no llega a unificar verdaderamente la protección de derechos sustantivos concretos, como sí sucede con la Directiva a la que hace mención.

La aportación que, por su parte, hace el considerando al referirse al art. 7.1 tampoco resulta muy significativa por cuanto que perpetua la situación anterior en relación con las medidas *ex parte*.

En relación con las medidas destinadas a obtención de pruebas existe asimismo una fundada preocupación en la doctrina al abrirse la puerta a una interpretación considerada excesiva por algunos autores¹³⁵ si se cae en la exigencia, rígida, de la inminente destrucción del elemento de prueba como elemento inexcusable para permitirse la adopción de la medida cautelar.

No obstante, una visión más flexible y acorde al espíritu de la norma¹³⁶ nos invita a pensar que las medidas cautelares destinadas a la protección de pruebas entrarán dentro del ámbito de aplicación del nuevo art. 35 RBI-bis siempre y cuando cumplan con el requisito general enunciado en *Reichert II* de “mantener la situación de hecho y de Derecho” y siempre y cuando se cumpla con el “*double condition test*”¹³⁷ referido a la reversibilidad de la medida y al criterio de conexión real.

Lo que sin duda queda descartado por parte del Reglamento es la posibilidad de que el tribunal que funda su competencia en el art. 35 RBI-bis –es decir, sin competencia sobre el fondo- pueda ser requerido a proporcionar una declaración

8. RBI-BIS Y AUDIENCIA A TESTIGOS

Asimismo, la vertiente negativa del mismo precepto excluye las medidas que no ostenten naturaleza cautelar “como las medidas por las que se ordena la audiencia a un

¹³⁴ PRETELLI, I. en LAZIC, V. y STUIJL S. (eds.), op. cit., p. 107.

¹³⁵ NUYTS, A. (Coord.). *Actualités...*, op. cit., p. 116.

¹³⁶ PRETELLI, I. en LAZIC, V. y STUIJL S. (eds.), op. cit., p. 105.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 105.

testigo”. En este caso nos encontramos ante la plasmación legislativa de la conocida sentencia del TJUE en el asunto *St. Paul Dairy v. Unibel Exser*.

-*St. Paul Dairy*¹³⁸-

Se trata de una controversia surgida entre dos empresas domiciliadas en Bélgica, *St. Paul Dairy Industries NV* y *Unibel Exster BVBA* en relación al examen de un testigo domiciliado en los Países Bajos.

El *Rechtbank Haarlem* ordenaría, a instancia de Unibel, el examen provisional de un testigo domiciliado en su territorio, ante lo que *St. Paul Dairy* interpuso un recurso por considerar el juez neerlandés incompetente.

Siendo clara la incompetencia del juez neerlandés sobre el fondo el *Gerechtshof* de Ámsterdam suspendió el procedimiento y cuestionó al Tribunal de Justicia sobre la aplicabilidad del CB68 a una medida como el examen provisional de testigos antes de formular la demanda –regulada por los arts. 186 y ss. de la ley procesal civil neerlandesa- y concretamente –de ahí la relevancia del fallo- sobre la posibilidad de considerarla media provisional o cautelar a efectos del art. 24 CB68.

Se trata, como su propio nombre enuncia, de una medida cuya finalidad no es otra que la de obtener información sobre unos hechos, a través del examen previo de testigos, de cara a sopesar la posibilidad de entablar o no una demanda y determinar el fundamento y los motivos que se invocarán en la misma.

En su resolución, el TJCE, recopila todo el “*case law*” producido por la misma institución hasta el momento y procede a analizar la compatibilidad con los mismos de una medida como la solicitada. En una resolución que podemos calificar de sucinta se inclina por continuar con una aplicación restrictiva del art. 24 CB68 entendiendo que la medida en liza no cumple los requisitos que se desprenden, fundamentalmente, de *Reichert*, *Denilauler* y *Van Uden*. La no exigencia de requisito alguno por parte del Tribunal de origen para la obtención de la medida y la propia naturaleza de la misma lleva a concluir que ni pretende “mantener una situación de hecho o de derecho para salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento se solicita (...)

¹³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 28 de abril de 2005, C- 104/03, *St. Paul Dairy*, ECLI:EU:C:2005:255.

al Juez que conoce del fondo del asunto” ni establece los condicionantes necesarios que garantizar el carácter provisional o cautelar de la medida.

Con esta exclusión se pretenden dejar fuera aquellas medidas conocidas bajo el anglicismo *fishing expedition*¹³⁹ cuyo único interés es determinar la pertinencia o no de entablar una demanda sobre el fondo. En definitiva, el tribunal facultado por el art. 35 RBI-bis –cosa diferente será el caso del tribunal competente sobre el fondo sobre el que no existen limitaciones- no podrá adoptar este tipo de medidas.

¹³⁹ NUYTS, A. (Coord.). *Actualités...*, op. cit., p. 116.

II.

COMPETENCIA PARA ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES EN LA UE

En la actualidad la tutela cautelar en la Unión Europea –máxime a partir de la aportación hecha por el TJUE en la sentencia del asunto *Van Uden*¹⁴⁰- se caracteriza por un sistema jurisdiccional típicamente denominado “de doble vía” –*two-track jurisdictional system*¹⁴¹, *doublé track system*¹⁴² o *dualité de régimes*¹⁴³- en referencia a los dos foros a los que el solicitante de la medida puede recurrir para presentar la solicitud¹⁴⁴, si bien es cierto que algunos autores¹⁴⁵ proponen la introducción de una tercera vía, como veremos a continuación.

En *Van Uden* se definía este sistema estableciéndose claramente que, por un lado, los tribunales con competencia sobre el fondo en virtud del CB 68 –hoy RBI-bis- lo serán igualmente para adoptar las medidas cautelares correspondientes dentro del procedimiento principal¹⁴⁶. Ésta es, por tanto, la primera vía, inherente a la propia competencia sobre el fondo cuya existencia responde, como se verá, exclusivamente a la casuística del TJUE sin haber sido positivizada en ninguna de las versiones del Convenio/Reglamento hasta la fecha.

Por otro lado, el CB68 -de la mano del art. 24- o los Reglamentos –de la mano de los arts. 31RBI o 35 RBI-bis- introducen un precepto, de controvertida naturaleza, para dotar de competencia extraordinaria y condicionada a tribunales de Estados miembros no competentes sobre el fondo del asunto. Dicha vía, por cuanto que supone una excepción a las normas de competencia generales, debe, a juicio de la doctrina¹⁴⁷, ser interpretada de manera restrictiva.

¹⁴⁰ STJCE, asunto *Van Uden*, cit.

¹⁴¹ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European...*, op. cit., p. 785.

¹⁴² HONORATI, C., “Medidas provisionales y revisión del Reglamento Bruselas I: una oportunidad perdida para mejorar la regulación”, AEDIPr, N°11, 2011, pp. 207-227.

¹⁴³ GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau...*, op. cit., p.171.

¹⁴⁴ Vid. “Informe Heidelberg”, cit., párrafos 729 y ss.

¹⁴⁵ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European...*, op. cit., p. 786.

¹⁴⁶ Sentencia *Van Uden* párrafo 22:

“(…) procede señalar que el tribunal competente para conocer del fondo de un asunto en virtud de uno de los criterios de competencia previstos por el Convenio sigue siendo también competente para adoptar medidas provisionales o cautelares, sin que esta última competencia esté supeditada al cumplimiento de otros requisitos.”

¹⁴⁷ KRUGER, T., en NUYTS, A. y WATTÉ, N., *International...*, op. cit., p. 313; MAHER, G., y RODGER, B. J., “Provisional and Protective Remedies: The British Experience of the Brussels Convention.” *International and Comparative Law Quarterly*, N° 48, 1999, pp. 302-339, en p. 302.

La tercera vía que debemos apuntar sería una alternativa intermedia entre las dos anteriores, distinguiendo concretamente si el tribunal competente sobre el fondo ha conocido ya de la cuestión principal o por el contrario se trata de un tribunal potencialmente competente de acuerdo con los preceptos correspondientes del Reglamento pero sin haber ejercido todavía su competencia. Si bien es una matización a todas luces acertada, en aras a la claridad expositiva optaremos por dividir el presente punto del estudio entre la competencia del tribunal competente sobre el fondo –dentro de la cual las precisiones individualizadas en relación a las medidas *ante causam* resultarán obligadas- y el tribunal que se encuentra facultado para adoptar las medidas cautelares, actualmente, por el art. 35 RBI-bis (art. 24 CB68/art. 31RBI).

En el estudio de la cuestión pueden no obstante introducirse otras variables, como proponía GARCIMARTÍN¹⁴⁸:

- a. en atención al momento de solicitud de la medida –antes, durante o después de presentar la demanda principal-;
- b. ante el tribunal competente sobre el fondo u otro;
- c. el lugar de cumplimiento u otro tercer Estado

De esta suerte de galimatías jurídico podríamos obtener hasta dieciocho diferentes contextos de análisis que acotaremos y reduciremos a la citada doble vía cuyas múltiples derivadas motivan el presente epígrafe.

Las particularidades de cada una de las vías y las cuestiones específicas suscitadas durante sus décadas de aplicación merecen indudablemente un estudio individualizado, incidiendo en las principales novedades o deficiencias apreciables en particular en la última –hoy vigente- versión del RBI-bis.

1. COMPETENCIA DEL FORO PRINCIPAL PARA ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES

Cabe afirmar a día de hoy sin mayores reservas que el foro principal, como foro competente para conocer sobre el fondo de la controversia, es el encargado de tutelar y decidir sobre el derecho material alegado por el demandante y que, a fin de cuentas, se pretende proteger con la adopción de medidas cautelares.

¹⁴⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El régimen...*, op. cit., p. 30.

Es esta una cuestión pacífica en los ordenamientos internos¹⁴⁹, resultando una regla de “justificación lógica incontrovertible”¹⁵⁰, pero que en ausencia de precepto expreso en el CB68 generó una cierta controversia¹⁵¹ con anterioridad a la aportación fundamental realizada por el TJUE en el asunto *Van Uden*.

1.1. ORIGEN DEL PROBLEMA

Como se enunciaba, dado que el CB68 no contenía precepto alguno que expresamente atribuyera competencia judicial internacional al tribunal competente sobre el fondo, la justificación competencial sería argumentada por la doctrina sobre la base de diferentes criterios jurídicos. El debate, en origen, se desarrolló en torno a tres hipótesis:

a. los que proponían la indiscutible competencia del tribunal competente sobre el fondo para adoptar medidas cautelares;

b. los que limitaban la adopción a la aplicación del art. 24 CB68 –hoy art. 35 RBI-bis-;

c. aquellos que defendían la limitación para adoptar medidas cautelares a los tribunales competentes para la ejecución de la medida¹⁵².

Aquellos que se decantaban por la primera de las alternativas propuestas¹⁵³ apuntaban a la no exclusión expresa de la competencia para adoptar medidas cautelares en los epígrafes que determinan la competencia en el CB68, no distinguiéndose la actividad jurisdiccional sobre el fondo de la cautelar, como se prevé de manera unánime en los ordenamientos procesales autónomos¹⁵⁴. Se aducen además¹⁵⁵ una serie de criterios en defensa de una suerte de lógica jurídica que ampara la idoneidad del competente sobre el fondo para adoptar estas medidas:

¹⁴⁹ A modo de ejemplo, artículo 723 LEC:

“1. Será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal.”

¹⁵⁰ CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *Litigación internacional...*, op. cit., p. 472.

¹⁵¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El régimen...*, op. cit., pp. 41 y ss.; GAUDEMET-TALLON, H., *Les Conventions de...*, op. cit., p. 197.

¹⁵² FAIRÉN GUILLÉN, V., “El proceso cautelar en la Convención de Bruselas de 1968”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 1996, pp. 1648 y ss.

¹⁵³ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Medidas cautelares de proceso civil extranjero*. (Art. 24 del Convenio de Bruselas). Ed. Comares, Granada, 1998.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p.169.

¹⁵⁵ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El régimen...*, op. cit. o CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medidas cautelares y comercio internacional”, *Cuadernos de derecho judicial*, nº 18 2004, pp. 409-591.

- Por organización útil del proceso. El Tribunal que conocerá sobre el fondo será el que mejor conozca los pormenores del caso y el que conociendo los datos básicos del litigio puede apreciar los supuestos clásicos como el *periculum in mora* o el *fumus boni iuris*. Asimismo, por una mera cuestión de economía procesal, la existencia de dos procedimientos paralelos genera importantes sobrecostes.
- Por el interés de las partes, que, debiendo reclamar su derecho ante un tribunal, deba acudir a este mismo para solicitar las medidas cautelares parece, a juicio del autor, razonable. Siendo esto así, tampoco puede considerarse perjudicial, *a priori*, para el demandado.
- El propio vínculo instrumental, que relaciona las medidas cautelares con el derecho reivindicado en la demanda principal.

Parte de la doctrina sin embargo no duda en señalar algunos inconvenientes prácticos asociados a considerar más apropiado el tribunal competente sobre el fondo¹⁵⁶, aunque sin llegar a negar su competencia.

El fundamental, en su momento, era la necesidad de recurrir a un procedimiento de reconocimiento y ejecución –*exequátur*– de la medida cautelar ante los Tribunales del lugar en el que esta deba ejecutarse. Dado que la urgencia constituye un elemento esencial de la tutela cautelar¹⁵⁷, la dilación en el tiempo de la efectiva adopción de la medida podía hacerla virtualmente ineficaz.

Existía, asimismo, el riesgo de denegación del *exequátur* en los procedimientos unilaterales –*ex parte*–, en virtud de lo expuesto por el TJUE en el caso *Denilauler*¹⁵⁸, en el que se consagra la necesidad de un procedimiento contradictorio para acceder al procedimiento de ejecución del CB68. Siendo esta la manera común de proceder, la efectividad de optar por esta vía no resultará en la práctica muy atractiva para el demandante.

¹⁵⁶ CARRILLO, L.F. en CALVO CARAVACA, A. L. (Ed.). Comentario el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Ed. Universidad Carlos III, Madrid, 1994, p. 440; GASCÓN INCHAUSTI, F., Medidas..., op. cit., p. 169; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medidas cautelares y...”, op. cit., pp. 448-449, DICKINSON, A., “Provisional measures...”, op. cit., p. 553.

¹⁵⁷ Sobre este particular vid. pp. 50 y ss.

¹⁵⁸ Fundamentos de Derecho 5-18 sentencia *Denilauler*, cit.

Surge en este punto la cuestión de si “*should priority be given to the court having jurisdiction over the substance?*”¹⁵⁹. Aunque pueda entenderse que, en abstracto, el tribunal competente sobre el fondo se encuentra en una posición mejor para decidir sobre la medida cautelar¹⁶⁰, para dar respuesta a ese interrogante debemos realizar, nuevamente, una suerte de ejercicio de taxonomía clasificando las medidas provisionales en tres grupos o categorías generales y atribuyendo a cada una un tratamiento diferente en relación a la preferencia por el competente sobre el fondo:

1) las medidas que se refieren y afectan directamente al objeto de la demanda principal –anticipatorias-.

2) las que se refieren a asegurar la ejecución futura de la resolución sobre el fondo –conservatorias-.

3) las que no puedan englobarse en las dos anteriores, particularmente las medidas relativas a procedimiento o pruebas –preparatorias-.

En términos generales, para las del primer grupo, con la inherente vocación de permanencia y de devenir en definitivas, sería razonable que fueran prioritariamente otorgadas por el Tribunal competente sobre el fondo¹⁶¹.

Para las del segundo grupo –en el que situaríamos todas aquellas medidas “conservatorias” cómo el embargo preventivo -727.1 LEC- o las *freezing injunctions* de Derecho anglosajón¹⁶², el tribunal del lugar en el que se encontrara el bien sería el mejor situado y respondería mejor a las necesidades prácticas de los procedimientos internacionales.

En cualquier caso las facultades del tribunal competente sobre el fondo serían mayoritariamente aceptadas por la doctrina¹⁶³ y aceptada tácitamente por la jurisprudencia pronunciada por el TJUE hasta ese momento¹⁶⁴ -con anterioridad a *Van*

¹⁵⁹ DICKINSON, A., “Provisional measures...”, op. cit., p. 553.

¹⁶⁰ PRETELLI, I., en LAZIĆ, V. y STUIJL S. (eds.), op. cit., p. 100.

¹⁶¹ De esta opinión: HONORATI, C., “Medidas provisionales...”, op. cit., p. 220.

¹⁶² Sobre este particular: GIARDINA, A., “Provisional measures in Europe: some comparative observations”, *Etudes de droit international en l’honneur de Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt am Main, pp. 499-508; FENTIMAN, R., *International Commercial Litigation*, 2ª ed., Oxford, 2015, pp. 543 y ss.; DICEY, MORRIS y COLLINS. *The Conflict of Laws*, 15ª edición, Sweet & Maxwell, 2017; MURRAY, C. y otros. *The Law and Practice of International Trade*, 12ª edición, Sweet and Maxwell, 2012, pp. 569 y ss.

¹⁶³ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pp. 167 y ss; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El régimen...*, op. cit., pp. 41 y ss.; DICKINSON, A., “Provisional measures...”, op. cit., p. 545.

¹⁶⁴ En *De Cavel* I -27 de marzo de 1979, asunto C-143/78- y II -6 de marzo de 1980, asunto C-120/79-, *Denilauler* -21 de mayo de 1980, asunto C-125/79- y CHW -31 de marzo de 1982, asunto 25/81- la solicitud de medidas cautelares se presenta ante el mismo Tribunal ante el que se presenta la demanda

Uden-. El punto de inflexión vendría de la mano del propio TJUE, situándola en una esfera diferente a la competencia otorgada por el art. 24 CB68 –hoy 35 RBI-bis- y no limitada por los requisitos aplicables al mismo.

1.2. RESPUESTA DEL TJUE: *VAN UDEN*¹⁶⁵ Y *MIETZ*¹⁶⁶

Si bien se trata de casos extensamente tratados en la doctrina¹⁶⁷, no puede obviarse la realización de un breve resumen de los casos de modo que quien se aproxime a esta específica materia obtenga una visión completa de las cuestiones que derivan de dichas resoluciones.

- *Van Uden*

En *Van Uden*, la controversia versa en torno al contrato de fletamento¹⁶⁸ firmado por esta –domiciliada en Países Bajos- y Deco Line –domiciliada en Alemania-. A consecuencia del impago por parte de Deco Line, Van Uden inicia el procedimiento de arbitraje acordado en el contrato –en los Países Bajos-. Ante la tardanza de Deco Line en los trámites relativos a la designación de árbitros Van Uden presenta una solicitud de medidas cautelares ante el *Rechtbank* de Rotterdam de cara a obtener el cobro de algunos de los créditos exigibles.

Ante esto, Deco Line plantearía una excepción de incompetencia alegando que solo se le podía demandar en Alemania al ser éste el Estado de su domicilio. La excepción fue desestimada con base en el art. 24 CB68 y

principal y se solicita posteriormente su ejecución en otro Estado, asumiéndose de facto la competencia del Tribunal que en ningún caso se cuestiona.

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1998, asunto C-391/95, *Van Uden*, EU:C:1998:543.

¹⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 1999, C-99/96, *Mietz*, ECLI:EU:C:1999:202.

¹⁶⁷ Entre otros muchos: ARENAS GARCÍA, R., “La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento 44/2001: de *Van Uden* a *West Tankers* y sus consecuencias”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 2, N.º. 2, 2009, pp. 401-428; CONSOLO, C., “Avoiding the Risk of Babel after *Van Uden* and *Mietz*: Perspectives and Proposals”, *Zeitschrift für Zivilprozeß international: Jahrbuch des internationalen Zivilprozeßrechts*, vol.6, 2001, pp. 49-63; GASCÓN INCHAUSTI, F., “Nuevo marco para la adopción de medidas cautelares en el arbitraje internacional, la sentencia “*Van Uden*” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 3, 1999, pp. 2044-2045; REQUEJO ISIDRO, M., “Sobre tutela cautelar y provisional y el arbitraje en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (Comentario a la STJCE - Pleno _ de 17 de noviembre de 1998: Asunto C-391/95, *Van Uden/Deco Line*)”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, N.º. 1998, 1998, pp. 85-97.

¹⁶⁸ Concretamente se trataba de una submodalidad de contrato de fletamento denominado “slot/space charter agreement” por el cual el porteador pone a disposición del cargador un determinado espacio de carga en el buque.

considerándose competente el juez de medidas provisionales condena a Deco Line a pagar una cantidad al demandante.

Deco Line interpuso recurso de apelación que sería estimado anulando el auto de concesión de las citadas medidas cautelares por considerar que no existía un punto de conexión suficientemente sólido con la jurisdicción neerlandesa.

Interpuesto el recurso de casación, el *Hoge Raad der Nederlanden* suspende el procedimiento y plantea ocho cuestiones prejudiciales en relación a la aplicación al caso de los arts. 5.1 y 24 del CB68. Se cuestiona la incidencia de que el proceso principal esté sometido a arbitraje, los requisitos de competencia del juez que conoce de las medidas provisionales y sobre si la medida en concreto, consistente en un pago en concepto de entrega en cuenta *-kort geding*¹⁶⁹- puede entrar en la consideración conceptual de medidas cautelares del citado artículo.

Respecto del art. 5.1, el Tribunal confirma que si este atribuye competencia sobre el fondo, esta misma competencia, sin más requisitos, habilita al tribunal a adoptar cuantas medidas cautelares requiera el proceso¹⁷⁰. No obstante, en el presente caso, sometido a arbitraje, este artículo no daría cobertura para obtener la tutela cautelar requerida, para lo que habría que recurrir al art. 24 CB68. Vemos que, aunque no sea de aplicación al caso concreto que enjuicia, el TJUE realiza una aportación de enorme repercusión en el estudio de la tutela cautelar europea a partir de ese momento.

Seguidamente, en referencia al art. 24 CB68, siempre y cuando el objeto del litigio esté comprendido en el ámbito de aplicación material del CB68, faculta al Tribunal para adoptar medidas cautelares incluso si, como en este caso, el competente sobre el fondo no es otro tribunal de un Estado miembro sino un tribunal arbitral. Recuerda el TJUE que “el objetivo de las medidas provisionales no es aplicar un procedimiento arbitral”¹⁷¹ sino que son medidas paralelas en apoyo del mismo.

¹⁶⁹ Sobre el *kort geding*, vid. KRAMER, X. E., “The Dutch Kort Geding Procedure in an International Perspective: A Comparative View on Provisional Measures and Private International Law”, Deventer: Kluwer, 2001.

¹⁷⁰ Sentencia *Van Uden*, párrafos 21 a 25.

¹⁷¹ *Ibid.* párrafo 33.

Respecto a los requisitos que debe cumplir la concesión de este tipo de medidas para eludir la prohibición de jurisdicción exorbitante establecida en el art. 3 del CB68 el Tribunal recurre a jurisprudencia previa del propio Tribunal en los casos *Reichert*¹⁷² o *Denilauler* citando la definición aportada en la primera y las exigencias que garantizan la provisionalidad de la medida en la segunda¹⁷³. Igualmente se hace hincapié en el vínculo de conexión real entre el objeto de la medida y la competencia territorial del Estado del juez que conoce del asunto¹⁷⁴.

Por último se trata la cuestión de si una medida cautelar en la que se ordena el pago de una contraprestación derivada del contrato puede ser considerada medida provisional a efectos del art. 24. El Tribunal afirma que “no puede excluirse *a priori*, de modo general y abstracto (...) un pago en concepto de entrega a cuenta de una contraprestación contractual, incluso por un importe que corresponda al de la demanda formulada sobre el fondo”¹⁷⁵. Admitiendo igualmente los peligros que conllevan este tipo de decisiones que, sustituyendo de facto la decisión del juez del fondo, pueden dar como resultado la elusión de las reglas de competencia del CB68¹⁷⁶. Sobre esta argumentación el Tribunal construye un nuevo criterio interpretativo en relación con el art. 24¹⁷⁷, exigiendo para que se otorguen este tipo de medidas se garantice la devolución de la cantidad pagada al demandado y que la medida se refiera a bienes situados “dentro de la esfera de la competencia territorial del Juez que conozca del asunto”¹⁷⁸.

En definitiva, el TJUE:

a. admite la facultad del tribunal competente sobre el fondo –en virtud de las disposiciones del CB68- de adoptar, sin otros requisitos, medidas cautelares sobre el caso. No obstante, esta facultad no opera cuando las partes han sometido el litigio a

¹⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de marzo de 1992, C-261/90, *Reichert (II)*, ECLI:EU:C:1992:149.

¹⁷³ Limitar su autorización en el tiempo y exigir garantías bancarias.

¹⁷⁴ Sentencia *Reichert (II)* párrafo 40.

¹⁷⁵ *Ibid.* párrafo 45.

¹⁷⁶ *Ibid.* párrafo 46.

¹⁷⁷ Cuyo alcance, como se verá, no es pacífico en la doctrina. Existe la tentación de extrapolar estos requisitos a todas las medidas provisionales que se basen en el artículo 24CB cuando debe tenerse en cuenta que este pronunciamiento del Tribunal se refiere exclusivamente a las medidas en las que se produzca un pago, las denominadas “*interim payments*”.

¹⁷⁸ Sentencia *Reichert (II)*, párrafo 47.

arbitraje, siendo la vía para adoptar medidas cautelares en este caso la del art. 24 CB68, aplicable a pesar de la competencia de los árbitros sobre el fondo;

b. Insiste en el criterio de conexión real entre el objeto de la medida y el juez que conoce del asunto;

c. añade al punto anterior, para el caso concreto de las medidas objeto de la cuestión, la exigencia de que la cantidad pagada pueda ser efectivamente devuelta al demandado así como que;

d. los bienes a los que se refiera la medida se encuentren dentro de la esfera de competencia territorial del juez que conoce del asunto;

e. no establece, como tampoco hará en *Mietz*, una caracterización general del *kort geding* como medida cautelar acorde al art. 24 del CB68, debiendo atenderse, según el criterio establecido en estas resoluciones, a la casuística concreta para determinar la adecuación de la situación al precepto.

- *Mietz*

En este caso la controversia surge en torno a un contrato de compraventa de un buque por parte del Sr. Mietz –de nacionalidad alemana- a una empresa domiciliada en los Países Bajos –*Internship Yachting*-, cuyo pago se había acordado en cinco plazos. Ante el impago de parte de lo acordado la empresa neerlandesa obtiene una sentencia que condena al Sr. Mietz a pagar una cantidad determinada. Todo ello en un procedimiento de urgencia regulado en los arts. 289 a 297 del Código Procesal Civil neerlandés denominado “*kort geding*”.

Dicha sentencia fue presentada ante el *Landgericht Lünenburg* –en Alemania- que le otorgó ejecución. Ejecución que fue recurrida por el demandado -existiendo ciertas discrepancias sobre el lugar de celebración del contrato- alegando que según el art. 14 CB68 –que otorga especial protección a los consumidores- eran competentes los tribunales del domicilio del deudor, Alemania en este caso. El *Oberlandesgericht* desestimó este recurso ante lo que el demandado recurrió en casación ante el *Bundesgerichtshof*.

Dada la extraordinaria vaguedad de la sentencia de origen –conviene recordar que el *kort geding* es un procedimiento urgente- en la que no se

detallan ni datos sobre la realización del contrato ni siquiera la base sobre la que justifica su competencia el Tribunal neerlandés, el *Bundesgerichtshof* suspende el procedimiento y plantea una serie de cuestiones –que casi podrían calificarse de hipótesis- al TJUE.

Las cuestiones van destinadas a aclarar, fundamentalmente, dos temas bien diferenciados:

Por un lado se encuentra la consideración del contrato como de “venta a plazos de mercaderías” del número 1 del párrafo primero del art. 13 CB68 o de “suministro de mercaderías” del número 3 del mismo precepto.

Por otro lado, y es lo relevante en el presente estudio, el Tribunal de Justicia debe decidir, en primer lugar, sobre la consideración del procedimiento de “*kort geding*” como medida provisional o cautelar del art. 24 del CB68. Asimismo, aunque no se pregunte expresamente, el Tribunal se ve en la tesitura de tener que determinar el fundamento competencial del tribunal de origen en aras a calificar de ejecutable en Alemania la sentencia en cuestión. En relación con la calificación jurídica del “*kort geding*”, el Tribunal recuerda¹⁷⁹ que nos encontramos ante una medida ejecutiva adoptada en asuntos que requieren adopción inmediata de medidas por razón de urgencia. Se trata de una medida, además, que puede obtenerse sin necesidad de iniciar un procedimiento sobre el fondo.

Dado que se trata de un pago en concepto de entrega a cuenta, equiparable al del asunto *Van Uden*, el Tribunal recurre a los mismos requisitos para que pueda incluirse dentro del ámbito de aplicación del art. 24 CB68. Se trata de la garantía de que los bienes podrán ser devueltos al demandado en caso de no prosperar la demanda y por otro lado que los bienes se hallen dentro de la esfera de la competencia territorial del Juez que conozca del asunto.

Respecto de la competencia del Tribunal de origen. El Sr. Mietz argumentaba su condición de consumidor a efectos de lograr, mediante la aplicación del art. 13 del CB68, atribuir la competencia a los tribunales de su domicilio, Alemania. Recuerda el TJUE¹⁸⁰ que incluso aunque así fuera eso determinaba su competencia sobre el fondo del asunto, cabiendo la adopción de medidas provisionales o cautelares por la vía del art. 24 CB68.

¹⁷⁹ Sentencia *Mietz*, párrafos 34 y ss.

¹⁸⁰ *Ibid.*, párrafo 45.

Por tanto, la cuestión primordial estriba en determinar las condiciones para el reconocimiento y ejecución de medidas provisionales o cautelares dictadas en aplicación de dicho artículo.

Por lo tanto, quedando claro que no es competente sobre el fondo de acuerdo con lo que establece el CB68, el tribunal de origen podría haberse atribuido competencia de acuerdo con el art. 24 CB68 y su propio Derecho interno. En ese caso el “*kort geding*”, por su carácter incondicional, no podría considerarse una medida provisional o cautelar a efectos del citado artículo, no siendo susceptible de ser ejecutada en virtud del Título III del CB68¹⁸¹. Entiende el TJUE que la competencia del Tribunal de origen solo puede haberse fundado en su legislación interna, cuyo resultado sería igualmente el de no poder gozar de reconocimiento en Alemania.

En resumen, el tribunal de origen no es competente sobre el fondo ni puede tener acceso a la vía del art. 24 CB 68 para adoptar medidas cautelares dado que el “*kort geding*” no respeta los requisitos de revocabilidad establecidos en la sentencia *Van Uden*. Siendo su único sustento competencial para adoptar el “*kort geding*” su propio Derecho interno no puede aceptarse la ejecución de la resolución en Alemania como pretende el demandante.

En la primera de las citadas resoluciones el Tribunal de Justicia confirma, en respuesta a la primera de las ocho cuestiones planteadas¹⁸², el criterio que implícitamente ya estaba siguiendo, al afirmar que¹⁸³ tener atribuida la competencia para conocer sobre el fondo del asunto basta, sin más requisitos, para otorgar las medidas cautelares que se puedan requerir en el proceso, sin limitación alguna más allá

¹⁸¹ Esto abre la puerta, como se verá, a una suerte de cisma en la doctrina sobre la posibilidad de reconocimiento o ejecución de medidas cautelares adoptadas de acuerdo con el artículo 24 CB68 en otros Estados miembros –o Estados contratantes del Convenio–.

¹⁸² «1) Cuando la obligación de pago derivada de un contrato debe cumplirse en un Estado contratante (de modo que, de conformidad con lo dispuesto en el número 1 del artículo 5 del Convenio de Bruselas, el acreedor puede demandar a su deudor en mora ante los órganos jurisdiccionales de dicho Estado con el fin de exigir en él la ejecución, incluso cuando el deudor reside en el territorio de otro Estado contratante), ¿son también competentes sin más requisitos los órganos jurisdiccionales del primer Estado para conocer de una demanda de medidas provisionales presentada por el acreedor contra su deudor con el fin de que, mediante resolución ejecutable con carácter provisional, se condene a éste al pago de la deuda que el Juez de medidas provisionales considere acreditada con un elevado grado de probabilidad, o está la competencia del Juez de medidas provisionales supeditada a otros requisitos, como por ejemplo que la resolución que se le solicite surta (o pueda surtir) efectos en el Estado contratante del juez que conozca del asunto?

¹⁸³ Sentencia *Van Uden*, cit., párrafos 21 a 25.

de las derivadas del Derecho internacional público en relación con la soberanía de otros Estados¹⁸⁴.

Este criterio ha sido confirmado más recientemente en numerosos textos e informes, “dándose por sentado”¹⁸⁵, lo que supone que la propia competencia atribuida por los preceptos del título II del Reglamento es un punto de conexión suficiente para dotar al tribunal de competencia en materia cautelar¹⁸⁶. No obstante, su positivización en el nuevo texto del RBI-bis, como veremos, se consideró conveniente¹⁸⁷ en aras a dotar al texto de la máxima claridad en una cuestión tan sensible.

Al hilo de esta afirmación del TJUE surgió, no obstante, la cuestión de la amplitud con la que esta remisión debe ser entendida. Es decir, no aclara si basta con la competencia potencial sobre el fondo –en medidas cautelares *ante causam*- o si debe ser una competencia ya asumida.

2. RELEVANCIA DEL MOMENTO DE LA SOLICITUD DE LA MEDIDA CAUTELAR

2.1. MEDIDAS ANTE CAUSAM, ANTECEDENTES

Nos encontramos en la tesitura de una solicitud de medidas cautelares previas a la sustanciación de la demanda principal, es decir, no existiendo todavía un tribunal efectivamente competente sobre el fondo. Ello nos lleva a cuestionar si la competencia potencial para adoptar las medidas bastaría, como proponen algunos autores¹⁸⁸, para activar la competencia cautelar del tribunal en cuestión, es decir, si el mero hecho de que las disposiciones del Reglamento otorguen competencia para conocer de la demanda principal a un tribunal le habilita, sin más, para llevar a cabo actuaciones judiciales de carácter cautelar aunque otro tribunal conozca o vaya a conocer de facto del asunto principal –en supuestos en los que puedan existir múltiples foros

¹⁸⁴ Concretamente, en DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.). *The Brussels I...*, op. cit., p. 361 se hace referencia a la jurisprudencia del caso “Lotus” -Permanent Court of Int’l Justice, P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (1927)- que limita la capacidad de ejecución de los tribunales de un Estado sobre el territorio de otro.

¹⁸⁵ Informe “Heidelberg”, op. cit., párrafo 729: “1. It is now taken for granted that any court vested with jurisdiction for the substance of the matter may also be addressed for ordering interim relief.”

¹⁸⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 328.

¹⁸⁷ ARENAS GARCÍA, R., “Las medidas provisionales...”, op. cit., p. 3.

¹⁸⁸ SANDRINI, L., en POCAR, F. y otros, *Recasting...*, op. cit., p.279; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medidas provisionales y cautelares...”, op. cit., pp. 62 y ss.; MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries...*, op. cit., p. 792; NUYTS, A. (Coord.). *Actualités...*, op. cit., p. 122; DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 327.

competentes-. El fundamento de esta tesis viene, con el texto vigente, de la mano de una interpretación amplia del art. 2.a RBI-bis.

Otros autores se mostraban no obstante contrarios a esta concepción tan amplia¹⁸⁹, considerando que las medidas solicitadas ante tribunales cuya jurisdicción no ha “cristalizado” deben comprenderse habilitadas exclusivamente por el art. 35 RBI-bis (en cualquiera de sus versiones) a pesar de que puedan ser competentes con arreglo a las disposiciones del Reglamento. Esta concepción cerraba implícitamente la puerta a medidas cautelares previas al comienzo del proceso, tan frecuentes en la práctica, y no puede considerarse la alternativa más apropiada por ser manifiestamente contraria a la práctica y por ende poco operativa.

Acudiendo a la jurisprudencia comentada, la lectura textual de *Van Uden* no aclara la cuestión, aunque ha sido interpretada en el sentido de considerar que se inclina por la concepción más amplia, es decir, la de aceptar la competencia potencial como supuesto habilitante. Esta posición se apoyaba en la no alusión en la sentencia de a las reglas de litispendencia, de obligada aplicación si se quisiese limitar el concepto¹⁹⁰ así como a asunciones hechas, entre otros, en el anteriormente citado Informe Pocar¹⁹¹ que, en alusión a dicha resolución se refiere a que el procedimiento “se haya iniciado o pueda iniciarse”¹⁹². No encontramos por tanto motivos para oponernos a esta tesis. Veremos, no obstante, que la nueva regulación plasmada en el RBI-bis no aprovecha la oportunidad de zanjar el debate introduciendo una norma clara.

2.2. MEDIDAS ANTE CAUSAM EN LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN

En relación con las dudas suscitadas tras la sentencia *Van Uden*, el art. 35 de la Propuesta no ofrece una regulación satisfactoria¹⁹³, por cuanto que no introduce con claridad la competencia del tribunal sobre el fondo en medidas previas a existir un proceso –más clara resulta la situación en los casos en los que se presentan medidas *medio iudicio*-.

¹⁸⁹ DICKINSON, A., “Provisional measures...”, op. cit., p. 546, HONORATI, C., “Medidas provisionales...”, op. cit., p.223.

¹⁹⁰ HEINZE, C., “Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation”. *Max Planck Law Research Paper*, nº 11/5, 2011, p.607.

¹⁹¹ POCAR, F., Informe explicativo del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007, DOUE 2009/C 319/01.

¹⁹² Ibid. párrafo 126.

¹⁹³ HEINZE, C., “Choice of Court Agreements...”, op. cit., p. 607.

Por un lado, el citado art. 2 (a) en combinación con el art. 35 propuesto posibilitaban expresamente la circulación de medidas cautelares *ante causam* adoptadas por un tribunal potencialmente competente sobre el fondo¹⁹⁴ de modo similar a la regulación del art. 7.1 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual en la que se indica expresamente “incluso antes de iniciarse un procedimiento sobre el fondo”.

Siguiendo esta lógica, algunos autores¹⁹⁵ argumentan que negar la competencia *ante causam* a los tribunales competentes –virtualmente- sobre el fondo, reduciendo las posibilidades de adopción de este tipo de medidas –masivamente utilizadas en la práctica- a la aplicación del art. 31 RBI/35 RBI-bis ofrecería un resultado no solo indeseable, sino además incoherente con el papel reforzado del tribunal competente sobre el fondo en la nueva regulación. Supone, en la práctica, negar la posibilidad de reconocimiento a todas las medidas *ante causam*, que puede considerarse poco menos que cuestionable.

Como consecuencia de lo antedicho persisten además dos cuestiones relevantes:

A. Persistencia de la medida cuando la competencia sobre el fondo se materialice en otro tribunal

Por un lado se nos presenta la duda de si la competencia de dicho tribunal persiste a pesar de que la competencia sobre el fondo recaiga finalmente en otro tribunal. Entendiendo que *Van Uden* estableció un criterio competencial amplio y dado que el art. 35 de la Propuesta 2010 recoge textualmente lo expresado por el TJUE, puede entenderse que la Comisión en su propuesta no pretendía alterar la situación, permitiendo en todo caso la competencia del tribunal competente sobre el fondo en medidas previas al proceso, aunque no ejerza esa competencia finalmente¹⁹⁶. Autores como HEINZE¹⁹⁷ consideran que si el art. 31 RB –remitiendo a normas de competencia nacionales- otorga competencia a pesar de que exista un procedimiento abierto en otro Estado, a fortiori debe entenderse que las reglas de competencia del propio Reglamento no pueden excluir esta posibilidad.

¹⁹⁴ Cuestión nada pacífica, vid.: HONORATI, C., “Medidas provisionales...” op. cit., p. 221, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medidas provisionales y cautelares...”, op. cit., p. 76.

¹⁹⁵ SANDRINI, L., en POCAR, F. y otros, *Recasting...*, op. cit., p. 280, HONORATI, C., “Medidas provisionales...” op. cit., pp. 222-223.

¹⁹⁶ HEINZE, C., “Choice of Court Agreements...”, op. cit., p. 608.

¹⁹⁷ *Ibid.*

Si bien este argumento puede entenderse como lógico, no puede obviarse un inconveniente importante derivado de aceptar este criterio cuando la competencia sobre el fondo recae finalmente sobre otro tribunal. Las medidas cautelares adoptadas en virtud de la competencia sobre el fondo y las adoptadas en virtud del art. 36 de la Propuesta 2010 (art. 31 RB-24CB68) no reciben el mismo tratamiento, ni en cuanto a su adopción ni en cuanto a su capacidad para circular.

Por otro lado, asumir la competencia de un tribunal potencialmente competente que luego no acaba ejerciendo dicha competencia con el mismo tratamiento que el que efectivamente la ejerce tampoco parece una solución jurídicamente aceptable ni deseada por el legislador europeo¹⁹⁸, debiendo indudablemente ser entendidas como medidas análogas a las adoptadas en virtud del art. 36 Propuesta (31 RBI-31 RBI-bis). Bien es cierto que, en la práctica, el demandante que opte por solicitar las medidas cautelares ante un determinado tribunal podría, y debería, presentar la demanda sobre el fondo ante el mismo de manera que la legitimidad de este tribunal se mantenga pacíficamente.

En relación con lo antedicho, se planteó por parte de algunos autores¹⁹⁹ la posibilidad de aplicar las reglas de litispendencia en casos en que, existiendo múltiples foros competentes en virtud del Reglamento se plantea la solicitud de medidas cautelares ante uno de ellos –domicilio del demandado, por ejemplo- y se sustancia el procedimiento sobre el fondo ante otro –lugar de ejecución del contrato-. Sin embargo esto parece contravenir el espíritu del legislador que, de ser así, lo habría expresado claramente en el texto.

No obstante, en el espacio temporal que media entre la solicitud de medida cautelar ante un tribunal competente sobre el fondo y la efectiva presentación de la controversia ante un tribunal alternativamente competente podría darse a la medida el tratamiento de medida cautelar adoptada por el primero²⁰⁰. La cuestión fundamental es la de determinar qué ocurriría con la medida cautelar adoptada por un tribunal potencialmente competente que finalmente no es el que conoce de la controversia principal. Remitimos al siguiente apartado para las consideraciones pertinentes a este respecto.

B. Revisión de la competencia del tribunal de origen

¹⁹⁸ DICKINSON, A., “Provisional measures...” op. cit., p. 546; NUYTS, A., “La refonte du règlement...”, op. cit., p. 39; HONORATI, C., “Medidas provisionales...” op. cit., p. 223.

¹⁹⁹ NUYTS, A., “La refonte du règlement...”, op. cit., pp. 39 y 40.

²⁰⁰ Ibid. p. 39.

Por otro lado, cabe plantearse hasta qué punto podrá el tribunal ejecutante de la medida comprobar que esta ha sido adoptada por el tribunal competente sobre el fondo. Tanto *Mietz* como *Purruker I*²⁰¹ se refieren a esta cuestión estableciendo la necesidad de que el tribunal competente sobre el fondo manifiestamente esta competencia en la resolución, debiendo contener “una afirmación, sin ambigüedades, sobre los fundamentos que sostienen la competencia judicial de dicho tribunal”. En ambas sentencias la presunción operó en el sentido de considerar que ambas estaban adoptadas en virtud del art. 31 RBI, debiendo someterse a los requisitos establecidos para la aplicación del mismo.

Asimismo, ambas resoluciones implican la disponibilidad del tribunal ejecutante para realizar una revisión sobre la sentencia de origen, lo que ha sido considerado como algo que socava el vertebral principio de confianza mutua²⁰² consolidada en los arts. 35 y 36 RBI. Bien es cierto que el propio TJUE –en *Purruker*²⁰³ y *Mietz*²⁰⁴– salva este potencial obstáculo a través de la distinción entre “revisión” y “control” de la norma de competencia, siendo esta última la apreciación que hace sobre su comportamiento. En cualquier caso, la ambigüedad de los argumentos sobre los que el TJUE construye la citada distinción la hacen más que probablemente conflictiva en la práctica, por lo que no puede ser considerada la solución ideal.

Cuestión conexa y relevante en los trabajos preparatorios para la reforma de RBI –a la que se aludirá a continuación²⁰⁵– quedó plasmada en la Propuesta 2010 en el art. 31 que planteaba la necesidad de cooperación entre el tribunal competente sobre el fondo y el competente en materia exclusivamente cautelar –ex art. 36 Propuesta 2010–.

2.3. MEDIDAS ANTE CAUSAM EN RBI-BIS

En la regulación definitiva, hoy vigente, el legislador europeo ha optado finalmente por no incorporar el citado art. 35 de la Propuesta 2010²⁰⁶ al que hemos hecho alusión en los párrafos precedentes, culminando así una reforma del sistema cautelar que

²⁰¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 15 de julio de 2010, C-256/09, *Purruker*, ECLI:EU:C:2010:665, párrafo 76.

²⁰² HONORATI, C., “Medidas provisionales...” op. cit., p. 224.

²⁰³ Sentencia párrafo 75.

²⁰⁴ Sentencia párrafo 49.

²⁰⁵ Sobre cooperación entre tribunales, vid. pp. 92 y ss.

²⁰⁶ Algo que autores como DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.). *The Brussels I...*, op. cit., p. 360, consideran algo entendible puesto que no aportaba normativamente nada, más allá de la constatación del sistema de doble vía.

muchos consideran insatisfactoria²⁰⁷ aunque hayan subsistido los principios enunciados en los arts. 2.a y 42.2 del mismo en referencia a las medidas cautelares *ante causam* y las medidas cautelares *ex parte* y, desde luego, queda establecida inequívocamente –si bien no expresamente– la *two track jurisdictional system* y la competencia del juez competente sobre el fondo en los términos descritos en los párrafos precedentes.

Asimismo, incluso no manteniéndose el art. 35 Propuesta 2010, de manera indirecta, se puede llegar a idénticas conclusiones en lo antedicho, acerca de la determinación del tribunal competente sobre el fondo y la exclusión de las medidas adoptadas sin audiencia del demandado, manteniéndose la preferencia por el tribunal competente sobre el fondo como *forum conveniens*²⁰⁸ solucionando, aparentemente, el problema del *forum shopping*.

En relación con la primera cuestión, la no introducción de un precepto específico que establezca la competencia del tribunal competente sobre el fondo el materia cautelar resulta, a juicio de la doctrina²⁰⁹, comprensible dada la irrelevancia práctica, en términos de implicaciones normativas, que representaría su inclusión, más allá de la simple constatación del sistema de doble vía. Bien es cierto que esta constatación ha sido reclamada como necesaria por algunos autores²¹⁰ en aras a dotarlo de una mayor claridad.

En lo referente, concretamente, a la cuestión de las medidas cautelares *ante causam* adoptadas por un tribunal que aún no ha ejercido su competencia sobre el fondo, esta queda, siquiera teóricamente, abierta. Es más, existen todavía voces²¹¹ que abogan por entender la competencia del tribunal legitimado por un foro del Reglamento, aunque no haya ejercido dicha competencia, no debe considerarse limitada a los supuestos del art. 35 RBI-bis sino que debe operar como si efectivamente fuese competente. CARAVACA/CARRASCOSA²¹² indican expresamente que “puede tratarse de un juez que ya esté conociendo del asunto o del juez que podría conocer del fondo del asunto en virtud” del Reglamento, permitiéndose a su entender un cierto grado de *forum shopping*

²⁰⁷ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries...*, op. cit. p. 784: “European legislators once again failed to seize the opportunity to change art. 31 of Brussels I Regulation, adopting the provision with its contents unaltered into the revised version of the Regulation (...)”.

²⁰⁸ QUERZOLA, L., “Il nuovo sistema...”, op. cit., p. 1480.

²⁰⁹ DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.). *The Brussels I...*, op. cit., p. 360.

²¹⁰ HEINZE, C., “Choice of Court Agreements...”, op. cit., p. 606.

²¹¹ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medidas provisionales y cautelares...”, op. cit., p. 63.

²¹² Ibid.

entre los foros de competencia sobre el fondo que alternativamente propone el Reglamento en busca de las “medidas cautelares espacialmente eficacísimas”.

Forum shopping cautelar, denostado por parte alguna doctrina que lo califica de irritante²¹³, pero que sin embargo sigue siendo una posibilidad en la práctica por deseo, siquiera implícito, del legislador que no ha puesto definitiva solución al mismo en el nuevo texto –al menos en lo referente a tribunales competentes sobre el fondo, cuestión distinta es la desaparición definitiva del *forum shopping* cautelar de los tribunales que fundan su competencia en el art. 35 RBI-bis-.

Volviendo no obstante a la competencia potencial, la exigencia literal del art. 2.a RBI-bis que se limita a indicar que “«resolución» engloba las medidas provisionales o las medidas cautelares acordadas por un órgano jurisdiccional competente, en virtud del presente Reglamento, para conocer sobre el fondo del asunto” puede ser interpretado como la no exclusión de la competencia del tribunal potencialmente competente para adoptar medidas cautelares en base a la competencia general del Reglamento²¹⁴, siendo no obstante mayoritaria la opinión en la doctrina en el sentido de restringir la aplicación del precepto a los casos en los que la competencia sea efectiva²¹⁵, dada la interpretación teleológica del texto cuyo fin no puede ser otro que el de asegurar la unidad jurisdiccional en su área de aplicación. Llama, no obstante, la atención, la no inclusión de un precepto que aclare de nítidamente estas cuestiones.

Podemos señalar una serie de riesgos o consecuencias potencialmente perturbadoras asociadas a dicho “cabo suelto”, a saber:

Por un lado, el riesgo fundamental de la regulación deriva de la posibilidad de presentar la solicitud de medidas cautelares previa a la demanda en cualquiera de los foros teóricamente competentes –caso típico sería el de poder presentarse en el tribunal del domicilio del demandado ex art. 4 RBI-bis y en el tribunal del lugar donde debían ser entregadas las mercaderías en caso de una compraventa internacional-, que abre la puerta no solo a la posibilidad del citado *forum shopping* cautelar sino a la posibilidad de solicitarlas ante todos los tribunales potencialmente competentes de forma simultánea como una suerte de tanteo en aras a determinar qué tribunal le será más

²¹³ GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...*, op. cit. p. 168.

²¹⁴ De esta opinión HEINZE, C., “Choice of Court Agreements...”, op. cit., p. 607; GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...*, op. cit. p. 192; CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *Litigación internacional...*, op. cit., p. 472.

²¹⁵ GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...*, op. cit. p. 193; BRIGGS, A., *Civil Jurisdiction and Judgments*, 6ª edición, Routledge, Oxon, 2015, p. 612.

favorable a sus intereses. En cualquier caso, se trata de un riesgo que difícilmente puede ser paliado salvo que, como proponen MAGNUS-MANKOWSKY²¹⁶:

- a. Se obligue al demandante a elegir el tribunal ante el que presentará la demanda sobre el fondo, introduciendo una modificación legislativa que suponga de alguna manera la obligación para el demandante de presentar la demanda sobre el fondo ante el mismo tribunal ante el que presentó la demanda de medidas cautelares.
- b. Se limite la competencia del tribunal a los requisitos del art. 35 RBI-bis en tanto en cuanto no es, de manera efectiva, competente sobre el fondo.

Por otro lado, de cara a la circulación de la medida²¹⁷, la consideración, *ex ante*, del tribunal potencialmente competente –al margen de tribunales competentes en virtud de una competencia exclusiva, cuestión a la que nos referiremos a continuación- como efectivamente competente daría lugar a la libre circulación de la medida, pudiendo darse el caso de que finalmente no fuera ese el tribunal finalmente competente sobre el fondo. Sin perjuicio de lo que se expondrá en el punto relativo al reconocimiento y ejecución de las medidas, baste decir que la solución vendría de la mano de una aplicación analógica de la revocabilidad de la medida que, expresamente, establece el Reglamento OERC. Nuestra posición a este respecto es favorable a entender que la medida debe ser revocada en estos supuestos pese a que no ha sido previsto expresamente como en el citado Reglamento OERC.

- Litispendencia entre tribunales potencialmente competentes

Dando por buena la tesis que acepta la concurrencia de diferentes foros potencialmente competentes habría que dar una respuesta a la eventual situación de litispendencia entre tribunales potencialmente competentes. La solución, en caso de conflicto entre jueces competentes vendría en este caso de la mano de la aplicación de la aplicación de las reglas de litispendencia del propio Reglamento.

2.4. MEDIDAS CAUTELARES *MEDIO IUDICIO*

A priori, existiendo ya un tribunal competente sobre el fondo puede pensarse que este será el único competente para adoptar medidas cautelares sobre la base de su

²¹⁶ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries...*, op. cit., p. 792.

²¹⁷ Cuestión tratada monográficamente en pp. 118 y ss.

competencia sobre el fondo –no se cuestiona ya desde luego la competencia de este²¹⁸-, aunque existieran foros alternativos a los que renunció el demandante. La solución razonable, aunque se pueda tener la tentación de recurrir a esta suerte de supuestos de laboratorio, es pensar que estos foros alternativos, una vez ejercitada la acción ante otros tribunales, solo estén habilitados por el art. 35 RBI-bis²¹⁹, no obstante, la competencia de los tribunales potencial o virtualmente competentes, habiendo sido ya ejercida la competencia sobre el fondo, suscita opiniones encontradas.

Se apunta por parte de la doctrina²²⁰ la posibilidad de considerar que los foros virtuales mantendrían competencia cautelar, apoyándose en que de otro modo se estaría generando un agravio comparativo con la competencia otorgada por el art. 35 RBI-bis.

Es decir, en caso de admitir que los tribunales virtualmente competentes sobre el fondo pierden su competencia para adoptar medidas cautelares a partir del momento en que se sustanciara la demanda sobre el fondo ante otro tribunal mientras que los tribunales competentes de acuerdo con el art. 35 –más su Derecho nacional- mantendrían –aunque limitada- dicha competencia, sería otorgar una mayor fuerza a los foros especiales abiertos por el art. 35 RBI-bis que a las reglas de competencia generales del Reglamento, subvirtiendo de alguna manera la finalidad uniformizadora del texto.

Por otro lado, parece más acorde al espíritu del Reglamento –y a la unidad jurisdiccional que pretende- entender²²¹ que una vez ejercida la acción, y en aplicación de las reglas de litispendencia del propio texto, un solo tribunal será competente sobre el fondo y, por tanto, para decretar las medidas cautelares aparejadas al proceso principal del que está conociendo.

3. COMPETENCIA SOBRE EL FONDO EN LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN DE 2010

3.1. ART. 35 PROPUESTA 2010: COMPETENCIA EXPRESA DE LOS TRIBUNALES COMPETENTES SOBRE EL FONDO.

²¹⁸ NUYTS, A., “La refonte...”, op. cit., p. 121; GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...*, op. cit. p. 191.

²¹⁹ HONORATI, C., “Medidas provisionales...” op. cit., p. 222.

²²⁰ HEINZE, C., “Internationaler einstweiliger Rechtsschutz”, *Recht der internationalen Wirtschaft (RIW)*, 2003, p. 926; MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries...*, op. cit., p. 794.

²²¹ De esta opinión GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau...*, op. cit., p. 193.

El art. 35 de la Propuesta 2010 introdujo, por primera vez de manera expresa, la competencia de los tribunales competentes sobre el fondo para conocer de la solicitud de medidas cautelares previstas por sus propios ordenamientos internos. Complementando este art. al art. 36, sucesor del art. 31 RBI a cuyos cambios dedicaremos la debida atención en el epígrafe correspondiente. El tenor literal del propuesto art. 35 era el siguiente:

Artículo 35 (Propuesta 2010)

Cuando los tribunales de un Estado miembro fueren competentes en cuanto al fondo del asunto, serán competentes para otorgar las medidas provisionales y cautelares previstas por la ley de dicho Estado.

Remontándonos a documentos anteriores en los que ya se había planteado la necesidad de reformar el art. 31, que no había sido alterado en absoluto con el paso del CB al RBI, veíamos que el informe Pocar²²², refiriéndose a la reforma del Convenio de Lugano, ya señalaba estas deficiencias en la regulación en materia cautelar. En la misma línea había sido sugerido por la doctrina en fases previas y bien recibido –aunque no carente de controversia- cuando se plasmó en el Proyecto de 2010²²³, como reflejo de una realidad asentada en la práctica, máxime en una materia como la cautelar en la que las certezas en materia competencial no pueden ser consideradas como baladíes.

3.2. DISTINCIÓN ENTRE MEDIDAS ANTICIPATORIAS Y CONSERVATORIAS

Esta es, en opinión de algunos autores²²⁴ una de las cuestiones mejorables de la propuesta y, a la postre, de la nueva regulación del RBI-bis. Como hemos apuntado, el legislador –al centrarse meramente en el alcance territorial de la medida- parece haber

²²² Informe Pocar, op. cit., pp. 34-35.

²²³ Respuestas de la AEJI al Libro Verde sobre la reforma del Reglamento Bruselas I; ARENAS GARCÍA, R. y ORÓ MARTÍNEZ, C., “La propuesta de revisión del Reglamento 44/2001: algunos pasos en la dirección correcta”. Publicado en el blog de la Universidad Autónoma de Barcelona, 10 de diciembre de 2010, <http://blogs.uab.cat/adipr/2010/12/28/la-propuesta-de-revision-del-reglamento-442001-algunos-pasos-en-la-direccion-correcta/>; HONORATI, C., “Medidas provisionales...” op. cit., p. 210; ARENAS GARCÍA, R., “Las medidas provisionales...” op. cit., p.3; DICKINSON, A., “Provisional measures...” op. cit., p. 560 propone una nueva redacción del artículo 31, introduciendo un primer epígrafe en los siguientes términos:

If the courts of a Member State are seised of proceedings as to the substance of the matter, that jurisdiction shall carry with it the power to make orders of any kind in connection with the proceedings or their subject matter (including, without limitation, provisional measures).

²²⁴ HONORATI, C., “Medidas provisionales...” op. cit., p. 221.

obviado la relevancia de establecer una distinción en base al tipo de medida de la que se trate.

De los tres tipos de medidas a las que nos venimos refiriendo-anticipatorias, conservatorias y preparatorias- nos centraremos en las dos primeras.

Se ha planteado la idoneidad –hasta la necesidad²²⁵- de que el juez que conoce sobre el fondo del asunto sea en todo caso competente para conocer de las medidas con vocación de estabilidad en el tiempo y que afecten directamente al objeto sobre el que versa la demanda principal. Nos estamos refiriendo concretamente a medidas como pagos adelantados –*interim payment*-.

Respecto de las medidas con efecto conservador no parece existir inconveniente en que sean adoptadas tanto por el tribunal con competencia general sobre el fondo como por el tribunal exclusivamente competente en materia cautelar.

Aunque el art. 35 de la Propuesta estableció expresamente la competencia del tribunal competente sobre el fondo para adoptar medidas cautelares, el art. 36 del mismo texto introduce el vínculo territorial pero sin hacer referencia a los tipos de medidas comentados. La solución planteada a esta cuestión resulta por lo tanto insatisfactoria, habida cuenta de que el texto definitivo no introduce matizaciones a este respecto.

4. MEDIDAS CAUTELARES Y COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DEL ARTÍCULO 24 RBI-BIS

Se trata de una cuestión que, como muchas de las que estamos recogiendo en el presente estudio, no es nueva. El efecto que una competencia exclusiva para conocer de una controversia tendrá sobre las medidas cautelares adoptadas en relación con la misma abre una serie de interrogantes a los que trataremos de dar cumplida respuesta.

Por un lado, se ha discutido²²⁶ la pertinencia de considerar incluida la competencia emanada de una competencia exclusiva dentro del “incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto” del art. 35 RBI-bis. Las suspicacias pueden surgir en torno a considerar que la aceptación de esta extensión de la competencia otorgada por dicho artículo supone abrir la puerta –

²²⁵ Ibid., p. 220.

²²⁶ KRUGER, T., en NUYTS, A. y WATTÉ, N., *International Civil Litigation...*, op. cit. p. 323; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medidas cautelares...”, op. cit. p. 454.

potencialmente- a los tribunales de todos los Estados miembros en supuestos en los que el Reglamento atraiga la competencia a un tribunal europeo en virtud de una competencia exclusiva. En cualquier caso, a nuestro juicio, no existe razón para pensar que el legislador haya deseado un resultado diferente en este sentido, tanto es así que el propio art. 35 RBI-bis ni siquiera recoge ya el requisito de que la competencia del tribunal competente sobre el fondo se derive de las disposiciones del Reglamento, por lo que, a fortiori, nada hace pensar que haya querido excluirse la competencia de un tribunal de un Estado miembro que, a pesar de las particularidades de las competencias especiales, efectivamente base su competencia en el Reglamento.

Por otro lado, existe un supuesto considerado por algunos autores²²⁷ una excepción a la regla enunciada en los párrafos precedentes. Nos estamos refiriendo a los supuestos en los que, aún sin haberse presentado la demanda sobre el fondo solo existe un tribunal competente en virtud de las competencias exclusivas establecidas por el art. 24 RBI-bis. En este caso parece razonable pensar²²⁸ que el tribunal actuará como si efectivamente fuese el tribunal competente, no debiendo entenderse limitada su competencia a los supuestos descritos para el art. 35. Es decir, actuará con total libertad a la hora de adoptar las medidas cautelares que considere oportunas pudiendo estas, además, circular libremente en el territorio de la Unión.

5. MEDIDAS CAUTELARES Y PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA

Debemos en este caso partir de la base de que el principio que operaba en el punto anterior no puede ser extrapolado al presente caso por no ser situaciones análogas. Mientras que el caso de las competencias exclusivas la competencia del tribunal se encuentra garantizada y no puede ser excluida, en el caso de los acuerdos de elección de foro la competencia del tribunal designado puede cambiar en cualquier momento por consentimiento de las partes.

Por ello, resultaría poco razonable otorgar al tribunal competente en virtud de estos preceptos competencia en condiciones análogas a las que resultan del resto de los supuestos de competencia del Reglamento y debe quedar limitada por los requisitos exigibles a la aplicación del art. 35 RBI-bis.

²²⁷ BRIGGS, A., *Civil Jurisdiction...*, op. cit., pp. 612 y ss.; CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *Litigación...*, op. cit., p. 480.

²²⁸ Así lo entiende BRIGGS, A., *Civil Jurisdiction...*, op. cit., p. 612.

Cuestión diferente es la de la inclusión de la competencia derivada de los arts. 25 y 26 RBI-bis en el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro competente para conocer del fondo del art. 35 RBI-bis. Sobre este particular tuvo ocasión de pronunciarse el TJUE en el asunto *Italian Leather*²²⁹ estableciendo la posibilidad de que un tribunal diferente de aquel sobre el que recayera la competencia en virtud del acuerdo pudiese adoptar medidas cautelares en aplicación del art. 24 CB68 –art. 35 RBI-bis-.

La consecuencia de mayor trascendencia práctica, como señalan algunos autores²³⁰ se dará en relación con litigantes de terceros Estados que a la hora de concluir un acuerdo de elección de foro a favor de un tribunal de un Estado miembro deberán tener en cuenta que esto abre la puerta, potencialmente, a cualquier tribunal de un Estado miembro, con la consecuente facilidad de alcanzar bienes o intereses del eventual demandado en todo el territorio de la UE, sujeto siempre a los requisitos de aplicación del art. 35 RBI-bis. En este sentido se ha apuntado²³¹ la necesidad de una interpretación restringida de dicho artículo y de, concretamente, el vínculo de conexión real, a la hora de enfrentarnos a situaciones como la referida.

6. MEDIDAS CAUTELARES Y DEMANDADOS NO DOMICILIADOS EN LA UE

El art. 6 RBI-bis permite otorgar competencia a los tribunales de Estados miembros en supuestos en los que el demandado no se encuentra domiciliado en la UE a través de la legislación interna de dichos Estados. Pues bien, si la competencia sobre el fondo está basada en dicho art. 6 RBI-bis, este será el competente sobre el fondo estando la competencia de los demás tribunales restringida por el art. 35 RBI-bis, como se desprende, en una interpretación analógica, de la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Overseas Union Insurance Ltd. c. New Hampshire Insurance Co.*²³² en la que se admite la aplicación de la legislación sobre litispendencia del CB 68 a un supuesto de demandados no domiciliados en la UE –en este caso se trata de una sociedad estadounidense-.

²²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 6 de junio de 2002, C-80/00, *Italian Leather*, ECLI:EU:C:2002:342, párrafo 39.

²³⁰ KRUGER, T., en NUYTS, A. y WATTÉ, N., *International Civil Litigation...*, op. cit. p. 324.

²³¹ KRAMER, X.E., *Het kort geding in international perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het international privaatrecht*, Kluwer, 2001, p. 143.

²³² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 27 de junio de 1991, C-351/89, *Overseas Union Insurance*, ECLI:EU:C:1991:279.

Cuestión diferente será la de los casos en los que no existiendo conexión del demandado con ningún Estado miembro, además ningún estado esté conociendo del asunto. La conclusión lógica ante esta situación es pensar que el Reglamento no tiene nada que decir al respecto, siendo cuestión a dilucidar por el DIPr del Estado cuyos tribunales tengan que lidiar con el eventual litigio.

7. COOPERACIÓN ENTRE TRIBUNALES

7.1. ANTECEDENTES

La posibilidad de que exista una comunicación-cooperación entre el tribunal competente para adoptar la medida cautelar y aquél que ostenta la competencia general sobre el fondo fue plasmada en sendos textos como el Informe Heidelberg²³³ y el Libro Verde²³⁴ y trasladada, de manera matizada, al art. 31 de la Propuesta 2010.

Artículo 31 (Propuesta 2010)

Si estuviere pendiente ante un tribunal de un Estado miembro una acción en cuanto al fondo y se sometiere a los tribunales de otro Estado miembro una solicitud de medidas provisionales y cautelares, los tribunales de que se trate cooperarán para asegurar la adecuada coordinación entre el procedimiento en cuanto al fondo y la tutela provisional.

En particular, el tribunal al que se sometiere una solicitud de medidas provisionales y cautelares recabará información del otro tribunal sobre todas las circunstancias pertinentes del asunto, como, por ejemplo, la urgencia de la medida solicitada o cualquier denegación de una medida similar por parte del tribunal que conociere sobre el fondo.

Se trata de una adaptación, como señalábamos, matizada de la necesidad de cooperación introducida en el Informe Heidelberg y recogida en el Libro Verde –tan criticada²³⁵– que redundará en la misma suerte de intervencionismo por parte del Tribunal competente sobre el fondo respecto del tribunal cautelar en aras a que se tomen en consideración todos los pormenores de la controversia, como explica el propio artículo. Su importancia se vio acentuada con la inclusión de los arts. 2 (a) y 42.2 de la Propuesta

²³³ Study JLS/C4/2005/03 Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States presented by Prof. Dr. Burkhard Hess Prof. Dr. Thomas Pfeiffer and Prof. Dr. Peter Schlosser (Munich) Final Version September 2007.

²³⁴ Libro verde sobre la reforma del Reglamento 44/2001, cit.

²³⁵ Vid. pp. 125 y ss.

2010 que, permitiendo expresamente la circulación de medidas cautelares anticipatorias y *ex parte* ponían de manifiesto la necesidad de coordinación en aras a evitar medidas contradictorias.

Pese a ser bien acogida su inclusión en la Propuesta²³⁶, el hecho de que el propio precepto no establezca de manera precisa el modo en que se debe llevar a cabo este contacto entre tribunales reduce muy notablemente su aplicabilidad²³⁷.

En este sentido, autores como SANDRINI²³⁸ sugieren que la comunicación podría haberse canalizado a través de la Red Judicial Europea²³⁹, de forma análoga a lo establecido en el art. 20 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (en adelante Propuesta de Reglamento OERC). Igualmente, para las medidas *ex parte* –en absoluto minoritarias en la práctica- y en previsión de que pudieran existir múltiples medidas solicitadas ante diferentes tribunales, el art. 19 de la Propuesta de Reglamento OERC²⁴⁰ ofrecía una posible solución, exigiendo al demandante que facilite la información sobre otras solicitudes que haya podido presentar.

Otra posible alternativa, particularmente relevante en los casos a los que nos estamos refiriendo surgió²⁴¹ en relación con la regulación que el Reglamento contiene respecto de la litispendencia. Siendo dos procesos que se siguen en paralelo, fondo y medidas cautelares, se propuso la introducción de una regla de litispendencia en la línea de la contenida en los principios sobre Derecho internacional privado elaborados por el Grupo Europeo Max Planck sobre Derecho internacional privado de la propiedad intelectual (CLIP)²⁴² en los que se faculta a los tribunales para tomar en consideración

²³⁶ KASSEDIAN, C., “Commentaire...” op. cit., p. 128.

²³⁷ CADET, F., “Le nouveau règlement...”, op. cit.

²³⁸ SANDRINI, L., en POCAR, F. y otros, Recasting..., op. cit., p. 278.

²³⁹ https://e-justice.europa.eu/content_about_the_network-431-es.do?clang=es

²⁴⁰ Art. 19 (Propuesta OERC).

1. Al solicitar una OERC, el demandante indicará si ha presentado ante otros órganos jurisdiccionales otras solicitudes de OERC o medidas cautelares equivalentes previstas en el Derecho nacional contra el mismo demandado y para garantizar el reconocimiento de la misma deuda.

2. El demandante mantendrá informado al órgano jurisdiccional ante el que presente la solicitud de OERC, de cualquier otra OERC o medida cautelar de Derecho nacional que se le conceda como consecuencia de la solicitud a que se refiere el apartado 1. En este caso, el órgano jurisdiccional o la autoridad emisora podrá abstenerse de dictar una orden adicional si considera que las medidas ya concedidas protegen suficientemente los intereses del demandante.

²⁴¹ SANDRINI, L., en POCAR, F. y otros, Recasting..., op. cit., p. 282.

²⁴² http://www.cl-ip.eu/_www/files/pdf2/Principios_CLIP.pdf

pruebas o apreciaciones de otros tribunales en aras a formar un criterio sólido para sus propias actuaciones.

No obstante, todas las alternativas propuestas adolecen de un inconveniente insalvable en la práctica, por cuanto que suponen entorpecer un procedimiento como el cautelar, consustancialmente ágil, que con este requisito adicional podría devenir en la pérdida de eficacia de la medida. En aras a paliar esta indeseable consecuencia se propuso²⁴³ la flexibilización del precepto, en la línea de los citados principios CLIP, que dejaría de ser imperativo para pasar a ser potestativo, en manos del tribunal que podría, en caso necesario, recabar la información correspondiente pero no teniendo que hacerlo en todo caso.

7.2. COOPERACIÓN ENTRE TRIBUNALES EN RBI-BIS

En cualquier caso y ante las dificultades teóricas y prácticas –destacando el insalvable inconveniente derivado del impacto que supondría su aprobación en un contexto procesal tan heterogéneo como el de la UE²⁴⁴- mencionadas toda alusión a cooperación entre tribunales ha sido suprimida del RBI-bis, de forma análoga a lo ocurrido en el texto definitivo del Reglamento OERC²⁴⁵.

8. COMPETENCIA DEL FORO CAUTELAR DE LOS ARTÍCULOS 24CB, 31RBI y 35RBI-BIS - “VÍNCULO TERRITORIAL”

Desde el comienzo del “sistema de Bruselas” se optó, deliberadamente –no cabe entenderlo de otra manera²⁴⁶- por renunciar a un sistema uniforme de competencia judicial internacional convencional para las medidas cautelares, que recogidas en los arts. 24 CB68, primero, 31 RBI posteriormente y 35 RBI-bis actualmente, están redactadas de manera que de la literalidad de sus términos no puede extraerse una norma de competencia judicial internacional completa y que pueda dotar, directamente y con la previsibilidad exigible, de competencia a ningún tribunal. Los cambios introducidos por la última versión, en el RBI-bis, resultan algo más clarificadores en este sentido aunque sin resultar, desde luego, definitivos.

²⁴³ HEINZE, C., “Choice of Court Agreements...”, op. cit., pp. 601-602.

²⁴⁴ CADET, F., “Le nouveau règlement...”, op. cit., p. 789.

²⁴⁵ Vid. supra pp. 145 y ss.

²⁴⁶ HONORATI, C., “Medidas provisionales...”, op. cit., p.209.

Como destacan algunos autores²⁴⁷ la forma de proceder del legislador en la conversión del CB 68 en el RBI puede considerarse cuando menos llamativa, ya que a pesar de apostar por la previsibilidad de sus reglas de competencia²⁴⁸ introduce como sucesor del art. 24 CB68 un art. 31 RBI que, en la línea de su sucesor, perpetua una situación de notable incertidumbre de cara a la determinación del criterio de competencia con una remisión a las legislaciones nacionales no armonizadas en materia cautelar.

En cualquier caso, la justificación práctica de dotar no solo a los tribunales competentes sobre el fondo de competencia para adoptar medidas cautelares responde a la necesidad de dotar de efectividad a una medida que requiere de un significativo grado de celeridad y de efecto sorpresa. Recurriendo directamente al foro de ejecución de la medida el demandante evita tener que lograr una resolución en otro Estado y tramitar el reconocimiento y ejecución donde corresponda, con la complejidad que esto entraña en la heterogénea cuestión de las medidas cautelares.

8.1. EL DEBATE REMISIÓN V. COMPETENCIA

En torno a los arts. 24 CB68 y 31 RBI surgió una importante controversia doctrinal²⁴⁹ entre aquellos que consideraban que la expresión “previstas por la ley de un Estado contratante/parte” remitía a la legislación autónoma de los Estados para determinar la competencia judicial que les permitiera adoptarla –criterio de remisión- y los que consideraban que podía entenderse el “incluso si, en virtud del presente Convenio, un tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo” como punto de conexión que, por sí solo, diera competencia cualquier tribunal de un Estado miembro, no competente sobre el fondo, para adoptar cualesquiera medidas cautelares que estableciera su Derecho interno –criterio de competencia directa-. Existieron también posiciones intermedias entre estas dos posturas antagónicas.

En cualquier caso, el debate en torno a esta cuestión ocupará gran parte del análisis en este punto, por tratarse de una constante en el análisis doctrinal de la regulación cautelar en la UE, cuyas consecuencias no se reducen a la mera especulación teórica sino que tienen unas derivadas prácticas a tener en cuenta.

²⁴⁷ DICKINSON, A., “Provisional measures...”, op. cit., p. 520.

²⁴⁸ Considerando 11 RBI.

²⁴⁹ Vid. HONORATI, C., “Medidas provisionales...”, op. cit., p.209; MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries...*, op. cit., pp. 797 y ss.; DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.). *The Brussels I...*, op. cit. pp. 362 y ss.

Considerar la norma contenida en el precepto como una norma de competencia directa supondría que este sería el único precepto necesario para que el juez de un Estado miembro se atribuyera competencia internacional para conocer de una solicitud de medida cautelar referida a un determinado asunto. Todo ello, debe recordarse, en virtud de un punto de conexión tan poco concluyente como el que se enuncia en el artículo en cuestión.

Por otro lado, la consideración de los preceptos como norma de remisión hizo surgir algunas incógnitas, la principal de las cuales²⁵⁰ era la determinación de las normas a las que remite el artículo. A este respecto, podemos adelantar que resulta razonable pensar que, el art. 24 CB68 remite tanto al resto de las normas de competencia del CB68 como, siendo éstas insuficientes, a las normas internas de cada Estado. Estas últimas, relegadas a un segundo plano para la mayor parte de los supuestos en la práctica, “recuperan el vigor” para la adopción de medidas cautelares²⁵¹.

Cuestión, como vemos, controvertida, pero que sorprendentemente no recibió respuesta por parte del legislador europeo en las reformas del CB 68 ni del Convenio de Lugano, cuyas segundas versiones –RBI y Convenio de Lugano de 2007- han mantenido inalterada la letra en tan conflictivos preceptos. Ha habido, no obstante, un cambio sustancial con la entrada en vigor del RBI-bis que, utilizando una técnica legislativa un tanto inusual matiza de alguna manera el campo de aplicación de los preceptos que afectan a la tutela cautelar en la UE y apuesta, siquiera implícitamente, por una aplicación restringida del nuevo art. 35 de manera que dote de competencia a los tribunales de los Estados miembros que puedan ejecutar las medidas que adopten, todo ello según su particular –no pacífica- interpretación de la jurisprudencia del TJUE.

El análisis, de manera análoga al proceder del resto del estudio, partirá de la clasificación cronológica distinguiendo la situación previa a la entrada en vigor del RBI-bis y la etapa que discurre desde el proyecto de la Comisión hasta la relativamente reciente entrada en vigor del texto definitivo.

8.2.SITUACIÓN CON CB Y RBI

²⁵⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 197; , U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries...*, op. cit., p. 797.

²⁵¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pp. 199-208 hace un repaso (año 1999) de los diferentes criterios que, tanto desde la doctrina como desde la jurisprudencia, predominan en diferentes Estados parte del CB68. La totalidad de los Estados citados -Alemania, Francia, Inglaterra, Italia y la propia España- mostraban –aunque existan voces discordantes- ya desde ese momento una clara preferencia por el criterio de remisión.

Artículo 24 (CB)

Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Convenio, un tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo.

Artículo 31 (RBI)

Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Reglamento, un tribunal de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo.

A. Artículos 24CB / 31RBI como norma de remisión

Son múltiples los argumentos esgrimidos por una muy abundante –mayoritaria– doctrina para respaldar esta concepción del precepto²⁵².

Se trata, como hemos señalado, de un precepto extraordinariamente vago en sus términos, carente de un punto de conexión *stricto sensu*²⁵³. Consecuentemente, a pesar de hallarse en el título referido a la competencia judicial en el Reglamento –del mismo modo que en el CB68 anteriormente– la necesidad de apoyarnos en alguna norma que legitime de manera clara al tribunal que pretenda ejercer la competencia resulta imperativa. En este punto la cuestión relevante sería la de esclarecer a qué norma ha de entenderse que remite el precepto.

Aunque pudiera caerse en la tentación de buscar la respuesta en las otras normas de competencia judicial internacional del propio Convenio/Reglamento, esta solución habría de ser considerada con las necesarias cautelas. La propia existencia del art. 24CB / 31 RBI era muestra de la inequívoca voluntad del legislador europeo de dotarlo de identidad propia dentro del texto. Aceptar dicho criterio de competencia haría

²⁵² CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *Litigación internacional...*, op. cit., p. 474; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 195; CARRILLO, L.F. en CALVO CARAVACA, A. L. (Ed.). *Comentario...*, op. cit., p. 439; GAUDEMET-TALLON, H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Competence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, ed. LGDJ (Librairie générale de droit et de jurisprudence), Paris, 1996, pp. 188 y ss.; MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries...*, op. cit., p.797; DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 329; KRUGER, T. en NUYTS, A. y WATTÉ, N., *International Civil...*, op. cit., p. 316.

²⁵³ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 195; DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.). *The Brussels I...*, p. 362.

completamente prescindible y vacío de contenido el precepto²⁵⁴. Resulta pues más apropiado hablar de una remisión al Derecho nacional, debiendo esta ser entendida en un triple sentido:

- i. Normas de competencia judicial internacional
- ii. Normas de determinación de competencia territorial
- iii. Derecho procesal/material interno en materia cautelar

No obstante, parte de la doctrina entendía la remisión como una mera potestad – “podrán solicitarse...”- no existiendo, atendiendo a dicha concepción, obligación o punto de conexión que haga previsible la solución ni derogación de las normas convencionales²⁵⁵.

Estos mismos autores apuntan, asimismo, que la actuación del legislador solo puede entenderse como consciente y voluntaria, en atención a la controversia suscitada en torno a la aplicación del art. 20.1 del Reglamento Bruselas II bis²⁵⁶ y la sentencia *Purruker* –resumida a continuación- que matiza el supuesto carácter de norma de competencia directa de dicho precepto.

*-Purruker*²⁵⁷ -

La controversia principal surge en relación con la custodia de unos mellizos entre la madre -de nacionalidad alemana- y el padre -de nacionalidad española-. Los niños nacieron prematuros en Alemania y la madre volvió a dicho país con uno de ellos, mientras que el padre se quedó con el otro, aún hospitalizado en España, interponiendo una solicitud de medidas cautelares urgentes para la devolución del menor que ya se encontraba en Alemania y para obtener la custodia de ambos. La madre, por su parte, inicia un procedimiento por la custodia, posteriormente, en Alemania.

Con todo, la petición de decisión prejudicial surge en el marco de un tercer procedimiento, concretamente en el marco de la petición de *exequatur* del padre en Alemania. Se recurre al TJUE tras el recurso interpuesto ante el

²⁵⁴ Así lo entiende CARRILLO, L.F. en CALVO CARAVACA, A. L. (Ed.). *Comentario...*, *op. cit.*, p. 439.

²⁵⁵ *Ibid.* p. 439.

²⁵⁶ REGLAMENTO (CE) No 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000.

²⁵⁷ : Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 15 de julio de 2010, C-256/09, *Purruker*, ECLI:EU:C:2010:665.

Bundesgerichtshof por la Sra. Purrucker, la madre, contra la resolución del *Oberlandesgericht Stuttgart* de 22 de septiembre de 2008, por cuanto dicha resolución concede el *exequatur* a la resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de San Lorenzo de El Escorial (Madrid) que atribuye la custodia de los menores al padre de estos.

Se trata de un caso en que se suscitan muy numerosas cuestiones cuyo contenido excede ampliamente el espectro de análisis del presente estudio por lo que cabe referirnos a las derivadas que para la doctrina resultan relevantes en relación a la cuestión que nos concierne. Concretamente interesan las consideraciones en torno a la naturaleza del art. 20 RB-II²⁵⁸ y las alusiones que en la propia sentencia se hacen a las analogías²⁵⁹ entre este y el 24 del CB68, todo ello derivado de la cuestión planteada por el tribunal alemán que consulta al TJUE la aplicabilidad del art. 21 del RB-II – reconocimiento y ejecución- a las medidas cautelares del art. 20 RB-II. Se plantean, a este respecto, por parte del abogado general 4 opiniones doctrinales²⁶⁰, cuya consideración deviene esencial en aras a contestar a la cuestión planteada:

i. Autores que excluyen las medidas del art. 20 RB-II, apartado 1, del Reglamento del ámbito de aplicación de las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución. “Consideran esta disposición pura y simplemente una regla de competencia –una interpretación que puede apoyar la sentencia A, en virtud de la cual las medidas provisionales, en el sentido del art. 20, deben ser de naturaleza provisional, y su aplicación y carácter vinculante se determinan de acuerdo con el Derecho nacional–. Siempre que se haya oído a ambas partes, las medidas provisionales (excepto en materia

²⁵⁸ Reglamento (CE) No 2201/2003 del consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000.

Art. 20 Medidas provisionales y cautelares

1. En caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando, en virtud del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo.

2. Las medidas tomadas en virtud del apartado 1 dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud del presente Reglamento para conocer del fondo del asunto haya adoptado las medidas que considere apropiadas.

²⁵⁹ No debe caerse sin embargo en la extrapolación automática de los criterios de un reglamento a otro, dado el particular ámbito material de aplicación del RBII-bis, así lo entiende la doctrina: HONORATI, C., “Medidas provisionales...”, op. cit., p. 214 y el propio Abogado General: Conclusiones *Purrucker*, párrafo 80.

²⁶⁰ Conclusiones de la abogada general (Eleanor Sharpston) en *Purrucker*, párrafos 78-82, recogidas igualmente en la sentencia en los párrafos 47-51.

matrimonial y de responsabilidad parental) han de reconocerse y ejecutarse con arreglo al Convenio de Bruselas y al Reglamento nº 44/2001, sujeto sólo a las restricciones impuestas por el Tribunal de Justicia. Aunque la situación en virtud del presente Reglamento parece comparable, el art. 20, apartado 1, se refiere a medidas adoptadas con arreglo al Derecho del Estado miembro «en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro», vinculando de este modo el objeto de la medida a la competencia territorial. Se desprende de los arts. 1, apartado 1, 2, apartado 4, y 20, apartado 1, que el ámbito de aplicación de de las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución del Reglamento se limita a las resoluciones dictadas en el procedimiento principal.”

ii. Un segundo grupo amplía el ámbito de aplicación del art. 2, apartado 4, a las medidas provisionales adoptadas por un tribunal competente en el ámbito del procedimiento principal, siempre que el derecho a ser oído esté previsto al menos *a posteriori*. A diferencia del CB68 y del RBI, el presente Reglamento regula relaciones triangulares en las que un tercero –el menor– tiene una especial necesidad de protección. En consecuencia, el derecho a ser oído debe garantizarse en alguna fase, aunque sea después de que se dicte el auto provisional.

iii. El tercer grupo “restringe la aplicación del Reglamento a las medidas provisionales adoptadas sólo después de que las partes hayan sido oídas. Consideran que el mero cumplimiento *a posteriori* del requisito de un juicio justo no es suficiente. Es un defecto del Reglamento que adopte instrumentos pensados para procedimientos *inter partes* en relación con los temas de custodia; esto no debe extenderse a expensas del sistema equilibrado del Convenio de la Haya de 1980”.

iv. El último grupo “alega que todas las medidas provisionales deben incluirse en el sistema de reconocimiento y ejecución del Reglamento. Algunos de los miembros de este grupo consideran que las medidas adoptadas en las circunstancias descritas en el art. 20 RB-II son una “resolución judicial”, en el sentido del art. 2, apartado 4, mientras que otros no, pero todos coinciden en que las disposiciones de los arts. 21 y siguientes son de aplicación.”

En relación a esta cuestión, el tribunal destaca la opinión del Gobierno del Reino Unido en la vista, que consideraba que “admitir el reconocimiento y la ejecución de medidas incluidas en el ámbito de aplicación del art. 20 RB-II en cualquier otro Estado miembro, incluido el Estado que es competente sobre el fondo del asunto, crearía

además un riesgo de elusión de las reglas de competencia previstas en este Reglamento y de «forum shopping», lo cual sería contrario a los objetivos perseguidos por dicho Reglamento y, en particular, a la consideración del interés superior del menor mediante la adopción de las decisiones que le afectan por parte del órgano jurisdiccional cercano geográficamente a su residencia habitual, que el legislador de la Unión considera el mejor situado para apreciar las medidas que han de adoptarse en interés del menor.”²⁶¹

Siendo primordial la discusión en torno a la posibilidad de reconocimiento de la resolución, se discute de manera incidental también la naturaleza de las medidas del art. 20 RB-II. A este respecto el Tribunal parece descartar la naturaleza de mera norma de competencia del art. 20 RB-II, en alusión a los argumentos presentados por el Gobierno alemán, según el cual “dos aspectos importantes diferencian el art. 11, apartado 1, del Convenio de La Haya de 1996 del art. 20 RB-II. En primer lugar, el art. 11 de este Convenio se concibe manifiestamente como una regla de competencia y sistemáticamente aparece en la lista de disposiciones de este tipo, lo que no ocurre en el caso del art. 20 RB-II, como se ha expuesto en el apartado 61 de la presente sentencia.”²⁶²

Con todo, el Tribunal rechaza la inclusión de las medidas cautelares del art. 20 en el ámbito de aplicación de los arts. 21 y ss.

a. Riesgos de un criterio de remisión ilimitado.

En un primer momento, antes de la sentencia *Denilauler*, se planteaba un problema teórico de notable envergadura, el de la posible adopción, en aplicación amplia del criterio de remisión, por parte de un tribunal de un Estado miembro –en virtud de la *lex fori*- de una medida cautelar sobre bienes situados en el territorio de otro Estado miembro²⁶³. Quedaba, sin embargo, descartada esta posibilidad con el pronunciamiento del TJUE en dicha resolución.

- No exclusión de foros exorbitantes.

El problema de la excesiva flexibilidad a la hora de aplicar un puro criterio de remisión se vio acentuada igualmente con *Van Uden* al decretar la no aplicabilidad de la limitación de fueros exorbitantes del CB68 –art. 3 en CB68 y RBI y art. 5 RBI-bis- al

²⁶¹ Sentencia *Purruker* párrafo 91.

²⁶² *Ibid.*, párrafo 89.

²⁶³ GAUDEMET-TALLON, H., *Les...*, *op. cit.*, pp. 188 y ss.

art. 24 CB68. De esta manera se ampliaba notablemente el ámbito de aplicación del precepto pero se podía abrir una peligrosa puerta de entrada a este tipo de justificación competencial tan peligrosa²⁶⁴. Como apuntan algunos autores²⁶⁵, la posibilidad de un amplio *fórum shopping* en materia cautelar resulta particularmente cuestionable dada la menor protección que el Reglamento ofrece a la parte afectada por la medida en comparación con la que se brinda dentro de la demanda principal.

En *Van Uden* el tribunal neerlandés había basado su competencia en uno de los foros considerados exorbitantes por el art. 3 CB68 y esa fue precisamente una de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia. Este resolvió de manera tajante aludiendo a la interpretación literal del precepto que se refiere a las reglas establecidas en las Secciones 2 a 6 del Título II, es decir, en los arts. 5 a 18 del CB68, dejando fuera la regulación especial del art. 24 de dicho texto²⁶⁶.

De esta manera surgió la necesidad de limitar de alguna manera la atribución competencial de la que pudieran dotarse los tribunales de Estados miembros y fue la propia sentencia *Van Uden* la que, aludiendo al asunto *Denilauler*, matizaba esta habilitación competencial.

b. Solución: *Denilauler – Van Uden - Mietz*, conexión real.

Con estas resoluciones²⁶⁷, particularmente con *Van Uden*, el TJUE parece apostar abiertamente por el criterio de remisión²⁶⁸, suponiendo además dichas resoluciones el germen del actual régimen de exclusión de la circulación de resoluciones no adoptadas por el tribunal competente sobre el fondo. Estas sentencias proceden a paliar uno de los grandes peligros de la aplicabilidad extensiva del art. 35 RBI-bis (o cualquiera de sus predecesores), que no es otra que la de vaciar de contenido al tribunal competente sobre el fondo y al procedimiento ante el mismo²⁶⁹.

²⁶⁴ KRUGER, T. en NUYTS, A. y WATTÉ, N., *International...*, op. cit. utiliza el término “evil”, como hipérbole de la consideración que esta cuestión suscitaba en su momento.

²⁶⁵ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries...*, op. cit., p. 786.

²⁶⁶ Sentencia *Van Uden*, párrafo 42:

(...) según el párrafo primero de esta disposición, las personas domiciliadas en un Estado contratante sólo podrán ser demandadas ante los tribunales de otro Estado contratante en virtud de las reglas establecidas en las Secciones 2 a 6 del Título II, es decir, en los artículos 5 a 18 del Convenio. De ello se deduce que la prohibición, impuesta en el artículo 3, de invocar normas de competencia exorbitantes no se aplica al régimen especial previsto en el artículo 24.

²⁶⁷ Resúmenes de *Van Uden* y *Mietz* vid. pp. 72 y ss.

²⁶⁸ De esta opinión DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 330.

²⁶⁹ GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau...*, op. cit., p. 196.

En el asunto *Denilauler*²⁷⁰ se produce un primer hito en el que el TJUE limita expresamente por primera vez la dimensión extraterritorial del juez que conoce de una medida cautelar en virtud del art. 24 CB68.

-Denilauler-

La empresa demandante, SNC Couchet Frères –en adelante Couchet-, con sede social en Francia, transportó mercancías para Bernard Denilauler, de nacionalidad alemana. Ante el impago de éste la empresa francesa demandó sobre la base del contrato logrando, en un procedimiento unilateral ante los tribunales franceses, una medida cautelar de embargo preventivo –*saisie conservatoire*- de una suma de dinero en un banco del demandado en Frankfurt.

La demandante solicitó el reconocimiento y la ejecución de la medida obtenida en Francia ante el *Landgericht* de Wiesbaden en aplicación del CB68. El propio demandante, adelantándose al Tribunal, alegaba la no aplicabilidad al caso del art. 47 del CB68, que exige notificación previa para poder instar la ejecución²⁷¹. Sustentaba esta afirmación argumentando que el efecto sorpresa es precisamente lo que da sentido a la medida cautelar.

Aceptando estos argumentos el *Landgericht* ordenó la ejecución de la medida, que fue recurrida ante el *Oberlandesgericht Frankfurt am Main* por el demandado alegando que se habían obviado los arts. 27.2 y 46.2 del CB68. En este punto, el *Oberlandesgericht* traslada la cuestión al TJCE²⁷² en relación con la aplicación al caso de tanto de los arts. 27.2 y 46.2 aludidos por el demandado, como del art. 47 aludido por el propio demandante en primera instancia –reconocimiento y ejecución de resoluciones adoptadas *ex parte*-, además del alcance de los arts. 34 y 36 –argumentos que el demandado puede plantear al recurrir la ejecución-.

Respecto de las medidas adoptadas *ex parte* el Tribunal pondera la efectividad de estas medidas con los derechos de defensa –que constituyen una de los principios que sustentan el CB68- decantándose por priorizar

²⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de mayo de 1980, C-125/79, *Denilauler*, ECLI:EU:C:1980:130.

²⁷¹ Sentencia *Denilauler*, p. 1555.

²⁷² *Ibid.* p. 1556.

estos últimos. Descarta por tanto la circulación entre Estado miembros de medidas cautelares adoptadas en un procedimiento unilateral.

Se detiene además a analizar el alcance del art. 24, como régimen especial dentro del CB68, cuyas condiciones no pueden ser extrapolables a las medidas cautelares adoptadas por el tribunal competente sobre el fondo. Introduce además dos requisitos a las medidas adoptadas en virtud de dicho artículo:

Provisionalidad de la medida²⁷³. Debe poderse limitar su concesión en el tiempo pudiéndose exigir garantías bancarias.

Conexión real²⁷⁴. No enunciada expresamente, se limita a afirmar que será el “Juez del lugar (...) donde estén situados los bienes que serán objeto de las medidas solicitadas, el que está en mejores condiciones para apreciar las circunstancias que pueden llegar a conceder o denegar las medidas solicitadas.”

Descarta por tanto la ejecución de las medidas en Alemania, recordando no obstante que existe la posibilidad de eliminar los inconvenientes del procedimiento en curso recurriendo al Tribunal del lugar en que se hallen los bienes al amparo, precisamente, del art. 24.

Sin indicarlo expresamente, la alusión al juez del lugar donde estén situados los bienes es considerado el germen de la exigencia de conexión real que, en ese caso sí, de manera expresa recogía la sentencia *Van Uden*. A partir de *Denilauler* la doctrina comienza ya a interpretar el art. 24 CB68 en el sentido de considerarlo un “reenvío condicionado”²⁷⁵, aunque no será hasta la sentencia *Van Uden* cuando el Tribunal de Justicia, aplicando el criterio de *Denilauler* incorpore este concepto, expresamente, en el texto de una resolución.

Esta extrapolación directa de los criterios de *Denilauler* a *Van Uden* ha sido, no obstante, criticada por numerosos autores²⁷⁶ en el sentido de considerar un error tratar

²⁷³ Ibid., fundamento jurídico Nº 15, DOCE 1570.

²⁷⁴ Ibid., fundamento jurídico Nº 16, DOCE 1570.

²⁷⁵ BOULARBAH, H., “Les mesures...”, op. cit., DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Civil Europeo, Vol. I, Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 329.

²⁷⁶ DICKINSON, A., “Provisional measures...”, op. cit., p. 524 y ss., 548.

estos dos casos como casos análogos cuando existen notables diferencias entre ambos casos en atención a las cuales no se puede justificar una respuesta análoga, en concreto:

i. En *Denilauler*, a diferencia de *Van Uden*, se trataba de una solicitud de medidas *ex parte*.

ii. En *Denilauler*, a diferencia de *Van Uden*, el tribunal al que se solicitaban las medidas era el tribunal competente sobre el fondo en virtud del CB 68.

iii. Las propias medidas solicitadas en *Denilauler –saisie conservatoire-* y en *Van Uden –kort gedin-* no son equiparables.

Se ha creado, por tanto, toda una interpretación general del precepto en base a un supuesto particular como el de *Denilauler*, sin tener quizá en cuenta las particularidades del mismo a la hora de juzgar los casos posteriores.

En *Van Uden*, por otro lado, se da, para muchos, la constatación de que el TJUE apuesta abiertamente por el criterio de remisión²⁷⁷ por cuanto que alude expresamente a la competencia territorial del juez en relación con la presencia del objeto de la medida cautelar, remitiendo a la conexión real como nexo de unión que justifique la competencia.

a. Inconvenientes del criterio de conexión real.

- Indeterminación

Esta conexión real, sin embargo, ha suscitado diferentes interpretaciones desde su formulación, concretamente en lo relativo a la plasmación práctica de la misma, dada la ambigua formulación que hace el TJUE que se limita a enunciar el requisito de conexión real sin dotarlo de contenido. Diferentes alternativas se han planteado desde la doctrina²⁷⁸, cuestionándose la posibilidad de restringirlo a una sola conexión.

A la espera de alguna resolución que aclare definitivamente este punto la mayoría de la doctrina²⁷⁹ se apoyaba en la remisión²⁸⁰ que la propia sentencia *–Van Uden-* hace a

²⁷⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., op. cit., p. 330.

²⁷⁸ BOULARBAH, H., “Les mesures...”, op. cit., p. 604; KRUGER, T. en NUYTS, A. y WATTÉ, N., *International Civil...*, op. cit., p. 329.

²⁷⁹ HARTLEY, T. C., *International Commercial Litigation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p.438; ARENAS GARCÍA, R., “Las medidas provisionales...”, op. cit., p.4; GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau...*, op. cit., p. 196; DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., op. cit., p. 331.

²⁸⁰ Sentencia *Van Uden*:

“39 (...) el Tribunal de Justicia ha sostenido, en la sentencia *Denilauler*, antes citada, apartado 16, que, sin ninguna duda, el tribunal del lugar o, en cualquier caso, del Estado contratante donde están situados los bienes que serán objeto de las medidas solicitadas es quien mejor puede apreciar las circunstancias que pueden dar lugar a la concesión o a la denegación de dichas medidas o prescribir los

Denilauler para entender que esta conexión real se ha venido entendiendo en términos de conexión territorial entre los bienes objeto de la medida cautelar y el tribunal que se considere competente para adoptarla.

Debe considerarse, en opinión de GASCÓN INCHAUSTI²⁸¹ que al menos debe conectarse la aplicación del precepto con la eficacia en el Estado de la medida cautelar en cuestión, sin embargo, la literalidad de la resolución no aclara qué debe entenderse por “conexión real”, por lo que, aunque la posición más pacíficamente aceptada sea la de aquellos que apuestan por el criterio de territorialidad²⁸² no pueden obviarse otras aproximaciones teóricas a la cuestión.

En este sentido, matizando el criterio de territorialidad generalmente aceptado algunos autores²⁸³ señalan, en virtud de lo establecido por la jurisprudencia británica en el caso *Sandisk c. Philips Electronics*²⁸⁴, que la conexión no tiene por qué referirse exclusivamente a la presencia física de los bienes en el territorio del foro sino que esta conexión puede igualmente derivar de la presencia del destinatario de la medida con control sobre dichos bienes.

- Conexión “real”

En relación con lo que debemos entender por “real” podemos introducir dos aproximaciones en el debate:

Por un lado puede plantearse como conexión entre el bien -“res”- objeto de la medida y el territorio del foro.

La segunda opción pasa por entender “real” como “efectiva”. Esta sería una aproximación de aplicación indudablemente más amplia y que da cabida sin problemas a las medidas in personam, implícitamente descartadas en virtud del criterio precedente. Este último caso parece tener un mayor respaldo²⁸⁵, tanto es así que en las diferentes traducciones en la UE el italiano –es la excepción- no recoge el término “*reale*” sino que se decanta por “*effetivo*”.

modos y los requisitos que deberá cumplir el demandante para garantizar el carácter provisional y cautelar de las medidas autorizadas.

40. De ello se deduce que la concesión de medidas provisionales o cautelares en virtud del artículo 24 está supeditada, en especial, a la existencia de un vínculo de conexión real entre el objeto de las medidas solicitadas y la competencia territorial del Estado contratante del juez que conoce del asunto.”

²⁸¹ DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., op. cit., p. 331.

²⁸² BOULARBAH, H., “Les mesures...”, op. cit., pp.607-608; PERTEGÁS SENDER en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.). *Brussels I...*, op. cit., p. 533.

²⁸³ CARR, I. y STONE, P., *International Trade Law...*, op. cit., p. 525.

²⁸⁴ *Sandisk Corporation v Koninklijke Philips Electronics NV and others*: CHD 27 FEB 2007. [2007] EWHC 332 (Ch).

²⁸⁵ DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.). *The Brussels...*, op. cit. p. 370.

La posición del Gobierno alemán²⁸⁶ en el asunto *Van Uden* es la de considerar que se cumpliría el requisito de conexión real siempre y cuando exista urgencia en la decisión y esta pueda ser ejecutada en el Estado del foro. Recordemos que en *Van Uden* el Tribunal se refiere a una conexión real entre el objeto de la medida y la competencia territorial del juez. Con esta apreciación se pone sobre la mesa una distinción relevante, la del lugar de ejecución *-forum executionis-* versus el lugar de situación del bien objeto de la medida, que era el criterio seguido en *Denilauler* en un caso diferente.

Se trata de una distinción relevante, por cuanto que limitar las medidas al lugar de situación del bien supondría eliminar del espectro de aplicación del mismo todas las medidas cautelares *in personam*, entre las cuales destacan todas aquellas procedentes de sistemas anglosajones, como la *worldwide mareva injunction*.

Asimismo, autores como CONSOLO²⁸⁷ interpretan *Van Uden* en el sentido de entender que el objeto de la medida no debe limitarse a algo material *-“res”-* sino al derecho en relación al cual se pretende la protección cautelar, lo que ampliaría en ámbito de aplicación a medidas *in personam* como la citada *worldwide mareva injunction*. Proponía dicho autor una reformulación del *forum executionis* actualizada que diera cabida a dichas situaciones.

Para el caso de las personas físicas, siguiendo la misma tesis, sería necesario que las personas estuviera *“substantially present”* en el lugar de ejecución, no bastando la mera presencia circunstancial. Existen, no obstante, voces contrarias a este criterio interpretativo descartando el domicilio del demandado como punto de conexión suficiente de cara a superar el test de la conexión real²⁸⁸.

Se propuso, por otra parte, extenderla a la existencia de intereses comerciales de las partes en el territorio²⁸⁹, aunque este criterio no prosperó.

Autores como CARR/STONE²⁹⁰, sin dar por zanjado el asunto, plantean dos hipótesis. Por un lado, la mayoritariamente aceptada *-vínculo meramente físico-* de la presencia de los bienes en el territorio del Estado del foro pero sin descartar la presencia de la persona, con control sobre dichos bienes, en dicho territorio. Sería, por tanto, una visión algo más amplia del criterio de territorialidad pero que para la aplicación práctica

²⁸⁶ Sentencia *Van Uden*, párrafo 36.

²⁸⁷ CONSOLO, C., “Avoiding the Risk of Babel after *Van Uden* and *Mietz*: Perspectives and Proposals”, *Zeitschrift für Zivilprozeß international: Jahrbuch des internationalen Zivilprozeßrechts* 2001 Bd.6, p. 58.

²⁸⁸ PERTEGÁS SENDER en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.). *Brussels I...*, *op. cit.*, p. 33.

²⁸⁹ KRUGER en NUYTS, A. y WATTÉ, N., *International Civil...*, *op. cit.* p. 328-329.

²⁹⁰ CARR, I. y STONE, P., *International Trade Law*, 5ª edición, Routledge, Oxon, 2014, p. 525.

de esta segunda opción plantea no pocos problemas, al menos en teoría, máxime en una Unión Europea sin fronteras. Si bien es cierto que los bienes también se pueden desplazar –salvo, obviamente, los inmuebles- la movilidad de las personas resulta más sencilla y admitir este criterio como suficiente para considerar cumplido el requisito de conexión real parece algo difícilmente aceptable en aras a mantener la seguridad jurídica que debe regir todo proceso.

Lo que sin duda parece inferirse de las sentencias *Van Uden* y *Mietz* es que existe un vínculo territorial y que este se desvanece en los supuestos en los que la medida cautelar obtenida debe ser ejecutada en otro Estado distinto del que la adopta. Existe, no obstante, un supuesto intermedio poco claro, en los casos en los que la medida sea parcialmente ejecutada en el territorio del Estado que la solicita y parcialmente en otro Estado. ¿Se cumpliría en este caso el vínculo de conexión real? De acuerdo con algunos autores²⁹¹ en este caso se podría considerar satisfecho el requisito y, por tanto, justificada la competencia del tribunal.

En cualquier caso, la sentencia *Van Uden*, previa al RBI, condicionó el debate en torno a la modificación del art. 24 CB68 hasta el punto que la Comisión sugirió la inclusión del requisito de conexión real ligado al principio de territorialidad de manera expresa²⁹², modificaciones que finalmente no fueron adoptadas, siguiendo con la tónica predominante respecto de la armonización de la tutela cautelar a nivel UE y contraviniendo a la doctrina que, mayoritariamente²⁹³, clamaba por un cambio que plasmara los matices introducidos por las muy relevantes sentencias citadas, lo que habría dotado incuestionablemente de mayor seguridad jurídica y certidumbre a la aplicación del Reglamento. La propia Comisión²⁹⁴, no obstante, en su propuesta definitiva de Reglamento evitó introducir cambios en la nueva formulación del art. 24 por considerar que las aclaraciones en *Van Uden* y *Mietz*, como criterio interpretativo resultaban suficientes.

²⁹¹ PERTEGÁS SENDER en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.). *Brussels I...*, *op. cit.*, p. 33.

²⁹² Artículo 18.a de la Propuesta de la Comisión -Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - «Hacia una mayor eficacia en la obtención y la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea», COM/97/0609 final, Diario Oficial n° C 033 de 31/01/1998 p. 3 (en adelante propuesta de la Comisión de 1997), epígrafes 22 y ss.

²⁹³ KENNET, W., *Enforcement of judgements in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 139 y ss.; STANDLER, A., “From the Brussels Convention to Regulation 44/2001: Cornerstones of a European law of civil procedure”, *Common Law Market Review*, Vol. 42, N° 6, 2005, pp. 1642 y ss.

²⁹⁴ Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (1999/C 376 E/01) COM(1999) 348 final 1999/0154 (CNS).

- Conexión real y circulación de las medidas cautelares

Sin perjuicio de las apreciaciones que al respecto se harán en el epígrafe expresamente dedicado a la circulación de las medidas cautelares cabe señalar en este punto una apreciación respecto al vínculo de conexión real contenido en *Van Uden* y su relación con la posibilidad de circulación de la medida que cumpla dicho requisito.

De acuerdo con la interpretación mayoritaria²⁹⁵ de *Van Uden* podría considerarse que el cumplimiento del requisito de conexión real bastaba –salvo en los casos en los que la medida recayese sobre bienes específicos, que sí debían encontrarse en el territorio del Estado del foro- para que la medida pudiese circular en el territorio UE. A pesar de que algunos trabajos preparatorios sugirieron una flexibilización del requisito²⁹⁶ el texto final del RBI-bis, tanto el art. 35 como el art. 2.a o cualquiera de los considerandos a los que se refiere el texto, no parecen considerar deseable esta flexibilización en absoluto²⁹⁷. Es más, aunque se cumpla el requisito no se considera suficiente para dar pasaporte europeo a las resoluciones de adopción de medidas cautelares. En consecuencia, la negativa a la circulación de medidas provisionales adoptadas por el foro del art. 35 RBI-bis ha sido considerada por algunos autores “una negativa sustancial de la justicia provisional”²⁹⁸.

- Posible denegación de la competencia en base a legislación interna

En sentido negativo, piénsese en un caso en que el demandante de la medida cautelar la solicita ante el tribunal a su juicio competente para adoptar la medida en aplicación de la conexión real. Dado el carácter potestativo intrínseco de la remisión algunos autores²⁹⁹ apuntan a la posibilidad de la denegación de la competencia por parte del tribunal requerido por no encontrar éste fundamento competencial en su legislación interna. Esto reduciría, al menos potencialmente, el alcance del precepto generando un notable foco de inseguridad jurídica.

- Necesidad práctica del criterio

²⁹⁵ DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.). *The Brussels...*, op. cit., p. 371.

²⁹⁶ DICKINSON, A., “Provisional measures...”, op. cit., p. 547.

²⁹⁷ Vid. pp. 115 y ss.

²⁹⁸ HONORATI, C., “Medidas provisionales...”, op. cit., p. 226.

²⁹⁹ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medidas cautelares...”, op. cit. p. 450.

En referencia a esta cuestión algunos autores³⁰⁰ no dudan en mostrar dudas respecto de la necesidad de establecer este control en supuestos en los que el tribunal que adopta la medida no es el competente sobre el fondo. ¿Qué otro motivo al margen de la celeridad en la consecución de la medida por hallarse los bienes objeto de la misma en el territorio del tribunal puede motivar al demandante de la misma a recurrir a un tribunal distinto al que dirimirá la cuestión principal?

C. Artículo 24/31 como norma de competencia directa

a. Planteamiento del problema - antecedentes

Admitiendo el tenor “vago y genérico” del precepto –situado, cabe recordar, en el capítulo II dedicado a la competencia judicial- existen voces que se inclinan por considerar más fundada la consideración del precepto como norma de competencia directa³⁰¹, aunque con una necesaria limitación de esta regla de manera que su alcance no resulte desmesurado.

Los argumentos a favor de esta concepción ponen el acento, fundamentalmente, en la aplicación uniforme del Reglamento³⁰², por ser esta más compatible con una tutela cautelar internacional realmente efectiva y por facilitar en la práctica la ejecución de sentencias³⁰³.

Desde un punto de vista de interpretación teleológica del conjunto del CB68 la uniformidad es la regla, por lo que apartarse de esta generaría una distorsión en la aplicación dicha regla. Asimismo, no tendría sentido establecer un precepto específico relativo a la tutela cautelar dejando, sin más, la determinación de la competencia en manos de las normas internas de los Estados.

Los autores defensores de esta tesis consideran además que la jurisprudencia del TJUE apunta en este sentido, frente a la opinión mayoritaria que entiende lo contrario³⁰⁴. GARCIMARTÍN³⁰⁵ alude concretamente a *Denilauler* para justificar la

³⁰⁰ PRETELLI, I. en LAZIĆ, V. y STUIJL S. (eds.), *Brussels Ibis...*, op. cit., p. 110.

³⁰¹ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medidas cautelares...”, op. cit. p. 451, FUENTES CAMACHO, V., *Las medidas provisionales...*, op. cit., p. ; MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.), *Brussels I Regulation...*, op. cit. p. 525.

³⁰² CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medidas cautelares...” op. cit., p.451.

³⁰³ Ibid. p. 451.

³⁰⁴ BOULARBAH, H., “Les mesures...”, op. cit.; GASCÓN INCHAUSTI en DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Civil Europeo...*, op. cit., p. 329-330.

³⁰⁵ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El régimen...*, op. cit. p. 93: “con todas las reservas que esta afirmación exige”.

prevalencia de este criterio, del mismo modo que otros autores remiten en genérico a la jurisprudencia del TJUE para respaldar su postura.

b. Inconveniente: punto de conexión

Este es, claramente, el punto débil de quienes defienden esta concepción. La determinación de competencia en una norma de Derecho internacional privado requiere indefectiblemente la existencia de un punto de conexión que permita una atribución competencial sólida garantizando la tutela judicial efectiva en todos sus aspectos. Ante la difícilmente apreciable existencia de dicho punto de conexión, al menos de manera expresa, la doctrina favorable a este criterio trató de paliar esta carencia.

En esta línea algunos autores³⁰⁶ eran favorables a considerar que existía un punto de conexión implícito en el art. 24 CB68 a favor de los tribunales de cumplimiento de la medida cautelar. Operaba, por así decirlo, como foro de necesidad³⁰⁷.

c. Reforma del RBI

Llegado el momento de elaboración del nuevo texto, la Comisión adoptó de manera desigual las propuestas introducidas en los trabajos preparatorios.

La Propuesta 2010 incluía una sección 11 dentro del capítulo II compuesta por los arts. 35 y 36, siendo este último el que sustituía al art. 31 del RBI con la siguiente redacción:

Artículo 36 (Propuesta 2010)

Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si (en virtud del presente Reglamento) un tribunal de otro Estado (miembro) o un tribunal arbitral fuere competente para conocer sobre el fondo.³⁰⁸

A primera vista, al margen de las consideraciones a las que se aludirá a continuación, se trata de un artículo bastante continuista salvo por la eliminación del requisito de que la competencia del tribunal que conozca sobre el fondo recaiga sobre un Estado miembro, suprimiéndose igualmente el requisito de que la determinación de dicha

³⁰⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 92-96; CONSOLO, C., “La tutela sommaria e la Convenzione di Bruxelles: la circolazione comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 0035-6174, 1991, pp. 602 y ss.

³⁰⁷ MERKT, O., *Les mesures provisoires en droit international privé*, Schulthess, Zurich, 1993.

³⁰⁸ Lo resaltado en rojo es lo que se elimina del texto del artículo 31 RBI y lo resaltado en verde es lo que introduce la Propuesta 2010.

competencia se derive del Reglamento. De esta manera se resolvieron las dudas suscitadas en torno al criterio de habilitación competencial del tribunal competente sobre el fondo y optándose por la opción menos restrictiva –la cual parece inferirse de la sentencia *Van Uden*³⁰⁹ - que permite la solicitud aunque el procedimiento sobre el fondo se sustancie ante un tribunal arbitral, lo que, a fortiori, parece abrir la puerta a tribunales de Estados ni miembros³¹⁰.

El propuesto considerando 11³¹¹ hace también una interesante aportación –no novedosa pero igualmente relevante por redundarse en la misma- de cara al análisis de la nueva regulación proyectada para las medida cautelares. En dicho precepto introductorio se insiste en el alto grado de previsibilidad que debe derivarse de las normas de competencia judicial del Reglamento. Recordemos que los preceptos proyectados para regular la competencia para adoptar medidas cautelares siguen estando dentro del capítulo II –Competencia- lo que hace extensivo este requisito a dicha regulación. Como anticipo a las conclusiones sobre esta cuestión podemos afirmar que ni con la propuesta ni con el texto definitivo se ha cumplido este objetivo de manera satisfactoria.

Si bien en la Propuesta de 1997 la Comisión era notablemente más ambiciosa³¹² –tan ambiciosa que los cambios proyectados no fueron finalmente adoptados- en esta ocasión se opta ya desde este primer texto por una aproximación que, como decíamos, apuesta por la continuidad. Todo ello a pesar de la opinión mayoritaria en la doctrina, e incluso de las propias instituciones europeas en un primer momento, que veían la reforma del Reglamento como una oportunidad para actualizar un precepto³¹³ cuyos problemas ya se habían identificado, entre otros, por la propia Comisión³¹⁴. En el proceso de elaboración

³⁰⁹ Sentencia *Van Uden*, párrafo 44: “cuando las partes han sustraído válidamente un litigio derivado de un contrato, a la competencia de los tribunales estatales para atribuirlo a un órgano arbitral, no existen, en el sentido del Convenio, tribunal estatal competente para conocer del fondo del litigio. De ello se deduce que una parte de tal contrato no tiene la posibilidad de solicitar la adopción de medidas provisionales o cautelares ante un tribunal estatal competente, en virtud del Convenio, para conocer sobre el fondo.”

³¹⁰ De esta opinión: ARENAS GARCÍA, R., “Las medidas provisionales...”, *op. cit.*, p. 6; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil...*, *op. cit.*, p. 344-345.

³¹¹ Considerando 11:

“Las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado y esta competencia debe regir siempre, excepto en algunos casos muy concretos (...)”

³¹² Vid. *supra* pp. 61 y ss.

³¹³ DICKINSON, A., “Provisional measures...”, *op. cit.*, p. 521.

³¹⁴ En la exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (COM/99/348 final) señala que “El artículo 31, único artículo de esta Sección, no se ha

del nuevo RBI-bis, una vez más, la doctrina albergaba esperanzas de que esta vez sí se pusiera negro sobre blanco la lectura definitiva que se hiciera desde las instituciones de la jurisprudencia referente al art. 24 CB68/31 RBI.

d. Criterio de competencia, mantenimiento de remisión

Cuestión controvertida, como se ha podido ver en las páginas anteriores, no encuentra una respuesta definitiva en la propuesta de la Comisión que mantiene la remisión a los criterios de competencia nacionales de los Estados miembros³¹⁵. A pesar del interés que recoge la propuesta de cara a armonizar las normas de competencia incluso en referencia a demandados no domiciliados, llama la atención³¹⁶ la perpetuación de un criterio competencial que conduce a una falta de uniformidad cuando menos peligrosa en aras al cumplimiento del fin último del Reglamento. La introducción de un criterio de competencia uniforme sería, a nuestro juicio, una propuesta necesaria³¹⁷.

e. Requisito de conexión real - análisis del informe Pocar, Libro Verde y Propuesta de 2010.

En el proceso de elaboración evidenció un claro desacuerdo general con la aplicación en abstracto del requisito de conexión real al foro cautelar³¹⁸. Debe recordarse en este punto que ya el Informe Pocar³¹⁹ relativo al Convenio de Lugano aludía a la concreción del principio concluyendo la complejidad de incorporación del mismo a un texto legislativo, cosa que, sin embargo, se ha llevado a cabo en el texto de la propuesta, a

modificado. Como las restantes disposiciones del Reglamento, debe leerse a la luz de las resoluciones del Tribunal de Justicia al pronunciarse sobre una cuestión prejudicial en virtud del Protocolo del Convenio de Bruselas“. Se entiende por tanto que el legislador era consciente, como no podía ser de otra manera, de la controversia que suscitaba la redacción del artículo 24.

³¹⁵ Cuestión no zanjada en opinión de ARENAS GARCÍA, R., “Las medidas provisionales...”, op. cit., p.4.

³¹⁶ HONORATI, C., “Medidas provisionales...”, op. cit., p. 217.

³¹⁷ De la misma opinión HONORATI, C., “Medidas provisionales...”, op. cit., p. 219; ARENAS GARCÍA, R., “Las medidas provisionales...”, op. cit., p.4.

³¹⁸ HONORATI, C., “Medidas provisionales...”, op. cit.; HEINZE, C., “Choice of Court...”, op. cit., pp. 609 y ss.; DICKINSON, A., “Provisional measures...”, op. cit.

³¹⁹ Párrafo 127: “Teniendo en cuenta esa sentencia del Tribunal de Justicia (refiriéndose a *Van Uden*), el Grupo ad hoc estudió la necesidad de que se codificaran en el artículo 31 los principios en ella establecidos, y concluyó que no era necesario, entre otras cosas porque la incorporación de esos principios a un texto legislativo podría exigir ulteriores aclaraciones, en particular en lo que se refiere a la naturaleza del factor de conexión entre el objeto de la medida y la competencia territorial del tribunal, que en la sentencia se definía exclusivamente a propósito del caso concreto que se había planteado”

través del establecimiento de la limitación para adoptar medidas cautelares en virtud del art. 35 RBI-bis (36 propuesta) en atención a un puro criterio de conexión territorial.

La propuesta de abandonar este requisito de construcción jurisprudencial dotando a cambio al tribunal competente sobre el fondo del poder de modificar o revocar la medida cautelar³²⁰ resulta, a nuestro juicio, cuando menos llamativa por lo que representa en términos de injerencia en la soberanía de los tribunales de otro Estado miembro contraviniendo potencialmente la confianza mutua que sustenta el frágil sistema de DIPr en el espacio judicial europeo.

Asimismo, muy en sintonía con Heidelberg³²¹, debemos redundar en la difícil justificación de invocar este requisito en determinados supuestos con imposible vinculación con ningún territorio, como el caso de los pagos anticipados o *-interim payments-*³²². El “test” establecido en *Van Uden* puede entenderse que tiene todo el sentido siempre y cuando la medida se refiera a unos bienes concretos, pero cuando lo que se ordena es un pago no parece tener un sustento suficiente, máxime si nos referimos a medidas cautelares *in personam*³²³ cuyo vínculo de conexión real ha sido discutido en el RU³²⁴, fuente principal de este tipo de medidas.

En cualquier caso, al margen de las citadas situaciones en las que la determinación de la conexión real devenga cuando menos complicada, se echa de menos una determinación por parte del legislador de una definición autónoma del criterio en orden a aclarar si se refiere³²⁵ al lugar donde la medida es ejecutada, al lugar de situación de los bienes o el lugar en el que produce sus efectos.

Por todo ello, habida cuenta de las dudas que aún suscita el concepto, debemos referirnos a la propuesta de parte de la doctrina³²⁶ en sintonía con los trabajos preparatorios –especialmente informe Heidelberg y Propuesta de 2010- abogando por una supresión del test de vinculación real aplicado como criterio general, favoreciendo una relación entre ambos tribunales y la citada posibilidad de modificación o revocación

³²⁰ Vid. consideraciones sobre cooperación entre tribunales supra p.

³²¹ Informe “Heidelberg”, op. cit., “nobody could explain so far, how a payment order could ever be restricted to specific assets of the defendant located or to be located (within a certain territory)”.

³²² DICKINSON, A., “Provisional measures...”, op. cit., p. 547, HEINZE, C., “Choice of Court...”, op. cit., pp. 609 y ss.

³²³ HEINZE, C., “Choice of Court...”, op. cit., p. 609.

³²⁴ DICEY, MORRIS AND COLLINS, *On the Conflict of Laws*, op. cit. párrafo 8031.

³²⁵ HEINZE, C., “Choice of Court...”, op. cit., p. 609; HONORATI, C., “Medidas provisionales...”, op. cit., p. 213.

³²⁶ DICKINSON, A., “Provisional measures...”, op. cit., p. 550.

de la medida por parte del competente sobre el fondo³²⁷-, que, como se ha comentado quedaba matizada en la propuesta final de la Comisión, reduciéndola a la alusión que el art. 31 Propuesta 2010 hace a la cooperación entre tribunales y que quedó finalmente descartada en la versión final del texto.

D. Artículo 35 RBI-bis texto definitivo. ¿Debate zanjado?

Como ya se ha comentado a lo largo del presente estudio el art. 35 RBI-bis se mantiene virtualmente inalterado respecto de sus predecesores, lo que ha sido interpretado por la doctrina como una oportunidad perdida³²⁸ para mejorar una regulación cuya controvertida interpretación, de hecho, justifica en gran parte el presente estudio de investigación, basada en interpretaciones jurisprudenciales que pueden quizá necesitar una actualización. Por ello, la controversia doctrinal en relación con el criterio de atribución competencial sigue, al menos en el plano teórico, plenamente vigente³²⁹.

El legislador omite de una manera que solo puede entenderse como expresa enmendar un precepto tan mayoritariamente considerado como mejorable apostando por una interpretación de la jurisprudencia de *Mietz* en sentido estricto, remitiéndose a normas nacionales para que se adopten medidas sobre personas o bienes que se hallen en su propia jurisdicción, por lo que podría asumirse como superado el debate en opinión de la doctrina más extendida, aceptándose la consideración del art. 35 RBI-bis como norma de remisión³³⁰, debate que sin embargo no puede darse por zanjado existiendo aún una abierta división³³¹.

Aquéllos que se mantienen en la consideración del art. 35 RBI-bis como norma de competencia³³² directa lo hacen en su particular aproximación a *Van Uden* dotando de

³²⁷ Cooperación entre tribunales, una de las propuestas más novedosas de cara a la reforma de RBI, vid. pp. 91 y ss.

³²⁸ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries...*, op. cit., p. 784: “European legislators once again failed to seize the opportunity to change art. 31 of Brussels I Regulation, adopting the provision with its contents unaltered into the revised version of the Regulation (...)”; GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau...*, op. cit. p. 197.

³²⁹ CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *Litigación...*, op. cit., pp. 477 y ss.

³³⁰ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medidas provisionales...”, op. cit., p. 64; GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau...*, op. cit. p. 194; DICKINSON, A., “Provisional measures...”, op. cit., p. 205; HEINZE, C., “Choice of Court...”, op. cit., p. 609.; DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.). *The Brussels...*, op. cit., p. 362

³³¹ ARENAS GARCÍA, R., “Las medidas provisionales...”, op. cit., p. 4.

³³² CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *Litigación...*, op. cit., p. 477.

categoría de norma de competencia al texto de dicha resolución³³³, todo ello de la mano de una interpretación de dicho criterio en términos meramente territoriales, siendo esta la manera de justificar la inexistencia de un punto de conexión expreso en el precepto.

La opinión mayoritaria³³⁴, no obstante, y a nuestro juicio más acertada, apunta en el sentido de la mera remisión, eso sí, condicionada en los términos comentados en el presente epígrafe.

Esta interpretación parece más acorde con el deseo del legislador, que ha tenido la oportunidad de legislar de manera clara en otro sentido³³⁵, con la literalidad de la norma y con la interpretación más directa de las resoluciones comentadas del TJUE. La consideración de este de que los tribunales del lugar de ejecución son los que “mejor pueden apreciar” la eventual adopción de la medida no puede entenderse como una indicación de que se trata de una norma que dote directamente de competencia a dicho foro, sin más. Que sean los que mejor pueden apreciar no significa que sean los únicos³³⁶.

a. Conexión real.

En la regulación definitiva, tanto el art. 35 como el considerando 33 RBI-bis recoge el criterio de conexión real, entendido como vínculo territorial³³⁷ -tesis francesa³³⁸ - en contraposición al vínculo sustancial -tesis inglesa- mucho más laxa en sus requisitos - dada la vocación de traspasar sus fronteras de medidas de Derecho anglosajón como la *worldwide freezing order*-.

El considerando 33 RBI-bis introduce pues de manera expresa este criterio cuyo tenor literal es el que sigue:

“(…) Cuando las medidas provisionales y cautelares sean ordenadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no es competente en

³³³ “El tribunal del lugar o, en cualquier caso, del Estado contratante donde estén situados los bienes que serán objeto de las medidas solicitadas es quien mejor puede apreciar las circunstancias que pueden dar lugar a la concesión...”.

³³⁴ A favor esta resis, post-RBI-bis: CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *Litigación...*, *op. cit.*, p. 478; CACHARD, O., *Droit international privé*, 6ª edición, Bruylant, Bruselas, 2017, p. 140; GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau...*, *op. cit.* p. 194.

³³⁵ Como así lo hizo, por ejemplo, con el art. 20.1 del Reglamento 2201/2003.

³³⁶ CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *Litigación...*, *op. cit.*, p. 477.

³³⁷ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medidas provisionales...”, *op. cit.*, p. 66-67.

³³⁸ Cour de Casation, chambre civile (1er Ch), de 11 de diciembre de 2001, “*Virgin Atlantic*”, N° de pourvoi: 00-18547.

cuanto al fondo del asunto, su efecto debe circunscribirse, en virtud del presente Reglamento, al territorio de ese Estado miembro.”

En relación a la falta de determinación autónoma del criterio de conexión real, el Reglamento omite incorporar un criterio autónomo de aplicación del mismo, dada quizá la complejidad de semejante empresa, dando un cierto margen de apreciación a los tribunales, particularmente en dos cuestiones³³⁹:

- En relación a los bienes inmateriales cuya localización puede no ser tan sencilla.
- Medidas no destinadas a bienes sino contra personas. ¿Bastaría la simple presencia del demandado el territorio del Estado en cuestión para apreciar el cumplimiento del test de conexión real?

Ambas cuestiones, a las que el legislador pudo haber dado respuesta, representan un potencial problema de aplicación del precepto. Bien es cierto que, como criterio general, la doctrina se inclina por interpretar³⁴⁰ que con el texto del considerando 33 RBI-bis se opta por favorecer el lugar de ejecución o de efectividad de la medida, acabando así con el problema del *fórum shopping* derivado de la aplicación del RBI o CB68³⁴¹, lo que, entendido de este modo no puede sino considerarse positivo.

Sobre este particular, además, haciendo una interpretación por analogía cabe referirse a la última versión de la LOPJ y su art 22 *sexies*³⁴² que establece expresamente la presencia de las personas o bienes objeto de la medida en territorio español. Esta es, debe entenderse, la interpretación del legislador español del criterio y así debe suponerse que será aplicada por los tribunales españoles.

³³⁹ GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau...*, op. cit. p.196.

³⁴⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., y SÁNCHEZ, S., “El nuevo Reglamento...”, op. cit., p. 32; DICKINSON, A., “Provisional measures...”, op. cit., p. 549.

³⁴¹ Sobre este particular QUERZOLA, L., “Il nuovo sistema...” op. cit., p. 1481.

³⁴² Introducido por la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, buscando ser coherente con el RBI-bis.

III.

CIRCULACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN LA UE

1. ANTECEDENTES - CIRCULACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL RÉGIMEN DEL DERECHO EUROPEO

La circulación de resoluciones judiciales y arbitrales es indudablemente una de las cuestiones capitales en el contexto práctico de trabajo de los operadores jurídicos en el espacio civil europeo. Esta materia adquiere, además, una dimensión muy relevante al considerarla respecto de las medidas provisionales y cautelares que contempla el RBI-bis, por lo que ha sido objeto de un intenso debate en el periodo de trabajo para la reforma del RBI.

La pretendida –finalmente no materializada- abolición del *exequátur* afectaría, de modo análogo a cómo lo hace con cualquier otra resolución, a las medidas provisionales susceptibles de ser reconocidas, facilitando por tanto la circulación de las mismas.

Conviene, no obstante, centrar primeramente el objeto de estudio a una primera distinción que plantean algunos autores³⁴³ entre la eficacia extraterritorial fáctica o jurídica de la decisión.

La eficacia de hecho de una medida como, por ejemplo, las *anti suit injunction* del *common law*, dependerá en gran medida del poder intimidatorio que suponga para el receptor de la *injunction* la posibilidad de incurrir en *contempt of court* ante los tribunales británicos en cuestión.

Este no es, sin embargo, el supuesto a analizar en el presente punto del estudio en el que nos referiremos a la eficacia jurídica de las medidas adoptadas por los diferentes foros eventualmente competentes para ello y la necesidad de que estas sean reconocidas y ejecutadas en el Estado de destino.

Para el estudio de la cuestión devendrá nuevamente esencial el análisis individualizado de las medidas cautelares adoptadas por el tribunal competente sobre el fondo y aquel que lo es únicamente en materia cautelar de acuerdo con el precepto correspondiente del Reglamento -art. 35 del vigente RBI-bis-, siendo muy diferentes las situaciones en uno u otro caso.

³⁴³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *El régimen...*, op. cit. p. 132.

1.1. EL PROCEDIMIENTO DE *EXEQUÁTUR* Y SU PRETENDIDA ABOLICIÓN EN RBI-BIS

A. Antecedentes

En torno a la circulación de resoluciones en los periodos de vigencia del CB68 o del RBI debe aludirse necesariamente al procedimiento de *exequátur* como elemento vertebrador de dicho sistema suponiendo una suerte de homologación de la decisión extranjera en el territorio de destino, siendo preceptiva la declaración de ejecutividad como prerrequisito indispensable para optar a la reconocimiento y ejecución. Si bien requiere un procedimiento que, en parte, entorpece la circulación de resoluciones, no podemos subestimar la enorme evolución que supuso el sistema del *exequátur* del CB 68 en comparación con la situación previa en la que no existía instrumento multilateral alguno.

De acuerdo con el RBI, del mismo modo que sucedía con su predecesor, el procedimiento se regía por los preceptos contenidos en el capítulo III, debiendo referirnos para la obtención del reconocimiento/ejecución al consabido triple requisito de:

- a. tratarse de una resolución judicial –art. 32 RBI- (independientemente de su carácter provisional o definitivo³⁴⁴),
- b. referida a materias cubiertas por el Reglamento en virtud del art. 1 RBI y
- c. teniendo origen en un Estado miembro del sistema del Reglamento –arts. 32 y 33 RBI-.

Incorporaba, asimismo, un listado de motivos para la denegación del reconocimiento -ex. arts. 34 y 35 RBI- entre los cuales destaca la cláusula de orden público a través de la cual, como veremos a continuación, podría excluirse la circulación de medidas adoptadas sin dar audiencia al demandado tras la aportación definitiva hecha por el TJUE en el asunto *Denilauler*.

B. ¿"Abolición" del *exequátur* en el RBI-bis?³⁴⁵

³⁴⁴ Vid. Informe Jenard, op. cit., p. 160 o Informe Schlosser, op. cit., párrafo 184.

³⁴⁵ No siendo materia objeto de estudio exhaustivo en el presente estudio, para obtener una visión más amplia vid.: REQUEJO ISIDRO, M., "La ejecución sin *exequátur*. Reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I bis, capítulo III", Revista Española de Derecho Internacional, vol. 67/2, julio-diciembre 2015, pp. 49-82; CUNIBERTI, G y RUEDA, I., "Abolition of Exequatur - Addressing the Commission's Concerns", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 75, Nº. 2, 2011, pp. 286-316; FERACI, O., "L'abolizione dell'*exequatur* nella proposta di revision del Regolamento n.44/2001: quale destino per i motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni?",

La supresión de barreras en el ámbito de la libre circulación de resoluciones no es en absoluto una cuestión novedosa en la historia de armonización del DIPr europeo, suponiendo una de los objetivos más primitivos en los albores de lo que hoy conocemos como Unión Europea. El propio Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea –Tratado de Roma 1957- establecía en su art. 220 que “*Les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants: (...) -la simplification des formalités, aux quelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales.*”.

A partir de aquí, el propio procedimiento simplificado del CB68, replicado posteriormente en el RBI, supuso una importante mejora respecto de la situación anterior, quedando, no obstante, a mucha distancia de la completa eliminación de barreras propugnada ya en el Consejo Europeo de Tampere de 1999³⁴⁶.

Incorporada ya en algunas normas de alcance más limitado³⁴⁷, la cuestión fue finalmente introducida en la Propuesta de 2010, siendo una de las principales novedades planteadas en dicho texto³⁴⁸. En el Libro Verde previo a la propuesta la cuestión se

Rivista di diritto internazionale, Nº 3 2011, pp. 832-843; OBERHAMMER P., “The Abolition of Exequatur”, *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Vol. 30, Nº. 3, 2010, pp. 197-203; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., “Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la regorma del Reglamento Bruselas I”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, marzo 2014, pp. 330-347.

³⁴⁶ Conclusiones Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, párrafo 34. (http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm)

34. En materia civil, el Consejo Europeo pide a la Comisión que formule una propuesta para reducir aún más las medidas intermedias que siguen exigiéndose para el reconocimiento y ejecución de una resolución o sentencia en el Estado requerido. El primer paso ha de consistir en suprimir dichos procedimientos intermedios para los expedientes relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor cuantía y para determinadas sentencias en el ámbito de los litigios familiares (por ejemplo, demandas de pensión alimenticia y derechos de visita). De ese modo, dichas resoluciones se reconocerían automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución. Ello podría ir acompañado del establecimiento de normas mínimas sobre aspectos concretos del Derecho procesal civil.

³⁴⁷ Reglamento (CE) núm. 805/2004, de 21 de abril, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, el Reglamento (CE) núm. 861/2007, de 11 de julio, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, el Reglamento (CE) núm. 1896/2006, de 12 de diciembre, por el que se establece un proceso monitorio europeo, y el Reglamento (CE) núm. 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

³⁴⁸ En el punto 1.2. se alude al contexto general de aplicación del Reglamento, calificándolo de satisfactorio, si bien “el procedimiento de reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro («exequátur») sigue constituyendo un obstáculo a la libre circulación de resoluciones judiciales que entraña costes inútiles y retrasos para las partes interesadas y tiene, para empresas y ciudadanos, un efecto disuasorio a la hora de hacer pleno uso del mercado interior.”. Es por ello que el punto 3.1 sugiere la “supresión del procedimiento intermedio para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales (exequátur) salvo en los casos de difamación y en las acciones indemnizatorias colectivas”, siendo esta la primera posición en la lista de “elementos propuestos de la reforma”.

había planteado en los siguientes términos: “¿Considera que, en el mercado interior, todas las resoluciones en materia civil y mercantil deberían circular libremente, sin procedimientos intermedios (supresión del exequátur)? En caso de respuesta afirmativa ¿estima que se deberían mantener algunas salvaguardas? ¿Cuáles?”, siendo el texto definitivo la plasmación de una respuesta afirmativa a ambas preguntas.

La situación vigente por lo tanto con el RBI-bis no es, en ningún caso, de supresión, pero sí una suerte de relajación de las barreras entendidas como procedimiento previos al reconocimiento-ejecución –art. 36 RBI-bis-, subsistiendo salvaguardas en forma de motivos de denegación del mismo –art. 45 RBI-bis: orden público, resoluciones inconciliables, conflictos en materia de seguros, consumidores o trabajadores- que hacen imposible hablar de una verdadera abolición de la figura del exequátur³⁴⁹.

Aunque aparente, cabe concluir que la reforma no supone una gran revolución en la práctica, por cuanto que con la situación en RBI ya el 90-95%³⁵⁰ de las resoluciones en la UE eran reconocidas sin oposición alguna por parte del demandado.

Se ha mantenido sin embargo la cláusula de orden público, cuya supresión había sido introducida por la Comisión en la Propuesta de 2010³⁵¹ y hubiera supuesto, siquiera simbólicamente, un paso adelante significativo y la apuesta definitiva por la confianza recíproca.

Esta confianza recíproca, motivadora de la exclusión de la cláusula por parte de la Comisión, no es en ningún caso absoluta, ya que la misma propuesta mantenía mecanismos de control para el demandado. En cualquier caso, la situación definitiva, como se señalaba, mantiene ambos controles.

C. Exclusión de medidas *ex- parte*

³⁴⁹ Sobre este particular, en perspectiva histórica, entre otros: BORRÁS, A., “Hacia la supresión del exequátur en Europa”, *Cuadernos de derecho judicial*, ISSN 1134-9670, Nº. 4, 2001 (Ejemplar dedicado a Cooperación jurídica internacional en materia civil: el Convenio de Bruselas), pp.15-52; OBERHAMMER P., “The Abolition of Exequatur”, *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Vol. 30, Nº. 3, 2010, pp. 197-203; CUNIBERTI, G y RUEDA, I., “Abolition of Exequatur - Addressing the Commission's Concerns”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 75, Nº. 2, 2011, pp. 286-316; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A., “Review of the Brussels I Regulation: Complete abolition of exequatur?”, *Latest developments in EU private international law*, 2011, pp. 153-174.

³⁵⁰ HESS, B., “The Brussels I Regulation: recent case law of the Court of Justice and the Commission’s proposed recast”. *Common Market Law Review*, Vol. 49, Nº3 2012, pp- 1075-1112, P. 1102.

³⁵¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, cit., exposición de motivos, p. 7, considerando 3.1.1., “supresión del exequátur: (...)con la diferencia esencial de que se suprime el control relativo al orden público sustantivo (...).

Las situaciones en las que la medida cautelar fuera solicitada sin dar audiencia al demandado, potenciándose de este modo el efecto sorpresa y la efectividad de la medida, generaron igualmente una notable controversia, a cuyo esclarecimiento contribuyó de forma definitiva la sentencia *Denilauler*³⁵² referida a una medida de embargo obtenida, precisamente, sin audiencia del demandado.

Aunque la inclusión de este tipo de medidas fue defendida por parte de la Comisión o el Gobierno italiano³⁵³ apoyándose en la necesidad de efecto sorpresa para asegurar la efectividad en este tipo de medidas, el TJUE, en atención a un estricto respeto a los derechos de defensa consideró que “los requisitos a los que el Título III del Convenio subordina el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales no concurren en las medidas provisionales y cautelares decretadas o adoptadas por un órgano jurisdiccional sin que la parte contra la que vayan dirigidas haya sido citada a comparecer(...). De ahí se desprende que esta clase de resoluciones judiciales no puede acogerse a la ejecución simplificada prevista en el Título III del Convenio”.

Autores como GARCIMARTÍN³⁵⁴ cuestionaron, sin embargo, la pertinencia de considerar que la adopción de este tipo de medidas *ex parte* constituyera en sí misma una vulneración de los derechos de defensa capaz de activar la cláusula de orden público. Debería, a juicio de dicho autor, evitarse la generalización y atenderse a la casuística concreta para determinar la necesidad de recurrir a un procedimiento sin dar audiencia al demandado en el supuesto en cuestión.

Las consecuencias prácticas de esta resolución, como recuerda la propia sentencia³⁵⁵, pueden ser resueltas de un modo sencillo recurriendo al art. 24 CB68 y solicitando medidas –*ex parte* si se considera oportuno- en el Estado en el que se pretenda solicitar la ejecución.

1.2. CIRCULACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS POR EL TRIBUNAL NO COMPETENTE SOBRE EL FONDO (EN APLICACIÓN DEL ART. 24 CB68/31 RB).

³⁵² Vid. resumen asunto *Denilauler* pp. 57 y ss.

³⁵³ Sentencia *Denilauler* p. 530: “En sus observaciones, la Comisión, el Gobierno italiano y la demandante en el procedimiento principal aducen que semejantes resoluciones deben ser reconocidas y que se les tiene que otorgar la ejecución en el Estado contratante requerido sin que hayan sido notificadas previamente a la parte contra la que van dirigidas.”

³⁵⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *El régimen...*, op. cit. p. 142 y ss.

³⁵⁵ Sentencia *Denilauler*, p. 535-536.

Dada la ausencia de regulación expresa de la cuestión en el texto del CB68 ni del posterior Reglamento, la posibilidad de circulación de medidas adoptadas en virtud del art. 24 CB 68/31RBI no estaba muy clara por no existir un criterio autónomo para la consideración de las mismas como “resoluciones” a efectos de reconocimiento y ejecución en virtud del Reglamento.

Parte de una dividida doctrina propuso la limitación de la medida al foro de adopción de la misma, en interpretación del requisito de conexión real. La interpretación mayoritaria del mismo en el sentido de entenderlo como conexión territorial, cerraba, a juicio de algunos autores³⁵⁶, la puerta a la ejecución de la medida cautelar, en general, fuera del foro competente para ejecutarla.

En una aproximación menos restrictiva podría considerarse que la propia remisión³⁵⁷ que el precepto hace a la legislación nacional de los Estados³⁵⁸ posibilita que dicha legislación admita la posibilidad de adoptar una medida ejecutable en otro Estado. En este caso subsiste el escollo de comprobar la posibilidad de lograr el *exequátur* de dicha medida de acuerdo con los citados preceptos del Reglamento.

Asimismo, el amplio margen que ofrecía la noción de resolución del art. 32 RBI, sumada a la imposibilidad del tribunal ejecutante de revisar competencia del tribunal de origen –ex. art. 35.3 RBI³⁵⁹- pero sin poder entrar a revisar el fondo -ex. art. 36 RBI³⁶⁰- haría, virtualmente ejecutable la resolución que acordase la medida cautelar en el foro sin competencia sobre el fondo. Así lo entendía parte de la doctrina³⁶¹.

Esta tesis supone la plasmación de la de la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Mietz o Italian Leather*. La primera, en su párrafo 54 establece que “la medida ordenada, (...) no constituía una medida provisional o cautelar a efectos de este artículo, y que, por tanto, no era susceptible de ser objeto de una ejecución en virtud del Título III del Convenio”, confirmando dicho criterio en el párrafo 56 al afirmar que “el Juez

³⁵⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., op. cit., p. 332.

³⁵⁷ Aceptando el criterio mayoritario que entiende la norma contenida en el artículo 24 CB68 O 31 RBI como norma de remisión. Cuestión controvertida más en el plano de la pura elucubración teórica, siendo hoy aceptado el carácter de “remisión limitado” del precepto (Vid. p.).

³⁵⁸ Referencias al criterio de remisión o de competencia directa vid. pp.

³⁵⁹ Artículo 35

(...)

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, no podrá procederse a la fiscalización de la competencia del tribunal del Estado miembro de origen. (...).

³⁶⁰ Artículo 36

La resolución extranjera en ningún caso podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo.

³⁶¹ DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., op. cit., p. 333; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *El Régimen...*, op. cit. p. 138; MERRET, L., en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European...*, op. cit. p. 94.

requerido debería llegar a la conclusión de que la medida decretada no es una medida provisional en el sentido del art. 24, de manera que no puede ser objeto de una ejecución”.

En *Italian Leather*, por su parte el TJUE se pronuncia en los siguientes términos, afirmando que “poco importa que las resoluciones de que se trate se hayan dictado en el marco de procedimientos de medidas provisionales o en procedimientos que decidan sobre el fondo. Al referirse, sin mayor precisión, a «resoluciones», el art. 27, número 3, del Convenio de Bruselas, al igual que el art. 25 del mismo Convenio, reviste alcance general.”

De estas afirmaciones del TJUE puede inferirse la aceptación tácita de la posibilidad de circulación de este tipo de medidas, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por la propia jurisprudencia del mismo tribunal para ser consideradas medidas provisionales o cautelares a la luz del CB/RBI.

Veremos que, a pesar de lo antedicho, el texto definitivo del RBI-bis ha optado por denegar el pasaporte europeo a este tipo de resoluciones de manera expresa y definitiva.

1.3. CIRCULACIÓN DE MEDIDAS DEL TRIBUNAL COMPETENTE SOBRE EL FONDO

La flexibilidad con la que vemos que puede entenderse el art. 32 RBI³⁶², encargado de definir resolución a efectos de su reconocimiento y ejecución, hace incontrovertible la afirmación de que la circulación de una medida cautelar adoptada por el tribunal competente sobre el fondo tiene, a la luz del RBI, acceso al exequátur en el resto de Estados miembros. Idéntica conclusión puede extraerse de la lectura de la abundante jurisprudencia del TJUE³⁶³.

2. LA REFORMA DE RBI

2.1. TRABAJOS PREVIOS

³⁶² Artículo 32

Se entenderá por "resolución", a los efectos del presente Reglamento, cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado miembro con independencia de la denominación que recibiere, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquidare las costas del proceso.

³⁶³ Particularmente en lo siguientes asuntos: *Reichert*, cit.; *Van Uden*, cit.; *Mietz*, cit.

Ya en el grupo de trabajo para la elaboración del Informe Pocar³⁶⁴ se cuestionó la necesidad del limitar la circulación de medidas no adoptadas por el tribunal competente sobre el fondo, cuestión, como veíamos, no regulada ni por el RBI ni por el Convenio de Lugano al que se refería el informe, dejando abierta una cuestión que, si bien infrecuente en la práctica –por cuanto que las medidas solicitadas en el foro competente el virtud del art. 31RBI/24CB68 rara vez deben ser exportadas por solicitarse precisamente en el foro de ejecución de las mismas-, debía ser aclarada.

Finalmente no se introdujo este cambio en Lugano³⁶⁵ y se trataba, desde luego, de una cuestión no exenta de una notable controversia doctrinal. Algunos autores defendieron la consideración de las medidas cautelares como “resolución” a efectos del art. 32 RBI³⁶⁶, lo que hacía extensible el reconocimiento de las mismas dentro del sistema del Reglamento independientemente de que fueran adoptadas por un tribunal competente sobre el fondo o lo fuera exclusivamente en virtud del art. 31 RBI.

Esta percepción se apoyaba en la no exclusión expresa del Reglamento y en la interpretación de la jurisprudencia del TJUE en *Denilauler*, *Mietz* o *Italian Leather*.

La exclusión del art. 31 RBI resultaba, además, a juicio de DICKINSON³⁶⁷, no solo innecesaria sino que podría derivar en la ineffectividad del sistema cautelar del Reglamento propiciando acciones evasivas por parte del demandado con la consiguiente pluralidad de procedimientos paralelos. En respuesta a dicho autor, sin embargo, cabe decir que este efecto se vería paliado por la posibilidad de solicitar medidas cautelares y provisionales *ex parte* en el foro competente para la ejecución de la misma, por lo que el riesgo de acciones evasivas se vería suprimido. La necesidad práctica de reconocer o ejecutar medidas cautelares del art. 31 fuera del territorio de ejecución es, por tanto, a nuestro juicio, cuando menos cuestionable, si bien subsiste la posibilidad siquiera en el plano meramente teórico.

Sin embargo, el informe Pocar³⁶⁸ no aborda la cuestión de la misma manera al considerar que lo natural es entender la norma en el sentido diametralmente opuesto, es

³⁶⁴ Informe explicativo del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007, DOUE 2009/C 319/01.

³⁶⁵ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, párrafo 127.

³⁶⁶ DICKINSON, A., “Provisional measures...”, op. cit., p. 559.

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ Ibid. p. 532.

decir, limitándose el efecto de las medidas adoptadas por el tribunal competente en virtud del art. 31 RBI a su ámbito territorial³⁶⁹.

2.2. MEDIDAS *EX PARTE*

En relación a la idoneidad de la circulación de medidas adoptadas sin audiencia del demandado cuya adopción supone, en la práctica, la respuesta más efectiva en aras a asegurar la efectiva adopción de la medida, ha sido siempre observada con recelo por parte de la doctrina y por el propio legislador europeo. Como acertadamente apunta ARENAS³⁷⁰ “la posibilidad de adoptar medidas, aunque sean provisionales, sin dar la posibilidad al demandado de presentar sus argumentos deben ser objeto de una regulación cuidadosa”.

Con anterioridad a la reforma y en relación a la misma, algunos autores³⁷¹ apostaban por la idoneidad de limitar, a través de la modificación del art. 34.2 RBI la circulación, en general, de las medidas cautelares *ex parte*, independientemente de que hubieran sido adoptadas por el tribunal competente sobre el fondo o por el competente en virtud del art. 31 RBI. Dicho autor apostaba por la introducción en el renovado RBI-bis de la frase “*without notice to the defendant*” junto a la excepción referida a la rebeldía del demandado de dicho artículo.

Con esta limitación se recoge de manera, a nuestro juicio, acertada el criterio interpretativo, en este caso sí, de *Denilauler*. De acuerdo con la interpretación del TJUE en dicho caso, el efecto sorpresa, consustancial a la efectividad de una medida cautelar en la práctica, solo puede conseguirse dentro de los límites territoriales del tribunal que decreta la medida. Es decir, el efecto sorpresa “no es exportable”³⁷²; si se desea obtener la protección cautelar *inaudita altera parte* el demandante debe acudir al tribunal ante el cual ésta deba llevarse a efecto. Todo ello halla su fundamento en el escrupuloso respeto a los derechos de defensa que han regido la actividad del TJUE³⁷³ y del legislador europeo en cuestiones procesales.

2.3. PROPUESTA DE LA COMISIÓN

³⁶⁹ Informe Pocar, op. cit., párrafo 127.

³⁷⁰ ARENAS GARCÍA, R., “Las medidas provisionales...”, op. cit. p. 10.

³⁷¹ DICKINSON, A., “Provisional measures...”, op. cit., p. 559.

³⁷² PRETELLI, I. en LAZIC, V. y STUIJL S. (eds.), *Brussels Ibis Regulation...*, op. cit., p. 115.

³⁷³ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de julio de 1995, asunto C-474/93, *Hengst Import/Campese*, ECLI:EU:C:1995:243.

La Propuesta de 2010 gira en torno a dos ejes fundamentales sobre la base del art. 1.3.a, que se pronunciaba en los siguientes términos:

“a) por «resolución», se entenderá cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado miembro con independencia de la denominación que recibiere, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquidare las costas del proceso.

A los efectos del capítulo III, el término «resolución» engloba las medidas provisionales o las medidas cautelares ordenadas por un tribunal competente, en virtud del presente Reglamento, para conocer sobre el fondo del asunto. Incluye asimismo las medidas ordenadas sin que el demandado fuere citado a comparecer y que estuvieren destinadas a ser ejecutadas sin necesidad de notificación previa al demandado, siempre que este tuviere derecho a impugnar posteriormente la medida en virtud del Derecho nacional del Estado miembro de origen;”

Por un lado limita definitivamente la adopción de medidas cautelares a las adoptadas por los tribunales competentes sobre el fondo³⁷⁴, restricción que fue cuestionada por la doctrina por hacer una extrapolación incorrecta de la “oscura y vaga”³⁷⁵ jurisprudencia del TJUE en las diferentes resoluciones mencionadas³⁷⁶.

Sin embargo, sí que realiza una propuesta algo más innovadora al permitir expresamente el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares “ordenadas sin que el demandado fuere citado a comparecer y que estuvieren destinadas a ser ejecutadas sin necesidad de notificación previa al demandado”, es decir, medidas *ex parte*. Este avance, como veremos, desaparece en el texto definitivo.

2.4. STATU QUO – SITUACIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL RBI-BIS

Primeramente, conviene aclarar que la existencia del foro específico para la adopción de medidas cautelares del art. 35 RBI-bis no supone un obstáculo para el reconocimiento de medidas cautelares adoptadas por un tribunal competente sobre el fondo de la controversia.

³⁷⁴ Artículo 1.3. a de la Propuesta 2010.

³⁷⁵ HONORATI, C., “Medidas provisionales...”, op. cit., p. 212.

³⁷⁶ Fundamentalmente *Denilauler, Van Uden y Mietz*.

Es decir, aunque los tribunales españoles puedan considerarse competentes en virtud del art. 35 por hallarse en territorio español los bienes a embargar –por ejemplo-, ello no cerrará la puerta a la ejecución de una medida cautelar análoga decretada por un tribunal de otro Estado miembro competente sobre el fondo y que solicite dicho embargo. Es más, la ejecución de dicho embargo en España cerrará la puerta –por constituir *res iudicata*- a la eventual adopción de una medida sobre los mismos bienes por parte de los tribunales españoles.

Por otro lado, como ya se ha apuntado con anterioridad, el foro del art. 35 RBI-bis es la vía que abre el Reglamento para la adopción de medidas “netamente *ex parte*”, es decir, que no han sido siquiera notificadas al demandado. La manera en que el Reglamento mantiene la posibilidad de lograr un verdadero efecto sorpresa será, por tanto, la de acudir al lugar de ejecución de la medida, lo que, en términos de economía procesal parece además bastante adecuado, si bien puede resultar complejo y gravoso en determinados supuestos en atención a la eventual posición del demandante para el que pueda no ser tan sencillo acudir a unos tribunales extranjeros con todo lo que ello supone.

Con todo, la situación vigente con el texto del RBI-bis dibuja una situación en la que solo se otorga pasaporte europeo a medidas cautelares dictadas por el tribunal competente sobre el fondo y siempre y cuando estas hayan sido adoptadas dando audiencia al demandado, excluyéndose expresamente las medidas *ex parte*.

2.5. CIRCULACIÓN LIMITADA A MEDIDAS ADOPTADAS POR EL TRIBUNAL COMPETENTE SOBRE EL FONDO

La reflexión principal en este punto debe centrarse, primeramente, en la expresa limitación que introduce el Reglamento a través del Considerando 33 y el art. 2.a para restringir la circulación de medidas cautelares a las adoptadas por el tribunal competente sobre el fondo. De esta manera se refuerza el efecto estrictamente territorial del art. 35 RBI-bis, en línea con la Propuesta de 2010, y dando la espalda definitivamente a la situación que se daba con el RBI.

A través del segundo párrafo del art. 2.a RBI-bis³⁷⁷ el legislador europeo ha excluido expresamente de la noción de “resolución” todas aquellas medidas cautelares no

³⁷⁷ Artículo 2.a RBI-bis
(...)

adoptadas por el tribunal competente para conocer de la controversia principal. De la mano del citado precepto y del Considerando 33 RBI-bis³⁷⁸ se configura un nuevo sistema de reconocimiento y ejecución que constituye una de las principales novedades del nuevo texto del Reglamento. Asimismo, conviene destacar, dichas disposiciones dirigidas únicamente al tribunal ejecutante de la medida, no condicionando en manera algunas cuestiones de competencia³⁷⁹.

Según la Propuesta 2010³⁸⁰ esta restricción se justifica por la enorme disparidad existente en los sistemas cautelares de los diferentes Estados miembros y con la intención de evitar en la medida de lo posible el *forum shopping* cautelar, cuyo riesgo se verá incrementado en un sistema de *exequátur* “atenuado”.

No obstante, como recalcan algunos autores³⁸¹, puede producirse paradójicamente el efecto de potenciarse el *forum shopping* entre los diferentes foros concurrente sobre el fondo, con lo que la disparidad de sistemas cautelares y las dificultades derivadas de la misma permanecen plenamente vigentes. Dicho escenario es plausible en la práctica por cuanto que, dado que el demandante no puede sino recurrir a los tribunales competentes sobre el fondo para lograr una “protección internacional” de sus intereses ésta será la principal motivación para la elección del tribunal en cuestión.

3. CRÍTICAS AL NUEVO SISTEMA

3.1. TÉCNICA LEGISLATIVA

A los efectos del capítulo III, «resolución» engloba las medidas provisionales o las medidas cautelares acordadas por un órgano jurisdiccional competente, en virtud del presente Reglamento, para conocer sobre el fondo del asunto. No se incluyen las medidas provisionales y cautelares que el órgano jurisdiccional acuerde sin que el demandado sea citado a comparecer, a no ser que la resolución relativa a la medida haya sido notificada al demandado antes de su ejecución.

³⁷⁸ Considerando 33 RBI-bis

Cuando las medidas provisionales y cautelares sean ordenadas por un órgano jurisdiccional competente en cuanto al fondo del asunto, debe garantizarse la libre circulación de las mismas en virtud del presente Reglamento. No obstante, las medidas provisionales y cautelares ordenadas por dicho órgano jurisdiccional sin que el demandado haya sido citado a comparecer no deben reconocerse ni ejecutarse en virtud del presente Reglamento, a no ser que la resolución que contenga la medida sea notificada al demandado antes de su ejecución. Esto no debe obstar al reconocimiento y ejecución de tales medidas en virtud del Derecho nacional. Cuando las medidas provisionales y cautelares sean ordenadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no es competente en cuanto al fondo del asunto, su efecto debe circunscribirse, en virtud del presente Reglamento, al territorio de ese Estado miembro.

³⁷⁹ DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.). *The Brussels I...*, op. cit., p. 372.

³⁸⁰ Propuesta 2010, op. cit., p. 9.

³⁸¹ NUYTS, A., “La refonte...”, op. cit., p. 37; NUYTS, A. (Coord.). *Actualités...*, op. cit., p. 120.

Se trata, en cualquier caso, de una novedad controvertida. Bien recibida por parte de la doctrina, considerándola la “*better rule*”³⁸², las críticas han derivado, en parte, por el método empleado para introducirla en el articulado, no a través de una referencia directa en el capítulo III sino de manera indirecta a través de la modificación de la noción de resolución. Se trata de un método calificable sin duda como peculiar cuando no directamente tachado de extravagante, o incoherente³⁸³. En opinión de algunos autores la norma sobre definiciones no es el lugar oportuno para introducir una norma de semejante calado, lo que ha sido interpretado como una alarmante falta de transparencia en una cuestión en absoluto menor.

3.2. INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

No obstante, además de las cuestiones meramente formales o de técnica legislativa, el propio contenido de la norma introducida por el nuevo precepto resulta igualmente controvertido por cuanto que ha sido puesta en cuestión³⁸⁴ la manera en que dice recoger la jurisprudencia asentada del TJUE. Existe, en esta línea, el convencimiento por parte de esas mismas voces incluso de que la novedad resulta manifiestamente contraria a la citada jurisprudencia. Tanto es así que ha sido calificada por algunos autores de “*un renversement magistral*”³⁸⁵ de la misma.

Concretamente nos estamos refiriendo a la sentencia del caso *Denilauler* que en su párrafo 14 admite que “El artículo 24 no excluye la posibilidad de que las medidas provisionales o cautelares acordadas en el Estado de origen a raíz de un procedimiento contradictorio -aunque lo hayan sido en rebeldía- puedan ser objeto de reconocimiento y de que se otorgue la ejecución con los requisitos previstos por los arts. 25 a 49 del Convenio.”

Esta postura fue refrendada años más tarde en la sentencia *Italian Leather* que explícitamente determinaba que “poco importa que las resoluciones de que se trate se hayan dictado en el marco de procedimientos de medidas provisionales o en procedimientos que decidan sobre el fondo”³⁸⁶ con la salvedad, en estos casos de que –

³⁸² QUERZOLA, L., “Il nuovo sistema...”, op. cit., p.1486; HEINZE, C., “Choice of Court Agreements...”, op. cit., p. 612.

³⁸³ NUYTS, A. (Coord.). *Actualités...*, op. cit., p. 119; HONORATI, C., “Medidas provisionales...”, op. cit., pp. 211 y ss.

³⁸⁴ HONORATI, C., “Medidas provisionales...”, op. cit., p. 212.

³⁸⁵ Guinchard 2014 p. 203; de la misma opinión: NUYTS, A., “La refonte...”, op. cit., p. 35; Sandrini 2012 p. 274.

³⁸⁶ Sentencia *Italian Leather*, párrafo 41.

por aplicación de la jurisprudencia *Denilauler*- se trate de una medida *inaudita altera parte* o *ex parte*, o –según la propia *Italian Leather*- estemos ante resoluciones inconciliables.

3.3. OTROS INCONVENIENTES

Otros inconvenientes serían, por un lado, que la limitación podría dar pie a un movimiento de bienes del deudor entre Estados eludiendo de alguna manera la ejecución de la medida. En la práctica esto no supone un riesgo real, dado que el solicitante de la medida cautelar podrá valerse del efecto sorpresa de una medida *ex parte* dentro del territorio en el que esta será ejecutada o, en cualquier caso, cabrá la posibilidad de solicitar las medidas ante el tribunal competente sobre el fondo pudiendo en este caso ejecutar la misma en el territorio de cualesquiera Estados parte a través del mecanismo simplificado del Reglamento.

3.4. SITUACIÓN DE LAS MEDIDAS ANTE CAUSAM

Nos estamos refiriendo a los casos, sin duda frecuentes en la práctica, en los que medidas cautelares sean solicitadas con anterioridad a la sustanciación de la controversia ante el tribunal que conocerá sobre el fondo. En estos supuestos pueden generarse dos situaciones que, al menos en plano teórico, puede resultar controvertidas por cuanto que los Reglamentos no introducen preceptos que den solución expresa a las mismas.

A. Foros potencialmente competentes.

Supuesto interesante a efectos de estudio jurídico es aquél en el que se solicita la ejecución de una medida cautelar del tribunal del foro potencialmente competente pero que todavía no conoce de la demanda principal. Aunque no existe consenso a este respecto, una interpretación flexible³⁸⁷ del art. 2.a RBI-bis supondría entender que este no exige que la medida haya sido ya adoptada para la consideración de la misma como resolución a efectos del Reglamento. Existen, no obstante, voces³⁸⁸ contrarias a esta opinión, que consideran que debe entenderse que la competencia ha debido ser ejercida

³⁸⁷ NUYTS, A., “La refonte...”, op. cit., p. 39; HEINZE, C., “Choice of Court Agreements...”, op. cit., p. 607.

³⁸⁸ HONORATI, C., “Medidas provisionales...”, op. cit., pp. 539-540; DICKINSON, A., “Provisional measures...”, op. cit., p. 545-546.

por el tribunal para dar acceso al régimen de reconocimiento y ejecución del Reglamento.

B. Litispendencia cautelar

Supuesto algo más complejo es aquel en el que el tribunal de otro Estado igualmente competente sobre el fondo ha conocido ya de la demanda. Es decir, ya hay otro Estado miembro declarado competente sobre el fondo. En este caso la doctrina aboga³⁸⁹ por aplicar las reglas de litispendencia del propio Reglamento haciendo valer para el caso la regla general de *prior in tempore potior in iure*.

En cualquier caso, aunque pueda ajustarse a la aproximación introducida en *Van Uden*, la interpretación más restrictiva del considerando 33 RBI-bis daría como resultado una interpretación “reforzada” del criterio contenido en dicha resolución, por cuanto que la restricción resultante para la circulación de medidas resulta aún más severa que en ésta³⁹⁰. Esto supondría entender el citado considerando como una restricción general para adopción de cualesquiera medidas cautelares con eventuales efectos internacionales por parte del tribunal de origen -no competente sobre el fondo-. Se trata, en cualquier caso, de una alternativa que si bien teóricamente viable, es difícil defender con rotundidad.

En relación con la misma resolución existen otras aproximaciones doctrinales que realizan una interpretación de *Van Uden*³⁹¹ extrayendo la conclusión de que el cumplimiento del requisito de “*conexión real*”, por sí mismo, daría pasaporte europeo a la resolución. Es más, según entienden algunos autores³⁹², el propio texto del Reglamento puede ser interpretado en el sentido de reconocerse la circulación de medidas cautelares que adoptadas bajo el paraguas del art. 35 respeten los requisitos establecidos por la jurisprudencia para ser consideradas medidas provisionales o cautelares –conexión real, reversibilidad-.

Es por ello que el tribunal al que se solicite el reconocimiento no deberá plantearse la competencia del tribunal de origen, sino limitarse a comprobar la naturaleza de la medida cautelar³⁹³. Esta concepción choca, no obstante, con la inclusión por parte del

³⁸⁹ NUYTS, A., “La refonte...”, op. cit., p. 39.

³⁹⁰ DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.). *The Brussels I...*, op. cit., p. 372.

³⁹¹ Ibid. p. 371.

³⁹² Destacan entre ellos: BRIGGS, A., *Civil Jurisdiction...*, op. cit., pp. 622 y ss.

³⁹³ BRIGGS, A., *Civil Jurisdiction...*, op. cit., p. 622; NUYTS, A., “La refonte...”, op. cit., p. 39.

art. 53 RBI-bis del certificado que acredite la competencia del tribunal de origen como competente sobre el fondo.

Con todo, resulta llamativa la marginación³⁹⁴ que sufre la justicia provisional en un contexto, como el RBI-bis, sustentado en un pilar fundamental como es el principio de libre circulación de decisiones. No puede obviarse que la solución adoptada por el RBI-bis respecto al *forum shopping* cautelar a través de esta limitación es cuando menos mejorable, partiendo de la base de que la demonización, precisamente, de la posibilidad del demandante de elegir el tribunal que pueda proporcionarle una mejor solución cautelar no debería ser considerada negativamente. Es por tanto, en nuestra opinión, una mala solución, llevada al papel como consecuencia de una, cuando menos, cuestionable interpretación de la jurisprudencia del TJUE.

C. No circulación de medidas *ex - parte*

Como se ha avanzado anteriormente, el texto del RBI-bis -ex. art. 2.a- indica que el concepto de resolución no incluye “las medidas provisionales y cautelares que el órgano jurisdiccional acuerde sin que el demandado sea citado a comparecer, a no ser que la resolución relativa a la medida haya sido notificada al demandado antes de su ejecución.”

La literalidad del precepto resulta algo imprecisa a la hora de determinar el requisito concreto exigible, al indicar sencillamente que la resolución debe ser “notificada”. Debemos cuestionarnos en este punto si sería, a estos efectos, suficiente la mera notificación, sin la observancia de ningún otro requisito adicional –como por ejemplo, sin tener en cuenta el transcurso del plazo para oponerse a la medida en origen-. Esta es la interpretación acertada a juicio de algunos autores³⁹⁵, que dan por cumplido el requisito con la “simple notificación”.

Otros³⁹⁶, sin embargo –y consideramos ésta la interpretación más acorde a la protección de los derechos de defensa que motiva la incorporación de este requisito-, parecen oponerse a esta interpretación entendiendo que lo determinante es que los derechos de defensa sean efectivamente garantizados para el demandado que, habiendo tenido oportunidad para ello, no se haya opuesto a la medida en origen –o, habiéndolo

³⁹⁴ HONORATI, C., “Medidas provisionales...”, op. cit., p. 215.

³⁹⁵ Ibid. p. 74.

³⁹⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., y SÁNCHEZ, S., “El nuevo Reglamento...”, op. cit., p. 33; MERRET, L., en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European...*, op. cit. p. 98.

hecho el resultado hubiera sido infructuoso para sus intereses-. En caso de que esta oposición no estuviera contemplada en la legislación en cuestión, ello podría abrir la puerta a la activación de la cláusula de orden público, de manera que quedarían en cualquier caso salvaguardados los derechos de defensa.

D. Ejecución con RBI-bis

Sea como fuere, la manera escogida por el legislador europeo de garantizar el cumplimiento del requisito viene de la mano del certificado que debe emitir el tribunal de origen según exige el art. 42-2º.b y c. RBI-bis en el que debe acreditarse que “el órgano jurisdiccional es competente en cuanto al fondo del asunto”, “la resolución tiene fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen” y “en caso de que la medida se haya ordenado sin que se citara a comparecer al demandado, la acreditación de haberse efectuado la notificación de la resolución”.

3.5. EXCEPCIÓN A LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 43 RBI-bis

Además del citado art. 2.a RBI-bis, se incorpora una excepción a la excepción que introduce el propio RBI-bis en el art. 43.

Artículo 43

1. Cuando se inste la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro, el certificado expedido conforme al artículo 53 se notificará a la persona contra quien se insta la ejecución antes de la primera medida de ejecución. El certificado deberá ir acompañado de la resolución si esta todavía no se le ha notificado a dicha persona.

(...)

3. El presente artículo no será aplicable a la ejecución de medidas cautelares de una resolución o cuando la persona que inste la ejecución solicite medidas cautelares con arreglo al artículo 40.

Cabría, en opinión de la doctrina³⁹⁷, dos vías para solicitar la ejecución de este tipo de medidas.

- La primera, vendría de la mano del considerando 33:

Considerando 33 RBI-bis

³⁹⁷ GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...*, op. cit., p. 200; NUYTS, A. (Coord.). *Actualités...*, op. cit., p. 126.

“Cuando las medidas provisionales y cautelares sean ordenadas por un órgano jurisdiccional competente en cuanto al fondo del asunto, debe garantizarse la libre circulación de las mismas en virtud del presente Reglamento. No obstante, las medidas provisionales y cautelares ordenadas por dicho órgano jurisdiccional sin que el demandado haya sido citado a comparecer no deben reconocerse ni ejecutarse en virtud del presente Reglamento, a no ser que la resolución que contenga la medida sea notificada al demandado antes de su ejecución. Esto no debe obstar al reconocimiento y ejecución de tales medidas en virtud del Derecho nacional. Cuando las medidas provisionales y cautelares sean ordenadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no es competente en cuanto al fondo del asunto, su efecto debe circunscribirse, en virtud del presente Reglamento, al territorio de ese Estado miembro.”

Siempre y cuando así lo contemple el Derecho nacional del Estado en el que se solicite la ejecución de la medida, el RBI-bis no se opone. De esta manera el legislador viene a admitir la teoría³⁹⁸ que propone respetar los regímenes de reconocimiento más favorables que la legislación armonizada a nivel UE, lo que supone de alguna manera ampliar los efectos del CB68 y los Reglamentos posteriores cuya finalidad no deja de ser la de ofrecer un régimen para el reconocimiento más fluido entre Estados miembros.

Existen, no obstante, voces contrarias a esta percepción, que abogan por una aplicación uniforme de los requisitos de reconocimiento y ejecución en todos los Estados miembros³⁹⁹.

En cualquier caso, la introducción del citado considerando en el preámbulo supone un interesante matiz para un tipo de resoluciones que, en la práctica, resultan particularmente eficaces cuando son adoptadas precisamente sin audiencia del demandado, pudiendo incluso resultar del todo superfluas en caso de ser notificadas con las consabidas garantías para el demandado.

- La segunda, de la mano del art. 40:

Artículo 40 RBI-bis

³⁹⁸ NUYTS, A. (Coord.). *Actualités...*, *op. cit.*, p. 126.

³⁹⁹ GAUDEMET-TALLON, *Competence et exequution...*, citado en NUYTS, A. (Coord.). *Actualités...*, *op. cit.*, p. 126.

Toda resolución con fuerza ejecutiva conllevará la facultad de aplicar las medidas cautelares previstas en la legislación del Estado miembro requerido.

A través de este precepto parece exceptuarse la aplicación de las restricciones del art. 2.a o del 42.2.c RBI-bis –exigencia de notificación al demandado- a las medidas cautelares que acompañen a las resoluciones con fuerza ejecutiva, de hecho el propio art. 43.3 RBI-bis manifiesta expresamente esta excepción. De esta manera podrá obtenerse una medida cautelar –siempre y cuando exista una medida equivalente en Derecho nacional- de forma directa en el Estado receptor.

Artículo 43

1. Cuando se inste la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro, el certificado expedido conforme al art. 53 se notificará a la persona contra quien se insta la ejecución antes de la primera medida de ejecución. El certificado deberá ir acompañado de la resolución si esta todavía no se le ha notificado a dicha persona.

2. En caso de que la persona contra la que se inste la ejecución esté domiciliada en un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen, podrá solicitar una traducción de la resolución con el fin de impugnar la ejecución de la misma en caso de que esta no esté redactada en alguna de las siguientes lenguas o no vaya acompañada de una traducción a alguna de ellas: a) una lengua que comprenda, o b) la lengua oficial del Estado miembro en que tenga su domicilio o, si este tiene varias lenguas oficiales, en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del lugar en que tenga su domicilio. Si la persona contra la que se insta la ejecución solicita una traducción de la resolución al amparo del párrafo primero, hasta que se le proporcione esta solo podrán acordarse medidas cautelares pero ninguna medida de ejecución. El presente apartado no se aplicará en caso de que ya se haya notificado la resolución a la persona contra la que se insta la ejecución en alguna de las lenguas mencionadas en el párrafo primero o acompañada de una traducción a una de esas lenguas.

3. El presente artículo no será aplicable a la ejecución de medidas cautelares de una resolución o cuando la persona que inste la ejecución solicite medidas cautelares con arreglo al artículo 40.

IV.

ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA CAUTELAR EN LA UE – LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS – EL PROCESO DE COMUNITARIZACIÓN DEL DIPR EN LA UE

El proceso de integración que caracteriza a la UE, pese al reto que plantean nuevos escenarios como el Brexit o el florecimiento de movimientos euroescépticos en numerosos Estados miembros, representa el gran éxito de la política europea en las últimas décadas. Así, se ha logrado crear una inercia que inexorablemente nos acerca a una unión con un nivel de armonización creciente que se concreta en numerosas realidades tanto públicas como, desde luego, privadas, constituyendo estas últimas “uno de los fundamentos sobre los que se asienta” la UE⁴⁰⁰.

Si bien en los primeros años desde la creación de la originaria CEE los esfuerzos se centraron en cuestiones de Derecho público, para apuntalar los cimientos sobre los que se sustentaría lo que hoy conocemos como Unión Europea, pronto, de la mano de la creación del mercado interior, surgió la necesidad de ahondar en cuestiones de Derecho privado, que se concretaron en la toma de conciencia sobre la necesidad de eliminación de barreras para la circulación de resoluciones.

Ello conllevó, a través del CB68, un primer hito armonizador logrando un objetivo mayor del inicialmente descrito, puesto que supuso una armonización a nivel procesal de notable envergadura –de modo análogo a lo que ocurrió posteriormente en materia contractual a través del Convenio de Roma de 1980.

De la mano de los Tratados de Derecho originario vino, no obstante, la decidida apuesta por avanzar en estas cuestiones, si bien de forma marcadamente asimétrica, no habiendo recibido todas las materias un desarrollo equiparable, siendo la armonización del Derecho civil considerada por la doctrina⁴⁰¹ un “auténtico “pariente pobre” del proceso de profundización del denominado espacio judicial europeo”.

⁴⁰⁰ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Integración europea y Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año N°1, N°2, 1997, pp. 413-446, p. 415.

⁴⁰¹ ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “El nuevo Derecho Privado Europeo y sus repercusiones en el Derecho Civil Vasco” en *El derecho civil vasco del siglo XXI De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco-Eusko Lege Biltzarra, Gasteiz, 2016, p. 176.

En cualquier caso, el art. 220 del Tratado de Roma –posteriormente 293 TCE y hoy derogado en el TFUE- ya instaba a los Estados a “entablar negociaciones entre sí a fin de asegurar a favor de sus nacionales” cuestiones relativas a Derecho privado como la simplificación de las formalidades de reconocimiento y ejecución de resoluciones, entre otras.

El art. 26 del TFUE (antiguo art. 13 TCE), por su parte, en relación con el mercado interior, estableció la necesidad de que las instituciones europeas adoptasen las medidas necesarias para el correcto funcionamiento del mismo, configurado como “espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”. Para la consecución de dicho objetivo genérico, el mismo texto a través del art. 114 insta a las instituciones a adoptar medidas en aras a lograr una “aproximación” de las legislaciones nacionales.

Asimismo, a través del capítulo 3, relativo a “cooperación judicial en materia civil”, cuyo germen fue el art. 65 TCE⁴⁰² en su redacción del Tratado de Ámsterdam –actual art. 81 TFUE-, se crean los cimientos necesarios para desarrollar la idea de la eliminación de barreras en la materia, instándose al legislativo europeo a adoptar medidas para ahondar en⁴⁰³ “a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción; d) la cooperación en la obtención de pruebas; e) una tutela judicial efectiva; f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros; g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios; h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia”.

⁴⁰² Art. 65 TCE que supondría el surgimiento del concepto de “comunitarización del Derecho internacional privado en la UE, sobre el que no nos extenderemos más, para lo que remitimos al lector a la muy numerosa bibliografía de, entre otros: CALVO CARAVACA, A.L., “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho*, nº 21, 2003, pp. 49-69, p. 52; BORRÁS, A., “La comunitarización de Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz - Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremenen ikastaroak*, nº. 1, 2001, pp. 285-318.

⁴⁰³ Artículo 81.2 TFUE.

En la misma línea, el art. 67 TFUE indica que “la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y que facilitará la tutela judicial garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil, sin someter tales objetivos a premisas o exigencias previas de tipo competencial o material.”

Este proceso de comunitarización se vio alentado igualmente por el “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”⁴⁰⁴, creado a instancia del Consejo Europeo de Tampere –octubre 1999- que ponía el foco en el reconocimiento mutuo, como piedra angular⁴⁰⁵ para ahondar en la comunitarización del DIPr a nivel europeo.

En vista del mandato del art. 65 TCE, en el que se alude genéricamente a “medidas”- el legislador se vería en la tesitura de tener que optar por una alguna de las vías de Derecho derivado para dar forma a esta nueva realidad incipiente, construida sobre la base la libre circulación de decisiones como máximo exponente de la confianza mutua desarrollada entre los diferentes Estados miembros y representada actualmente por una nueva generación de normas europeas en las que se ha suprimido el hasta no hace tanto esencial requisito del *exequátur*.

Este nivel de confianza mutua, prueba de la madurez que va adquiriendo el “espacio judicial europeo”, debe sustentarse necesariamente en la defensa armonizada de los derechos procesales de las partes, por cuanto que la eliminación de formalidades para el reconocimiento y ejecución significa, en la práctica una suerte de “fe ciega” en que el Derecho nacional de origen respeta unos mínimos comunes en relación particularmente con los derechos de defensa⁴⁰⁶ -sobre lo que el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones⁴⁰⁷-, resultando esencial un razonable equilibrio en las posiciones de las partes⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ DOCE C 12, de 15 de enero de 2001.

⁴⁰⁵ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “El proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en material civil y mercantil”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Nº L.II-2, julio 2000, pp. 662-669, p. 662.

⁴⁰⁶ Sobre este particular: KRAMER X.E., “Cross-border Enforcement in the EU: Mutual Trust versus Fair Trial? Towards Principles of European Civil Procedure”, *International Journal of Procedural Law 2* (2011), pp. 202-230; KUIPERS, J. J., “The Right to a Fair Trial and the Free Movement of Civil Judgments”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2010, pp. 23-51.

⁴⁰⁷ Sentencia *Denilauler*, cit. párrafo 13; sentencia *Gambazzi*, cit., párrafo. 23; STJUE de 15 de marzo de 2012, C-292/10 G, párrafo 47.

⁴⁰⁸ MAŃKO, R., *Europeanisation of civil procedure, towards common minimum standards?*, EPRS-European Parliamentary Research Service, junio 2015, p. 4.

Este mínimo común en relación con la garantía de los derechos de las partes se presenta como manifestación del derecho a la “tutela judicial efectiva” y a “un proceso equitativo” –ex. art. 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos o art. 47 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la UE respectivamente-.

Ahondar en este estándar mínimo, permitiendo un mayor grado de confianza mutua de cara a futuras normas a nivel UE, conlleva necesariamente un mayor grado de unificación a nivel de Derecho privado, de Derecho internacional privado y, naturalmente de Derecho procesal internacional, -existiendo una notable diferencia en la velocidad a la que la armonización en materia conflictual se está produciendo en comparación con los avances en cuestiones de Derecho material⁴⁰⁹-. Para conseguir dicho objetivo se han planteado diferentes vías:

1.1. DERECHO DERIVADO UE

El recurso a Reglamentos, frente a las Directivas, ha sido el preferido para la codificación de las cuestiones que nos ocupan a nivel europeo, siendo probablemente la técnica más acertada en términos de seguridad jurídica, cuya importancia puso de manifiesto el propio TJUE⁴¹⁰ - derivada de la primacía y el efecto directo de los mismos.

Prueba de la clara apuesta por la fórmula del reglamento podríamos citar los muy numerosos textos aprobados en los últimos años⁴¹¹, destacando textos nucleares como el

⁴⁰⁹ ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “El nuevo Derecho Privado...”, op. cit., p. 174.

⁴¹⁰ Vid. STJCE de 15 de noviembre de 1983, asunto 288/82, *Duijnsee*, ECLI:EU:C:1983:326, apartado 13.

⁴¹¹ Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) número 1347/2000; Reglamento (CE) número 805/2004 del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; Reglamento (CE) número 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; Reglamento (CE) nº 861/2007 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía; Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia; Reglamento (UE) nº 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil – al que nos referiremos extensamente en las próximas páginas-; Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia,

RBI-bis y RBII-bis o Roma I y II, pero existiendo una serie de textos sobre materias más específicas que dan fe de la “espectacular”⁴¹² producción de Derecho internacional privado en el seno de la Unión desde el Tratado de Ámsterdam.

Además, en la nueva oleada de reglamentos en la etapa “post-exequátur”, amén del citado Reglamento Bruselas I-bis⁴¹³, destacan otros textos sobre materias específicas como el que extensamente analizaremos en las próximas páginas –Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, en adelante Reglamento OERC-, junto con el que destacan otros –como el Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía o el Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados-.

El recurso normativo a las Directivas⁴¹⁴ quizá no sea la opción óptima por cuanto que “la misión de estas normas no es “armonizar” el DIPr de los Estados parte, sino

la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

⁴¹² PÉREZ VERA, E., “El Derecho internacional privado y la Unión Europea”, en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (coord.), *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza: actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, 2003, pp. 174-188.

⁴¹³ Sobre la supresión del exequátur en el Reglamento vid. pp. 119 y ss.

⁴¹⁴ Directivas en materias específicas, entre otras: Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo; Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido sustituida por la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio; Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia sustituida por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; Directiva 85/374/CEE

asegurar la aplicación del “Derecho material armonizado” a ciertos supuestos internacionales”⁴¹⁵, amén de las numerosas dificultades que las diferencias en la trasposición en Derecho interno pueda producir⁴¹⁶.

1.2. INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW*.

Primeramente, conviene establecer una primera distinción en relación con esta categoría de normas, por cuanto que algunos autores⁴¹⁷ proponen distinguir entre el *soft law* en su sentido más tradicional de los denominados “instrumentos opcionales”⁴¹⁸, estos últimos cuentan con cierto desarrollo en Derecho contractual europeo⁴¹⁹ de la mano de los “Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro (PEDCS)”⁴²⁰ que proponen una serie de condiciones opcionales para las partes, todo ello dentro del proceso de creación de un Derecho privado europeo al que nos referiremos a continuación.

Con todo, volviendo al *soft law* en términos más generales, debemos referirnos a un fenómeno ambicioso que da fe de la implicación cada vez mayor de las instituciones europeas en relación con el Derecho privado, referido a la elaboración de verdaderos códigos armonizados europeos basados en *soft law*, cuya practicidad, siquiera por su efecto inspirador para los legisladores nacionales está fuera de toda duda.

del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos modificada por la Directiva 99/34/CE; Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes independientes; la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996 sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios; Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE; Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, sustituida por la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

⁴¹⁵ CALVO CARAVACA, A.L., “El Derecho internacional...”, op. cit. p. 59.

⁴¹⁶ Al respecto: A., BORRÁS, A., “La comunitarización...”, op. cit. p. 294.

⁴¹⁷ MAŃKO, R., *Europeanisation of civil...*, op. cit. p. 16.

⁴¹⁸ Sobre este particular: LEHMANN, M., “Derecho Privado europeo. ¿Un derecho opcional?”, *Noticias de la Unión Europea*, N° 320, 2011, pp. 3-12.

⁴¹⁹ Vid. comunicaciones de la Comisión: COM (2001) 398 final; COM (2003) 68 final; COM (2004) 651 final y Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas, COM (2010), 348 final.

⁴²⁰ Vid. MIQUEL SALA, R., “¿Un futuro instrumento opcional europeo para el contrato de seguro?”, *InDret* 2-2015. http://www.indret.com/pdf/1140_es.pdf.

A principios de los años 2000 se vivió una efervescencia doctrinal en torno a la elaboración de un “código civil europeo”⁴²¹, que por el momento ha quedado en un “Marco común de referencia para el Derecho privado europeo” –en adelante *DCFR* de la versión inglesa *Draft Common Frame of Reference*–, sobre el que existen interesantes aportaciones doctrinales⁴²² si bien su plasmación en un verdadero código es descartada por algunos autores⁴²³ por falta de voluntad política, primero, además de por la propia falta de previsión para ello en los tratados.

Asimismo, más recientemente, desde la doctrina se ha propuesto la eventual creación de un “Código europeo de Derecho internacional privado”⁴²⁴ en otra muestra más del interés, siquiera desde instancias científico-jurídicas para dar un impulso definitivo a la cuestión de la armonización del Derecho privado-procesal internacional en el seno de la UE. Está por ver si en torno a esta propuesta se creará, como en el caso anterior, alguna suerte de texto normativo, siquiera un marco común de referencia como el comentado. Resulta esperanzador en este sentido el surgimiento del debate en el seno de la propia Comisión⁴²⁵, si bien parece que nos encontramos ante un cierto estancamiento –derivado de lo exigente que sin duda resulta el proceso de salida del Reino Unido para las instituciones europeas a todos los niveles–.

Otros esfuerzos armonizadores destacados desde el *soft law* deben ser igualmente destacados. Nos estamos refiriendo, concretamente, a los “Principios de UNIDROIT de proceso civil transnacional”⁴²⁶, cuyo trabajo tuvo continuidad en relación con la concreta realidad europea a través del proyecto que, conjuntamente con la ELI

⁴²¹ SÁNCHEZ LORENZO, S., “¿Hacia un código civil europeo?”, en MOYA ESCUDERO, M., y SÁNCHEZ LORENZO, S. (coords.) *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Dykinson, 2003; CÁMARA LAPUENTE, S., “El hipotético «código civil europeo»: ¿por qué, cómo y cuándo?”, *jornadas sobre European Contract Law*, 14 y 15 de marzo de 2002. <https://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/homPicazo.pdf>.

⁴²² A destacar: EIDENMÜLLER H., FAUST F., CHRISTOPH GRIGOLEIT, H., JANSEN, N., WAGNER G., ZIMMERMANN R.; RODRÍGUEZ ROSADO, B. (trad.), “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo: cuestiones valorativas y problemas legislativos”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 62, Nº 4, 2009, pp. 1461-1522.

⁴²³ LÓPEZ AZCONA, A., “La europeización del derecho civil: crónica de un proyecto inconcluso”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 8, febrero 2018, pp. 475-542, p. 527.

⁴²⁴ Vid. KRAMER, X.E., “Current gaps and future perspectives in European private international law: towards a code on private international law?”, Parlamento Europeo, PE 462.476, 2012. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2012/462476/IPOL-JURI_NT\(2012\)462476_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2012/462476/IPOL-JURI_NT(2012)462476_EN.pdf)

⁴²⁵ Fruto de ello se celebraron las jornadas “Assises de la Justice”, celebradas el 21-22 de noviembre de 2013 en Bruselas.

⁴²⁶ Versión original en inglés: <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>.

(*European Law Institute*), lanzaron en el año 2014⁴²⁷ y cuyo trabajo ha resultado por el momento infructuoso, si bien no puede descartarse que el documento resultante de este trabajo pueda inspirar una futura norma, quién sabe si en forma de directiva o de reglamento europeo.

Dentro de estos instrumentos, catalogables como “instrumentos opcionales” en relación con el Derecho procesal civil europeo, podemos destacar el proceso europeo relativo a reclamaciones de escasa cuantía, el proceso monitorio europeo o la orden europea de retención de cuentas, a la que nos referiremos de manera pormenorizada en las siguientes páginas.

En definitiva, las diferentes normas estatales generan distorsiones que alteran de manera significativa la seguridad jurídica para los operadores jurídicos en la UE. Bien conocida es la demora con la que algunos sistemas judiciales estatales “penalizan” a las partes –paradigmático es tradicionalmente el italiano- mientras que en otros resultan notablemente más ágiles. La seguridad jurídica que produce la armonización en las materias en las que se ha conseguido un nivel considerable –todos aquellos campos satisfactoriamente por reglamentos fundamentalmente- redundaría en un mejor acceso a la justicia con la consecuencia, siempre deseable, de obtener una verdadera “tutela judicial efectiva europea”.

Si bien algunas voces⁴²⁸ valoran positivamente esta suerte de “libre competencia” legislativa, que como en otros ámbitos puede redundar en una mejor oferta para el usuario, en este caso el operador jurídico, las ventajas de un mayor nivel de integración deben ser preferidas.

En cualquier caso, la armonización total del DIPr a nivel europeo es considerada por algunos como ilusoria⁴²⁹. No puede negarse, sin embargo, en vista de lo antedicho, la exitosa, cuantitativa y cualitativamente, producción de normas de DIPr a nivel europeo.

Consecuencia de esta prolífica –si bien incompleta- producción legislativa desde instancias europeas nos encontramos ante una “complejidad normativa inevitable”⁴³⁰

⁴²⁷ <https://www.unidroit.org/english/documents/2014/study76a/s-76a-sc02-misc01-e.pdf>.

⁴²⁸ REICH, N., “Competition between Legal Orders: a New Paradigm of EC Law”, *Common Market Law Review*, 1992, pp. 861-896, citado en IRIARTE ÁNGEL, J.L., “La armonización del Derecho Internacional...”, op. cit., p. 53.

⁴²⁹ De esta opinión: IRIARTE ÁNGEL, J.L., “La armonización del Derecho Internacional Privado en la Unión Europea”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho – Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, año 4, N°9, 2006, pp. 45-74, p. 52.

⁴³⁰ ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “El nuevo Derecho Privado...”, op. cit., p. 172.

derivada de la fragmentación del sistema de fuentes, que supone desde luego un considerable reto, en la práctica, para los operadores jurídicos, que al recurrir a normas armonizadas de Derecho europeo que no alcanzan a regular todas las situaciones privadas internacionales y se ven obligados a completarlas en determinadas materias con los Derechos autónomos con las que estas deben coexistir.

2. ARMONIZACIÓN CAUTELAR EN LA UE – LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS

Procede en este punto realizar una aproximación al modo en que el citado proceso de “comunitarización” ha afectado a una disciplina fundamental y propia de la totalidad de los ordenamientos jurídicos procesales de los Estados miembros como es la justicia cautelar⁴³¹.

A nivel de la Unión Europea, el mandato del art. 65 TCE al que hemos hecho alusión en relación con la cooperación judicial incluye necesariamente la materia cautelar, por lo que lo antedicho y las normas procesales aludidas, en su mayoría, no desconocen esta realidad. Por su parte, las conclusiones del Consejo Europeo de Tápere⁴³² citaba expresamente -párrafo 38- las medidas provisionales como uno de los elementos sobre los que elaborar una nueva legislación por parte de la Comisión como elemento decisivo en aras a “allanar el camino a la cooperación judicial y para mejorar el acceso a la justicia” y han formado parte de la agenda de las diferentes instituciones en relación con los avances en relación con el Derecho de la UE.

La plasmación en legislación europea de este mandato ha venido, hasta ahora, de la mano de la regulación que de la cuestión cautelar se hacía en los convenios de Bruselas y Lugano, primero, y en los Reglamentos Bruselas I y Bruselas I-bis posteriormente. Dado que la regulación de la tutela cautelar contenida en dichos instrumentos constituye parte fundamental de este primer capítulo, debemos remitirnos al grueso del mismo para obtener una visión completa de la realidad de la tutela cautelar en estos textos “generalistas”,

⁴³¹ Para una aproximación general a los diferentes sistemas cautelares puede consultarse: https://e-justice.europa.eu/content_interim_and_precautionary_measures-78-es.do.

⁴³² Conclusiones del Consejo Europeo de Tápere de 15-16 de octubre de 1999: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm.

La otra gran aportación armonizadora que el legislador europeo ha plasmado en un texto normativo, a la que prestaremos atención en las próximas páginas, es el primer instrumento de naturaleza exclusivamente cautelar producido en el contexto de la nueva generación de reglamentos que hemos denominado “post-*exequatur*” a la que hemos hecho referencia. Se trata, como avanzábamos, de la Orden Europea de Retención de Cuentas, (en adelante OERC).

Previstos en la mayoría de los sistemas procesales estatales, los embargos -en sus diferentes denominaciones- de activos bancarios como medida provisional que garantice la futura ejecución de la sentencia son quizá uno de los instrumentos de mayor relevancia práctica en el ámbito de la reclamación de deudas susceptibles de tener una traducción pecuniaria. Asentadas en los sistemas nacionales, las dificultades para la materialización de estos embargos fueron puestas de manifiesto por la Comisión en el Libro Verde relativo a esta cuestión en el año 2006⁴³³ en el que se destaca que “con los actuales instrumentos comunitarios no es posible obtener un embargo bancario que se pueda ejecutar en el conjunto de la Unión Europea”, siendo esta una necesidad identificada ya por la propia Comisión años atrás⁴³⁴.

En palabras de la propia Comisión⁴³⁵ “las empresas europeas pierden alrededor del 2,6 % de su volumen de negocios anual por deudas incobrables. La mayoría de estas empresas son PYMEs. Al año, se cancelan innecesariamente hasta 600 millones de euros de deudas porque a las empresas les resulta demasiado difícil iniciar procedimientos judiciales onerosos y complejos en otros países. La orden europea de retención de cuentas que propone la Comisión ofrece soluciones a estos problemas.” A estos datos cabe sumar, a nivel de acreedores españoles, que en 2015 “38,6% de las ejecuciones de sentencias firmes o de resoluciones con efectos ejecutivos llegan a buen fin si quiera recuperando parcialmente el importe inicial del crédito objeto de ejecución”⁴³⁶.

⁴³³ Libro Verde sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la unión europea: embargo de activos bancarios, COM (2006) 618 final, pp. 2-4.

⁴³⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo y el Parlamento Europeo, DO C 33, 31.1.1998, p. 3.

⁴³⁵ Nota de prensa de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2013: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1209_es.htm.

⁴³⁶ Informe 2015 sobre del Observatorio de la Actividad de la Justicia-Fundación Wolters Kluwer, citado en LÓPEZ CHOCARRO, I., “La orden Europea de retención de cuentas bancarias; breve análisis del Reglamento (UE) n.o 655/2014 del Parlamento Europeo ante su inmediata aplicación a partir del día 18 de enero de 2017”, *LA LEY mercantil* n° 32, enero 2017, N° 32, 1 de enero de 2017, p. 6.

En este contexto, la figura de la Orden Europea de Retención de Cuentas (en adelante OERC o EAPO por sus siglas en inglés), creada por el Reglamento (UE) n ° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014⁴³⁷, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil -en vigor desde el 18 de enero de 2017-, ha supuesto, como decíamos, quizá el primer gran hito a nivel de armonización legislativa en materia cautelar en la UE, constituyendo el primer intento serio de creación de una figura única para el conjunto de los Estados miembros en una materia en la que los avances son escasos y siempre muy medidos como hemos visto en las páginas precedentes.

En un contexto jurídico tan heterogéneo como la UE, la idea de la OERC fue concebida como un instrumento único para el conjunto de los Estados que garantizara provisionalmente el satisfactorio cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria en litigios transfronterizos intra-europeos mediante el embargo de las cantidades adeudadas en cuentas bancarias en un procedimiento extraordinariamente simplificado y con una característica intrínseca quizá llamativa, como es el hecho de que se trata desde su concepción de un procedimiento netamente unilateral *-ex parte-*.

Este carácter *ex parte* es el que hace de la OERC una medida provisional⁴³⁸ extraordinariamente eficaz en una materia tan sensible como la de la persecución del patrimonio del deudor cuando este tiene la capacidad de tenerlo repartido en diferentes Estados. La facilidad con la que en la actualidad se pueden realizar movimientos de dinero entre diferentes entidades a través de recursos electrónicos –máxime entre Estados miembros de la SEPA⁴³⁹- exigía indudablemente la articulación de un mecanismo que permitiera la aprehensión casi inmediata de las cantidades reclamadas en un procedimiento ágil y directo que ahorre, además, al demandante los trámites

⁴³⁷ DOUE L-189 de 27 de junio de 2014.

⁴³⁸ La naturaleza cautelar de la misma ha sido puesta en cuestión por algunos autores, vid. CORDÓN MORENO, F., “La orden europea de retención de cuentas en un proceso seguido en España, ¿naturaleza cautelar o ejecutiva?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69/2, julio-diciembre 2017, Madrid, pp. 301-308. Volveremos sobre esta cuestión en las próximas páginas.

⁴³⁹ Zona Única de pagos en Euros o SEPA – en inglés Single Euro Payments Area-, que en la actualidad se extiende a los 28 países miembros de la UE, así como Islandia, Liechtenstein, Mónaco, Noruega, San Marino y Suiza. Vid. también: Reglamento (UE) n o 260/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de marzo de 2012 por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, y se modifica el Reglamento (CE) n o 924/2009; Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (Correcciones de errores DOUE de 10 de junio de 2016, 10 de enero de 2018 y 23 de abril de 2018).

pertinentes para el reconocimiento de la medida cautelar, si bien el procedimiento simplificado del RBI-bis ya facilita notablemente la gestión.

La principal ventaja respecto de la regulación contenida en RBI-bis es, sin embargo, la posibilidad de acudir a una figura única para todo el conjunto de Estados miembros, sin tener que acudir –como sucede en aplicación del art. 35 RBI-bis- al Derecho nacional para determinar la concreta medida cautelar que pretendemos obtener. A mayor abundamiento, la OERC se configura como medida *inaudita altera parte* y puede, a diferencia del RBI-bis, circular y ser automáticamente reconocida en el resto de Estados miembros. Las ventajas de contar con esta figura en comparación con la alternativa del RBI-bis son, por tanto, evidentes.

Con este instrumento se da un paso más en el camino armonizador iniciado con el título ejecutivo europeo –amén del proceso monitorio europeo o el proceso europeo de escasa cuantía, limitado en ese caso a créditos no impugnados⁴⁴⁰, y apunta hacia una paulatina unificación del Derecho procesal civil en la UE, cuya completa armonización resulta aún hoy absolutamente utópica.

En una necesaria retrospectiva referida al proceso de elaboración de la norma a la que se dedica el presente punto debemos aludir, primeramente, al informe Heidelberg⁴⁴¹ en el que se identifica como uno de las cuestiones capitales para el futuro de la UE la consideración de “*Protective trans-border attachment of bank accounts*” seguido de la presentación de un Libro Verde⁴⁴² seguido años más tarde de la Propuesta⁴⁴³ de la Comisión⁴⁴⁴ que culminó, tras el correspondiente informe del Comité Económico y Social Europeo⁴⁴⁵ en el Reglamento de 15 de mayo de 2014, publicado el 24 de junio de

⁴⁴⁰ Reglamento (CE) No 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, DOUE nº L 143, pp. 15-39.

⁴⁴¹ Informe Heidelberg, op. cit., pp. 324 y ss.

⁴⁴² Libro Verde sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: embargo de activos bancarios, com (2006) 618 final.

⁴⁴³ Sobre la Propuesta vid entre otros: MARTÍN DIZ, F., “Protección procesal del crédito transfronterizo en la Unión Europea: propuesta de orden de embargo de activos bancarios”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 30, mayo-agosto 2008, pp. 381-418; MIQUEL SALA, R., “La futura orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2012), Vol. 4, Nº 2, pp. 217-247; DE GÖTZEN, E., “Cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil: ¿Dónde estamos y hacia dónde nos dirigimos?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 309-340.

⁴⁴⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Orden Europea de Retención de Cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, COM (2011) 445 final 2011/0204 (COD).

⁴⁴⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la orden europea de retención de cuentas para

ese mismo año y de aplicación desde el 18 de enero de 2017, otorgando por tanto un amplio margen de dos años para la necesaria adaptación de las legislaciones nacionales a este procedimiento unificado.

Con todo, lo que se pretende con este punto del estudio es ofrecer una visión que si bien se detendrá punto por punto en cada aspecto material y procesal del OERC, debe renunciar de partida a realizar un análisis pormenorizado de cada precepto del Reglamento, lo que por sí solo podría constituir material de suficiente entidad para una obra monográfica⁴⁴⁶.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA OERC

3.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL

En el sentido más general, el Reglamento será de aplicación en todos los Estados miembros, a excepción de Dinamarca⁴⁴⁷ y Reino Unido⁴⁴⁸, cuya reticencia a participar es considerada “llamativa” por algunos autores⁴⁴⁹ ante la voluntad expresada por dicho Estado de participar en los diferentes instrumentos de tutela del crédito. Quizás por ello algunos autores⁴⁵⁰ apostaban por una futura participación del Reino Unido en el Reglamento, posibilidad que se desvanece según se van sucediendo las noticias sobre la definitiva materialización del Brexit.

Serán otras, sin embargo, las cuestiones más controvertidas de la regulación, a saber:

A. “Litigios transfronterizos”

El Reglamento será de aplicación únicamente a litigios transfronterizos que, según expone el considerando 10 del texto serán aquellos en los que: a. “el órgano

simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, COM(2011) 445 final — 2011/0204 (COD).

⁴⁴⁶ Monografías a las que podemos remitirnos para un análisis exhaustivo del Reglamento OERC: SENÉS MONTILLA, C., *La orden europea de retención de cuentas: aplicación en Derecho español del Reglamento (UE) núm. 655/2014, de 15 mayo de 2014*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra: 2015; FRANZINA, P. y LEANDRO, A., *Il sequestro conservativo di conti bancari*, Giuffrè, Milán, 2015; CUNIBERTI G. y MIGLIORINI, S., *The European Account Preservation Order Regulation, A Commentary*, Cambridge, 2018.

⁴⁴⁷ Considerando 51 Reglamento OERC, considerando 51.

⁴⁴⁸ Ibid., considerando 50.

⁴⁴⁹ DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “La orden europea de retención de cuentas”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4 (octubre-diciembre, 2014), pp. 243-256, p. 249.

⁴⁵⁰ FENTIMAN, R., *International Commercial...*, op. cit. p. 608.

jurisdiccional que conoce de la solicitud de orden de retención se encuentre en un Estado miembro y la cuenta bancaria afectada por dicha orden se tenga en otro Estado miembro” y los supuestos en los que b. “el acreedor esté domiciliado en un Estado miembro y el órgano jurisdiccional y la cuenta bancaria que haya de retenerse estén situados en otro Estado miembro.” Este criterio queda plasmado en el contenido del art. 3 en los siguientes términos:

Artículo 3. Asuntos transfronterizos

1. A efectos del presente Reglamento, será asunto transfronterizo aquel en el que la cuenta o las cuentas bancarias que deban retenerse mediante la orden de retención se mantengan en un Estado miembro que no sea:

- a) el Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se solicite la orden de retención, de conformidad con el artículo 6, ni
- b) el Estado miembro de domicilio del acreedor.

Nos encontramos, por tanto, ante dos escenarios, más un tercer supuesto en atención al considerando 10 que parece entrar en una cierta contradicción con el art. 3⁴⁵¹ del Reglamento OERC.

Por un lado, aquellos casos en los que la cuenta afectada por la OERC se encuentre en otro Estado diferente a aquel en el que se sustancia o sustanciará el procedimiento principal. Este será el caso quizá menos problemático a efectos de aplicación práctica, siendo además el supuesto más habitual en la práctica para los operadores jurídicos⁴⁵².

Algo más controvertido será el segundo supuesto, según el cual bastará con que el domicilio del acreedor no coincida con el Estado en el que se dirima el litigio, independientemente del Estado en el que se encuentre la cuenta sobre la que recaerá la OERC. Esto puede producir situaciones poco menos que esperpénticas en la práctica, en supuestos en los que, por ejemplo, un acreedor español domiciliado en Francia pueda solicitar en España, Estado en el que se sustancie el procedimiento contra un demandado español, una OERC sobre una cuenta situada igualmente en España.

⁴⁵¹ En los supuestos prácticos en los que el deudor vaya a ser objeto de más de una OERC el elemento internacional debe determinarse en relación con cada una de las ordenes/cuentas destino de las mismas.

⁴⁵² LÓPEZ CHOCARRO, I., “La orden Europea de retención de cuentas bancarias; breve análisis del Reglamento (UE) n.º 655/2014 del Parlamento Europeo ante su inmediata aplicación a partir del día 18 de enero de 2017”, *LA LEY mercantil* n.º 32, enero 2017, N.º 32, 1 de enero de 2017, p. 2.

Se trata de una situación en la que coincide Estado de emisión y de ejecución y que sería “difícil de apoyar” para algunos autores⁴⁵³ por cuanto que puede colisionar con el principio de subsidiariedad del Derecho europeo puesto que ante el mismo juez –el español en el ejemplo–, competente sobre el fondo de la demanda, puede ser presentadas dos solicitudes de medida cautelares, una de acuerdo con el derecho material y procesal español y la otra de acuerdo con las disposiciones del Reglamento, referidas a la misma cuenta.

Dado el carácter netamente *ex parte* de la OERC la colisión con los diferentes Derechos autónomos puede ser significativa⁴⁵⁴. No obstante, como apuntan algunos autores⁴⁵⁵, la consideración de asunto transfronterizo al margen del tránsito entre jurisdicciones no resulta inusual, siendo posible en los procesos monitorios y de escasa cuantía, sin perjuicio de lo que se apuntará a continuación. Es más, podríamos incluso entender que de no haber sido configurada de esta manera, la norma quedaría más limitada por cuanto que la OERC se refiere a fondos que el deudor puede haber depositado en cualquiera de los Estados miembros, incluido el de ejecución, por lo que parece ser justificable el criterio del legislador en este caso.

Estos dos supuestos, a pesar de la partícula “ni” –subrayada por el autor–, deben considerarse alternativos y no acumulativos, así lo entiende la doctrina⁴⁵⁶ que considera que nos encontramos ante un error en la traducción cuya subsanación deviene esencial en aras a la correcta interpretación del texto. La correcta formulación del artículo pasaría por sustituir el citado “ni” por “o”⁴⁵⁷, mostrando el carácter alternativo de las situaciones en coherencia con el considerando 10.

El último supuesto sería, precisamente, el derivado de la interpretación literal del considerando 10 que parece plantear un escenario contradictorio con respecto a la norma contenida en el articulado por cuanto que según dicho considerando puede entenderse la exigencia de que tanto el tribunal como la cuenta objeto de la orden se

⁴⁵³ VILAS ÁLVAREZ, D., “El Reglamento por el que se crea la Orden Europea de Retención de Cuentas y Mercantiles: claves de su elaboración”, *LA LEY mercantil* n° 6, N° 6, 1 de septiembre de 2014, p. 6.

⁴⁵⁴ Recordemos que en España, ex. artículo 733 LEC- las medidas *ex parte* serán excepcionales y restringidas a los supuestos recogidos en dicho artículo.

⁴⁵⁵ SENÉS MONTILLA, C., “La orden europea...”, op. cit. p. 312.

⁴⁵⁶ JIMÉNEZ BLANCO, P., “La orden europea de retención de cuentas: avances y limitaciones”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, XIV-XV, 2014-2015, pp. 243-275. p. 246; DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “La orden...”, op. cit., p. 248; ANTÓN JUÁREZ, I., “La orden europea de retención de cuentas ¿Adiós a la dificultad que plantea el cobro de la deuda transfronteriza en la UE?” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, N° 1 marzo 2017, pp. 5-48, p. 12.

⁴⁵⁷ De modo análogo a las versiones, por ejemplo, inglesa o francesa que emplean “or” o “ou”.

encuentren en el mismo Estado. Esta aparente distorsión deriva de la incorrecta traducción a la versión española del texto, como comentábamos en párrafos precedentes.

Se trata, en cualquier caso, de una regulación que dista notablemente de la recogida en la propia propuesta de Reglamento OERC, que iba en la línea de otros instrumentos europeos de tutela del crédito⁴⁵⁸ en los que el elemento de internacionalidad viene de la mano de que al menos una de las partes esté domiciliada en un Estado miembro diferente de aquel en el que se dirime la controversia principal. La Propuesta realizaba una regulación de la cuestión en negativo excluyendo únicamente -ex. art. 3- las situaciones que podríamos denominar “estrictamente nacionales”, es decir, aquéllas en las que la totalidad de los elementos a considerar –tribunal, cuenta objeto de la orden y partes, se encontraban domiciliadas en el mismo Estado. En este sentido, la regulación finalmente adoptada, si bien más limitada está dotada de una mayor claridad.

3.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL

Concretamente, al referirnos al ámbito de aplicación personal, queremos poner el foco sobre los dos conceptos esenciales del Reglamento, a saber, “acreedor”, contenido el art. 4.6, y “deudor” en el art. 4.7.

«acreedor»: persona física o jurídica domiciliada en un Estado miembro o cualquier otra entidad domiciliada en un Estado miembro que tenga capacidad para ser parte con arreglo al Derecho de un Estado miembro, que solicite o haya obtenido una orden de retención relacionada con un crédito;

«deudor»: persona física o persona jurídica o cualquier otra entidad con capacidad para ser parte con arreglo al Derecho de un Estado miembro, contra la cual el acreedor pretenda obtener, o haya obtenido ya, una orden de retención relacionada con un crédito;

En referencia al primero, el concepto de acreedor, no incluido en la propuesta de la Comisión de 2011 y recogido a resultas de una propuesta española, resulta

⁴⁵⁸ Vid. Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía; Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo.

particularmente relevante por cuanto que evita que –en aplicación del punto de conexión del art. 3- la medida pueda ser solicitada por un acreedor domiciliado en un Estado no miembro, lo que excluiría la posible reciprocidad de la contraparte que no dispondría del mismo instrumento contra el primero. Todo ello, además, resulta especialmente perturbador ante la negativa a formar parte del instrumento de Estados como el Reino Unido, con innegable relevancia en el tráfico comercial internacional.

El domicilio del deudor, a efectos de aplicación del Reglamento, es irrelevante, pudiendo este estar domiciliado en un Estado miembro, o no.

3.3. LA DEFINICIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO CON FUERZA EJECUTIVA

Si bien no hemos dedicado mayor atención al capítulo de definiciones del Reglamento, la noción de “documento público con fuerza ejecutiva” ha sido recientemente sometida a la consideración del TJUE⁴⁵⁹ en el asunto *K.H.K.*, en la que será –se encuentra aún pendiente- la primera resolución del TJUE en relación con el Reglamento OERC.

En dicho asunto se plantea al TJUE si “constituye un documento público con fuerza ejecutiva en el sentido del art. 4, punto 10, del Reglamento nº 655/2014 un requerimiento que aún no es firme y que tiene por objeto un crédito pecuniario” regulado en el Derecho búlgaro.

Sin entrar en consideraciones pormenorizadas sobre el Derecho búlgaro, el Abogado General propone al Tribunal que interprete el art. 4, punto 10, del Reglamento OERC “en el sentido de que un requerimiento como el controvertido en el procedimiento principal no constituye un documento público con fuerza ejecutiva, (...) dado que “se limita a indicar la obligación que tiene el deudor de pagar al acreedor y, en consecuencia, la autenticidad de dicho documento no se refiere al contenido de este en el sentido deseado por el legislador de la Unión.”

Así, concluye en Abogado General, en el sistema del Reglamento OERC “un título debe tener fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que se ha expedido, aprobado, acordado u otorgado para que se pueda declarar que el acreedor ha obtenido un título (una resolución judicial, una transacción judicial, un documento público con fuerza ejecutiva) que obliga al deudor a pagar la deuda, en el sentido del art. 5, letra b), de dicho Reglamento”.

⁴⁵⁹ Asunto *K.H.K.*, C-555/18, pendiente de resolución. Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 29 de julio de 2019, ECLI:EU:C:2019:652.

3.4. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

Nos encontramos ante un texto cuyo ámbito de aplicación material queda -ex art. 2- restringido a deudas pecuniarias en litigios transfronterizos de ámbito civil o mercantil⁴⁶⁰, de manera análoga al RBI-bis, estableciendo igualmente una serie de exclusiones generales, concretamente no se aplicará a “materias fiscal, aduanera ni administrativa, ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad -*acta iure imperii*-”.

Asimismo incorpora una lista de exclusiones concretas –los derechos de propiedad derivados del régimen matrimonial o de una relación a la que la ley aplicable atribuya efectos comparables al matrimonio; los testamentos y sucesiones, incluidas las obligaciones de alimentos por causa de muerte; los créditos frente a un deudor respecto del cual se hayan iniciado procedimientos de insolvencia, procedimientos de liquidación de sociedades u otras personas jurídicas insolventes, procedimientos cuyo objeto sea alcanzar un acuerdo judicial o un convenio de acreedores, u otros procedimientos análogos; la seguridad social y el arbitraje-.

En una lectura positiva, debemos entender incluidas -como matiz respecto del régimen general del RBI-bis- las deudas relativas a obligaciones alimenticias, siendo esta, en opinión de la doctrina⁴⁶¹, una de las cuestiones de mayor transcendencia en la práctica -sin olvidar las deudas en el ámbito de la empresa o los consumidores-.

A. Exclusión de arbitraje

La exclusión del arbitraje -ex. art. 2.e- debe ser examinada en relación con el RBI-bis, siendo este último más permisivo en este sentido. Si bien debemos entender que el Reglamento OERC excluye completamente la garantía de deudas en relación con controversias sustanciadas en procedimientos arbitrales, el RBI-bis sí recoge esta posibilidad a partir de la sentencia *Van Uden*, si bien se trata de una cuestión matizable

⁴⁶⁰ Por materia civil, no definida expresamente, debemos entender el concepto de elaboración jurisprudencial a nivel UE, siendo de aplicación la jurisprudencia del TJUE que introduce dicha definición, concretamente la STJCE de 28 de abril de 2009, *Apostolides*, C-420/07, ECLI:EU:C:2009:271 en sus apartados 42-44 indica que el concepto debe acotarse a todas las relaciones jurídicas entre sujetos privados o aquellos que sin serlo actúan en el tráfico jurídico como tales. Vid. también en relación con la cuestión: STJCE de 15 de febrero de 2007, *Eirini Lechouritou*, C-292/05, ECLI:EU:C:2007:102.

⁴⁶¹ JIMÉNEZ BLANCO, P., “La orden...”, op. cit. p. 245.

y tratada expresamente en el correspondiente apartado del capítulo II del presente estudio⁴⁶².

Se trata desde luego de una cuestión controvertida⁴⁶³, por cuanto que el texto tampoco establece claramente si la exclusión debe hacerse extensiva al laudo –en los supuestos de la OERC “no cautelar”, es decir, la posterior a la resolución y destinada a asegurar la ejecución de la misma–, que podría en su caso reconocer la existencia del crédito que diera causa a la solicitud de la OERC para garantizarlo. Naturalmente el RBI-bis excluye los laudos de su concepto de resolución, no así el Derecho autónomo español.

En aplicación de este último debemos remitirnos primeramente al art. 517 LEC en el que se establece claramente que los laudos tendrán aparejada ejecución en virtud de dicha ley. Todo ello en combinación, según jurisprudencia española⁴⁶⁴, con los arts. 46.2 de la LARb⁴⁶⁵ en relación con los arts. 52 y siguientes de la LCJI no ofrece dudas⁴⁶⁶ sobre la adecuación del laudo como resolución judicial a efectos de aplicación del art. 6.3 del Reglamento OERC.

B. Procedimientos de insolvencia

En relación con los procedimientos de insolvencia -art. 2.c-, cabe apuntar que si bien queda restringida la adopción de OERC una vez declarado judicialmente el concurso, nada impide la adopción de la orden en situaciones de pre-insolvencia u otros procedimientos híbridos previstos en las legislaciones nacionales⁴⁶⁷ o la solicitud de la Orden para garantizar la reintegración de pagos indebidos efectuados por el deudor a terceros⁴⁶⁸.

Concretamente la referencia a “procedimientos análogos” que hace el art. 2.c abre la puerta⁴⁶⁹ a la exclusión de los créditos existentes frente a un deudor que se encuentre en la tesitura de obtención de un acuerdo de refinanciación previo y destinado a evitar la

⁴⁶² Vid. pp. 154 y ss.

⁴⁶³ PORTILLO, T., DE PAZ, S., “Aspectos más significativos del Reglamento (UE) no 655/2014, de 15 de mayo de 2014, relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en material civil y mercantil”, *Actualidad Civil* n.º 2, febrero 2017, N.º 2, 1 de feb. de 2017, p. 4.

⁴⁶⁴ Vid. Auto TSJ Cataluña 192/2016, de 19 de mayo de 2016, ECLI: ES:TSJCAT:2016:192A.

⁴⁶⁵ Ley 60/2003, de 26 de noviembre, de Arbitraje. BOE n.º 309 de 26/12/2003.

⁴⁶⁶ PORTILLO, T., DE PAZ, S., “Aspectos...”, op. cit., p. 4.

⁴⁶⁷ JIMÉNEZ BLANCO, P., “La orden...”, op. cit., p. 273.

⁴⁶⁸ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A., “La orden europea de retención de cuentas”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 38, septiembre-diciembre 2015, pp. 145-160, p. 149.

⁴⁶⁹ PORTILLO, T., DE PAZ, S., “Aspectos...”, op. cit., p. 3.

efectiva materialización del concurso, aunque dicho acuerdo no fuera confirmado judicialmente.

C. Objeto de la medida: cuenta bancaria

Respecto del concreto objeto de la medida, esta solo podrá referirse a fondos cuya titularidad ostente el deudor, aunque se encuentren en cuentas en las que pueda existir un tercero autorizado a operar con dichos fondos⁴⁷⁰. Todo ello siempre y cuando la cuenta se encuentre en una entidad de un Estado miembro.

Deben entenderse incluidos tanto los créditos -ex. considerando 12- ya exigibles como los que no lo son “siempre que se deriven de una transacción o de un hecho que ya haya tenido lugar y sea posible determinar su cuantía, incluidas las derivadas de acciones en materia delictual o cuasidelictual así como de acciones civiles por daños y perjuicios o de restitución basadas en un acto que dé lugar a un proceso penal.”

Los “instrumentos financieros” que incluía la Propuesta fueron descartados quedando finalmente una regulación notablemente más restringida y considerada insatisfactoria por la doctrina, si bien pueda entenderse dada la complejidad que entraña la determinación de la titularidad de los fondos excluidos en el texto vigente⁴⁷¹.

Debemos limitar, por tanto, el ámbito de aplicación del Reglamento -ex. art. 4- a cuentas bancarias en los términos comentados, que se encuentren en “bancos” tal y como lo entiende dicho artículo⁴⁷² y entendiendo por fondos “dinero existente en cuenta en cualquier divisa, o derecho similar a la devolución de dinero, como las cuentas de depósito del mercado de dinero”.

D. Exclusiones

Sobre la base de la literalidad de los preceptos puede inferirse que el legislador ha querido excluir de la regulación las cuentas basadas en un contrato de apertura de

⁴⁷⁰ Así, el considerando 7 del Reglamento OERC establece que: “(...) la retención de los fondos de la cuenta del deudor debe tener por efecto que se impida la utilización de los fondos no solo al propio deudor sino también a cualquier otra persona autorizada por el mismo para efectuar pagos a través de esa cuenta”.

⁴⁷¹ SENÉS MONTILLA, C., “La orden europea...”, op. cit. p. 312.

⁴⁷² “Entidad de crédito, tal como se define en el artículo 4, apartado 1, punto 1, del Reglamento (UE) no 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (1), incluidas las filiales, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 17, de dicho Reglamento, de entidades de crédito que tengan su sede social dentro de la Unión o, con arreglo al artículo 47 de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (2), fuera de ella, siempre que las filiales de que se trate estén situadas en la Unión.”

crédito⁴⁷³ en virtud de las cuales se concede un límite de disponibilidad de crédito asociado a una garantía y a determinadas condiciones concretadas en dicho contrato mercantil. Aunque en la práctica se opere con este tipo de cuentas como si de una cuenta corriente “al uso” se tratase, no puede considerarse que se trate de “fondos propios” del cliente, por lo que debe ser excluida.

Asimismo, ex. arts. 2.3 y 2.4. del Reglamento OERC, se deben excluir de su ámbito de aplicación: a. “las cuentas bancarias que, con arreglo al Derecho del Estado miembro en que se tenga la cuenta, gocen de inmunidad frente al embargo”, así como b. “las cuentas mantenidas en relación con el funcionamiento de cualquier sistema acorde con la definición del art. 2, letra a), de la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁴⁷⁴” o, finalmente, c. “las cuentas bancarias de los bancos centrales ni a las cuentas mantenidas en ellos, cuando actúen en su calidad de autoridades monetarias.”⁴⁷⁵

a. En relación con la primera, el Derecho español, a través de la LOPJ -art. 21.2- establece que los tribunales civiles españoles “no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho internacional público”.

En referencia a la inmunidad de ejecución, debemos remitirnos a dos instrumentos internacionales aplicables a la cuestión, concretamente, el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas⁴⁷⁶ –art. 22.3- y el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares⁴⁷⁷ –art. 31.4-.

Asimismo, la Ley Orgánica sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las

⁴⁷³ ANTÓN JUÁREZ, I., “La orden europea...”, op. cit., p. 9.

⁴⁷⁴ Directiva 98/26/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, DOCE 11-6-1998.

⁴⁷⁵ En Derecho español, en genérico, debe realizarse una primera alusión a la LEC que en su artículo 605 declara “absolutamente inembargables”: 1.º Los bienes que hayan sido declarados inalienables; 2.º Los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal; 3.º Los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial; 4.º Los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal.” Los artículos siguientes introducen igualmente exclusiones al respecto.

⁴⁷⁶ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, BOE nº 21 de 24 de enero de 1968.

⁴⁷⁷ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, BOE nº. 56 de 6 de marzo de 1970.

Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España⁴⁷⁸ introduce -ex art. 20- una relación expresa de bienes sobre los que no puede recaer ejecución, a saber:

Artículo 20. Bienes del Estado dedicados a fines públicos no comerciales.

1. De los bienes propiedad del Estado extranjero o de los que este ostente su posesión o control, se consideran en todo caso específicamente utilizados o destinados a ser utilizados para fines públicos no comerciales los siguientes:

a) Los bienes, incluidas las cuentas bancarias, utilizados o destinados a ser utilizados en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, misiones especiales, representaciones permanentes ante organizaciones internacionales o delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales;

b) Los bienes del Estado de naturaleza militar o utilizados o destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares;

c) Los bienes del banco central u otra autoridad monetaria del Estado que se destinen a los fines propios de dichas instituciones;

d) Los bienes que formen parte del patrimonio cultural o de los archivos del Estado o de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico, siempre que no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos a la venta; y

e) Los buques y aeronaves de Estado.

2. Lo dispuesto en el punto a) del apartado anterior no será de aplicación a cuentas bancarias destinadas exclusivamente a fines distintos de los públicos no comerciales.

3. Los bienes enumerados en este artículo no podrán ser objeto de medidas de ejecución, salvo que el Estado extranjero haya prestado su consentimiento.

b. La segunda de las exclusiones remite a cuentas en relación con sistemas de los definidos en el art. 2.1 de la Directiva 98/26 en atención a la cual debemos entender excluidas cuentas en relación con “acuerdos formales entre tres o más participantes con normas comunes y disposiciones normalizadas para la ejecución de órdenes de

⁴⁷⁸ Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, BOE nº 258, de 28 de octubre de 2015.

transferencia entre los participantes regido por el Derecho de un Estado miembro a elección de los participantes, reconocido como sistema con arreglo al Derecho nacional y notificado a la Comisión por el Estado miembro por cuyo Derecho se rija.”. En términos prácticos podemos estar hablando⁴⁷⁹ de cuentas utilizadas para la comercialización de instrumentos financieros, entre las cuales debemos incluir los fondos de inversión negociados en aplicación de la Directiva 2009/65/CE.

c. La tercera y última es la que se refiere a bancos centrales actuando en calidad de autoridades monetarias, responde a la lógica de limitar la aplicación del Reglamento a entidades bancarias comerciales.

3.5. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

Publicado en el DOUE de 27 de junio de 2014 y vigente desde 20 días después de dicha publicación -ex. art. 54- su aplicación efectiva se vio pospuesta hasta el 18 de enero de 2017 a excepción de la obligación de facilitar información respecto de los trámites de Derecho interno para la obtención de la Orden -ex. art. 50- cuya aplicabilidad se adelantó al 18 de julio de 2016. Se trata, por tanto, de un instrumento plenamente vigente en el conjunto de los Estados miembros a excepción de los ya citados, Dinamarca y Reino Unido.

3.6. ESCENARIOS PARA LA SOLICITUD DE LA OERC

Antes de abordar este punto conviene establecer los dos escenarios bien diferenciados de Órdenes de retención que pueden obtenerse en aplicación del Reglamento.

Como regla general, la OERC podrá ser solicitada en cualquier momento del proceso, constituyéndose simultáneamente como una medida provisional *ante causam* o *medio iudicio* y extendiéndose a las medidas posteriores a la existencia de una resolución sobre el fondo –a las que se refiere el art. 40 RBI-bis-. Es decir, nos encontramos ante la posibilidad de solicitar, por un lado, medidas provisionales-cautelares en el sentido de las que motivan el presente estudio –no existiendo o no siendo ejecutable la decisión sobre el fondo- y medidas de ejecución relativas a un procedimiento en el que ha devenido ya resolución.

⁴⁷⁹ ANTÓN JUÁREZ, I., “La orden europea...”, op. cit., p. 12.

A este respecto desde la doctrina⁴⁸⁰ se señala la discrepancia existente entre los diferentes Estados miembros a la hora de determinar el momento de incoación del procedimiento, para lo que el Reglamento trata de establecer una regla uniforme -ex. art. 10.3- introduciéndose dos criterios: “a) desde el momento en que se presente el escrito de demanda o escrito equivalente (...)”⁴⁸¹ y “b) si dicho escrito ha de notificarse al demandado antes de su presentación al órgano jurisdiccional, en el momento en que lo reciba la autoridad encargada de la notificación (...)”.

El procedimiento será naturalmente diferente en cada caso, si bien la separación introducida en la Propuesta, en la que se establecieron una suerte de departamentos estancos para cada supuesto⁴⁸² no fue la adoptada finalmente en el texto del Reglamento OERC en el que se establecen un criterio competencial y un procedimiento generales realizándose las salvedades oportunas en diferentes puntos, a los que haremos alusión en las siguientes páginas.

En relación con la competencia judicial internacional, como criterio general de aplicación del Reglamento OERC, debe señalarse que en ningún caso se trata de un reglamento con pretensiones de ser exclusivo⁴⁸³, sino, en todo caso, alternativo al régimen general de medidas cautelares, por ejemplo, del RBI-bis a las que hemos dedicado buena parte del presente capítulo. El establecimiento de preceptos relativos a la competencia judicial internacional responderá fundamentalmente a dotar al instrumento -la OERC- de una previsibilidad en cuanto a su adopción y ejecución en aras a aportar seguridad jurídica a los operadores.

En atención a la no exclusividad del texto algunos autores⁴⁸⁴ sugieren que, sin perjuicio del régimen de competencia establecido por el Reglamento OERC al que nos referiremos a continuación, podrían ser adecuados para adoptar la orden:

⁴⁸⁰ Ibid., p. 15.

⁴⁸¹ Coincidente con el criterio establecido en la legislación española ex. art. 410 LEC.

⁴⁸² La sección 1 del capítulo II (Propuesta) se refería, específicamente a la “adopción de la OERC antes de la obtención de un título ejecutivo”, mientras que la sección 2 sería la encargada de referirse a la “adopción de la OERC previa obtención de un título ejecutivo”. El texto definitivo no recoge dicha separación, recogiendo en el capítulo 2 el “procedimiento para la obtención de una orden de retención” en genérico, estableciéndose en diferentes puntos las salvedades correspondientes en atención a si se trata de uno u otro supuesto.

⁴⁸³ Como decíamos, vid. supra p., se trata según algunos autores de un instrumento de una nueva generación de “instrumentos opcionales” de la UE.

⁴⁸⁴ DE GÖTZEN, E., “Cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil: ¿dónde estamos y hacia dónde nos dirigimos?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 309-340, p. 323.

- a. Por cuanto que se trata de una medida cautelar, el tribunal en el en el que se encuentre la cuenta, por ser el lugar de ejecución de la medida cautelar y en aplicación de la jurisprudencia europea⁴⁸⁵.
- b. El tribunal del domicilio del deudor, en aplicación del criterio competencial general de RBI-bis.
- c. El tribunal competente sobre el fondo, en atención a las facultades absolutas que este tiene en relación con un caso que está conociendo.

Como veremos, sin embargo, el Reglamento OERC establece unas normas de competencia judicial más restrictivas en aras a evitar situaciones poco deseables de duplicidad de decisiones ante la concurrencia de diferentes tribunales competentes. Todo ello en los siguientes términos.

4. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

4.1. SOLICITUD OERC PREVIA A OBTENER TÍTULO EJECUTIVO

Nos encontramos ante el primero de los dos escenarios comentados, considerado por numerosos autores⁴⁸⁶ como el verdadero *leitmotiv* del procedimiento establecido por el Reglamento, siendo el procedimiento posterior a la obtención de un título ejecutivo un “extra” con el que se ha querido dotar al Reglamento de un espectro amplio de aseguramiento de la ejecución para el operador jurídico que desarrolle su actividad en el espacio judicial europeo.

Debemos recurrir en este caso al art. 6.1. del Reglamento OERC, que nos indica, en atención al carácter instrumental de la medida, que los competentes en este caso serán los órganos jurisdiccionales competentes sobre el procedimiento principal los que ostentaran, igualmente, la competencia para la emisión de la orden de retención.

Artículo 6 Competencia

1. Cuando el acreedor no haya obtenido una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva, serán competentes para dictar la orden de retención los órganos jurisdiccionales

⁴⁸⁵ Concretamente por aplicación del criterio de “conexión real” establecido en las sentencias *Van Uden* y *Mietz* al que hemos dedicado debida atención en el presente capítulo, vid. pp. 72 y ss.

⁴⁸⁶ VILAS ÁLVAREZ, D., “El Reglamento por el que se crea la Orden Europea de Retención de Cuentas y Mercantiles: claves de su elaboración”, *LA LEY mercantil*, nº 6, de 1 de septiembre de 2014, p. 7.

del Estado miembro que sean competentes para resolver sobre el fondo del asunto, de conformidad con las correspondientes normas de competencia aplicables.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando el deudor sea un consumidor que haya celebrado un contrato con el acreedor con un fin que pueda considerarse ajeno a la actividad o profesión del deudor, únicamente serán competentes para dictar una orden de retención destinada a asegurar un crédito relacionado con dicho contrato los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el deudor.

3. Cuando el acreedor ya haya obtenido una resolución judicial o una transacción judicial, serán competentes para dictar la orden de retención relativa al crédito especificado en dicha resolución o transacción los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se haya dictado dicha resolución judicial o se haya aprobado o concluido dicha transacción judicial. 4. Cuando el acreedor haya obtenido un documento público con fuerza ejecutiva, serán competentes para dictar la orden de retención relativa al crédito especificado en él los órganos jurisdiccionales designados a tal fin en el Estado miembro en el que dicho documento se haya formalizado.

Del precepto, que difiere notablemente en su formulación respecto del de la Propuesta Reglamento OERC, cabe extraer una primera conclusión. El legislador ha establecido claramente la necesidad de que la Orden sea adoptada exclusivamente por un órgano jurisdiccional. La Propuesta era todavía más rotunda en este sentido, por cuanto que el primer punto del artículo establecía que “la OERC será dictada por un órgano jurisdiccional”. De esta manera, así lo entendió la doctrina⁴⁸⁷, se ha querido excluir a las autoridades de ejecución presentes en algunos Estados -*bailiff*, *Gerichtsvollzieher*, *huissier de justice*, *ufficiale giudiziario*-.

En el caso español, los tribunales designados como tribunales de origen de la OERC son los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil correspondientes determinados por las normas de competencia territorial⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ MIQUEL SALA, R., “La futura orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2012), Vol. 4, Nº 2, pp. 217-247, p. 224.

⁴⁸⁸ 545.3 LEC: 3. Para la ejecución fundada en títulos distintos de los expresados en los apartados anteriores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar que corresponda con arreglo a lo

Por último, cabe referirnos a la salvedad que introduce el art. 6.2 en relación con la especial protección que se debe dispensar, de forma análoga a la generalidad de los textos de DIPr de mayor repercusión, a los consumidores, como parte especialmente vulnerable en situaciones de controversia con componente de internacionalidad, máxime en una época como la actual con un volumen de transacciones comerciales internacionales realizadas por consumidores privados sin precedentes.

En este caso, en caso de que el deudor sea un consumidor que haya celebrado un contrato con el acreedor en condición de mero consumidor -es decir, resultando una transacción ajena a su actividad profesional- los tribunales competentes en virtud del Reglamento OERC serán los del domicilio de dicho deudor-consumidor. A este respecto, deviene necesario poner de manifiesto el amplio margen de aplicación del precepto⁴⁸⁹, de manera diferente al régimen relativo a consumidores del RBI-bis, que a través de los arts. 17 a 19 acota de manera notablemente más rígida los supuestos de aplicación del régimen especial. Debe puntualizarse que, en todo caso, existe una limitación implícita al régimen de aplicación espacial del Reglamento, pudiendo ser aplicado este régimen exclusivamente a aquellos deudores domiciliados en un Estado miembro.

4.2. DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL COMPETENTE SOBRE EL FONDO

En cualquier caso, la competencia sobre el fondo no es establecida por el Reglamento OERC, como es natural, sino por las normas generales que rijan la controversia, el correspondiente instrumento europeo o, en su caso, el Derecho nacional.

En caso de solicitarse la medida con anterioridad al inicio del procedimiento *-ante causam-*⁴⁹⁰ entendemos que la puerta para dictar la OERC queda abierta para todos los

dispuesto en los artículos 50 y 51 de esta Ley. La ejecución podrá instarse también, a elección del ejecutante, ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar de cumplimiento de la obligación, según el título, o ante el de cualquier lugar en que se encuentren bienes del ejecutado que puedan ser embargados, sin que sean aplicables, en ningún caso, las reglas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la sección 2.a del capítulo II del Título II del Libro I.

Si hubiese varios ejecutados, será competente el tribunal que, con arreglo al párrafo anterior, lo sea respecto de cualquier ejecutado, a elección del ejecutante.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la ejecución recaiga sólo sobre bienes especialmente hipotecados o pignorados, la competencia se determinará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 684 de esta Ley.

⁴⁸⁹ Así lo entiende también DE MIGUEL ASENSIO, P., “Algunos aspectos de Derecho internacional privado del régimen de las órdenes europeas de retención de cuentas bancarias”, Blog personal, 30 de junio de 2014, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2014/06/algunos-aspectos-de-derecho.html>

⁴⁹⁰ Los casos en los que ya exista un tribunal competente sobre el fondo *-medio iudicio-* no plantearán mayores problemas, por cuanto que la determinación del tribunal ya se ha producido.

tribunales potencialmente competentes sobre el fondo⁴⁹¹, si bien el acreedor optará normalmente en estos casos por unificar ambos procedimientos ante el mismo tribunal por mera economía procesal, pudiendo el mismo tribunal emitir órdenes de retención en ejecutables en los diferentes Estados miembros en los que el deudor pueda tener cuentas y máxime considerando el alto grado de simplificación con el que se ha dotado a la ejecución en estos casos.

Asimismo, se establece además -ex. art. 10- un plazo de 30 días a contar a partir de la presentación de la solicitud de OERC para entablar finalmente la demanda sobre el fondo, o 14 días a partir de que se dictara la orden, pudiendo este plazo ser prorrogado en aras a lograr un acuerdo entre las partes -a instancia del deudor-.

4.3. SOLICITUD ALTERNATIVA DEL ARTÍCULO 35 RBI-BIS

Como hemos visto a lo largo del presente estudio el RBI-bis permite la adopción de medidas cautelares por el tribunal ejecutante de la misma en virtud del art. 35. Si bien no encontramos impedimento teórico para el recurso a dicho precepto en este caso, no puede considerarse la opción más ventajosa para el demandante/acreedor. Y esto es así, fundamentalmente por las limitaciones que conlleva la aplicación del art. 35⁴⁹². Destaca la limitación de los efectos de la medida al territorio del Estado emisor de la misma.

De esta forma, el acreedor se vería en la tesitura de recurrir a cada uno de los tribunales competentes en virtud del art. 35 RBI-bis para solicitar la retención correspondiente de las cuentas en dichos Estados, mientras que la aplicación del instrumento específico del Reglamento OERC permitiría la emisión de la orden y la ejecución de la misma sin mayores limitaciones, lo que sin duda viene a favorecer al acreedor.

4.4. SOLICITUD POSTERIOR AL TÍTULO EJECUTIVO

En este caso corresponde a los tribunales emisores del título ejecutivo en cuestión la competencia para emitir la correspondiente orden de retención, quedando limitada por tanto la adopción de órdenes de retención en Estados miembros del Reglamento.

Esta redacción no fue, sin embargo, la contenida en la Propuesta de Reglamento OERC, en la que -ex. art. 14.3- se daba potestad -limitada a su territorio- a los tribunales

⁴⁹¹ Así lo entiende DE GÖTZEN, E., “Cobro transfronterizo...”, op. cit., p. 324; MIQUEL SALA, R., “La futura orden...”, op. cit., p. 224.

⁴⁹² Vid. pp. 36 y ss.

del Estado ejecutante para dictar la OERC. Esta solución, finalmente no adoptada, fue criticada por la doctrina⁴⁹³ por cuanto que ignora el carácter accesorio de la medida respecto del procedimiento principal, generando además problemas por la imposibilidad del tribunal ejecutante de conocer las particularidades del caso en aras a tomar una decisión razonada.

5. REQUISITOS DE APLICACIÓN

5.1. MEDIDA INTRÍNSECAMENTE *EX PARTE*

La primera cuestión llamativa para el operador jurídico en el contexto del presente estudio será la vocación de medidas *inaudita altera parte* con la que nace la OERC. Cuestión que tantas suspicacias levantó en relación con las medidas cautelares en CB68, RBI y RBI-bis, y la jurisprudencia respecto de los mismos, es sin embargo una característica intrínseca a estas medidas.

Como hemos visto en el punto referido a la cuestión del presente estudio⁴⁹⁴ las medidas cautelares *ex parte* adoptadas por el tribunal competente sobre el fondo en el marco del RBI-bis requerirán para ser ejecutadas en un Estado miembro diferente la notificación de la medida en virtud de lo establecido por el art. 42.2.c RBI-bis.

Pero volviendo a la OERC, efectivamente, el art. 11 del Reglamento OERC establece inequívocamente la cuasi-obligación de que el procedimiento se sustancie de manera unilateral sin dar audiencia al demandado, en los siguientes términos:

Artículo 11 Procedimiento inaudita parte

No se notificará al deudor la solicitud de una orden de retención, ni se le oírán sin haberse dictado previamente la orden.

Vemos que el legislador ha optado por emplear en el precepto el tono imperativo “no se notificará”, habiéndose optado por una solución aún más contundente que la contenida en el art. 10 de la Propuesta de Reglamento OERC en la que se daba opción al demandante a solicitar la notificación al demandado⁴⁹⁵. Esta posibilidad otorgada al deudor en la Propuesta fue considerada innecesaria por la doctrina⁴⁹⁶, por la improbable

⁴⁹³ VILAS ÁLVAREZ, D., “El Reglamento...”, op. cit., p. 7.

⁴⁹⁴ Vid. pp. 121 y ss.

⁴⁹⁵ Artículo 10 (Propuesta OERC) Procedimiento *ex parte*.

El demandado no recibirá notificación de la solicitud ni será oído antes de la adopción de la OERC, a menos que el demandante solicite lo contrario.

⁴⁹⁶ MIQUEL SALA, R., “La futura orden europea...”, op. cit., p. 10.

plasmación práctica de una facultad contraria a la lógica de la OERC, y finalmente se prescindió de la misma en la redacción final.

Debe entenderse la lógica que motiva semejante regulación, cuya justificación no es otra que la de dotar a la medida de la necesaria efectividad, siendo imprescindible el efectos sorpresa en aras a lograr dicho objetivo, máxime dada la facilidad con la que pueden desplazarse actualmente los activos bancarios con las numerosas herramientas que ofrece la banca *online*. No se trata, además, de un embargo en sentido estricto sino de una mera retención destinada al citado fin.

Esta es de hecho la opinión mayoritaria de la doctrina⁴⁹⁷, si bien no puede obviarse el carácter controvertido de una norma que puede colisionar, cuando no directamente contravenir, las diferentes tradiciones procesales de los Estados miembros en relación con los derechos de defensa. En España, la LEC⁴⁹⁸ establece, con salvedades, la exigencia de procedimiento contradictorio⁴⁹⁹.

Tal es la controversia⁵⁰⁰ que algunos autores se mostraron abiertamente contrarios a esta característica del instrumento llegando incluso a proponer, en fase de elaboración del texto, la conveniencia de evitar introducir este precepto considerando inadmisibles la vulneración de dicho fundamental derecho para el deudor.

Esta consideración de derecho fundamental es la que nos lleva a plantear la posibilidad que el deudor podría tener para invocar la cláusula de orden público en aras a la impugnación de la ejecución de la OERC.

Con todo, las facilidades que el Reglamento otorga al acreedor para la consecución de la OERC exigen, para no considerarse contravenidos los principios más elementales de tutela judicial, una suerte de mecanismos de contrapeso. Estos elementos de equilibrio vendrán de la mano de los requisitos para la adopción de la medida, a los que

⁴⁹⁷ MIQUEL SALA, R., “La futura orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2012), Vol. 4, Nº 2, pp. 217-247, p. 226.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A., “La orden europea...”, op. cit. p. 154; SENÉS MONTILLA, C., “La orden europea...”, op. cit., p. 313; ANTÓN JUÁREZ, I., “La orden europea...”, op. cit., p. 18.

⁴⁹⁸ En nuestro ordenamiento, el artículo 733 LEC establece claramente el necesario carácter contradictorio del sistema cautelar español, siendo no obstante potestad del juez decidir sobre una posible adopción de la medida *ex parte* en atención a las excepcionales circunstancias del caso que pueda justificarlo. En la práctica, sin embargo, la adopción de medidas cautelares *inaudita altera parte*

⁴⁹⁹ PÉREZ DAUDÍ, V. en CORBAL FERNÁNDEZ, J. E. et al. (dirs.), *Práctica Procesal Civil*, Bosch, Madrid, 2014, tomo IX, pp. 8245 y ss.

⁵⁰⁰ MARTÍN DIZ, F., “Protección procesal del crédito transfronterizo en la Unión Europea: propuesta de orden de embargo de activos bancarios”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 30, mayo-agosto 2008, pp. 381-418, p. 405.

nos referimos a continuación, además de los mecanismos de impugnación a los que aludiremos en próximas páginas.

5.2. REQUISITOS PARA EL ACREEDOR

El art. 7.1 establecerá, en general, los requisitos para la obtención de la OERC, aplicables tanto a las medidas *ante causam* y *medio iudicio* como a las que se obtengan con posterioridad al título ejecutivo.

A. *Periculum in mora*

Para la obtención de la medida se exigirá que el acreedor “haya presentado pruebas suficientes para convencerle de que existe la necesidad urgente de una medida cautelar en forma de orden de retención por existir un riesgo real de que, sin dicha medida, la ejecución ulterior del crédito frente al deudor se verá impedida o resultará considerablemente más difícil”. Se trata, por tanto, de la positivización del *periculum in mora* que caracteriza cualquier sistema cautelar, formulada, como es también habitual, en términos algo vagos.

Debemos remitirnos al considerando 14 Reglamento OERC⁵⁰¹ para completar, en parte, la norma formulada en el articulado. Dicho precepto introduce un catálogo de supuestos, no cerrados, que matizan lo que debe entenderse por “riesgo real”, como “la

⁵⁰¹ Considerando 14 Reglamento OERC.

Los requisitos para dictar la orden de retención deben procurar un equilibrio adecuado entre el interés del acreedor en obtener una orden y el interés del deudor en evitar que se abuse de esta.

En consecuencia, si el acreedor solicita una orden de retención antes de obtener una resolución judicial, ha de acreditar al órgano jurisdiccional ante el que se solicite, mediante la presentación de las correspondientes pruebas, que tiene probabilidades de que prospere su pretensión sobre el fondo del asunto contra el deudor.

Además, debe exigirse al acreedor en todas las situaciones, incluso cuando ya haya obtenido una resolución judicial, que demuestre al órgano jurisdiccional que su pretensión necesita urgentemente protección judicial y que, sin la orden, la ejecución de la resolución judicial existente o futura puede verse impedida o resultar considerablemente más difícil por existir un riesgo real de que, cuando el acreedor logre que se ejecute dicha resolución, el deudor haya dilapidado, ocultado o destruido sus bienes, o los haya enajenado por un valor inferior al real, en una proporción inusual o por un medio no habitual.

El órgano jurisdiccional debe valorar las pruebas aportadas por el acreedor para acreditar la existencia de ese riesgo. Esta valoración podría tener por objeto, por ejemplo, la conducta del deudor respecto de la reclamación del acreedor o en un litigio anterior entre las partes, el historial crediticio del deudor, la naturaleza de los activos del deudor y cualquier actuación reciente de este en relación con sus activos. Al valorar las pruebas, el órgano jurisdiccional puede considerar que los movimientos para retirar fondos de cuentas y los gastos que realice el deudor en el ejercicio normal de su actividad o sus gastos familiares recurrentes no son, en sí mismos, inusuales. El solo impago o impugnación del crédito, o el mero hecho de que el deudor tenga más de un acreedor, no deben, por sí mismos, considerarse prueba suficiente que justifique que se dicte una orden. Tampoco debe considerarse motivo suficiente para dictar una orden el mero hecho de que el deudor padezca dificultades financieras o sufra un deterioro de su situación financiera. No obstante, el órgano jurisdiccional puede tener en cuenta estos factores en la valoración general de la existencia del riesgo.

conducta del deudor respecto de la reclamación del acreedor o en un litigio anterior entre las partes, el historial crediticio del deudor, la naturaleza de los activos del deudor y cualquier actuación reciente de este en relación con sus activos”.

Con todo, se debe poner de manifiesto que la definición de “urgencia”⁵⁰² no recibe una determinación exhaustiva en el texto del Reglamento OERC -y es muy diversamente tratada en las legislaciones nacionales- lo que ha recibido diferentes valoraciones por parte de la doctrina, imponiéndose como mayoritaria la que aboga por una interpretación restrictiva del concepto⁵⁰³ en atención a la literalidad del considerando 14 al que nos referíamos en párrafos precedentes.

B. *Fumus boni iuris*

En referencia a las medidas solicitadas, sin existir todavía título ejecutivo, el art. 7.2 Reglamento OERC establece el requisito adicional del *fumus boni iuris* debiendo presentarse “pruebas suficientes al órgano jurisdiccional para convencerle de que su pretensión frente al deudor tiene probabilidades de prosperar en cuanto al fondo”. A este respecto el considerando 14 Reglamento OERC no hace sino redundar en la misma idea, sin aportar ningún elemento interpretativo adicional.

C. Caución

Para completar el trío de requisitos cautelares que configuran la generalidad de los sistemas cautelares occidentales el Reglamento OERC incorpora en su art. 12 la obligación de aportar la caución correspondiente por “importe suficiente para evitar que se abuse del procedimiento establecido en el presente Reglamento y para garantizar la indemnización de cualquier daño o perjuicio sufrido por el deudor”. Se trata, por tanto, de una medida que pretende, por un lado, disuadir a acreedores cuya demanda no tenga un sustento suficiente y por otro lado servir a una función resarcitoria en aras a reparar los eventuales perjuicios que el deudor pudiera sufrir por efecto de la OERC.

Configurada como requisito indisponible para el acreedor o el tribunal, se ha realizado una formulación que difiere notablemente de la Propuesta de Reglamento OERC en la que se indicaba que “el órgano jurisdiccional podrá exigir”, dejándolo por

⁵⁰² A la que nos referimos en relación con el régimen de las medidas cautelares en RBI-bis, vid. supra pp. 50 y ss.

⁵⁰³ JIMÉNEZ BLANCO, P., “La orden europea...”, op. cit., p. 253.

tanto a su criterio. Esta flexibilidad, bien recibida por parte algunos autores⁵⁰⁴ por cuanto que la obligación supondría mayores gastos, fue sustituida por una obligación para los casos en los que no existiera aun título ejecutivo, siendo potestativa solo en los casos en los que se dispusiera de este.

Se trata de un requisito, por tanto, reservado a los casos en los que se presenta la solicitud de la OERC previa a la existencia de un título ejecutivo -que reconozca efectivamente la existencia de un derecho de crédito a favor del acreedor- y que adopta carácter discrecional para el órgano jurisdiccional en los supuestos en los que ya se esté en posesión de una resolución.

El contenido del artículo, escueto, es desarrollado en la exposición de motivos - considerando 18- en los términos a los que nos referimos a continuación.

Dicho precepto remite al Derecho nacional para determinar tanto la forma -fianza, garantía bancaria...- como la cuantía, que debe considerar suficiente para cumplir el objetivo que persigue la figura en atención a las circunstancias de la controversia.

La prestación de caución en casos en los que ya se ha obtenido un título ejecutivo será discrecional, si bien pueden señalarse algunos motivos que puedan forzar a la autoridad judicial en cuestión a solicitar caución⁵⁰⁵, como podría ser que la resolución fuera ejecutiva pero de manera provisional.

En relación con la doble finalidad de la caución, en atención a la literalidad del texto vigente, algunos autores⁵⁰⁶ plantean reservas sobre su efectividad práctica. La finalidad disuasoria, dada la discrecionalidad del tribunal para establecer el importe, puede desde luego ser puesta en entredicho.

Respecto de la finalidad resarcitoria, resulta compleja la plena consecución de la misma dado que no existe una correlación entre el amplio margen que el Reglamento otorga al acreedor para obtener la medida y el rigor a la hora de introducir la caución. Parte de la doctrina⁵⁰⁷ entiende que ni el régimen del art. 12 Reglamento OERC ni el sistema de responsabilidad reforzada que introduce el art. 13 -al que nos referiremos a continuación- dan una respuesta suficientemente eficaz para todos los casos de OERCs infundadas que puedan producir importantes perjuicios al deudor.

⁵⁰⁴ MIQUEL SALA, R., “La futura orden europea...”, op. cit. p. 230.

⁵⁰⁵ ANTÓN JUÁREZ, I., “La orden europea...”, op. cit. p. 18.

⁵⁰⁶ JIMÉNEZ BLANCO, P., “La orden...” op. cit., p. 254.

⁵⁰⁷ Ibid.

D. Caución sustitutoria

Cabe en este punto –aunque podría situarse en los epígrafes dedicados a los motivos de revocación de la OERC- referirnos a la figura de la caución sustitutoria o, en la terminología empleada en el art. 38 del Reglamento OERC, “garantía sustitutoria”, pero que a todos los efectos es análoga a la citada figura en ordenamientos como el español⁵⁰⁸.

Debemos referirnos sin embargo a una particularidad del Reglamento OERC. En los casos en los que la caución se presente ante el tribunal de origen, esta deberá constituirse por la totalidad de la cantidad retenida. Sin embargo, en caso de ser aportada ante el órgano de ejecución cabría la posibilidad de que, habiendo sido retenidas cuentas en diferentes Estados, se pueda prestar caución por la parte correspondiente a dicho Estado.

Lo antedicho nos lleva a plantearnos la posibilidad de encontrarnos ante una liberación de fondos, concedida por la presentación de caución, en el Estado de origen, pero que debe ser reconocida en los Estados de ejecución de la OERC -en los supuestos en los que dichos Estados difieran, naturalmente-. En estos casos se procederá por parte de la autoridad de origen de manera análoga a lo establecido para la propia ejecución de la OERC ex. art. 23 del Reglamento OERC.

Con todo, los citados criterios de control han sido dotados, en opinión de parte de la doctrina⁵⁰⁹, de un excesivo margen de discrecionalidad, lo que supone una protección deficiente del acreedor nacional. Con ello el deudor se verá en la tesitura de tener que fiscalizar la aplicación correcta de las normas del Reglamento, lo que resulta especialmente inquietante en un procedimiento conceptuado como estrictamente unilateral.

E. Responsabilidad reforzada del acreedor

El art. 13 Reglamento OERC, por su parte, introduce un requisito adicional de cara a compensar las facilidades otorgadas al acreedor. Si bien la carga de la prueba corresponde al deudor, el precepto hace responsable al acreedor por cualquier “daño o

⁵⁰⁸ Esta figura está regulada en la LEC 2000 en los artículos 746 y siguientes, que constituyen el capítulo V “De la caución sustitutoria de las medidas cautelares” del título VI relativo a las medidas cautelares, del libro III.

⁵⁰⁹ JIMÉNEZ BLANCO, P., “La orden...” op. cit., p. 253.

perjuicio” que pueda generarse al deudor a consecuencia de la OERC⁵¹⁰. Con este requisito se introduce, además de otro mecanismo de compensación, un instrumento disuasorio de cara a evitar solicitudes infundadas.

Establece para ello una serie de supuestos para los que se presume el nacimiento de dicha responsabilidad:

Art. 13.2

2. Salvo prueba en contrario, la culpa del acreedor se presumirá en los siguientes supuestos:

a) si la orden se revoca porque el acreedor no ha incoado el procedimiento sobre el fondo del asunto, salvo que dicha omisión se haya debido al pago de la deuda por parte del deudor o a otra forma de transacción entre las partes;

b) si el acreedor no ha liberado los importes retenidos en exceso con arreglo al artículo 27;

c) si se determina ulteriormente que, debido al incumplimiento por el acreedor de sus obligaciones previstas en el artículo 16, era improcedente dictar una orden, o solo procedía dictarla por un importe inferior;

d) si se revoca la orden o su ejecución se deja sin efecto debido al incumplimiento por el acreedor sus obligaciones en virtud del presente Reglamento en materia de notificación o traducción de documentos, o en materia de subsanación de la falta de notificación o de traducción.

Si bien no lo establece el Reglamento OERC, y en tanto en cuanto el acreedor estará en todo caso domiciliado en un Estado miembro, la competencia para conocer de las eventuales demandas por responsabilidad del acreedor quedará determinada por el RBI-bis.

Por otro lado, el Reglamento OERC sí determina -art. 13.4- la ley aplicable a dicha responsabilidad, siendo, en general, la del Estado miembro en el que se ejecute la orden. Para los casos en los que se produzcan retenciones en diferentes Estados se atenderá a la

⁵¹⁰ No así los daños que, en su caso, pudieran sufrir terceros, resultando paradigmático el caso de cuentas afectadas por una OERC cuya titularidad no sea exclusiva de la parte deudora de la controversia. Existiendo pues cotitulares estos podrían verse afectados por la orden, si bien no podrían recurrir a las normas del Reglamento para reclamar la correspondiente responsabilidad que, bien es cierto, podría reclamarse por vía de aplicación de las normas generales de responsabilidad extracontractual ajenas a dicho instrumento. Lo que sí cabría, como se verá *infra*, es la impugnación de la orden por parte de estos.

ley de residencia habitual del deudor o a la ley del Estado con el que la cuestión de fondo presente una “conexión más estrecha”, ampliándose la escueta redacción del precepto a través de lo recogido en el considerando 19 del Reglamento OERC. Cabe apuntar que, naturalmente, esta ley aplicable será, en todo caso, complementaria y subsidiaria a los supuestos que introduce el propio Reglamento en este art. 13 resultando en la práctica determinante, por ejemplo, para la cuantificación de dicha responsabilidad.

a. Régimen de obtención de información

En este caso nos estamos refiriendo a la posibilidad que el Reglamento -ex. art. 17- otorga al acreedor, en los casos en los que no dispone de todos los datos de la cuenta sobre la que proceder a la retención, para solicitar a la autoridad judicial del Estado de emisión de la OERC que obtenga dicha información en aras a la materialización de la misma.

Se trata de un procedimiento instrumental a la orden y, en la práctica, esencial de cara a la efectiva retención de los fondos, puesto que, naturalmente, la OERC en su condición de medida concreta y exclusivamente referida a fondos en cuentas de entidades bancarias, en los términos comentados en párrafos precedentes, la no determinación de dichas cuentas priva de toda eficacia a la propia Orden.

Se trata asimismo de un procedimiento *ex parte*, de manera análoga al principal, del que se dará cuenta al deudor únicamente transcurridos 30 días desde la obtención de la información en cuestión.

El precepto remite a la “autoridad de información” del Estado miembro, debiendo haber sido establecida esta figura a nivel interno por cada uno de los Estados y comunicada a la Comisión⁵¹¹. En el caso de España la tarea corresponde a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, dependiente directamente de la Secretaría de Estado de Justicia. Algunos autores⁵¹² han propuesto como modelo más adecuado el italiano, en el que son las autoridades judiciales las encargadas de esta cuestión, a pesar de que con ello se produzca dispersión territorial de estos órganos.

⁵¹¹ Pueden consultarse las diferentes “autoridades de información” de los diferentes Estados en: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-es.do?init=true

⁵¹² SENÉS MONTILLA, C., “La orden europea...”, op. cit., p. 314.

Si bien nos encontramos, junto con el carácter unilateral del procedimiento, ante uno de los factores clave de la eficacia del nuevo instrumento⁵¹³, hemos considerado incluirlo entre las facultades de contrapeso que otorga el Reglamento al deudor por cuanto que la redacción definitiva resulta notablemente más restringida que la contenida en la Propuesta -ex. art. 17- que instaba a los tribunales del Estado de obtención de la orden a utilizar “todos los medios adecuados y razonables de que disponga en el Estado miembro de ejecución para obtener la información mencionada en el apartado 1”, sin establecer mayores requisitos adicionales.

De cara a la elaboración del texto definitivo esta fue, sin embargo, una cuestión controvertida, sobre la que se pronunció el Supervisor Europeo de Protección de Datos (*EDPS – European Data Protection Supervisor*)⁵¹⁴ en el sentido de considerar las amplias facultades de investigación conferidas al tribunal en la Propuesta “podría implicar métodos de investigación que invadiesen severamente la vida del deudor”. Dicha afirmación, de la mano de los recelos de algunos Estados dio como resultado la redacción final del precepto, en la que las facultades investigadoras ya no están tan ampliamente redactadas y se introducen además requisitos adicionales.

En virtud del art. 14.1 el acreedor podrá “pedir al órgano jurisdiccional al que haya presentado la solicitud de OERC que requiera a la autoridad de información del Estado miembro de ejecución que obtenga la información necesaria que permita identificar al banco o bancos y la cuenta o cuentas del deudor”, todo ello restringido a los casos en los que se hayan obtenido ya “una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva que obligue al deudor el pago de la deuda con el acreedor y este último tenga motivos fundados para creer que el deudor mantiene una o varias cuentas en un banco en un Estado miembro” sobre las que no se disponga de la información suficiente para la ejecución de la orden sobre las mismas.

La apertura de esta solicitud de información a supuestos en los que no existiera resolución condenatoria resultaría inviable por desproporcionada⁵¹⁵ dada la relevancia de proporcionar datos personales al demandante sin la garantía de una resolución judicial.

⁵¹³ Así lo destacan números autores, entre otros: SENÉS MONTILLA, C., “La orden europea...”, op. cit., p. 312; LÓPEZ CHOCARRO, I., “La orden Europea de retención...”, op. cit., p. 5.

⁵¹⁴ Informe del citado órgano de 17 de octubre de 2011, citado en VILAS ÁLVAREZ, D., “El Reglamento...”, op. cit., p. 8.

⁵¹⁵ SENÉS MONTILLA, C., “La orden europea...”, op. cit., p. 314; ANTÓN JUÁREZ, I., “La orden europea...”, op. cit., p. 20.

No obstante, como el mismo precepto puntualiza, cabrá una excepción a la exigencia de resolución judicial en aquellos casos que “la transacción judicial o el documento público obtenido por el acreedor aún no tenga fuerza ejecutiva y el importe que se deba retener sea sustancial teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y haya presentado pruebas suficientes para llevar al órgano jurisdiccional al convencimiento de que urge obtener esa información”. En cualquier caso será requisito, implícitamente⁵¹⁶, el haber incoado procedimiento sobre el fondo aunque no se haya obtenido aún una resolución por parte del tribunal correspondiente.

Esta formulación, no tan restrictiva a primera vista, recibe un notable recorte en su aplicabilidad práctica cuando se matiza en el segundo párrafo del mismo artículo que el importe a retener debe ser “sustancial”, que se deben presentar “pruebas suficientes para llevar al órgano jurisdiccional al convencimiento de que urge obtener esa información sobre las cuentas debido al riesgo probable de que, sin dicha información, peligre la ejecución ulterior del crédito, pudiendo, por consiguiente, ocasionar un deterioro considerable de la situación financiera del acreedor.” El mismo precepto insta – art. 14.2.- al tribunal a desestimar la petición si este considera que la petición “no está suficientemente fundada”, con el amplio margen que ello conlleva para el órgano jurisdiccional.

Con todo, la solución adoptada en el texto definitivo del Reglamento no da respuesta a las reservas planteadas por la EDPS, por cuanto que el cajón de sastre del art. 14.5.d, que contempla entre los métodos para obtener información “cualquier otro método que sea eficaz y eficiente a fin de obtener la información pertinente, siempre que no sea desproporcionado por su coste o duración” permite, por lo abierto de su formulación, manifestaciones prácticas que puedan ser potencialmente contrarias a lo establecido en el citado informe. Se trata, además, dados los requisitos comentados, un precepto cuya aplicabilidad práctica ha sido puesta en cuestión por la doctrina⁵¹⁷.

6. PROCEDIMIENTO

6.1. DEFENSA Y REPRESENTACIÓN

⁵¹⁶ PORTILLO, T., DE PAZ, S., “Aspectos más significativos del Reglamento (UE) no 655/2014, de 15 de mayo de 2014, relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en material civil y mercantil”, *Actualidad Civil* n.º 2, febrero 2017, Nº 2, 1 de feb. de 2017, p. 9.

⁵¹⁷ Ibid.

En línea con las facilidades generales que pretende ofrecer el Reglamento OERC para garantizar la máxima efectividad y agilidad en su funcionamiento, el art. 41 establece como principio general que para el procedimiento de obtención de la OERC no será necesario recurrir a abogado ni a procurador⁵¹⁸. Si bien se trata de una posibilidad más teórica que práctica –por cuanto que, por un lado, se presuponen unos mínimos conocimientos jurídicos para realizar la solicitud y, por otro lado, no debemos olvidar que la OERC serán accesoria a una demanda principal en la que en la mayoría de los casos se requerirá representación letrada- debe ser positivamente considerada, si bien es tachada de inútil -en atención a los argumentos citados- por parte de la doctrina⁵¹⁹.

Dicho precepto establece, sin embargo, la salvedad de que el Derecho nacional pueda requerir la presencia de tales profesionales en el procedimiento de impugnación del capítulo 4. En este sentido, nuestra LEC, al no establecer diferencia en el procedimiento de recurso -ex. arts. 23 y 31 LEC- no exigiría para el caso al que nos referimos asistencia letrada.

No obstante, como señala LÓPEZ CHOCARRO⁵²⁰ nada impide que la solicitud de la orden de retención conforme al Reglamento se pueda efectuar en el marco de una ejecución ya despachada conforme a lo dispuesto en los arts. 517 y siguientes de la LEC. En dicho supuesto sí que sería preceptiva la intervención de abogado y procurador “salvo que se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en los que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales”.

6.2. SOLICITUD

La OERC, según ha sido conceptuada por el Reglamento, es una medida cuya adopción requerirá de solicitud a instancia de parte. Corresponderá al acreedor iniciar el procedimiento a través de la solicitud regulada en el art. 8, en la que, de acuerdo con el mismo precepto, figurarán una serie de datos, desde la denominación del órgano jurisdiccional, la información del acreedor y del deudor, la identificación de la cuenta sobre la que recaerá la orden, el importe a retener, y una serie de datos adicionales en aras a justificar la urgente necesidad de la medida.

⁵¹⁸ Procurador, en el caso español, ya que el Reglamento se refiere genéricamente a “otros profesionales del Derecho”.

⁵¹⁹ VILAS ÁLVAREZ, D., “El Reglamento...”, op. cit., p. 17.

⁵²⁰ LÓPEZ CHOCARRO, I., “La orden Europea de retención...”, op. cit., p. 4.

La propia Orden así como los restantes documentos acreditativos pertinentes podrán presentarse -art.8.3- por cualquier medio de comunicación si bien el art. 8.1 especifica la necesidad de utilizar los correspondientes formularios, por lo que en la práctica se prioriza la forma escrita.

En este sentido, la Propuesta Reglamento OERC recogió en sus anexos una serie de formularios a través de los cuales articular la solicitud de OERC, formularios no incorporados al texto definitivo y finalmente introducidos a través del Reglamento de Ejecución 2016/1823⁵²¹. El propio art. 8.4 permite además la presentación a través de internet, opción que supone en términos prácticos, junto con la posibilidad de prescindir de abogado y procurador, un elemento facilitador para el potencial solicitante que debe ser muy positivamente valorada. Es más, cabe destacar la posibilidad de rellenar los formularios colgados a tal efecto en internet en el Portal Europeo de e-justicia⁵²².

En atención a los requisitos referidos en los párrafos precedentes, y sin dar audiencia al demandado, el tribunal procederá a solicitar la retención de la cantidad correspondiente notificando ahora sí a la parte contra la que se dirige la Orden. En relación con los plazos deberemos distinguir nuevamente entre las situaciones en las que obra en poder del demandante un título ejecutivo de aquellas en las que este no se ha obtenido todavía. En el primer caso el plazo será de cinco días mientras que no teniendo título ejecutivo el plazo se amplía a diez días, prórroga atribuible a la necesidad, inexistente en caso de existir resolución, de obtener la información suficiente que sustente la apariencia de buen derecho.

En cualquier caso, en determinadas circunstancias “excepcionales” estos plazos podrán sufrir variaciones, instándose al tribunal -ex. art. 45-, en cualquier caso, a resolver en el plazo más breve posible. Nos estamos refiriendo concretamente a los supuestos del art. 18 -puntos 3, 4 y 5- referidos a la eventual pertinencia de dar audiencia al demandado, la solicitud del caución al demandante y la solicitud de información sobre las cuentas.

A. Solicitudes paralelas

⁵²¹ Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1823 de la Comisión, de 10 de octubre de 2016, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) n.º 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil. DOUEL núm. 283 de 19 de Octubre de 2016, vigente desde 18 de enero de 2017.

⁵²²https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order_forms-378-es.do?clang=es.

Naturalmente, ex. art. 16, queda vetada la posibilidad de solicitar solicitudes paralelas de OERC contra el mismo deudor y en relación con el mismo crédito. Esta prohibición, sin embargo, no se aplica a las medidas de Derecho autónomo equivalente sobre las que sí se ha establecido -art. 8.2.m- la necesidad de informar sobre el estado en que se encuentra la solicitud, todo ello en aras a que la autoridad ante la que se solicite la OERC pueda valorar adecuadamente la pertinencia y, en su caso, la cuantía de la misma.

Las consecuencias de no respetar la prohibición de solicitudes paralelas o la obligación de informar sobre medidas nacionales equivalente podrían derivar en responsabilidad para el acreedor en los términos anteriormente descritos⁵²³.

6.3. CONCESIÓN DE LA OERC

Realizada la solicitud corresponderá al tribunal proceder a la aceptación total y concesión de la misma, la concesión parcial o la denegación, siendo para esta última –a diferencia de los supuestos de estimación sí regulados por el Reglamento- necesario recurrir a la ley del Estado⁵²⁴ que resuelva la solicitud.

La concesión de la OERC se materializará a través del formulario⁵²⁵ que a tal efecto incorpora el Reglamento de Ejecución⁵²⁶, dotando de enorme agilidad a la aceptación y efectiva adopción de la misma.

a. Recurso del acreedor

Asimismo, en caso de que el tribunal deniegue la solicitud, ex. art. 21, el acreedor podrá recurrir la resolución en un plazo de treinta días ante el órgano jurisdiccional que la hubiera denegado.

b. Vigencia de la OERC

⁵²³ Vid. pp. 170 y ss.

⁵²⁴ SANDRINI, L., “La procedura per l’adozione dell’ordinanza europea di sequestro conservativo dei conti bancari”, en FRANZINA, P. y LEANDRO, A., *Il sequestro conservativo di conti bancari*, Giuffrè, Milán, 2015.

⁵²⁵ Para un desarrollo de la cuestión vid. SENÉS MONTILLA, C., *La orden europea...*, op. cit. pp. XX y ss; ANTÓN JUÁREZ, I., “La orden europea...”, op. cit. pp. 25-27.

⁵²⁶ Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1823, de la Comisión, de 10 de octubre de 2016, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, cit.

Adoptada la OERC, esta permanecerá plenamente vigente hasta que sea revocada, dejada sin efecto su ejecución o sustituida por la medida de ejecución correspondiente – -ex. art. 20-, no existiendo un plazo expresamente fijado para la duración de la misma en el articulado del Reglamento.

A través de este precepto el Reglamento introduce un criterio de vigencia que toma en consideración la intrínseca internacionalidad del procedimiento que puede suponer en la práctica considerables retrasos respecto del equivalente en supuestos meramente internos en los que las legislaciones nacionales establecen criterios temporales más estrictos⁵²⁷, si bien exige del demandante-acreedor la observancia del plazo de 30 días que fija el Reglamento para instar la ejecución.

7. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LA OERC

De manera análoga a RBI-bis o los Reglamentos relativos al proceso monitorio europeo o el proceso europeo de escasa cuantía⁵²⁸ el régimen de circulación de este tipo de medidas se mantiene en la misma dinámica prescindiendo del clásico instrumento del *exequátur*. Se trata además de un reconocimiento universal por cuanto que en su calidad de medida cautelar no requiere de la existencia de una resolución condenatoria de origen para su adopción.

Dentro de este procedimiento simplificado, el Reglamento distingue tres momentos: a. la transmisión y el reconocimiento –automático- de la orden -art. 22-, b. la ejecución -art. 23- y c. la cumplimentación por parte del banco, que podría completarse con d. el momento de notificación al deudor.

7.1. RECONOCIMIENTO

El primero se hará, como se adelantaba, de manera automática, “sin necesidad de procedimiento alguno”, teniendo fuerza ejecutiva en todos los Estados miembros desde su nacimiento.

7.2. EJECUCIÓN

⁵²⁷ Vid. LEC arts. 743 y ss.

⁵²⁸ Reglamentos 1896/2006 y 861/2007, cit.

En cuanto a la ejecución -ex. art. 4.12- el Estado de ejecución vendrá determinado por el lugar de situación de la cuenta, resultando irrelevante la localización de la entidad en cuestión.

Asimismo, se llevará a cabo de acuerdo con la norma nacional en relación con la medida equivalente y “sin demora”. Como señala parte de la doctrina⁵²⁹, la remisión a los ordenamientos nacionales puede producir, una vez más, resultados diferentes en función del Estado en relación fundamentalmente con el encargado de incoar el procedimiento de ejecución –acreedor u órgano jurisdiccional-.

Para estos supuestos en los que Estado de origen y de destino difieran deberá cumplimentarse el formulario al que el precepto hace referencia acompañado, en su caso, de la obligada traducción en los términos del art. 23.4.

Se trata además de un procedimiento que, a diferencia de la emisión de la OERC, expresamente restringida a órganos jurisdiccionales, será llevado a cabo por “la autoridad competente” correspondiente, no limitada a órganos jurisdiccionales. Para la notificación de la orden a dicha autoridad el Reglamento introduce requisitos relativamente laxos⁵³⁰, si bien debe apuntarse que la aplicación del Reglamento OERC supone la inaplicación del Reglamento 1393/07⁵³¹ para las notificaciones tipificadas en el primero no pudiendo recurrirse a las formas de notificación de los arts. 12 a 15 del segundo.

7.3. CUMPLIMENTACIÓN (ART. 24)

La cumplimentación se refiere al deber de la entidad que recibe la orden, en su papel de “órgano auxiliar de ejecución”⁵³² -de “mero ejecutor”⁵³³ no parte en el procedimiento-, de llevarla a efecto “sin demora en cuanto la reciba”, pudiendo optar por el mero bloqueo de la cuenta de modo que el titular no pueda disponer de los fondos como por la transferencia del importe a la cuenta que se determine judicialmente a tal

⁵²⁹ ANTÓN JUÁREZ, I., “La orden europea...”, op. cit. p.28.

⁵³⁰ Vid. arts. 23.3. y 6 en conexión con el artículo 29. Este último establece que “dicha transmisión podrá llevarse a cabo por cualquier medio adecuado siempre que el contenido del documento recibido sea verídico y fiel al del documento expedido y que toda la información que contenga sea legible sin dificultad”.

⁵³¹ Reglamento (CE) 1393/07 del parlamento europeo y del consejo de 13 de noviembre de 2.007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1348/2000 del Consejo.

⁵³² DOMEJ, T., en HESS, B. (coord), *Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht (Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht)*, Gieseking, E u. W, 2014, p. 119.

⁵³³ ANTÓN JUÁREZ, I., “La orden europea...”, op. cit. p.30.

efecto. Este último será el sistema por el que se optará en Derecho español que dispone para ello de una cuenta de depósitos y consignaciones de cada tribunal.

Respecto del momento en el que el banco está obligado a llevar a efecto la retención ha habido un cambio respecto de la controvertida⁵³⁴ formulación de la Propuesta en la que se establecía que la entidad aplicaría la OERC “inmediatamente desde su recepción”, matizando que “si la orden se notifica fuera del horario de oficina, se aplicará inmediatamente después del comienzo del siguiente periodo de actividad.” La formulación definitiva prescinde de este último punto y se limita a indicar que deberá llevarse a efecto “sin demora en cuanto la reciba”, lo que adolece igualmente de un notable nivel de imprecisión.

Las consecuencias de la determinación del momento a partir del cual surge la obligación para el banco tienen, además, una plasmación práctica a tener en cuenta. Si consideramos que el banco debe retener inmediatamente la cantidad indicada en el momento de su recepción, los movimientos que el deudor pueda hacer a partir de ese momento con las cuentas hasta el momento de su efectiva retención serán responsabilidad del banco que deberá, en su caso, responder ante el acreedor.

Tanto la formulación de la Propuesta como la del texto definitivo parecen apuntar en el sentido de instar al banco a que, para considerarse que ha actuado diligentemente, retenga las cantidades correspondientes sin mediar un lapso de tiempo más allá del estrictamente necesario en atención a la operativa de la entidad.

La obligación concreta del banco, por tanto, podrá resumirse⁵³⁵ en la a) Identificación de la cuenta o cuentas a retener; b) Selección de la cuenta o cuentas ante la pluralidad de cuentas del deudor; c) La conversión monetaria de la cuantía objeto de retención; d) La práctica la retención; e) La expedición de la declaración sobre retención de fondos.

Asimismo, la alusión que el art. 24.2 Reglamento OERC realiza en el sentido de considerar que “la cuantía total retenida podrá supeditarse al pago de las operaciones que ya estén pendientes en el momento en que el banco reciba la orden o la correspondiente instrucción” ha recibido algunas críticas⁵³⁶ dada su inconcreción a la

⁵³⁴ VILAS ÁLVAREZ, D., “El Reglamento...”, op. cit., p. 10; MIQUEL SALA, R., “La futura orden europea...”, op. cit., p. 12.

⁵³⁵ ANTÓN JUÁREZ, I., “La orden europea...”, op. cit. p.30.

⁵³⁶ SENÉS MONTILLA, C., “La orden europea...”, op. cit., p. 315.

hora de referirse a “operaciones pendientes” que podría en su caso abrir la puerta a posibles prácticas irregulares al poderse considerar dentro del concepto los cargos en cuenta al deudor por créditos propios del banco requerido.

Se introduce además la salvedad -ex. art. 24.3- que permite disponer al deudor cuando esa disposición de fondos se dedique exclusivamente a satisfacer la deuda con el acreedor.

A. Régimen de responsabilidad de la entidad

En relación con el banco “cumplimentador” de la medida el escueto art. 26 se limita a establecer un régimen de responsabilidad del mismo por incumplimiento de las obligaciones establecidas el propio Reglamento –cantidades exentas, cuentas inembargables, retenciones excesivas-, debiendo esta responsabilidad regirse por el Derecho nacional del Estado de ejecución.

Establece pues una norma de conflicto a este respecto que ha sido criticada⁵³⁷ por innecesaria, bastando para el caso la aplicación del Reglamento Roma II que remite a la ley del lugar de producción del daño para los supuestos de responsabilidad extracontractual, siendo en este caso el lugar de residencia habitual del acreedor, no así -como indica el Reglamento OERC- el Estado de ejecución -en el que se encuentre la cuenta-. En caso de conflicto la solución más jurídicamente razonable parece la primacía del Reglamento OERC sobre la norma genérica del Reglamento Roma-II⁵³⁸.

Asimismo, para la determinación de la competencia judicial para conocer de la eventual demanda de responsabilidad, ante el silencio del Reglamento OERC deberemos recurrir al RBI-bis que nos permitirá, en los casos en los que el cliente de la entidad pueda considerarse consumidor demandar ante los tribunales de su propio domicilio, ex. art. 17 RBI-bis.

B. Notificación al deudor

Dados los tres primeros pasos corresponde notificar al deudor un procedimiento llevado a cabo sin su conocimiento de cara, precisamente, a lograr el éxito del mismo. La notificación podrá realizarla, en función de lo establecido en la *lex fori*, el tribunal de origen de la OERC o el mismo acreedor. El caso español será el procurador –en los supuestos que su figura sea necesaria- o la propia administración de justicia la

⁵³⁷ MIQUEL SALA, R., “La futura orden...”, op. cit., p. 230.

⁵³⁸ De esta misma opinión ANTÓN JUÁREZ, I., “La orden europea...”, op. cit., p. 34.

encargada de llevar a cabo este trámite -en virtud de las disposiciones de los arts. 149 y ss. de la LEC-.

El conocimiento a través de la notificación regulado por el art. 28 Reglamento OERC será, en todo caso, formal, dado que es probable en la práctica que el deudor sea conecedor de la materialización de la OERC de la mano de la propia entidad de la que es cliente en como permite expresamente el art. 25.4 del Reglamento.

La notificación, en cualquier caso, deberá producirse en el plazo de tres días laborables si se dirige directamente al deudor salvo en casos en que el deudor esté domiciliado en un tercer Estado, supuesto en el cual se dará traslado, antes de tres días, a la autoridad competente de dicho Estado para que proceda a su notificación al deudor.

En los casos en los que, como prevé el Reglamento, se solicite la retención de cuentas en diferentes entidades -art. 25.6- las obligaciones a las que nos estamos refiriendo -art. 25- solo serán aplicables -criterio cronológico- a la primera declaración expedida. Las posteriores, si bien deberán ser notificadas “sin demora” no se registrarán por el Reglamento.

8. RECURSOS⁵³⁹

La regulación relativa a esta cuestión se encuentra recogida en el capítulo cuarto del texto del Reglamento. Dicho capítulo distingue los diferentes momentos en que puede producirse la impugnación de la OERC que: a. solo podrá ser impugnada ante los tribunales de origen de la misma vía art. 33; b. podrá, además impugnarse la ejecución de la misma en los términos del art. 34 y, finalmente; c. el art. 35 pone a disposición tanto del deudor como del acreedor una serie de recursos en supuestos concretos.

8.1. IMPUGNACIÓN DE LA OERC EN ORIGEN

Para el caso de la impugnación de la OERC en origen, para su revocación o modificación el Reglamento introduce una lista de motivos:

- a) no se reúnen las condiciones o los requisitos establecidos en el presente Reglamento;

⁵³⁹ Ante el término “recursos”, autores como VILAS ÁLVAREZ, D., “El Reglamento...”, op. cit., p. 11, consideran que, técnicamente no estamos ante verdaderos recursos sino ante lo que en terminología inglesa sería considerado como “remedies”, cuya traducción, si bien difícilmente trasladable a una sola realidad en Derecho español sería más cercana a “impugnación” u “oposición”.

- b) falta de notificación al deudor, en el plazo de 14 días a partir de la retención de su cuenta o cuentas, de la orden, la declaración prevista en el artículo 25 y/o los demás documentos mencionados en el artículo 28, apartado 5;
- c) incumplimiento en los documentos notificados al deudor de conformidad con el artículo 28 de los requisitos lingüísticos establecidos en el artículo 49, apartado 1;
- d) falta de liberación de las cantidades retenidas que excedan de la cantidad indicada en la orden como dispone el artículo 27;
- e) pago total o parcial de la deuda cuya ejecución el acreedor trataba de garantizar por medio de la orden, o
- f) desestimación, en virtud de una resolución judicial sobre el fondo del asunto de la pretensión de ejecución del pago deuda que el acreedor trataba de garantizar por medio de la orden;
- g) suspensión o, en su caso, anulación de la resolución judicial sobre el fondo del asunto, la transacción judicial o el documento público con fuerza ejecutiva cuya ejecución el acreedor trataba de garantizar por medio de la orden.

Vemos que el punto a. abre la puerta a la impugnación por contravenir el Reglamento, en cualquiera de sus términos, completado por una lista que, a modo de ejemplo introduce el considerando 32, destacando la posibilidad de recurrir por la falta de competencia en origen o por tratarse de un asunto fuera de la esfera de competencia del Reglamento por no entrar en la definición de “asunto transfronterizo”. Con ello se ofrece una respuesta algo más sencilla –aunque más incierta- que la contenida en la Propuesta -art. 34- , que contaba con una lista cerrada de disposiciones en cuyo incumplimiento fundamentar el recurso.

Algunos autores⁵⁴⁰ consideran que el carácter abierto del artículo entraña algunos riesgos, particularmente, la valoración del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* que pueda hacer el juez de origen en pleno uso de la discrecionalidad que le otorga el precepto puede generar una situación de inversión de la carga de la prueba poniendo,

⁵⁴⁰ JIMÉNEZ BLANCO, P., “La orden...”, op. cit., p. 263.

eventualmente, al deudor en la posición de tener que demostrar que se trata de una orden infundada.

La falta de notificación al deudor -b- en el plazo de 14 días podrá -ex art. 33.3- ser subsanada por el acreedor, a pesar de lo cual se trata de un precepto criticable por no resultar justo para el acreedor, que puede no ser responsable de que la notificación no haya finalmente llegado a buen puerto y debe asumir las consecuencias de la suspensión de la OERC.

En referencia, además, al plazo de 14 días que otorga el art. 33.1.b Reglamento OERC debe ponerse de manifiesto la distorsión que se produce en relación con el plazo “ordinario” de notificaciones -3 días hábiles- que introduce el art. 28 Reglamento OERC. A través de este plazo de impugnación se estaría, de facto, alargando significativa -y quizá excesivamente- dicho plazo.

Podrá revisarse igualmente la caución impuesta en caso de que el deudor considere que no se cumplen los requisitos que para el establecimiento de la misma establece el art. 12 del Reglamento OERC⁵⁴¹, a pesar de que la caución, como veíamos, no es requisito indispensable para la adopción de la medida.

8.2. IMPUGNACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Al margen de la impugnación de la propia medida el Reglamento ofrece la posibilidad de impugnar la ejecución ante la autoridad ejecutante⁵⁴², para lo cual establece una nueva batería tasada de motivos.

A saber, para el presente caso podrán alegarse los siguientes motivos:

a. Exclusión general: cantidades exentas/inembargables

Por un lado se establece una primera limitación general a ciertas cantidades que se considerarán exentas de embargo, cantidades inembargables de acuerdo con el Derecho nacional de acuerdo con el art. 31.

b. Se establece a continuación una lista de motivos adicionales –art. 34.1.b-:

a) Estar la cuenta retenida excluida del ámbito de aplicación del presente Reglamento con arreglo al artículo 2, apartados 3 y 4;

b) Haberse desestimado, en el Estado miembro de ejecución, la ejecución de la resolución judicial, la transacción judicial o el documento público con

⁵⁴¹ En relación con la caución, vid. supra. p.168.

⁵⁴² Vid. pp. 178 y ss.

fuerza ejecutiva cuya ejecución trataba el acreedor de garantizar por medio de la orden;

c) Haber quedado privada de fuerza ejecutiva, en el Estado miembro de origen, la resolución judicial cuya ejecución trataba el acreedor de garantizar por medio de la orden, o;

d) Ser de aplicación el artículo 33, apartado 1, letras b), c), d), e), f) o g).

Será de aplicación, según corresponda, el artículo 33, apartados 3, 4 y 5.

c. Finalmente se introduce una cláusula de orden público -art. 34.2-.

Respecto de las cantidades inembargables se ha producido una interesante novedad respecto de la Propuesta, por cuanto que ésta -ex. art. 32⁵⁴³- incluía el respecto a una cantidad mínima para “garantizar la subsistencia del demandado y su familia”, cuestión eliminada en el texto vigente.

Con la redacción finalmente adoptada se evitan⁵⁴⁴ problemas interpretativos y de baremación de lo que debe entenderse por suficiente para la “subsistencia”. Resultará especialmente complejo de aplicar, naturalmente, en casos en los que el deudor sea una persona jurídica pero se aleja de la armonización que al respecto propugnaba el Libro Verde de 2006⁵⁴⁵, en el que ya se destacaba la complejidad de unificar cuestiones como esta, proponiéndose el establecimiento, siquiera, de unos estándares máximos-mínimos.

En cualquier caso, tanto en relación con las personas físicas como las personas jurídicas, si bien el precepto contenido en la propuesta podría considerarse algo vago en sus términos quizá podría haberse optado por una redacción algo más completa, no teniendo que eliminar necesariamente un aspecto cuya inclusión puede entenderse

⁵⁴³ Artículo 32 (Propuesta)

Cantidades exentas de ejecución

1. Si la legislación del Estado miembro de ejecución lo dispusiera, las cantidades necesarias para garantizar la subsistencia del demandado y su familia, en el caso de que el demandado sea una persona física, o las cantidades necesarias para mantener el curso de sus actividades corrientes, en el caso de que el demandado sea una persona jurídica, estarán exentas de la ejecución de la orden.

2. Los Estados miembros informarán a la Comisión de las normas aplicables en estas situaciones con arreglo a sus legislaciones nacionales, incluidas las cantidades o tipos de créditos de la cuenta bancaria que estarán exentos.

3. En la medida en que la cantidad a que se refiere el apartado 1 pueda determinarse sin que el demandado suministre información adicional, la autoridad competente del Estado miembro de ejecución, tras recibir la orden europea de retención de cuentas, determinará dicha cantidad e informará al banco de que la misma deberá estar a disposición del demandado después de la aplicación de la orden.

4. Al determinar la cantidad mencionada en el apartado 1, la autoridad competente aplicará la legislación del Estado miembro que le haya designado, aunque el demandado esté domiciliado en otro Estado miembro.

⁵⁴⁴ JIMÉNEZ BLANCO, P., “La orden europea...”, op. cit., p. 256.

⁵⁴⁵ Commission Staff Working Document, Annex to the Green Paper on improving the efficiency of the enforcement of judgments in the European Union: the attachment of bank accounts, COM(2006) 618 final, p. 18.

razonable en tanto en cuanto se aproxima, en el caso español, a lo establecido en la LEC que a través de los arts. 606 y 607 establece un sistema de mínimos completo y referenciado, por ejemplo en el concreto caso del embargo de salarios, al salario mínimo interprofesional o considerando inembargables “aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia.” Bien es cierto que la inclusión del precepto no estaba exenta de algunas cuestiones a valorar.

La adopción de una regla semejante en el Reglamento debería suponer necesariamente el replanteamiento del punto de conexión “ley del Estado de ejecución”, por cuanto que la valoración del mínimo para la subsistencia podría variar notablemente entre los diferentes Estados miembros lo que crearía una situación controvertida en los casos en los que el deudor residiera en un Estado diferente al de ejecución.

En la misma línea otra cuestión a considerar son las situaciones en las que se retuvieran cuentas en diferentes Estados, existiendo por tanto diferentes Estados de ejecución a efectos del Reglamento, con los inevitables desajustes en relación con estas cantidades inembargables y el posible solapamiento de cantidades mínimas que en ningún caso tendría sentido que pudieran duplicarse.

Se trata pues, como vemos, de un galimatías jurídico de cierta envergadura cuya solución, para el legislador europeo, ha venido de la mano de la supresión del precepto. No obstante, como veíamos, la remisión a los Derechos nacionales hace que en la práctica estos mínimos vitales vayan a alegarse por cuanto que son generalmente aceptados en las legislaciones de Estados miembros⁵⁴⁶.

En opinión de algunos autores⁵⁴⁷, además, la suspensión del título ejecutivo no debería habilitar al deudor para fundar su oposición al embargo por cuanto que la mera suspensión -que no la anulación- no hace el título inválido, aunque levantando la OERC se están tratando ambos supuestos -suspensión y anulación- de idéntica manera.

La cláusula de orden público, cuya inclusión en los textos de la naturaleza del analizado no puede sorprender y, en concreto, en opinión de parte de la doctrina⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ Además de los artículos citados de la legislación española –supra cita n.x-, vid. en similares términos: en Derecho belga el artículo 1408 del *Code Judiciaire*; en Derecho francés arts. R112-2 y L112-1 a L112-4 del *Code des procédures civiles d'exécution*.

⁵⁴⁷ VILAS ÁLVAREZ, D., “El Reglamento...”, op. cit., p. 11.

⁵⁴⁸ ANTÓN JUÁREZ, I., “La orden europea...”, op. cit. p. 38.

podría recurrirse a la misma “cuando se retiene una cuenta y parte de la misma son intereses desmesurados, pudiendo ser considerados leoninos por el Derecho del Estado de ejecución, aunque no así por el Estado que dictó la orden”.

En todo caso, a las cuestiones suscitadas respecto de este motivo, análogo al del art. 45 RBI-bis, entendemos que le son de aplicación las consideraciones que a tal efecto realizó el TJUE en los asuntos *Krombach*⁵⁴⁹, *Apostolides*⁵⁵⁰ o *Lithuanian Airlines*⁵⁵¹ o *Diageo Brands*⁵⁵² y las abundantes aportaciones doctrinales al respecto⁵⁵³.

8.3. CANTIDADES RETENIDAS EN EXCESO

Una última cuestión en relación con las posibles dificultades que entraña la ejecución, no menor, es la de la eventual retención de cantidades retenidas en exceso. Se trata de una cuestión planteada por la doctrina⁵⁵⁴ que consideran que existe riesgo de “pluspetición” en los casos en los que se solicite, mediante la misma OERC, el embargo de diferentes cuentas, riesgo que se vería acentuado en el supuesto en que dichas cuentas de diferentes entidades, a los que se debería solicitar las retenciones en formularios diferentes y por separado.

Por si esto fuera poco, la no inclusión de un sistema de prorrateo en el Reglamento, que abre la posibilidad de solicitar simultáneamente el importe total a cada uno de los bancos genera una situación de evidente riesgo para el deudor.

Menos compleja será la situación en la que la retención se refiere a una misma entidad, cuyo deber de cumplimentación incluye, ex. art. 24.5, un deber de control por parte de la entidad, que podría, bien es cierto, verse dificultado en caso de tratarse de cuentas en la misma entidad pero en diferentes Estados.

En cualquier caso -ex art. 27- el Reglamento OERC impone la obligación al acreedor de solicitar la liberación de las cantidades retenidas en exceso, siendo el incumplimiento de esta obligación uno de los supuestos contemplados expresamente por el art. 13 para

⁵⁴⁹ STJCE de 28 de marzo de 2000, *Krombach*, C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164.

⁵⁵⁰ STJCE de 28 de abril de 2009, *Apostolides*, C-420/07, ECLI:EU:C:2009:271.

⁵⁵¹ STJUE de 23 de octubre de 2014, *Lithuanian Airlines*, C-302/12, ECLI:EU:C:2014:2319.

⁵⁵² STJUE de 16 de julio de 2015, *Diageo Brands*, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471.

⁵⁵³ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Límites a la aplicación del orden público en el Reglamento Bruselas I-bis, blog, 20 de julio de 2015: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2015/07/limites-la-aplicacion-del-orden-publico.html>; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, op. cit., pp. 255 y ss; VIRGÓS, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 639 a 642;

⁵⁵⁴ JIMÉNEZ BLANCO, P., “La orden europea...”, op. cit., p. 258.

determinar el nacimiento de responsabilidad por daños y perjuicios. Se exige por tanto diligencia al acreedor a este respecto.

8.4. PUNTO DE CIERRE, RECURSOS COMUNES PARA DEUDOR Y ACREEDOR

El punto de cierre -ex. art. 35 Reglamento OERC- permite fundar el recurso, destinado a su revocación o simple modificación, para cualquiera de las partes, o inclusive de oficio por parte del tribunal de origen de la OERC, en el cambio de circunstancias del caso.

Si bien se trata de un precepto más abierto que los anteriores, por cuánto que no establece motivos tasados de impugnación, tampoco debe ser entendido como un “cajón de sastre” que dé cabida a un número ilimitado de supuestos a revisar en la casuística concreta⁵⁵⁵.

Concretamente, el citado artículo introduce los siguientes motivos generales:

- i. Se podrá solicitar la modificación o revocación de la OERC por un cambio sustancial en las circunstancias del caso. Esta circunstancia también podrá ser apreciada de oficio por el tribunal;
- ii. Acuerdo de las partes –deudor/acreedor- para la modificación o revocación de la orden por haberse liquidado, en todo o en parte, la deuda;
- iii. Solicitud del acreedor “por haberse aplicado ya otras exenciones a una o varias cuentas mantenidas en otro u otros Estados miembros, por un importe tal que justifique la adaptación.”

Respecto del cambio de circunstancias, motivo no extraño en Derecho procesal español⁵⁵⁶, se trata de un motivo razonable y perfectamente adecuado a la lógica práctica de la OERC y podríamos concretarlo, en la práctica en la desaparición de alguno de los presupuestos que justifiquen la adopción de la medida⁵⁵⁷.

Resulta asimismo llamativa, no obstante, para algunos autores⁵⁵⁸ la fórmula que adopta el art. 36 en cuanto a los plazos para la interposición de recursos, permitiendo su presentación “en cualquier momento”, que sería susceptible de generar una “cierta inseguridad jurídica”, máxime habida cuenta de la remisión a los Derechos nacionales

⁵⁵⁵ SENÉS MONTILLA, *La Orden Europea...*, op. cit., p. 241.

⁵⁵⁶ Vid. artículo 743 LEC.

⁵⁵⁷ MIQUEL SALA, R., “La futura orden europea...”, op. cit., p. 237.

⁵⁵⁸ LÓPEZ CHOCARRO, I., “La orden Europea de retención...”, op. cit. p. 5.

del art. 46 del Reglamento para todas aquellas cuestiones procesales no reguladas por el mismo. En la práctica española la inclusión del plazo ordinario de 20 días para interponer el recurso se antoja más probable.

9. DERECHOS DE TERCEROS IMPLICADOS

Dentro aún del capítulo de recursos, si bien hemos optado por un tratamiento diferenciado, el art. 39 Reglamento OERC se encarga, escuetamente, de la posible impugnación de una OERC o de la ejecución de la misma por parte de terceros que puedan verse afectados, siendo el supuesto más paradigmático el de cotitulares de cuentas afectadas por la orden al que hemos hecho alusión⁵⁵⁹. En este sentido, cabe recordar, que la retención de las mismas estará limitada por el art. 30 a lo que al respecto pueda indicar el Derecho del Estado de ejecución.

9.1. CUENTAS CONJUNTAS Y NOMINALES.

En este punto debe señalarse la diferenciación que el Reglamento hace entre ambas realidades a través del art. 30, si bien les aplica la misma regla general, pudiendo retenerse a priori si así se establece por el Derecho autónomo del Estado en cuestión.

No obstante, con este reenvío se produce, inevitablemente, el quebranto del principio de aplicación uniforme de la OERC por la diferente regulación que de la cuestión puedan realizar las diferentes legislaciones, siendo este un indicador más de lo complejo de avanzar hacia la armonización legislativa en cuestiones tan sensibles. En aras a paliar las dificultades, sin embargo, se establece la obligación de comunicar a la Comisión - art. 50.1.g- la posibilidad de ejecución sobre dichas cuentas. Sobre este particular la legislación española no se refiere concretamente a la materia en su proyección de Derecho civil⁵⁶⁰.

Se trata en cualquier caso de una cuestión que, en la práctica, puede no tener tan fácil aplicación, por cuanto que nos encontramos ante un procedimiento inexcusablemente

⁵⁵⁹ Vid. cita 510.

⁵⁶⁰ Sí que se pronuncia al respecto la Ley General Tributaria, que en su artículo 171.2 establece que “Cuando los fondos o valores se encuentren depositados en cuentas a nombre de varios titulares sólo se embargará la parte correspondiente al obligado tributario.” No puede sin embargo extrapolarse esta regulación directamente al ámbito civil. Al respecto SENÉS MONTILLA, “La orden...”, op. cit. p. 316 cita jurisprudencia del TS español según la cual “la cotitularidad de la cuenta, por sí sola, no supone el condominio de los fondos y que la viabilidad del embargo no se cuestiona”.

ágil, en el que el juez que adopta la OERC no podrá detenerse a estudiar⁵⁶¹ una cuestión de fondo como es la de la titularidad de los fondos de determinadas cuentas. Recordemos que el art. 4 limita el concepto de cuenta a cuentas que “contengan fondos a nombre del deudor” o “a nombre de un tercero por cuenta del deudor”.

Cumplimentada la OERC la entidad procederá a la expedición de la “declaración sobre retención de fondos” en atención a lo establecido a tal efecto por el art. 25 del Reglamento OERC.

Cabe señalar que, además, la entidad podría repercutir al deudor o acreedor los costes en los que incurran por la realización de las gestiones descritas -comisiones- en virtud del art. 43 Reglamento OERC. Se trata de una cuestión muy diferentemente tratada en los diferentes Estados, siendo considerada por parte de algunas legislaciones nacionales la realización de estas gestiones como una obligación de servicio público, debiendo ser el propio banco el que asuma los costes, mientras que otras permiten el citado cargo a deudor/acreedor⁵⁶².

A. Impugnación

Primeramente, el precepto se limita a enunciar la posibilidad de impugnación por parte de estos, por un lado, de la propia Orden y, por otro lado, de la ejecución de la misma. Sin embargo, remite a los Derechos nacionales del Estado miembro de origen y de ejecución la determinación del derecho a llevar a cabo dicha impugnación.

Además, el art. 39.3 introduce una norma subsidiaria de competencia judicial que “sin perjuicio de otras normas de competencia establecidas en el Derecho de la Unión o el Derecho nacional” establece la competencia de los tribunales del Estado miembro de origen y de ejecución respectivamente para conocer de las impugnaciones.

Para el caso de la impugnación de la ejecución se establece, no obstante, un matiz, que abre la posibilidad “si así lo establece el Derecho nacional de este Estado miembro” a que la competencia recaiga alternativamente en la autoridad de ejecución competente, al margen del órgano jurisdiccional.

⁵⁶¹ JIMÉNEZ BLANCO, P., “La orden europea...”, op. cit., p. 272.

⁵⁶² Sobre este particular. vid. *Commission Staff Working Document, Annex to the Green Paper on improving the efficiency of the enforcement of judgments in the European Union: the attachment of bank accounts* COM (2006) 618 final, p. 16.

B. Supuestos de concurrencia de acreedores

Algunos autores⁵⁶³ han señalado la regulación que hace el Reglamento OERC de las situaciones de concurrencia de acreedores como uno de los puntos más controvertidos del texto.

La posición del Reglamento al respecto es de alineación con lo establecido al efecto en las legislaciones nacionales, lo que se desprende de la remisión que el art. 32 a la hora de determinar la prelación de créditos, equiparando la OERC con cualquier norma del Estado miembro de ejecución.

Con ello, tanto acreedores individuales ajenos a la OERC, así como una concurrencia de acreedores que presenten solicitudes de OERC en paralelo⁵⁶⁴ por diferentes créditos se verán sometidos al régimen de prelación que establezcan los diferentes Derechos nacionales.

Especial relevancia en este sentido tienen, además, los procedimientos de insolvencia en los que, atendiendo a su ya arcaica denominación, se produce un concurso de acreedores pero que sin embargo, sin perjuicio de lo comentado⁵⁶⁵ en relación con las situaciones previa a la declaración de insolvencia, se trata de materia excluida del ámbito de aplicación del Reglamento.

10. VIGENCIA DE LA MEDIDA

Como apuntábamos⁵⁶⁶ el art. 20 Reglamento OERC introduce, genéricamente, la duración de la medida y la da por finalizada en los supuestos de revocación, que sea dejada sin efecto su ejecución o sea sustituida por la medida de ejecución correspondiente.

En relación con esta cuestión, cabría señalar que no se establecen, como sí hizo la Propuesta, plazos concretos. El art. 21.7 de dicho texto indicaba, para los casos en los que se haya obtenido una medida de ejecución equivalente en Derecho nacional para

⁵⁶³ JIMÉNEZ BLANCO, P., “La orden europea...”, op. cit., p. 272, citando la preocupación manifestada desde el Reino Unido al respecto en el documento “*Proposed EU Regulation creating a European Account Preservation Order Ministry of Justice consultation Response by R3, the insolvency trade body*”.

⁵⁶⁴ El artículo 16 prohíbe expresamente las OERC paralelas por el mismo crédito y acreedor, no así el caso al que hacemos referencia.

⁵⁶⁵ Vid supra pp. 153 y ss.

⁵⁶⁶ Vid. supra pp. 156 y ss.

sustituir a la OERC, un plazo máximo de 30 días para incoar el procedimiento de ejecución.

11. NATURALEZA CAUTELAR DE LA OERC

Como indicábamos al comienzo de este apartado el Reglamento OERC ha creado la esta nueva figura jurídica a través de un sistema que no se corresponde, en su totalidad, con la concepción típica de un sistema de protección provisional-cautelar. Debemos poner, como punto de partida, el acento en el fundamento mismo de las medidas cautelares, cuya pretensión primera y fundamental no es otra que “asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare”⁵⁶⁷. Pretenden por tanto asegurar la efectividad de una sentencia futura.

Como veíamos, el art. 5 Reglamento OERC abre la posibilidad a la solicitud de medidas: a. antes de incoarse el procedimiento sobre el fondo -art.5.a-; b. estando pendiente el procedimiento hasta que se produzca una resolución -art. 5.a- y; c. obtenida ya una “resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva” que reconozca la existencia de la deuda a favor del acreedor -5.b-.

En atención a este escenario propuesto por el art. 5 podemos distinguir, en la práctica, tres situaciones que difieren de la categorización más genérica que realiza dicho precepto pero que responden a una representación práctica del proceso.

a. La primera, cuyo carácter cautelar queda fuera de toda duda, será la de las situaciones de solicitud de la OERC previamente siquiera a la incoación del procedimiento para la reclamación de la deuda o las solicitadas durante el transcurso del procedimiento sin haberse obtenido resolución.

b. La segunda sería la de la solicitud existiendo una resolución pero no siendo esta firme por estar pendiente de recurso. Esta situación, a nuestro entender⁵⁶⁸ puede ser igualmente entendida en la lógica del art. 5.a, siempre y cuando no se haya obtenido la ejecución provisional de la sentencia, cuyo otorgamiento supondría el alzamiento de

⁵⁶⁷ Artículo 721 LEC.

⁵⁶⁸ De la misma opinión: CORDÓN MORENO, F., “La orden europea...”, op. cit., p. 303.

cuantas medidas cautelares se hubiesen adoptado –al menos las de Derecho nacional⁵⁶⁹–, cabiendo la adopción de la OERC en virtud del siguiente supuesto.

c. Finalmente, obtenida ya una resolución firme, que coincidiría plenamente con el “título ejecutivo” al que hace alusión el art. 5.b. A pesar de la consideración terminológica general que tanto la doctrina⁵⁷⁰ como el propio Reglamento OERC⁵⁷¹ hacen considerando al instrumento “medida cautelar”, la pertinencia de considerar este supuesto concreto dentro de esa categoría no puede ser aceptada sin matices.

Matices que suponen de hecho, en opinión de otros autores⁵⁷², la constatación de que debemos distinguir medidas cautelares por un lado y ejecutivas por otro en función del momento de solicitud de las mismas. Por tanto, en ningún caso podemos hablar de medida cautelar en sentido estricto al referirnos a las órdenes dictadas en posesión de un título ejecutivo, por cuanto que suponen asegurar “no la efectividad de la tutela que pueda otorgarse en un proceso de declaración, sino una medida ejecutiva, el embargo del saldo de la cuenta previamente acordado. Su finalidad es, por tanto, solo precautoria o de garantía de la traba”⁵⁷³. Estamos ante un verdadero embargo ejecutivo, a través del cual aseguraremos una deuda ya judicialmente reconocida.

En atención a la diferencia establecida entre los dos primeros casos y este último, el propio Reglamento OERC introduce algunas particularidades respecto de una u otra forma de proceder. En particular, en la regulación de los requisitos para obtener la orden, la exigencia de *fumus boni iuris* -art.7.2- o la caución -art. 12- se verán condicionadas por la existencia o no de una resolución judicial firme.

En definitiva, el instrumento de la OERC establecido por el Reglamento, por más que el propio texto no introduzca una distinción expresa al respecto se configura como

⁵⁶⁹ En Derecho procesal español: arts. 731 y 732 LEC.

⁵⁷⁰ Entre otros: SENÉS MONTILLA, C., “La orden europea de retención de cuentas: una apuesta decidida para la tutela cautelar del crédito en asuntos transfronterizos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69/2, julio-diciembre 2017, pp. 309-316, p. 310; FONT I MAS, M., “El Reglamento 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 67/1, enero-junio 2015, Madrid, pp. 329-356, p. 332; VILAS ÁLVAREZ, D., “El Reglamento...”, op. cit., p. 2; LÓPEZ CHOCARRO, I., “La orden Europea...”, op. cit., p. 2.

⁵⁷¹ Las referencias a la OERC como medida cautelar son numerosas a lo largo del texto del Reglamento: considerandos 4, 5, 7 y 12 o 47 y artículos 1.2 y 7.1.

⁵⁷² CORDÓN MORENO, F., “La orden europea...”, op. cit., p. 304; PORTILLO, T., DE PAZ, S., “Aspectos más significativos...”, op. cit., p. 5; ANTÓN JUÁREZ, I., “La orden europea...”, op. cit. p. 13.

⁵⁷³ CORDÓN MORENO, F., “La orden europea...”, op. cit., p. 304.

una suerte de instrumento de carácter híbrido, combinando tutela cautelar “clásica” con medidas instrumentales ya de una resolución de naturaleza ejecutiva.

12. VENTAJAS RESPECTO AL RBI-BIS

Como vemos el Reglamento OERC introduce un auténtico sistema cautelar -aunque no exclusivamente “cautelar” en sentido estricto⁵⁷⁴- en un contexto legislativo europeo en el que la tutela cautelar, en general, se encuentra regida por las disposiciones generales del RBI-bis a las que nos hemos referido extensamente a lo largo del presente capítulo y que no satisfacen plenamente los requisitos de agilidad y efectividad que la protección cautelar exigen en la práctica.

El RBI-bis, de análogo ámbito de aplicación material que el Reglamento OERC, sirve a este último de anclaje para la concreción terminológica de determinadas cuestiones. Como veíamos, la propia concepción de “materia civil y mercantil”, la determinación de “domicilio del demandado” -arts. 62 y 63 RBI-bis- o la interpretación del la excepción de orden público -art. 45 RBI-bis-⁵⁷⁵ son cuestiones jurídicas indeterminadas para el esclarecimiento de las cuales recurriremos al RBI-bis y, sobre todo, a la abundante jurisprudencia del TJUE sobre los preceptos del mismo.

En el terreno de las diferencias, no obstante, podemos citar por ejemplo la apuesta por la introducción de una norma de competencia en el Reglamento OERC frente a la remisión que el RBI-bis introduce en el art. 35.

Asimismo, si bien RBI-bis permite la solicitud de medidas semejantes ante los tribunales competentes sobre el fondo, no permite su circulación si estas han sido adoptadas en un procedimiento no contradictorio -ex. art. 2.a RBI-bis- con la salvedad de que hayan sido notificadas previamente a su ejecución, lo que en la práctica, sobre todo cuando nos estamos refiriendo a movimientos de fondos entre cuentas corrientes, supone una notable merma en la efectividad de la medida.

Para ello debemos recurrir a la otra alternativa del RBI-bis, el art. 35, cuya eficacia queda en este caso limitada al territorio de ejecución de la medida y, dada la remisión que dicho artículo hace a las legislaciones nacionales, a las particularidades de la legislación cautelar autónoma del Estado en cuestión.

⁵⁷⁴ Vid. pp. 191 y ss.

⁵⁷⁵ En relación con el orden público ver sentencias en citas 549, 550, 551 y 552.

A este respecto, la intrínseca naturaleza *ex parte* -sin exigirse ni audiencia al demandado ni siquiera notificación previa como establece RBI-bis- de la OERC y la posibilidad de circulación, sin *exequátur*, de la misma en aplicación del Reglamento constituyen una diferencia crucial entre los dos instrumentos de cara al aseguramiento de deudas transfronterizas en el espacio judicial europeo.

Asimismo, como ventaja del Reglamento OERC respecto de su análogo “generalista” no podemos pasar por alto las facultades que, si bien mermadas respecto de la Propuesta, introduce el Reglamento 655/2014 respecto de la obtención de información sobre las cuentas del deudor, sin duda uno de los aspectos clave de la norma.

Si bien algunos autores⁵⁷⁶ redundan en la idea de que el procedimiento que establece el Reglamento OERC no aporta nada que no se pudiera hacer hasta la fecha a través de los mecanismos de Derecho autónomo sumados a las facultades de circulación del RBI-bis, las citadas diferencias entre ambos textos tienen la suficiente entidad como para considerar que facilitan muy notablemente la labor de los operadores jurídicos y justificar la adopción del Reglamento.

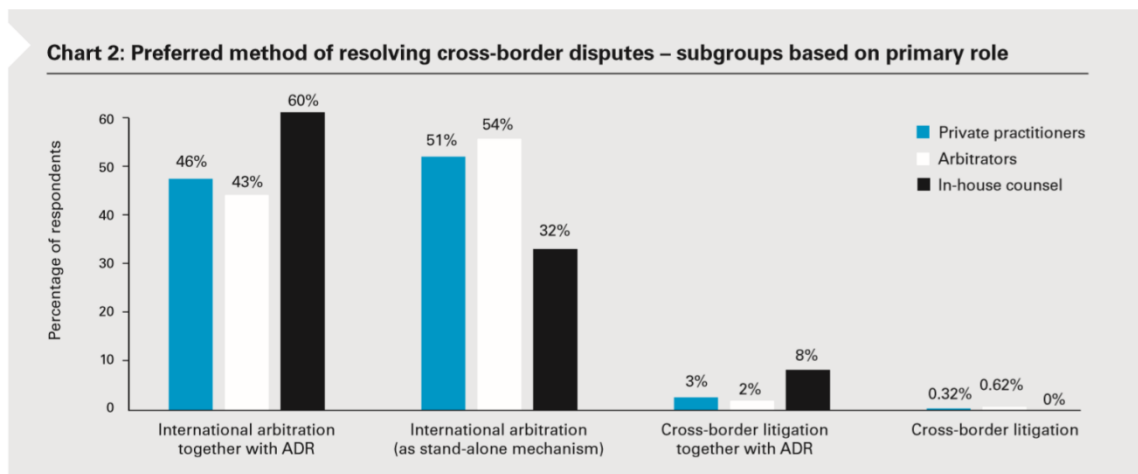
⁵⁷⁶ LÓPEZ CHOCARRO, I., “La orden Europea...”, op. cit. p. 6.

CAPÍTULO II
TUTELA CAUTELAR Y ARBITRAJE

I. MEDIDAS CAUTELARES Y ARBITRAJE

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Desde la segunda mitad del siglo XX el arbitraje se ha ido consolidando como método de resolución de disputas hasta ser en muchos casos la opción preferida a día de hoy de las empresas para encauzar controversias en comercio internacional. Tanto es así que según los datos que ofrece un informe elaborado por la Universidad Queen Mary⁵⁷⁷ el 97% de los encuestados se decantan por el arbitraje frente al recurso ordinario a los órganos jurisdiccionales estatales.



Los argumentos para preferir el arbitraje frente a los tribunales de justicia son abundantes –y de sobra conocidas- y parten de las incuestionables bondades de una amplia autonomía de la voluntad que permite a las partes diseñar un procedimiento “a medida” de acuerdo con sus intereses y que además producirá una resolución en forma de laudo cuya eficacia es a día de hoy equiparable, en lo fundamental, a la de una sentencia de un órgano jurisdiccional estatal⁵⁷⁸.

Asimismo, específicamente en el plano comercial internacional, el recurso a los tribunales estatales se antoja una vía no siempre muy atractiva para los operadores

⁵⁷⁷ Universidad Queen Mary, SIA –School of International Arbitration- y despacho White & Case: 2018 *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration* <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-19.pdf>.

⁵⁷⁸ Vid. STC 1/2018 de 11 de enero en la que el Tribunal –si bien con un voto particular en contra- se refiere al arbitraje en los siguientes términos en su considerando 9: “El arbitraje es un medio para la resolución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, que supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. Pero que a la vez no deja de ser un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que a través de la jurisdicción civil.”.

jurídicos por la complejidad que a menudo puede suponer en términos de demoras o de cuestiones tan elementales como las barreras lingüísticas.

Igualmente, además de las citadas, podemos señalar otras muchas cuestiones que justifican el éxito del arbitraje⁵⁷⁹ que van desde la celeridad del proceso, a la alta especialización de los integrantes de los tribunales arbitrales en las cuestiones concretas que han de conocer -lo que podemos conectar con la mayor facilidad para la alegación y prueba del derecho extranjero-, la economía de costes o la confidencialidad sumada a una corriente internacional favorable al arbitraje que propicia legislaciones, en general, bastante favorables a la misma.

Justificado el interés en la materia por la creciente relevancia de este método de resolución de conflictos en la escena comercial internacional, la concreta cuestión de la tutela cautelar reviste un interés fundamental por cuanto que, como hemos defendido reiteradamente en la presente investigación doctoral -y no es menos importante al referirnos a arbitraje- “*an interim order can be at least as, or even more important, than an award...*”⁵⁸⁰.

La tutela cautelar arbitral, no obstante, plantea algunas cuestiones particulares respecto a la alternativa jurisdiccional con la que, además, debe convivir. Nos referiremos por tanto de manera recurrente a la dualidad de alternativas a disposición de las partes a la hora de solicitar y tratar de obtener justicia cautelar en un procedimiento arbitral, configurada como un sistema de competencia concurrente de tribunales estatales -en apoyo de procedimiento arbitrales- y de los propios árbitros para atender a la solicitud de estas medidas.

Este sistema, como veremos, queda respaldado de manera expresa en la mayoría de los textos normativos a los que haremos alusión a lo largo del capítulo en los que la compatibilidad del recurso a tribunales estatales con la plena vigencia del convenio arbitral resulta pacíficamente aceptada. Lo que, dicho de otro modo, supone que recurrir a los tribunales estatales en busca de una medida cautelar no supone la exclusión del convenio arbitral.

Este recurso a los tribunales estatales en ocasiones estará plenamente justificado por el, todavía, indispensable papel de éstos a la hora de asegurar la efectividad de las

⁵⁷⁹ GÓMEZ JENÉ, M., *Arbitraje comercial internacional*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2018, pp. 50 y ss.

⁵⁸⁰ COLLINS, L. y DHAR, S., “Remedies - Interim Measures” en GOLDEN, J. y LAMM, C., *International Financial Disputes. Arbitration and Mediation*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 404-415.

medidas en cuestión -particularmente en situaciones en las que éstas se refieran a un tercero ajeno al convenio arbitral-.

El papel de los órganos jurisdiccionales estatales devendrá relevante igualmente en situaciones en las que la solicitud de medida cautelar se produzca con anterioridad a la constitución del tribunal -*ante causam*- en las que, si bien como veremos se mantiene esta dualidad a través de la introducción en los Reglamentos arbitrales de la figura de los árbitros de emergencia, la opción jurisdiccional ofrece ventajas que la hacen, en la práctica, la opción preferida por los operadores jurídicos -aunque se trata de una tendencia que puede revertirse en el corto plazo en tanto en cuanto los procedimientos de emergencia referidos adopten el papel protagonista que están llamados a adoptar-.

En este contexto, el presente capítulo pretende ofrecer una perspectiva general de la tutela cautelar arbitral a nivel supranacional e institucional, reparando en las principales normas de origen público y privado -reglamentos, convenios internacionales y, en su caso, Derecho autónomo español- que componen un escenario complejo, habida cuenta de la falta de uniformidad derivada de dicha atomización normativa.

En esta primera parte del capítulo nos referiremos por tanto, al contexto general de la tutela cautelar arbitral, reparando particularmente en la capacidad de los árbitros para adoptar medidas cautelares y en las alternativas para que las mismas puedan ser reconocidas o ejecutadas fuera de la sede del arbitraje.

Recibirá debida atención igualmente la controvertida situación del arbitraje en el marco jurídico de la Unión Europea, en concreto en su relación con el instrumento fundamental de DIPr europeo, el RBI-bis. Se trata de una relación compleja y además estrechamente vinculada a la tutela cautelar, sobre la que versan gran parte de las resoluciones del TJUE.

En relación con el Derecho europeo y dando continuidad a una de las cuestiones que mayor interés pueden suscitar en los próximos años nos referiremos, además, a la tutela cautelar arbitral en el contexto de la OERC.

Asimismo deberemos aludir, a nivel supranacional, a los esfuerzos armonizadores liderados por la UNCITRAL así como a la plasmación -si bien no de manera pormenorizada por exceder del objetivo del presente estudio- de dicha norma en el ordenamiento jurídico español.

Finalmente, las constantes alusiones que se harán a la vertiente institucional del arbitraje requieren a nuestro entender una recopilación de los reglamentos de referencia

con las consideraciones que entendemos más relevantes en la práctica comercial internacional.

2. ARBITRAJE INTERNACIONAL Y MEDIDAS CAUTELARES

La tutela cautelar, como parte esencial de la tutela judicial efectiva, no es un recurso que deba considerarse exclusivo de los procesos seguidos ante órganos jurisdiccionales estatales. Con las particularidades que indudablemente aún distinguen procedimientos arbitrales y judiciales -fundamentalmente derivadas de la falta de *imperium* de los árbitros- las partes participantes en un procedimiento arbitral requerirán, a menudo, el recurso a este tipo de medidas en términos idénticos a los supuestos de procedimientos judiciales, por lo que es una realidad, como veremos, que no desconocen las diferentes normas que regulan el arbitraje, tanto a nivel doméstico como internacional. Normas que además se encaminan hacia una cada vez mayor equiparación de jueces y árbitros, dentro de un contexto de creciente confianza hacia las instituciones ante las que se desarrollan los procedimientos.

En efecto, y como afirma FERNÁNDEZ ROZAS⁵⁸¹, “el hecho de que los particulares elijan someter sus controversias a arbitraje no debe suponer ninguna renuncia a la tutela judicial efectiva; en consecuencia, negar la posibilidad de medidas cautelares en el arbitraje implicaría la violación directa de este principio sólidamente establecido en las Constituciones estatales.”.

La necesidad práctica de tener acceso a la tutela cautelar en cualquier controversia, independientemente del órgano encargado de resolverla, es también equiparable, máxime en procedimientos derivados de relaciones comerciales internacionales. En este tipo de procedimientos la obtención de la medida cautelar supone una victoria para el demandante, que deriva a menudo en una rápida solución de la controversia.

En este contexto, los objetivos de las medidas en procedimientos judiciales o arbitrales tampoco difieren en absoluto, ya que resultan instrumentos indispensables para mantener la situación de las partes y asegurar la ejecutividad de un laudo que, dependiendo de la complejidad de la controversia y a pesar de la pretendida celeridad de los procedimientos arbitrales, puede dilatarse en el tiempo más allá de lo asumible para

⁵⁸¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Arbitraje y justicia cautelar”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, pp. 23-60, p. 26.

alguna de las partes, fundamentalmente la que haya salido perjudicada en la relación comercial a la que se refiera la controversia.

Procede en este punto establecer una primera distinción que condicionará el conjunto del capítulo, por cuanto que al referirnos a la tutela cautelar en el arbitraje debemos reparar en una doble vertiente de la misma en atención a la dualidad de alternativas que las partes tienen para obtener medidas cautelares estando la controversia principal sometida a arbitraje.

Existe, por un lado, la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales estatales para obtener de estos una medida cautelar en apoyo del procedimiento arbitral pactado. Por otro lado, será analizada la capacidad de los propios árbitros para adoptar medidas cautelares dentro del procedimiento principal que conocen.

Parte de la doctrina⁵⁸² ha cuestionado la pertinencia práctica de la existencia de esta doble vía para obtener tutela cautelar en procedimientos arbitrales por cuanto que es susceptible de generar situaciones de conflicto entre jurisdicciones, amén de generar un contexto más proclive al *forum shopping* cautelar.

Cabe plantearnos por tanto, primeramente, cuál de las dos vías señaladas ofrece una solución más adecuada para los intereses de las partes.

Siendo comúnmente recogida en los reglamentos arbitrales, la facultad para la adopción de medidas por parte de los árbitros no ofrece, a priori, mayores inconvenientes, más allá de las dificultades que puedan surgir en relación con la ejecución de la medida, puesto que, al referirnos a disputas internacionales, éstas deberán ser ejecutadas con toda probabilidad en Estados diferentes al de la sustanciación del procedimiento arbitral.

En todo caso, la doctrina⁵⁸³ se muestra mayoritariamente favorable a que, siendo el tribunal arbitral el más próximo al fondo de la controversia y por ello conocedor de las vicisitudes de la misma, sean preferentemente los árbitros los que adopten las medidas. De acuerdo con este criterio el foro arbitral sería considerado el “foro natural”⁵⁸⁴, por cuanto que responde a la intención de quienes someten una controversia a arbitraje de

⁵⁸² BORN, G.B., *International Arbitration...*, op. cit., p. 875.

⁵⁸³ LAPIEDRA ALCAMÍ, R., en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (Eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea –Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues-*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 309.

⁵⁸⁴ SÁNCHEZ POS, M.V., “Del juez al árbitro de emergencia. El impacto de la Ley Modelo en la progresiva atribución de la tutela cautelara los árbitros en la legislación cautelar española y en otras legislaciones estatales”, *Arbitraje*, vol XI, nº2, 2018, pp. 403-442, p. 406.

excluir la justicia ordinaria en la medida de lo posible, buscando siempre la celeridad que se presupone consustancial a los procedimientos arbitrales.

No pueden obviarse, sin embargo, los obstáculos a los que se enfrentan las partes en caso de que las medidas sean adoptadas por el tribunal arbitral. Las principales desventajas a las que se enfrentarán serán, por un lado, las propias derivadas de la falta de capacidad ejecutiva del tribunal arbitral. Esto ha supuesto que las facultades que los diferentes textos internacionales y nacionales de regulación del arbitraje otorgan a los árbitros hayan sido a menudo consideradas meramente teóricas, dependiendo su efectividad enteramente del cumplimiento voluntario, siendo de otro modo obligado el recurso a los órganos jurisdiccionales estatales⁵⁸⁵.

Por otro lado debemos referirnos a la imposibilidad de que las medidas afecten a terceros ajenos al convenio arbitral⁵⁸⁶. Así, por ejemplo, el tribunal arbitral no podrá ordenar directamente a una entidad bancaria -ajena naturalmente al convenio arbitral- que congele activos de la parte afectada por la medida. Sin perjuicio, en todo caso, de que podría exigir a la parte afectada por la medida a que se abstuviera de operar con dichos activos.

Como hemos defendido⁵⁸⁷, esta aparente desventaja se ve compensada por el hecho de que las medidas cautelares adoptadas por los jueces estatales se encuentran significativamente más limitadas en otros muchos aspectos, debiendo ajustarse a la legislación nacional aplicable. La flexibilidad de los árbitros, ajenos a legislaciones nacionales, hace que las decisiones a adoptar puedan adaptarse de manera más satisfactoria a los requisitos específicos de la controversia.

Por último ocupará un espacio importante en el presente capítulo la situación de las medidas que deben ser adoptadas con anterioridad a la constitución del tribunal - medidas *ante causam*-.

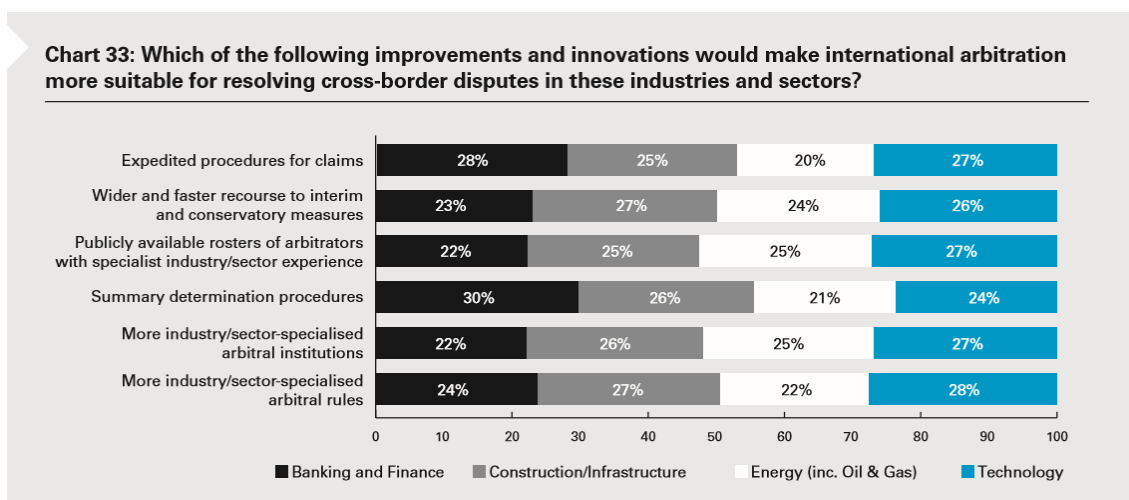
⁵⁸⁵ Como excepción a esta regla común en la mayoría de las normas que regulan arbitraje a nivel en los diferentes Estados sería la contenida en la Ley de Arbitraje peruana –Decreto Legislativo 1071, publicado en el Diario Oficial Peruano el 28 de junio de 2008- cuyo artículo 48 sí que da “plenos poderes” al árbitro para no solo adoptar sino también para ejecutar directamente la medida cautelar en cuestión, excluyendo además la posibilidad –art. 48.3- de que un órgano jurisdiccional pueda revisar el contenido de dicha medida.

⁵⁸⁶ DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y VENEGAS GRAU, C. en DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (Coords.), *Comentario...*, op. cit., p. 416; COLLINS, L. y DHAR, S., “Remedies...”, op. cit., p. 411.

⁵⁸⁷ Vid. pp. 288 y ss.

Si bien es innegable que la capacidad del tribunal de adoptar medidas cautelares surge, naturalmente, cuando éste se haya constituido, las diferentes regulaciones sobre arbitraje han previsto esta eventualidad introduciendo procedimientos extraordinarios de “urgencia” o de “emergencia” para la adopción de medidas *ante-causam* que dan respuesta de manera, a priori, eficaz a esta cuestión, aunque no exenta de algunos problemas a los que atenderemos a lo largo del presente capítulo.

Con todo, a la luz de los datos consultados⁵⁸⁸ veremos que, a pesar de las innumerables mejoras que la tutela cautelar arbitral ha experimentado en los últimos años, en términos de eficiencia y seguridad para las partes sigue siendo una de las cuestiones que los operadores en comercio internacional perciben como cuestión a mejorar.



3. MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS POR ÁRBITROS

Comenzaremos, dentro del contexto de la competencia concurrente entre jueces y árbitros al que nos hemos referido, señalando las principales cuestiones que plantea la posibilidad de adoptar medidas cautelares dentro del propio procedimiento arbitral.

3.1. CAPACIDAD DE LOS ÁRBITROS EN LAS DIFERENTES NORMAS.

⁵⁸⁸ Universidad Queen Mary, SIA –School of International Arbitration- y despacho White & Case: *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration* <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-19.pdf>, p. 31.

En relación con la capacidad de los árbitros para adoptar medidas cautelares veremos que ésta puede derivar de diferentes fuentes a las que nos dedicaremos de manera monográfica en el presente capítulo y que ya han sido apuntadas en los párrafos precedentes.

Nos estamos refiriendo, concretamente:

a. Los Convenios internacionales aplicables en materia arbitral. Aludiremos esencialmente a la Convención de Nueva York⁵⁸⁹ relativa al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de 1958 -CNY- cuyo ámbito de aplicación se ciñe a lo enunciado en su denominación, con lo que resulta irrelevante a efectos del presente punto, si bien sus disposiciones serán tenidas en cuenta a la hora de analizar la cuestión de la circulación extraterritorial de las medidas cautelares arbitrales.

b. Derecho autónomo y el papel de la UNCITRAL. Resulta especialmente relevante la alusión a las legislaciones nacionales, por cuanto que, por un lado, un árbitro difícilmente adoptará una medida cautelar si la ley del foro no lo contempla y, por otro lado, en aras a lograr la ejecución judicial de la misma, el reconocimiento de la competencia del árbitro resultará indispensable.

Las legislaciones nacionales ofrecen actualmente una respuesta que en términos generales puede considerarse bastante uniforme –excediendo del objeto del presente trabajo un exhaustivo análisis de Derecho comparado de la materia⁵⁹⁰- en el sentido de autorizar a los árbitros a adoptar, con diferentes condiciones, la adopción de medidas cautelares, pudiendo citarse como excepcionales legislaciones como la china⁵⁹¹, la

⁵⁸⁹ Instrumento de ratificación en España publicado en BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977, pp. 15511 a 15512.

⁵⁹⁰ Sobre las respuestas que al respecto ofrecen las principales legislaciones nacionales vid. NEWMAN, L.W. y ONG, C., *Interim measures in international arbitration*, Juris, 2014; BORN, G.B., *International Arbitration, cases and materials*, 2ª ed., Wolters Kluwer, 2015, pp. 873 y ss.

⁵⁹¹ Respecto de la República Popular China, cabe destacar la reciente conclusión de un acuerdo entre la *Supreme People's Court* de dicho Estado y la *HKSAR -Government of the Hong Kong Special Administrative Region-*, cerrado el 2 de abril de 2019 que bajo el título, en inglés, “*Arrangement Concerning Mutual Assistance in Court-ordered Interim Measures in Aid of Arbitral Proceedings by the Courts of the Mainland and of the HKSAR*” supone la primera vez que la legislación china contempla la posibilidad de que tribunales chinos puedan adoptar medidas cautelares en apoyo de procedimientos arbitrales celebrados “fuera” de China, limitado, en este caso, a arbitrajes celebrados en la Región Administrativa Especial de Hong Kong. Vid.: <http://conflictoflaws.net/2019/viewing-the-arrangement-concerning-mutual-assistance-in-court-ordered-interim-measures-in-aid-of-arbitral-proceedings-by-the-courts-of-the-mainland-and-of-the-hong-kong-special-administrative/> ;
<https://www.info.gov.hk/gia/general/201904/02/P2019040200782.htm> ;
<http://www.allenvery.com/publications/en-gb/Pages/Groundbreaking-Arrangement-Allowing-Interim-measures-in-Mainland-China-for-Hong-Kong-Arbitrations.aspx>.

argentina⁵⁹² o la italiana⁵⁹³ que no aceptan de partida esta posibilidad. En la misma línea se prevé la posibilidad de acudir a tribunales nacionales en apoyo de procedimientos arbitrales, tanto domésticos como internacionales.

Este notable grado de uniformidad en las mismas puede atribuirse, en gran parte, al papel de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI en español, UNCITRAL por sus siglas en inglés- que estableció a través de la Ley Modelo⁵⁹⁴ -en adelante LMU- unas directrices de gran repercusión a nivel internacional con incidencia, como comprobaremos, en materia cautelar, particularmente en las enmiendas introducidas en el año 2006. La citada institución elaboró, además, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI al que las partes pueden remitir directamente en el convenio arbitral como norma rectora del procedimiento.

En referencia a la legislación española, esta se vio influida por la LMU en los términos que tendremos ocasión de comentar, del mismo modo que nos referiremos, específicamente, a la propia LMU y el extenso capítulo IV introducido en el año 2006 que recoge múltiples aspectos relativos a la tutela cautelar en relación con el arbitraje.

c. La vertiente institucional. El papel de los reglamentos de las principales instituciones devendrá igualmente muy ilustrativo en aras a mostrar la realidad de la práctica arbitral en relación con la tutela cautelar.

La autonomía de la voluntad de las partes, por sí sola, revestirá de autoridad a los árbitros para adoptar las medidas en cuestión en el procedimiento, si bien habitualmente esta voluntad no será expresamente recogida sino que vendrá de la mano de la alusión a la correspondiente norma de la institución arbitral que en la que se recoge igualmente la capacidad de los árbitros.

Si bien nos referiremos más extensamente a las normas de la CCI –Cámara de Comercio Internacional-, LCIA –*The London Court of International Arbitration*-, o la ICDR –*International Centre for Dispute Resolution*-, sirva este punto introductorio para señalar que otras normas relevantes para la solución de controversias en el comercio

⁵⁹² Art. 753. - Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución, deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral.

⁵⁹³ Art. 818.

Provvedimenti cautelari
Gli arbitri non possono concedere sequestri, ne' altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge.

⁵⁹⁴ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional – enmendada en 2006:

internacional como las reglas de la SIAC -*Singapore International Arbitration Centre*- en su art. 26 o las de la ACICA -*Australian Centre for International Commercial Arbitration*- en su art. 28 contemplan igualmente esta posibilidad.

3.2. REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POR LOS ÁRBITROS

Aceptada, como vemos, la posibilidad de que los árbitros adopten medidas cautelares en el transcurso del procedimiento que les es sometido, las circunstancias que deberán apreciar para la adopción de las mismas no varían mucho, en términos generales, de las que se deberán apreciar respecto de una medida cautelar solicitada ante un órgano jurisdiccional estatal en la mayoría de los Estados.

Concretamente, existe un cierto consenso al considerar⁵⁹⁵ que se deberán observar una serie de condiciones o requisitos de cara a la adopción de la medida:

a. *Fumus boni iuris*.

Como veremos, preceptos como el art. 17 de la LMU prevén la necesidad de aportar argumentos que induzcan a pensar al tribunal que existe, al menos, una razonable posibilidad de que el solicitante pueda tener razón en su reclamación sobre el fondo. Para ello, deberá aportar las pruebas correspondientes.

b. *Periculum in mora* - urgencia.

El requisito de urgencia, al que hemos tenido ocasión de referirnos en relación con el Derecho europeo en el capítulo I del presente estudio, queda expresamente establecido en la práctica totalidad de las regulaciones arbitrales a las que nos referiremos en las siguientes páginas. Esta urgencia, naturalmente, deriva de la necesidad de adoptar la medida con premura en aras a evitar pérdidas o daños irreparables que puedan frustrar el objeto de la controversia.

c. Eficacia estrictamente *inter partes*.

Dada la naturaleza contractual del convenio arbitral y del procedimiento resultante del mismo, las medidas cautelares adoptadas no afectarán a terceros ajenos a dicha relación.

⁵⁹⁵ BERGER, K.P., *Private Dispute Resolution in International Business. Negotiation, Mediation, Arbitration*, 3ª edición, vol. II, Wolters Kluwer, 2015, p. 447.

d. Provisionalidad de la medida.

En línea con la jurisprudencia europea a la que nos hemos referido ampliamente en el primer capítulo, deberá garantizarse, en todo caso, que la medida adoptada en este procedimiento es, efectivamente, provisional y en ningún caso constituye una decisión definitiva sobre el fondo. Siendo esto técnicamente cierto, conviene recordar que, en la práctica, la propia aceptación y adopción de la medida cautelar por parte del tribunal otorga una primera victoria a la parte solicitante susceptible de operar como elemento coercitivo suficiente en aras a la sumisión por la parte demandada a las pretensiones alegadas sobre el fondo.

e. La solicitud de caución en los procedimientos cautelares arbitrales

La prestación de garantía por parte del solicitante de la medida para cubrir posibles daños para la contraparte derivados de la misma constituye el último de los requisitos, formando parte, igualmente, del catálogo de lo que venimos denominando “requisitos clásicos” de la tutela cautelar en todos sus órdenes.

Como veremos, a diferencia de los anteriores, la posibilidad de solicitar caución, si bien recogida en los textos institucionales de referencia a los que nos referiremos, suscita algunas cuestiones que bien merecen un análisis algo más exhaustivo.

Como decíamos, esta garantía exigible al demandado está presente en la totalidad de los textos a los que haremos alusión, destacando quizá que en el instrumento de mayor peso, como es la LMU -art. 17-, su solicitud será potestativa, quedando en manos del tribunal arbitral exigirla o no.

De manera análoga, legislaciones nacionales basadas en dicha norma, como la española -art. 23 LArb-⁵⁹⁶, adoptarán fórmulas similares en las que la no exigencia de caución será, en todo caso, excepcional y en atención a circunstancias concretas a valorar en cada caso.

En lo relativo a los arbitrajes de emergencia, procedimiento recogido en la totalidad de los principales reglamentos arbitrales, la figura de la caución aparecerá como necesaria garantía ante un procedimiento que, por lo precipitado de su tramitación, carece de los mecanismos de control que sí contemplan los procedimientos “ordinarios”.

3.3. MEDIDAS ANTE-CAUSAM Y EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA

⁵⁹⁶ En el mismo sentido otras como la German Arbitration Act, sección 1041, “*the arbitral tribunal may require...*”.

Con todo, el primer requisito para la adopción de medidas cautelares por un tribunal arbitral será que este se haya constituido. Sin embargo, el periodo previo a dicha constitución puede dilatarse de forma considerable en el tiempo, situándose de media en torno a los tres o cuatro meses⁵⁹⁷.

De esta manera surge la cuestión de la posibilidad -a menudo la necesidad- de adoptar medidas cautelares con anterioridad a formación del tribunal en aras a evitar que una fase pre-arbitral que se dilate excesivamente en el tiempo pueda afectar a la eficacia del laudo, a la disponibilidad de determinados medios de prueba o, en definitiva, pueda modificar el *statu quo* hasta el punto de desvirtuar el objeto de la controversia principal.

Para evitar este evidente perjuicio la parte que requiera la medida cautelar contará con la doble vía derivada de la competencia concurrente a la que nos venimos refiriendo para hacer valer su derecho en esta fase. Podrá, por un lado, solicitar la medida en cuestión ante los tribunales estatales -recurso autorizado por la práctica totalidad de las normas tanto institucionales como estatales de arbitraje- pudiendo, igualmente, recurrir a una figura a día de hoy ya asentada en los principales reglamentos institucionales, como es la figura del árbitro de emergencia -en sus diferentes denominaciones-.

A. Recurso a los órganos jurisdiccionales en apoyo al arbitraje

La vía más directa en estos casos vendrá de la mano de la solicitud de las medidas cautelares directamente ante el órgano jurisdiccional estatal competente. Este modo de proceder, acorde a la competencia concurrente a la que nos estamos refiriendo en el presente capítulo, es aceptado y expresamente reconocido, por ejemplo, en la LArb como un comportamiento que en ningún caso supone una renuncia implícita a la competencia del tribunal arbitral establecida en el convenio arbitral válidamente celebrado entre las partes.

Se trata en todo caso de una alternativa que -al margen de lo costoso que pueda resultar para la parte solicitante- puede significar un cierto grado de incoherencia con la voluntad expresada por las partes de eludir el recurso a los tribunales estatales. Por ello, a nuestro entender deben en todo caso favorecerse las alternativas dentro de la esfera arbitral, percepción compartida desde las instituciones arbitrales, lo que supondría, como veremos a continuación, la creación de una figura de enorme potencial práctico

⁵⁹⁷ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº1, marzo 2017, pp. 82-97, p. 84.

para mantener el proceso en los cauces arbitrales sin tener que recurrir a las jurisdicciones estatales.

B. El árbitro de emergencia como alternativa

El necesario recurso a órganos jurisdiccionales estatales para la adopción de medidas *ante causam* en procedimientos arbitrales generaba, por lo tanto, una situación de franca desventaja del arbitraje respecto de los procedimientos jurisdiccionales, por lo que surgió la necesidad de articular una suerte de instrumento que permitiera dar una respuesta “netamente arbitral” -y con un suficiente grado de eficiencia procesal- al problema tratando, en la medida de lo posible, que las controversias sometidas voluntariamente a arbitraje puedan sustanciar el máximo posible de actuaciones sin recurrir a los tribunales que han querido expresamente excluir.

La respuesta a nivel institucional vino de la mano de la figura del árbitro de emergencia o de urgencia, introducida por los reglamentos de las principales instituciones internacionales. En el contexto de fuerte competencia al que se enfrentan, la creación de esta figura por parte, como veremos, de la CCI, ha generado muy probablemente un “efecto dominó” que ha llevado a la popularización de la figura a día de hoy.

En efecto, y tal y como se desarrollará en el epígrafe dedicado a las propias instituciones, la CCI fue pionera en esta cuestión a través de su Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral⁵⁹⁸ que, ya en el año 1990, introducía la figura del “tercero” -“*referee*” en su versión oficial en inglés- para adoptar medidas previas a la constitución del tribunal en supuestos de extraordinaria urgencia y cuya capacidad quedaba condicionada por la voluntad de las partes expresada en el convenio.

Esta figura fue introducida en el reglamento de la misma institución en 2012 -art. 29- como “*emergency arbitrator*” o árbitro de emergencia, si bien no era el primer gran reglamento en recogerla, puesto que años antes -2006- el ICDR ya le había dado cabida en su reglamento arbitral. Veremos que figuras análogas han sido incorporadas en la mayoría de los textos o reglamentos institucionales. Se trata, además, de cláusulas incluidas en los reglamentos, lo que obliga a las partes que deseen excluir dicha posibilidad a hacerlo de manera expresa en el convenio arbitral.

⁵⁹⁸ Más conocida por su denominación en inglés “*PAR Rules*” o “*Pre-Arbitral Referee rules*”, vigentes desde el 1 de enero de 1990: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/pre-arbitral-referee/rules/>.

a. Características generales del arbitraje de emergencia

Con las particularidades a las que, en su caso, haremos alusión, estos arbitrajes de emergencia presentan unas características comunes como son:

- i. la iniciación a instancia de parte –seguida del abono de unas tasas de cuantías nada desdeñables-;
- ii. es regla general la adopción de las mismas dando audiencia al demandado –lo que redundaría en una clara desventaja de esta figura respecto de su equivalente jurisdiccional-;
- iii. seguirá la designación del árbitro en cuestión en un plazo que no excederá de 48 horas –a las que habrá que sumar otro breve plazo de hasta tres días para la posible recusación del mismo-;
- iv. este podrá entonces adoptar las medidas que estime necesarias con la limitación temporal de la efectiva constitución del tribunal arbitral que decidirá sobre el fondo.

Resulta determinante además, que en línea con el funcionamiento habitual del arbitraje, el árbitro de emergencia no estará limitado por una lista cerrada de medidas, pudiendo adoptarse aquéllas que el caso requiera en aras al aseguramiento del objeto del litigio, debiendo estas en todo caso ser necesarias, apropiadas u otras fórmulas análogas que variarán en función del reglamento que sea de aplicación.

Los presupuestos para su adopción, aunque no estén recogidos de manera expresa en los reglamentos, no pueden obviar elementos consustanciales a la propia naturaleza de las medidas cautelares como son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

En relación con este último, a pesar de que los reglamentos son en términos generales vagos o poco concretos en sus términos respecto de los requisitos para la adopción de este tipo de medidas, coinciden en exigir que se trate de un caso de lo que podríamos denominar urgencia reforzada o “urgencia especial”⁵⁹⁹ que exija la adopción de la medida con anterioridad a la formación del tribunal.

b. La caución en los arbitrajes de emergencia

⁵⁹⁹ MIRÓ GILI, M., “La decisión del «árbitro de emergencia...”, op. cit., p. 41.

Nos encontramos de nuevo ante una cuestión escasamente regulada en los reglamentos⁶⁰⁰, si bien, como hemos comentado anteriormente, es una opción que, aplicada a las medidas cautelares en general, se encuentra recogida en la mayoría de los textos de referencia. Corresponde pues determinar hasta qué punto es extrapolable la facultad otorgada a los tribunales arbitrales ya constituidos a los procedimientos de emergencia, siendo en ambos casos medidas cautelares de naturaleza análoga pero con algunas diferencias que conviene destacar y que, precisamente, refuerzan la necesidad de caución.

En el procedimiento de urgencia, si bien se adoptarán, como decíamos, medidas análogas a las que se adoptarían en un procedimiento “ordinario”, el procedimiento como tal implica un grado de laxitud respecto de algunas garantías que refuerzan, si cabe, la necesidad de exigir una caución al demandante de dichas medidas. La extraordinaria premura con la que se desarrollará el proceso redundará en que tanto la determinación del “árbitro de emergencia” -en cualquiera de sus denominaciones- como la propia adopción de la medida se hagan en unas condiciones de mayor celeridad en las que el proceder más adecuado sería, indudablemente la exigencia de una garantía. Así lo entiende gran parte de la doctrina⁶⁰¹.

c. Procedimiento

El procedimiento será muy flexible, y se dota al árbitro de emergencia de facultades para actuar como entienda mejor se favorecen los intereses de las partes y el propio arbitraje.

Siempre y cuando se respeten los derechos de defensa, particularmente el de notificar al afectado por la medida, el árbitro establecerá su propio calendario para adoptar las medidas en el tiempo más breve que le sea posible. Los plazos para adoptar la decisión no son coincidentes pero rara vez exceden de los veinte días y respecto de la forma la libertad también es la norma, pudiendo adoptar forma de laudo o de orden, si bien veremos que Reglamentos como el de la CCI, por citar un ejemplo de relevancia internacional, establece la necesaria forma de orden, con las repercusiones que en su caso esto pueda conllevar a efectos de ejecución de la medida en sede jurisdiccional.

⁶⁰⁰ De manera excepcional, el reglamento de la CCI sí se refiere a este particular en su anexo V, del mismo modo que el reglamento ICDR en su artículo 6.6.

⁶⁰¹ MIRÓ GILI, M., “La decisión del «árbitro de emergencia...”, op. cit., p. 45.

La decisión, en la forma que determine el reglamento, será en todo caso motivada, con las limitaciones que a estos efectos supone la extraordinaria premura que requiere su adopción.

Cuestión muy relevante será la de la circulación de estas medidas cautelares fuera del territorio de la institución arbitral que las adopta, aunque más en términos teóricos que prácticos, por cuanto que como hemos reiterado a lo largo del presente estudio el grado de cumplimiento *motu proprio* de las medidas por las partes en los procedimientos arbitrales resulta muy significativo.

Igualmente, el cumplimiento voluntario, en relación con las medidas adoptadas por el árbitro de emergencia será equiparable al supuesto en que estas sean adoptadas por el tribunal arbitral ya constituido. Este tribunal, que decidirá sobre el fondo de la controversia, recibiría una impresión francamente negativa de la parte incumplidora de la medida a la hora de juzgar la controversia. Es más, algunos de los más relevantes reglamentos arbitrales establecen la “obligación” de cumplir con lo establecido en la resolución del árbitro de emergencia. Tal es el caso del reglamento de la ICC -art. 29.2- o el de la ICDR -art. 6-.

Como veremos en el epígrafe correspondiente -nos referiremos a esta cuestión conjuntamente con la cuestión general de la circulación de medidas cautelares arbitrales- se trata de un tema controvertido a nivel tanto doctrinal como jurisprudencial.

C. Las medidas *ante causam* jurisdiccionales en procedimientos con árbitro de emergencia: ¿pueden convivir ambas alternativas en caso de que el convenio arbitral contemple el arbitraje de emergencia?

La figura del árbitro de emergencia ha sido incorporada a la práctica totalidad de los reglamentos de las principales instituciones, con algunas diferencias menores entre ellos. Esta incorporación que cabe valorar muy positivamente, plantea, no obstante, una interesante interrogante en referencia a la posibilidad de excluir -del mismo modo que ocurre con el procedimiento principal sometido a arbitraje- la competencia de los órganos jurisdiccionales estatales para adoptar medidas cautelares *ante-causam* en supuestos en los que el convenio arbitral prevea expresamente que las partes recurrirán en estos casos al arbitraje de emergencia ofrecido por la institución arbitral correspondiente.

Algunos reglamentos como el de la CCI -art. 29.7- prevén expresamente la pacífica convivencia de ambas alternativas afirmando que la introducción en el procedimiento de

la figura del árbitro de emergencia no impide que “cualquier parte solicite medidas cautelares o provisionales urgentes de una autoridad judicial competente en cualquier momento antes de la solicitud de dichas medidas, y en circunstancias apropiadas aun después, de conformidad con el Reglamento”, en la misma línea que el art. 6.7 del Reglamento ICDR. La práctica mayoría de los textos, a pesar de no incorporar una referencia expresa, contemplan la compatibilidad de las medidas cautelares con las ordenadas en paralelo por los órganos jurisdiccionales estatales.

Si bien parece existir una cierta tendencia por parte de las instituciones arbitrales a aceptar esta convivencia, resulta controvertida, siquiera en el plano teórico, la situación en que la medida solicitada ante ambas instancias se refiera al mismo objeto y en idénticos términos. Podemos descartar, de partida, esta posibilidad a pesar de no existir previsión expresa en este sentido en los reglamentos. La extensión al supuesto del principio *non bis in idem* debe ser considerada plenamente aplicable del mismo modo que en caso de haber sido denegadas ya por una de las instancias la alternativa debería entender que se trata de “cosa juzgada” no debiendo realizar un segundo juicio sobre la cuestión.

Con todo, cabe citar algunas interesantes aportaciones jurisprudenciales -de tribunales británicos- que apuntan a la posibilidad de que la previsión del arbitraje de emergencia en el convenio arbitral excluya, del mismo modo que lo haría respecto del procedimiento principal, el recurso a los tribunales ordinarios -siempre y cuando, claro está, el reglamento arbitral aplicable no prevea expresamente esta posibilidad como en los casos a los que hemos hecho alusión-.

En concreto, en el asunto *Seele Middle East FZE v. Scull International SA Co.* de 2013⁶⁰² los tribunales otorgaron una medida cautelar -en aplicación de la sección 44 de la *Arbitration Act 1996*- aludiendo a la inexistencia de la regulación del arbitraje de emergencia en el convenio lo que debe ser interpretado, *sensu contrario*, como la aceptación de la tesis a la que nos referimos.

En la misma línea se pronunció la justicia británica en *Gerald Metals SA v. Timis & Ors*⁶⁰³. En este caso, será valorada la solicitud de una *worldwide freezing order* contra el demandado. El tribunal, en referencia a la sección 44.3 de la *Arbitration Act 1996*,

⁶⁰² EWHC 4350.

⁶⁰³ EWHC 2327 – Vid. comentario en: CLARKSON, M., “Case Update: *Gerald Metals S.A. v Timis & Ors* [2016] EWHC 2327 (Ch).” *International Arbitration Asia*, 27 de febrero de 2017: www.internationalarbitrationasia.com/articles/uncategorized/case-update/geraldmetals/.

admite la competencia de los tribunales para adoptar medidas como la propuesta en situaciones de urgencia, siempre y cuando -sección 44.5- *“the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively”*.

Si nos referimos a la determinación del nivel de urgencia del caso concreto, el Tribunal justifica la negativa a adoptar la medida en el examen de la misma realizado por el tribunal arbitral y la denegación de creación del procedimiento de emergencia en dicho foro.

Llama la atención la respuesta del tribunal en presencia de una estipulación expresa en el art. 9.B del reglamento arbitral aplicable al caso -LCIA Rules- por cuanto que dicho precepto establece la compatibilidad del procedimiento arbitral de emergencia con el recurso a los órganos jurisdiccionales estatales, ante lo que el tribunal inglés justifica su decisión al afirmar que si bien el *“paragraph 9.12 of the LCIA rules ‘makes it clear that Article 9B is not intended to prevent a party from exercising a right to apply to the court, for example under section 44 of the Arbitration Act; (...) it does not prevent the powers of the court on such an application from being limited as a result of the existence of Article 9B – as they are pursuant to the terms of section 44 itself.”*

Se trata, con todo, de una cuestión sobre la que no puede ofrecerse una respuesta genérica pacífica. Aunque veíamos que los reglamentos prevén en términos generales la competencia concurrente de los tribunales estatales, debe entenderse aceptada incluso en aquellos en los que no se contemplara. Las limitaciones a las que, aún hoy, se enfrenta la tutela cautelar arbitral pueden hacer más atractiva, en términos de celeridad y seguridad, la vía judicial, una vía que no puede en ningún caso entenderse excluida.

Situaciones como las de la adopción de medidas cautelares pre-arbitrales sin dar audiencia al demandado *-ex parte-* requerirán, además, el recurso a los tribunales estatales, del mismo modo que aquellas medidas que afecten a un tercero ajeno al convenio arbitral, por citar dos ejemplos de evidente trascendencia práctica.

Tanto es así que la práctica nos demuestra la preferencia de los operadores a acudir a órganos estatales por encima de los procedimientos de emergencia hasta el punto de que -según datos de 2015⁶⁰⁴- un 46% de los operadores encuestados se decantarían por

⁶⁰⁴ Universidad Queen Mary, SIA –School of International Arbitration- y despacho White & Case: *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration* https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2015_0.pdf. Versión de 2015. La más reciente versión del estudio no se refiere a esta cuestión.

acudir a los órganos jurisdiccionales estatales en situaciones que requirieran de adopción de medidas *ante-causam* frente a un 29% que se decantaba por las alternativas de arbitraje de emergencia a las que haremos alusión.

En todo caso, y a pesar de los inconvenientes a los que nos hemos referido en las páginas precedentes, la aparición de la figura del árbitro de emergencia debe ser considerada, en términos generales, muy positiva en aras a la sustanciación de procedimientos exclusivamente en sede de arbitraje, haciendo posible, con las consabidas limitaciones, la exclusión de los órganos jurisdiccionales estatales para la resolución de conflictos cuando así lo hayan convenido las partes.

3.4. LAS MEDIDAS *EX-PARTE* EN EL ARBITRAJE

Como hemos defendido y defenderemos de manera reiterada en diferentes puntos del presente estudio, la inmediatez y el efecto sorpresa constituyen elementos indispensables para que la tutela cautelar pueda considerarse verdaderamente eficaz.

En la práctica, la adopción de medida cautelares *ex parte* supone la mejor manera de lograr dichos objetivos, si bien, naturalmente, genera un conflicto con otro pilar fundamental de la tutela judicial -y arbitral- efectiva como es de los derechos de defensa y, más concretamente, el derecho de audiencia y contradicción, cuya incidencia es análoga en procedimientos judiciales y arbitrales.

La posibilidad, por tanto, de adoptar medidas cautelares en estas condiciones, es –del mismo modo que en relación con la jurisdicción⁶⁰⁵- una cuestión enormemente controvertida que no encuentra respuesta en las normas estatales -no está regulada por ejemplo en nuestra LArb-, por lo que la doctrina recoge diferentes aproximaciones.

Sin perjuicio del tratamiento que haremos de la cuestión en relación con las diferentes normas reguladoras del arbitraje -incluida la legislación española- en el presente capítulo cabe resumir los posicionamientos doctrinales refiriéndose en abstracto a la cuestión en términos bastante dicotómicos.

Algunos autores⁶⁰⁶ se inclinan por negar la mayor, considerando que en todo caso debe primar el aludido derecho de defensa, máxime en un contexto como el arbitral basado en una relación contractual *inter-partes*. Así existe una corriente conservadora

⁶⁰⁵ Vid. capítulo I, pp. 121 y ss.

⁶⁰⁶ BERNARDINI, P., en *Conservatory and provisional measures in international commercial arbitration*, Bull, 1993, p. 21.

tendente a considerar que, *a priori*, “*it is always better to hear both parties*”⁶⁰⁷ por cuanto que de esta manera se garantiza que el tribunal obtenga de la manera más clara posible la información de las partes intervinientes en la controversia.

Como veremos, se aducen además motivos relacionados con la posibilidad, en la práctica, de ejecutar dichas medidas -excluidas del régimen de ejecución de la LMU, por ejemplo- lo que las hace virtualmente ineficaces salvo cumplimiento voluntario por parte del demandado.

Otro sector de la doctrina⁶⁰⁸, sin embargo, prioriza la eficacia de la medida por encima de los referidos derechos, considerando que garantizar esta posibilidad en los procedimientos arbitrales mejora sustancialmente la eficacia de la tutela cautelar arbitral en la que los derechos de defensa deben ser observados de manera más flexible que en el procedimiento principal.

En todo caso, estas valoraciones generales serán únicamente aplicables a arbitrajes cuya norma aplicable no contemple -en positivo o en negativo- esta posibilidad. En este sentido, veremos cómo regulaciones como la LMU en su última versión -2006- incorporan esta figura, si bien la revisten de todas las garantías posibles en aras a establecer el necesario equilibrio con los derechos de defensa. En esta línea, otros textos relevantes como los principios ALI/UNIDROIT⁶⁰⁹ del proceso civil transnacional introducen esta posibilidad -principio 8.2-⁶¹⁰ para “casos urgentes y por razones preponderantes de equidad.” Será esencial para conservar el equilibrio que “tan pronto sea posible, la persona contra quien se pretende hacer efectiva la medida ex parte solicitada debe tener la oportunidad de impugnarla si la considera improcedente”.

3.5. SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR POR DECLARACIÓN DE BUENA FE DEL DEMANDADO

⁶⁰⁷ WEBSTER, T.H. y BÜHLER, M.W., *Handbook of ICC arbitration: Commentary, Precedentes, Materials*, 3ª ed., Sweet & Maxwell – Thomson Reuters, London, 2014, p. 428.

⁶⁰⁸ BERGER, K.P., *Private Dispute Resolution...*, op. cit., p. 450.

⁶⁰⁹ Además de este texto, UNIDROIT se encuentra en la actualidad trabajando, junto con el European Law Institute (ELI) en las “European Rules of Civil Procedure”, cuya conclusión y adopción está prevista en el transcurso del año 2019: <https://www.unidroit.org/civil-procedure#EuropeanRulesofCivilProcedure>

⁶¹⁰ Principios ALI / UNIDROIT del proceso civil transnacional adoptados y promulgados por The American Law Institute (ALI), Washington, D.C., E.E.U.U. Mayo de 2004 y por UNIDROIT, Roma, Italia, Abril de 2004.

No recogida expresamente en las normas arbitrales, deviene pertinente poner sobre la mesa una alternativa planteada por algunos autores⁶¹¹, dado que constituye una práctica frecuente en los procedimientos arbitrales internacionales, consistente en que el árbitro deniegue la solicitud de la medida cautelar en los supuestos en los que el potencial receptor de la misma se comprometa de buena fe a no actuar de manera que pueda frustrar el objeto del litigio en los términos en los que se pretende evitar mediante la medida cautelar en cuestión.

Se trata de una opción que muestra la extraordinaria flexibilidad del procedimiento arbitral y confirma la posición que defendemos en el presente estudio en relación con la tendencia general a cumplir de manera voluntaria las medidas cautelares por parte de los afectados por las mismas, aunque solo sea por la negativa impresión que el tribunal que, recordemos, decidirá sobre el fondo, se llevará ante una actitud “rebelde” del demandado.

4. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS POR ÁRBITROS

4.1. CIRCULACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES ARBITRALES EN GENERAL

El problema de la ejecución de las medidas fuera del foro arbitral en el que hayan sido adoptadas reviste a todas luces una importancia capital a la hora de dotar a estas de verdadero sentido práctico, máxime en una materia como el arbitraje en la que las partes a menudo dirigen sus controversias a foros neutrales inconexos en todo lo restante con sus propios domicilios o el lugar en el que se hallen sus bienes o intereses comerciales.

Nos referimos a las medidas cautelares adoptadas por los propios árbitros, cuya calificación jurídica debe ser analizada, por cuanto que equipararlas o no resoluciones-laudos arbitrales será determinante en aras a optar a su circulación bajo el régimen del CNY⁶¹².

⁶¹¹ HOBÉR, K., “Interim Measures by Arbitrators, Arbitral Provisional Measures: The Actual Practice”, *International Arbitration 2006: Back to Basics?* ICCA International Arbitration Congress, pp. 721-750, p. 737.

⁶¹² Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de la UNCITRAL, Nueva York, 1958: versión en español: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf> . Vigente en la práctica totalidad de los Estados se trata sin duda del texto de referencia en relación con la circulación de resoluciones arbitrales.

Nos encontramos, por lo tanto, en la tesitura de determinar si la provisionalidad de la resolución la excluye del estatus de “sentencia arbitral” a efectos del citado texto. Como veremos, el art. 31 de la versión derogada de la LMU negaba esta posibilidad por cuanto que el elemento de provisionalidad, precisamente, la apartaba de la característica fundamental requerida para la circulación de la medida, debiendo ésta ser definitiva y no modificable por los árbitros, como sin duda ocurre en relación con las medidas cautelares.

La cuestión de la aplicación del CNY a las medidas cautelares es, con todo, la piedra angular de todo el debate, por cuanto que no parece existir un consenso al respecto de su aplicabilidad al caso.

La clave reside en la interpretación del art. V.1.e del CNY que excluye de reconocimiento y ejecución las sentencias “aún no obligatorias para las partes”. Este precepto excluiría, en opinión de gran parte de la doctrina el reconocimiento y ejecución de este tipo de medidas⁶¹³ por cuanto que no puede ser considerada una decisión definitiva una resolución susceptible de ser modificada o directamente revocada. Los defensores de esta tesis se basan por tanto en el carácter no definitivo -entendido como final- de la medida.

Con todo, existen argumentos para poner en cuestión esta afirmación⁶¹⁴ siempre y cuando nos estemos refiriendo a resoluciones susceptibles de ejecución en el foro de origen. Es decir, el CNY podría igualmente ser interpretado en el sentido de considerar que lo que exige no es una resolución definitiva -categoría en la que en ningún caso podríamos incluir las medidas cautelares- sino que bastaría con que la resolución resultara vinculante para las partes y mantuviera su vigencia en el momento de instarse su ejecución⁶¹⁵. En esta línea, en materia de familia, por ejemplo, el hecho de que una medida sea modificable -caso de una decisión judicial sobre prestación de alimentos- no impide su libre circulación extraterritorial.

⁶¹³ Entre muchos otros: BERGER, K.P., *Private Dispute Resolution...*, op. cit., p. 453; BROWN, C., “The Enforcement...”, op. cit., p. 286; MIRÓ GILI, M., “La decisión del «árbitro de emergencia...”, op. cit. p. 54.

⁶¹⁴ Así, autores como SIMSIVE, P., “Indirect Enforceability of Emergency Arbitrator’s Orders”, *Kluwer Arbitration Blog*, 15 de abril de 2015 (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/04/15/indirect-enforceability-of-emergency-arbitrators-orders/#comment-429316>) cita el caso “*Yahoo! Inc. v. Microsoft Corporation*, United States District Court, Southern District of New York, 13 CV 7237, 21 de octubre de 2013” que consideraba “final” la decisión adoptada por el árbitro, en este caso, de emergencia.

⁶¹⁵ VERDÍAS MEZZERA, M.M., “Legge Ferenda...”, op. cit. p. 194.

Sin embargo, la ausencia de preceptos que expresamente regulen la ejecución de esta categoría de medidas en el texto del CNY ha sido generalmente interpretada⁶¹⁶ como una omisión intencionada del legislador que expresamente querría haberlas excluido de su régimen de reconocimiento y ejecución.

La no muy abundante jurisprudencia⁶¹⁷ al respecto apunta en términos generales en la misma línea si bien, como veremos, ciertas resoluciones de tribunales de Estados Unidos reconocerían las medidas al amparo del CNY.

En ausencia de cobertura en el citado texto internacional y puesto que los reglamentos europeos se mantienen igualmente al margen de estas cuestiones⁶¹⁸, deberemos observar, en primer lugar, la existencia de tratados bilaterales que, sobre este particular, tampoco resultan muy abundantes⁶¹⁹.

En atención, ahora sí, al Derecho autónomo de los Estados debemos centrar el análisis en los esfuerzos armonizadores de la UNCITRAL que en sus enmiendas de 2006 a la LMU introdujo una interesante novedad a este respecto en el art. 17.H dedicado en exclusiva al reconocimiento y ejecución de las medidas provisionales. Dicho artículo equipara las medidas provisionales –excluyendo medidas *ex-parte*- a cualesquiera otras medidas ejecutables.

Con todo, las legislaciones nacionales que hayan optado por la adopción de las normas de la LMU deberán garantizar la circulación de este tipo de medidas, en los Estados que no hayan adoptado la referida fórmula de reconocimiento la solución vendría, en cualquier caso, de la mano del recurso a los órganos jurisdiccionales estatales. Estamos, nuevamente ante un panorama significativamente incierto.

4.2. RECONOCIMIENTO DE MEDIDAS ADOPTADAS POR LOS ÁRBITROS DE EMERGENCIA

Como señalábamos, en los supuestos de medidas cuya adopción no puede esperar a la constitución del tribunal arbitral que conocerá del procedimiento principal la totalidad de las más relevantes instituciones arbitrales internacionales han establecido un

⁶¹⁶ YEŞILIRMAK, A., *Provisional measures...*, op. cit., p. 259.

⁶¹⁷ Ibid. pp. 260-261.

⁶¹⁸ Como hemos visto –pp. 56 y ss.- el TJUE en *Denilauler* confirmaba la necesidad de un procedimiento contradictorio para acceder al procedimiento de ejecución del CB, cuestión recogida en el vigente RBI-bis a través del artículo 42.2.c que exige notificación de la resolución previa a la ejecución de la medida cautelar.

⁶¹⁹ Vid. POUURET, J.F. y BESSON, S., *Comparative Law of International arbitration*, Sweet & Maxwell, Londres, 2008.

procedimiento de arbitraje de emergencia para estas medidas *ante-causam*, en torno a la ejecución de las cuales se ha generado un interesante debate académico⁶²⁰.

Bien es cierto que los propios reglamentos introducen, en términos generales, la obligación de cumplir la decisión del árbitro de emergencia⁶²¹. Persiste, sin embargo la cuestión de la ejecutabilidad de las mismas en sede judicial en caso de que se desoiga dicha obligación. Así, ya que no existe previsión expresa en el CNY, surge la necesidad de establecer un criterio general para la equiparación, o no, de estas medidas con las medidas cautelares “ordinarias” cuyo funcionamiento hemos comentado.

Concretamente, la doctrina pondrá el foco en tres aspectos clave. Por un lado tendríamos a. la determinación del estatus del árbitro de emergencia a ojos de las diferentes legislaciones nacionales ante las que pueda instarse la ejecución, por otro lado, la propia b. forma que adopte la decisión será relevante a estos efectos, sin olvidar c. las propias características de la medida, cuya limitación temporal hasta la constitución del tribunal “definitivo” la hace objeto de no pocas suspicacias.

a. La primera cuestión se deriva del desconocimiento en las legislaciones nacionales de la figura del árbitro de emergencia, lo que, dadas las particulares características del mismo, plantea la cuestión de si éste debe ser subsumido en la categoría de “árbitros” que introduce, por ejemplo, el CNY, texto de referencia en aras a garantizar la circulación de decisiones arbitrales.

Sobre este particular el CNY no introduce ninguna particularidad a destacar, refiriéndose en genérico a “árbitros” u “órganos arbitrales permanentes” -art. 1.2-, lo que, *stricto sensu*, parece amparar el concepto de “árbitro de emergencia” por cuanto que ostenta condición, siquiera formalmente, de árbitro.

No existe tampoco reconocimiento expreso de la figura en las legislaciones nacionales más representativas -con algunas excepciones a las que nos referiremos a continuación-, lo que exige toda la prudencia a la hora de realizar aseveraciones a este respecto.

⁶²⁰ BORDACHAR URRUTIA, R., “Medidas cautelares...”, op. cit.; BROWN, C., “The Enforcement...”, op. cit.; VASANI, S., “The Emergency Arbitrator: Doubling as an Effective Option for Urgent Relief and an Early Settlement Tool”: *Kings & Spalding, News and Insight*, 8 de mayo de 2015: <https://www.kslaw.com/blog-posts/the-emergency-arbitrator-doubling-as-an-effective-option-for-urgent-relief-and-an-early-settlement-tool>; MIRÓ GILI, M., “La decisión del «árbitro de emergencia». Su contenido, ejecutabilidad y ejecución”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, 16/2013, pp. 37-56; FERNÁNDEZ MASIÁ, “La irrupción...”, op. cit., pp. 93 y ss.

⁶²¹ Entro otros el art. 29.2 reglamento CCI.

En el plano doméstico, a pesar de no ser una figura de tan reciente creación, no ha sido tenida en cuenta en las actualizaciones de la LARb que evita referirse a esta figura en las revisiones de 2011 y 2015. Esta omisión ha sido recibida con sorpresa por parte de la doctrina⁶²² española que destaca la oportunidad perdida.

En la misma línea la *English Arbitration Act* 1996 se refiere, en general a “*arbitrators*” o “*arbitral tribunal*” no pudiendo establecerse con claridad la procedencia de extrapolar directamente el régimen aplicable a éstos a la particular figura del árbitro de emergencia.

Con todo, algunas legislaciones nacionales como la de Singapur introdujeron en el año 2012 -en su enmienda de 2012 a la *International Arbitration Act*⁶²³- una nueva definición de tribunal arbitral que incluyera el árbitro de emergencia -línea seguida por otras legislaciones como la de Hong Kong-.

b. En cuestiones formales, la flexibilidad en estos procedimientos ofrece la posibilidad de plasmar estas medidas en forma de “orden” o “laudo”. Si bien comúnmente aceptada la irrelevancia de la cuestión terminológica, por cuanto que independientemente de la forma elegida primará la naturaleza misma de la medida por encima de su denominación⁶²⁴, es un criterio que, en su caso, serviría de apoyo para determinar la aplicación del régimen correspondiente por parte de los tribunales estatales.

Prueba de que la forma reviste importancia en este caso es la específica previsión terminológica establecida por un reglamento arbitral de referencia como es el de la CCI⁶²⁵ que optan por dar a estas medidas, la forma de “orden”, queriendo, indudablemente establecer diferencias con las resoluciones adoptadas por el tribunal arbitral “definitivo”.

⁶²² GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C. en AA.VV., *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (2015)*, Madrid, CIMA, 2016, p.498.

⁶²³ <https://sso.agc.gov.sg/Act/AA2001> Artículo 2: (...)“arbitral tribunal” means a sole arbitrator or a panel of arbitrators or an arbitral institution, and includes an emergency arbitrator appointed pursuant to the rules of arbitration agreed to or adopted by the parties including the rules of arbitration of an institution or organization.

⁶²⁴ Así se desprende de la jurisprudencia citada por FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “La irrupción del árbitro...”, op. cit., p. 96, criterio respaldado por el propio autor y otros: VASANI, S., “The emergency arbitrator...”, op. cit., p. 7.

⁶²⁵ Reglamento de arbitraje de la CCI., artículo 29.2 y apéndice V, artículo 6.

c. La naturaleza de la medida será, por encima de cuestiones formales, determinante a la hora de recurrir a su ejecución llegado el caso. Aunque las medidas cautelares, en general, contarán siempre con una limitación temporal inherente a su naturaleza, precisamente, cautelar, el caso de las medidas adoptadas por árbitros de emergencia devendrá especialmente relevante tener en cuenta esta cuestión.

En efecto, este tipo de medidas tienen una expectativa de vida potencial extraordinariamente corta -reglamentos como el de la CCI que establecen un límite de 10 días para recibir la solicitud de arbitraje definitiva-, pudiendo ser confirmadas -lo que las homologaría a medidas adoptadas por el propio tribunal arbitral ya constituido-, modificadas o, en su caso, revocadas por el tribunal que finalmente juzgue la controversia principal.

En este contexto, dar una respuesta general a la ejecutabilidad de la medida supondrá un ejercicio extraordinariamente complejo, amén de osado, por nuestra parte. Quizá por tratarse, precisamente, de una cuestión tan “espinosa” ha sido ignorada -no puede entenderse que se trata de una exclusión casual- por los diferentes legisladores tanto a nivel nacional como supranacional.

4.3. EL CONVENIO DE NUEVA YORK

En este contexto las reflexiones en torno a la ejecución de medidas cautelares en aplicación del CNY deben ser recuperadas, resultando determinante considerar hasta qué punto pueden ser tratadas de manera análoga las medidas adoptadas por el tribunal arbitral ya constituido y las adoptadas en los procedimientos de emergencia.

Si tomamos como válido el argumento esgrimido⁶²⁶ a favor de la aplicabilidad del régimen del CNY a resoluciones cautelares siempre y cuando éstas sean vinculantes para las partes y mantengan su vigencia en el momento de su ejecución, podemos entender que, independientemente de las cuestiones formales, éstas tendrían cabida dentro del citado texto. Idéntico argumento sirve para defender esta tesis en uno u otro supuesto por cuanto que ambas son resoluciones intrínsecamente “no-definitivas”.

La exclusión, intencionada o no, de la cuestión en el CNY mantiene vigente un debate que, en última instancia deberá ser analizado atendiendo a la casuística concreta por los tribunales nacionales y su interpretación de dicho texto y, en su caso, de su legislación autónoma.

⁶²⁶ Vid. cita 615.

En este sentido, según cierta jurisprudencia de los EEUU⁶²⁷ -además de la citada legislación de Singapur y algunas otras⁶²⁸- las disposiciones del CNY podrían amparar la consideración de las medidas cautelares como resoluciones a efectos de su reconocimiento.

Concretamente, en el asunto *Sharp Corporation v. Hisense USA Corporation* el tribunal considera que la orden es vinculante entre las partes desde que es emitida y que además su revisión por parte de un órgano jurisdiccional estatal ha sido excluida por las mismas lo que supone la incompetencia de dicho órgano para pronunciarse sobre la misma. Asimismo, y esta es una afirmación de enorme relevancia práctica la corte se muestra favorable a considerar la orden como final y vinculante en el curso válidamente seguido del procedimiento arbitral por lo que no puede entrar al análisis de fondo de dicha resolución. La conclusión práctica, por tanto, será la de amparar el derecho a ejecutar dicha orden en aplicación del CNY.

Este criterio choca, no obstante, con la consideración doctrinal comentada que sí excluye las medidas cautelares en general del ámbito de aplicación del CNY, y siguiendo la misma lógica excluye las órdenes a las que nos estamos refiriendo. Podemos encontrar, además, jurisprudencia de tribunales de los EEUU⁶²⁹ que apunta en esta misma dirección, opuesta a la expuesta en párrafos precedentes. Esta diversidad de criterios entre las diferentes Cortes de Distrito en un mismo Estado constituye la mejor prueba de lo compleja y extraordinariamente incierta que puede resultar la cuestión.

4.4. LA LEY MODELO UNCITRAL

La LMU, a la que nos referiremos ampliamente⁶³⁰ como inspiración de múltiples legislaciones nacionales, plantea algunos interrogantes.

Parece razonable entender que el régimen establecido por la misma en su art. 17H debe contemplar igualmente la adopción de medidas cautelares por árbitros de

⁶²⁷ *Sharp Corporation v. Hisense USA Corporation*, Civil Action No. 2017-1648 (D.D.C. 2017) Corte del Distrito de Columbia, 13 de noviembre de 2017; *Yahoo! Inc. V. Microsoft Corporation*, Corte de Distrito Sur de Nueva York, 21 octubre 2013.

⁶²⁸ Pueden citarse otras interpretaciones en la misma línea en Estados como India, Macao, Perú, Rumania, Reino Unido y Venezuela, citadas en VERDÍAS MEZZERA, M.M., “Legge Ferenda. La necesidad de dar un efecto útil –y formal– a las órdenes emitidas por “árbitros de emergencia””, *Arbitraje*, vol. XII, nº1, 2019, pp. 181–201, p. 190.

⁶²⁹ *Chinmax Medical Systems Inc., v. Alere San Diego, Inc.*, Corte del Distrito Sur de California, caso 10cv2467 WQH, de 27 de mayo 2011.

⁶³⁰ Vid. pp. 305 y ss.

emergencia⁶³¹, si bien se trata de un ejercicio de mera prospección jurídica que requiere algunas aclaraciones.

En un análisis más pormenorizado, y a favor de considerarla de aplicación, vemos que, por un lado, excluye de la condición de laudo a la novedosa categoría de órdenes preliminares -medidas cautelares *ex-parte*- restringiendo su circulación. Dado que entendemos que las medidas adoptadas por el árbitro de emergencia serán notificadas con anterioridad a su adopción al afectado y siendo la notificación un elemento determinante para dotar de ejecutividad a la medida -dentro del respeto a los derechos de defensa- las medidas de urgencia pasarían, al menos, este primer “test”.

Existen sin embargo argumentos para dudar de la aplicabilidad directa del precepto a este tipo de medidas. Concretamente, algunos autores⁶³² ponen el foco en el concepto “tribunal arbitral” que enuncia la LMU, dando por sentado que, de considerarse tal no debe dudarse de la ejecutividad de la medida en idénticos términos a los descritos para las medidas “ordinarias”. En caso de entenderse, no lo determina expresamente, que “tribunal arbitral” se refiere únicamente al que se pronunciará sobre la controversia, la orden del árbitro de emergencia tendría la consideración de vinculante exclusivamente a nivel contractual.

No parece existir un consenso sobre este particular, existiendo una corriente doctrinal tendente a considerar al árbitro de emergencia un “tercero imparcial”⁶³³ designado contractualmente y cuya decisión será, dentro de dicha esfera contractual, vinculante para las partes en términos análogos, por una parte, a cualquier cláusula del contrato y por otro lado a una resolución adoptada por el tribunal definitivo o, en su caso, por un órgano jurisdiccional estatal.

Esta atribución de “función jurisdiccional” al árbitro de emergencia, respaldada por reglamentos arbitrales como el de la CCI⁶³⁴, parece en términos generales bastante razonable, si bien, como venimos defendiendo, no es del todo pacífica y ha generado jurisprudencia en uno y otro sentido⁶³⁵.

⁶³¹ Así lo entiende parte de la doctrina: BORDACHAR URRUTIA, R., “Medidas cautelares...”, op. cit., p. 89.

⁶³² VERDÍAS MEZZERA, M.M., “Legge Ferenda...”, op. cit., p. 194.

⁶³³ SANTACROCE, F.G., “The emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision?”, *Arbitration International*, Vol. 31, nº 2, junio de 2015, pp. 283–312, p. 290.

⁶³⁴ Apéndice V, art. 6 insta al árbitro a referirse a su propia jurisdicción.

⁶³⁵ Además de la comentada: En contra: Republic of Congo and the Société Nationale des Pétroles du Congo v. Total Fina Elf. Congo (TEP Congo), 2003. Corte de Apelaciones de París de 29 de abril de 2003; a favor: *JKX Oil & Gas plc, Poltava Gas B.V. and Poltava Petroleum Company JV v. Ukraine, SCC* (arbitraje de inversiones).

4.5. RECONOCIMIENTO DE MEDIDAS DE EMERGENCIA EN DERECHO ESPAÑOL

Por su parte, la Ley de arbitraje española –inspirada por la LMU- en su art. 8 regula la ejecución forzosa de “laudos o resoluciones arbitrales”, haciendo competente para la misma a los juzgados de primera instancia del lugar en que se dictará el acuerdo. Esta redacción elegida por el legislador español ha sido interpretada⁶³⁶ en el sentido de contemplar la ejecución de medidas cautelares, independientemente de su denominación o su contenido, siempre y cuando estas tengan origen en arbitrajes sustanciados -o procedimientos de urgencia- en España.

En todo caso, más allá del farragoso debate teórico, y en términos meramente prácticos, la solicitud de reconocimiento y ejecución de una medida en este contexto se encontraría con el obstáculo evidente de que en el tiempo requerido para su efectiva ejecución muy probablemente esta ya habría sido modificada o sustituida por otra por parte del tribunal “definitivo”, generando una cierta distorsión en el proceso.

Por ello, entendemos se trata de una cuestión de difícil regulación por cuanto que excluir de partida su ejecución no parece razonable, pero dotarla de eficacia fuera del ámbito de actividad del árbitro de emergencia puede resultar igualmente conflictivo en términos de seguridad jurídica y de posibles problemas de litispendencia o de decisiones contradictorias⁶³⁷.

Su naturaleza contractual y su efecto vinculante como pura obligación contractual ofrece asimismo alternativas atractivas en la práctica, por cuanto que podrá considerarse su cumplimiento obligatorio y exigible por las partes en sede arbitral y/o judicial.

Dada su creciente implantación en procedimientos arbitrales devendría interesante, de todos modos, su regulación expresa en el CNY, si bien no osaremos sugerir en qué términos, en aras a ofrecer un mayor grado de seguridad jurídica en una cuestión, como decimos, de capital importancia.

⁶³⁶ MIRÓ GILI, M., “La decisión del «árbitro de emergencia...” op. cit., p. 52.

⁶³⁷ Jurisprudencia citada por FERNÁNDEZ MASÍA, E., “La irrupción del árbitro...”, op. cit., p. 96 respaldan este criterio.

5. MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESTATALES

Aunque recibirá la debida atención a lo largo del estudio, las reflexiones que se puedan suscitar en relación con la potestad de los órganos jurisdiccionales estatales para adoptar medidas cautelares en apoyo de procedimientos arbitrales irán inevitablemente unidas a las normas de Derecho autónomo que rijan los procedimientos arbitrales en los Estados en los que se pretenda la adopción de dichas medidas.

Aunque excede el objeto del presente estudio un exhaustivo estudio comparado de la cuestión, sí que nos detendremos en textos de referencia a nivel de armonización legislativa como, fundamentalmente, la LMU y el RBI-bis -a nivel UE-, o, en menor medida, el Convenio de Ginebra de 1961.

En relación con los textos ajenos a la legislación europea, la LMU, como ya hemos comentado, establece la competencia concurrente de jueces y árbitros para garantizar la tutela cautelar en procedimientos arbitrales, lo que, habida cuenta de la repercusión de dicha Ley Modelo a nivel internacional refleja una general aceptación de esta potestad en la mayoría de las legislaciones.

Por su parte, el Convenio de Ginebra⁶³⁸ -cuya elaboración se proyectó fundamentalmente para funcionar entre Estados europeos- en su art. 6.4 introduce en términos fundamentalmente idénticos la plena vigencia del convenio arbitral ante el recurso a tribunales estatales en busca de tutela cautelar, no atribuyendo sin embargo de manera expresa competencia a dichos tribunales para la adopción de medidas en apoyo de procedimientos arbitrales.

En relación con la legislación europea -en contraste con un instrumento caído en desuso como el Convenio de Ginebra al que hacíamos alusión- veremos de manera extensa de qué manera la jurisprudencia del TJUE –fundamentalmente a través de la sentencia del caso *Van Uden*- matiza la exclusión general de arbitraje del art. 1 del RBI-bis en aras a incluir los procedimientos de apoyo a procedimientos arbitrales dentro del ámbito de aplicación material del texto. En aplicación de dicha jurisprudencia, por tanto, veremos cómo el art. 35 RBI-bis, al que hemos nos hemos dedicado ampliamente en el primer capítulo del presente estudio, permitirá la atribución de competencia igualmente a favor de tribunales arbitrales.

⁶³⁸ Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, en vigor en España desde el 10/08/1975, «BOE» núm. 238, de 4 de octubre de 1975, pp. 20985 a 20988.

En aplicación, igualmente, del Derecho europeo, no podemos obviar la norma que hemos considerado primer gran hito en relación con la armonización de la tutela cautelar a este nivel. La Orden Europea de Retención de Cuentas⁶³⁹ planteará igualmente la exclusión de arbitraje recogida en RBI-bis, deviniendo –sin contar en este caso con pronunciamientos jurisprudenciales expresos- esencial determinar la posibilidad de extender el criterio establecido en dichas resoluciones a la OERC. Veremos que, en todo caso, se trata de una cuestión controvertida.

Aunque exceda, como hemos dicho, de los límites del presente estudio una pormenorizada alusión a cada Derecho nacional sí que pondremos el foco de manera algo más exhaustiva en la legislación española, inspirada por la LMU en la que la competencia de los jueces está fuera de toda duda -art. 17.J-, desde el punto de vista no solo legislativo, sino igualmente consolidado en vía jurisprudencial.

Si bien persistían algunas dudas sobre la aplicabilidad de esta potestad a medidas previas al inicio de las actuaciones por parte del tribunal arbitral -*ante causam*-, el art. 11.3 LArb disipa toda sombra de duda sobre la cuestión. Es, de hecho, la única vía recogida de manera expresa en la LMU y, por extensión, en la legislación española para obtener este tipo de medidas previas, ya que no existe una previsión específica respecto de la obtención de medidas cautelares en procedimientos de emergencia a los que nos hemos referido en su vertiente institucional.

Igualmente, de manera análoga a lo recogido en la LMU, la LArb establece expresamente la compatibilidad entre la adopción de medidas por parte de los árbitros con la plena vigencia del convenio arbitral, con lo que la búsqueda de tutela cautelar en la jurisdicción ordinaria no es considerada una sumisión tácita a dicha jurisdicción.

Esta competencia, se entiende aplicable tanto a arbitrajes españoles como extranjeros, estando la competencia respecto de estos últimos respaldada por numerosos pronunciamientos jurisprudenciales.

⁶³⁹ Cit., DOUE L-189.

II.

MEDIDAS CAUTELARES Y ARBITRAJE EN LA UE

En este punto trataremos de ofrecer una perspectiva completa de la situación del arbitraje en relación con la norma europea de referencia en Derecho internacional privado -RBI-bis- en cuyo proceso de reforma la materia arbitral había recibido una considerable atención, si bien, como veremos, el Reglamento no acabó aportando solución en su última -y vigente- versión a la mayoría de cuestiones controvertidas planteadas en torno a esta cuestión.

El análisis de la evolución del arbitraje en el espacio judicial europeo se encuentra además estrechamente vinculado al objeto del presente estudio, por cuanto que muchos de los aspectos generadores de problemas que surgieron desde la entrada en vigor del CB68 en relación con el arbitraje se refieren en su mayoría a cuestiones relativas a medidas cautelares.

1. ANTECEDENTES

1.1. EXCLUSIÓN DEL ÁRBITRAJE DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA DE DIPR

La simultánea entrada en vigor del TCE⁶⁴⁰ y la firma en bloque por parte de cinco de los seis “Estados fundadores”,⁶⁴¹ del CNY⁶⁴² impulsada por UNCITRAL supone un primer hito destacado en la historia de la relación entre la entonces CE con el arbitraje comercial internacional.

Si bien el art. 220 del Tratado de Roma TCEE⁶⁴³ invitaba a trabajar en pos de un escenario de simplificación de barreras para el reconocimiento de resoluciones arbitrales lo cierto es que ambas realidades hasta la fecha han seguido caminos paralelos en los que las confluencias han sido puntuales y referidas a cuestiones muy concretas.

⁶⁴⁰ Los Tratados de Roma –TCE y Euratom- entraron en vigor el 1 de enero de 1958.

⁶⁴¹ Francia, Países Bajos, Alemania, Luxemburgo y Bélgica. Quedaría fuera Italia.

⁶⁴² Situación actual de la Convención –a fecha de presentación del estudio- disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

⁶⁴³ Artículo 220

Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí a fin de asegurar a favor de sus nacionales:

(...)

- La simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales de los laudos arbitrales.

Como veremos, se trataba, hasta la fecha, de dos materias que convivían en una relativa paz -alterada como decíamos puntualmente por resoluciones del TJUE en relación con la cuestión- por la exclusión general de la materia que se hacía tanto en el CB68 como en RBI, pero que volvió a la palestra durante el proceso de revisión de este último, en los términos que analizaremos a lo largo de las siguientes páginas.

Respecto a las razones que originariamente justificaron la exclusión, debemos remontarnos al Informe Jenard⁶⁴⁴ en el que se concluía la no necesaria articulación de instrumentos relativos al reconocimiento y ejecución de resoluciones arbitrales en el CB68 por existir ya “numerosos acuerdos internacionales que regulan la materia del arbitraje”, apostando ya desde un comienzo por la no interferencia entre textos.

Este criterio marcaba el camino a seguir por el legislador europeo que, habiendo optado expresamente a la hora de elaborar el CB68 -ex. art. 1 e implícitamente a través de la definición de resolución a efectos del CB68 del art. 25- por la exclusión de la materia arbitral, mantuvo la cuestión inalterada en lo sustancial en la redacción del RBI.

En referencia al alcance de la exclusión, el propio Informe Jenard⁶⁴⁵ aclaró la escueta exclusión del articulado -que se limitaba a citarlo como materia excluida- manifestando que el CB68 no era de aplicación ni en lo que se refería al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales ni para determinar la competencia de los tribunales en los litigios relativos a un arbitraje -acciones encaminadas a anular un laudo arbitral, por ejemplo- ni tampoco en lo que se refería al reconocimiento de resoluciones dictadas en relación con tales acciones. Con ello se excluyó la posibilidad de adoptar medidas cautelares en relación con un procedimiento arbitral.

En el citado escenario, las cuestiones atinentes a arbitraje en los Estados miembros quedaban reguladas por el Derecho autónomo de cada Estado, amén de los instrumentos internacionales como el citado CNY o el Convenio de Ginebra de 1961⁶⁴⁶. Las consideraciones respecto de esta forma de proceder del legislador europeo en esta primera etapa son variadas en la doctrina, existiendo voces no muy convencidas con la

⁶⁴⁴ Informe sobre el convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil elaborado por P. Jenard – versión en español-, op. cit., p. 13.

⁶⁴⁵ Ibid., p. 13.

⁶⁴⁶ Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, publicado -instrumento de ratificación- en España: B.O.E., Núm. 238 de 4 octubre 1975.

conveniencia de dicha estrategia⁶⁴⁷ frente a otros que sí vieron en esta una solución “prudente”⁶⁴⁸.

La posición más favorable a la no intromisión de la legislación europea en materia arbitral se fundamentó -en línea con el Informe Jenard- en la enorme complejidad de una materia además ya regulada satisfactoriamente en textos ajenos al CB68, lo que invitaba a la abstención del legislador europeo. A mayor abundamiento, la regulación de la materia arbitral por parte del legislador europeo supondría necesariamente⁶⁴⁹ abordar de forma completa dicha regulación “con las consiguientes dificultades que plantearía la articulación de la normativa resultante con los instrumentos convencionales que obligaban a los Estados parte”.

La situación se mantuvo, en términos generales, pacífica hasta la entrada en la entonces Comunidad Económica Europea del Reino Unido e Irlanda y la inevitable aceptación por parte de los Estados de las posiciones de los Estados basado en el *common law*. Estados cuya postura en relación con el arbitraje fue particularmente beligerante⁶⁵⁰, desde la posición de Londres como uno de los principales centros de resolución de controversias en comercio internacional a nivel mundial -a la espera de la repercusión que el “Brexit” pueda tener sobre este cuestión⁶⁵¹-.

Concretamente, para los Estados de tradición jurídica anglosajona la exclusión del arbitraje del régimen del CB68 se entendía de manera mucho más amplia que para los Estados de tradición jurídica continental. Así, la mera existencia de un convenio arbitral desplazaría a su entender la aplicación del CB-RBI, mientras que el acento fue puesto en el objeto de material de la controversia para los Estados “continentales”.

Dado que las diferentes interpretaciones conducirían a resultados diferentes en la práctica se optó por la no modificación del texto con la entrada en vigor de dichos

⁶⁴⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: cónica de un desencuentro”, *La Ley Unión Europea* Nº9, noviembre 2013, p. 7.

⁶⁴⁸ ARENAS GARCÍA, R., “La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento 44/2001: de *Van Uden* a *West Tankers* y sus consecuencias”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 2, Nº. 2, 2009, pp. 401-428, p. 406.

⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁵⁰ Vid. Informe sobre el convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (firmado en Luxemburgo el 9 de octubre de 1978), cit., p. 202 y ss. (versión en Español DOCE C-189, 28 de julio de 1990).

⁶⁵¹ Sobre este particular vid. ORBEGOZO MIGUEL, X., “Brexit y Derecho Internacional Privado: acuerdos de elección de foro y reactivación de las *antisuit injunctions*”, en ARENAS GARCÍA, R., FERNÁNDEZ AMOR, F. y GÓRRIZ LÓPEZ, C. (eds.), *Regulación de la actividad económica en el ámbito internacional y libertad de establecimiento, Cuestiones societarias, fiscales, de Derecho de la competencia, Derecho privado y arbitraje*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2019.

Estados, ante el compromiso además de los Estados que aun no lo habían hecho de ratificar el CNY, logrando de esta manera al menos un marco general uniforme en relación con las cuestiones de mayor trascendencia práctica, como es la cuestión del reconocimiento y ejecución de laudos y valoración de la validez del convenio arbitral.

1.2. ALCANCE DE LA EXCLUSIÓN DEL ARTÍCULO 1 CB68 y RBI

Aunque esbozada en las líneas precedentes conviene dedicar atención monográfica al alcance de la exclusión que realizaban, en la misma línea, el art. 1 tanto del CB68 como del RBI.

Desde la doctrina se ha puesto de manifiesto la particular naturaleza de la exclusión por cuanto que no se produce una exclusión material en sentido estricto sino que se excluía “la cláusula que daba preferencia a la regulación en materia arbitral sobre el propio Convenio (CB68)”⁶⁵². Teniendo esto en cuenta el principal problema se suscitó en relación con la validez de la cláusula o convenio arbitral, sobre el cual debían pronunciarse los tribunales estatales en virtud de su Derecho nacional y cuya decisión tendría consecuencias relevantes para el desarrollo del litigio por cuanto que determinaría la aplicación al caso de la norma europea.

En caso de considerarse válido el convenio arbitral, operaba la exclusión del art. 1 CB/RBI, dejando la controversia fuera del ámbito de aplicación del texto. En caso contrario, declarado nulo el convenio arbitral, los mecanismos del CB68 mantenían plena vigencia en relación con el asunto con la consiguiente aplicación, entre otras, de las reglas de litispendencia que impedían la iniciación de un procedimiento análogo ante otros tribunales, no así ante tribunales arbitrales, para los que, naturalmente, no operaban las reglas de litispendencia del CB/RBI.

En todo caso, la creación de una doctrina en relación con la materia fue construida, fundamentalmente, a través de las sucesivas resoluciones del Tribunal de Luxemburgo. Resoluciones a las que nos referiremos a continuación.

1.3. PRIMERA APORTACIÓN DEL TJUE, ASUNTO *RICH*⁶⁵³

El análisis de la introducción del arbitraje en la esfera de la legislación europea es tratado por primera vez por el TJUE en el asunto *Rich*⁶⁵⁴, resolución que, además fue

⁶⁵² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El Reglamento Bruselas I...”, op. cit., p. 6.

⁶⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, *Marc Rich & Co. AG v Società Italiana Impianti PA*, C-190/89, *Rich*, ECLI:EU:C:1991:319.

recurrentemente tomada en consideración por sentencias posteriores como tendremos ocasión de comprobar.

Rich

La controversia en este caso gira en torno a una oferta de compra de crudo de Marc Rich a la compañía Impianti. La oferta fue aceptada pero con la inclusión de algunas condiciones igualmente aceptadas por el primero. Entre dichas condiciones destaca la inclusión de un convenio arbitral según el cual cada una de las partes designaría un árbitro y un tercero sería elegido por estos.

Cargado el petróleo el comprador aprecia que el mismo se encuentra deteriorado ante lo que Impianti demanda –ante órganos jurisdiccionales italianos- para que se declarase que no existía responsabilidad por su parte. Rich invocó el convenio arbitral, en virtud de la cual el tribunal italiano no era competente e inició el arbitraje convenido en Londres.

La *High Court* de Londres emitió entonces una resolución autorizando que el escrito de interposición de la demanda se notificase a Impianti en Italia, ante lo que este solicitó la anulación de dicha autorización alegando que “el verdadero litigio entre las partes estaba vinculado a la cuestión de determinar si el contrato de referencia contenía o no una cláusula arbitral”, por encontrarse el litigio, a su entender, incluido en el ámbito de aplicación del CB68. Rich, por el contrario, sostenía que debía operar la exclusión de arbitraje del artículo 1 CB68, criterio compartido por la *High Court*.

Se interpuso recurso de apelación ante el cual la *Court of Appeal* planteó tres cuestiones prejudiciales de las que nos interesa destacar particularmente la primera⁶⁵⁵:

“1) ¿Se aplica la excepción del punto 4 del art. 1 del Convenio

a) a cualquier litigio o proceso y, en caso afirmativo,

b) a los litigios o procesos en los que se discute si existe o no una cláusula arbitral?”

⁶⁵⁴ Comentario de sentencia: HARTLEY, T. C., *International Commercial...*, op. cit., p. 259; MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries...*, op. cit., p. 78.

⁶⁵⁵ Sentencia *Rich*, párrafo 9.

Se trataba por tanto de determinar la aplicación de la excepción de arbitraje a un litigio como el suscitado con la designación de un árbitro en el que surge la cuestión de la validez del convenio arbitral.

El Tribunal consideró que la medida de designación del árbitro es “una medida estatal destinada a aplicar un procedimiento de arbitraje”, resultando por ende materialmente una cuestión a la que era aplicable la exclusión del art. 1 CB68.

Respecto de la existencia o validez del convenio arbitral el criterio es idéntico. Dado que hemos defendido que el objeto del litigio era materialmente ajeno al CB68, el mismo tratamiento deberían recibir las cuestiones previas como la que se suscitaba en esta ocasión. El Tribunal añadió además a este respecto que “resultaría contrario al principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los objetivos del Convenio el que la aplicabilidad de la exclusión prevista en el punto 4 del párrafo segundo del art. 1 dependiese de la existencia de una cuestión previa, que las partes pueden plantear en cualquier momento”.

Con esta primera aproximación jurisprudencial el TJUE realizó una exclusión casi total del arbitraje del ámbito de aplicación del CB68, manteniendo el criterio establecido en los informes a los que hemos hecho alusión en las consideraciones introductorias. Años más tarde, con la sentencia *Van Uden* se matizaron algunas cuestiones en los siguientes términos.

1.4. TJUE Y *VAN UDEN* - MEDIDAS CAUTELARES EN APOYO DE UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Volvemos en este punto sobre una resolución a la que nos hemos referido recurrentemente en el capítulo I⁶⁵⁶ del presente estudio en relación con su influencia en el ámbito de aplicación del art. 24CB/31RBI/35RBI-bis.

Debemos detenernos ahora en cuestiones que en el análisis previo resultaban secundarias, todas las relacionadas con la relación entre las medidas cautelares adoptadas en apoyo de procedimientos arbitrales extranjeros en el contexto de aplicación del CB68 y, por extensión, de sus sucesores.

⁶⁵⁶ Vid. pp. 72 y ss.

Brevemente, recordemos que en *Van Uden*, el litigio versa en torno al contrato de fletamento⁶⁵⁷ firmado entre las compañías *Van Uden* y *Deco Line*, surgiendo la controversia a raíz de un impago de esta última. El procedimiento iniciado por *Van Uden* será el procedimiento arbitral expresamente acordado en el contrato, en paralelo al cual -ante la demora de la demandada para designar árbitros- esta insta ante los tribunales de Rotterdam la adopción de medidas cautelares para obtener el cobro anticipado –*kort geding*- de determinados créditos. Ya en fase de casación el *Hoge Raad der Nederlanden* planteó una serie de cuestiones prejudiciales de entre las cuales debemos quedarnos con aquella que cuestiona al TJUE la incidencia que tiene el hecho de que la controversia sobre el fondo esté sometida válidamente a arbitraje.

No pudiendo atribuírsele competencia cautelar sobre la base de su competencia sobre el fondo –que, recordemos, habilita al tribunal que la ostenta a adoptar medidas cautelares de manera prácticamente ilimitada-, por la existencia de la cláusula arbitral precisamente, la única vía sería la del art. 24 CB68 –art. 35 RBI-bis-.

Se trata, por tanto, de determinar si la literalidad de dicho artículo, que indica que podrán solicitarse medidas cautelares en un Estado miembro “incluso si, en virtud del presente Convenio, fueran competentes para conocer del fondo los tribunales de otro Estado contratante”, debe entenderse en el sentido de considerar que la alusión a “los tribunales de otro Estado contratante” puede referirse a un tribunal arbitral, lo que parece contradecir, a priori, la literalidad del precepto.

El TJUE afirma con contundencia que “cuando las partes han sustraído válidamente un litigio derivado de un contrato, a la competencia de los tribunales estatales para atribuirlo a un órgano arbitral, no existe, en el sentido del Convenio, tribunal estatal competente para conocer del fondo del litigio”⁶⁵⁸.

Esta “asunción de que de la cláusula compromisoria se deriva de una forma automática la incompetencia de los órganos jurisdiccionales estatales”⁶⁵⁹, que condicionará significativamente la postura del tribunal en la sentencia *Allianz* a la que nos referiremos a continuación, no es obstáculo para que en este caso concreto el TJUE considere aplicable el art. 24 CB68 a pesar de la aparente contradicción con la literalidad del mismo.

⁶⁵⁷ Concretamente se trataba de una submodalidad de contrato de fletamento denominado “*slot/space charter agreement*” por el cual el porteador pone a disposición del cargador un determinado espacio de carga en el buque.

⁶⁵⁸ Sentencia *Van Uden*, cit., párrafo 24.

⁶⁵⁹ ARENAS GARCÍA, R., “La inclusión...”, op. cit. p. 7.

Esta conclusión se apoya en la idea de que dado que el objeto del litigio se encuentra comprendido dentro del ámbito de aplicación del CB68 el Tribunal considera que el art. 24 habilita al tribunal a adoptar medidas cautelares en las citadas circunstancias por cuanto que “el objetivo de las medidas provisionales no es aplicar un procedimiento arbitral”⁶⁶⁰ sino que son medidas paralelas en apoyo del mismo.

Las condiciones para la aceptación de dicha competencia por parte del tribunal estatal en cuestión han sido resumidas en las siguientes cuestiones fundamentales⁶⁶¹:

a- En línea con la argumentación del TJUE en la sentencia del caso *Van Uden*, debe verificarse que la naturaleza de los derechos afectados por la medida cautelar estén incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento⁶⁶².

b- Debe tenerse en cuenta el ámbito de aplicación territorial del Reglamento, que limita los casos a supuestos en los que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro.

c- La competencia del árbitro deberá corresponderse con la competencia de los jueces de algún Estado miembro para conocer sobre el fondo en virtud de las normas de competencia judicial internacional previstas en el título II del Reglamento.

d- Debe verificarse la conexión real entre el objeto de la medida y el tribunal del Estado que adopte la medida.

e- Garantizar la provisionalidad de la misma.

Cumplidos estos requisitos podemos entender que -de forma clara y pacíficamente aceptada hasta la entrada en vigor del RBI-bis- se daba por buena la adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje, con la salvedad que veremos a continuación en relación con las *anti-suit injunctions*, cuyas particulares características las hacen incompatibles con los principios del Reglamento.

A través de esta resolución, en definitiva, el TJUE admite la posibilidad de sustanciación de un procedimiento paralelo, en este caso cautelar, cuando la controversia principal ha sido sometida a arbitraje. Esta aportación constituye un hito en la relación arbitraje-RBI por cuanto que supone “el inicio de una penetración del arbitraje en el territorio del Sistema Bruselas I”⁶⁶³ que fue contemplada en un sentido más negativo por algunos autores que la consideraron la “muestra (...) de una tendencia

⁶⁶⁰ Sentencia *Van Uden*, cit., párrafo 33.

⁶⁶¹ GÓMEZ JENÉ, M., “Arbitraje, medidas cautelares y Reglamento Bruselas I”, *La Ley Unión Europea*, 31 de marzo de 2011, pp. 6-10, p. 8.

⁶⁶² Sentencia *Van Uden*, cit., apartado 33; Sentencia *Reichert*, cit., ap. 32.

⁶⁶³ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El Reglamento Bruselas I...”, op. cit., p. 9.

a la ocupación del territorio arbitral por el Convenio de Bruselas”⁶⁶⁴, cuando no directamente una “*pénétration insidieuse du droit européen dans le champ de l’arbitrage*”⁶⁶⁵.

1.5. LAS *ANTISUIT INJUNCTIONS* Y EL ARBITRAJE EN LA UE: EL ASUNTO *ALLIANZ*⁶⁶⁶⁶⁶⁷

La citada “*pénétration*” siguió su curso de la mano, nuevamente, del TJUE, que en su resolución relativa al asunto *Allianz* abordaba una cuestión similar a la de *Van Uden* por cuanto que se refirió nuevamente a una medida cautelar, si bien en este caso se trataba de una medida de naturaleza peculiar, como es una medida anti proceso -*anti suit injunction*-.

Al referirnos a una *anti-suit injunction* nos encontramos ante una figura típica del *common law* que, fundamentalmente, busca paralizar un procedimiento iniciado ante otro tribunal pudiendo fundamentarse en dos razones.

Por un lado, puede considerarse que el requerido por la misma está llevando a cabo un comportamiento “*vexatious*” u “*oppressive*” -que tradicionalmente es traducido como “abusivo” o, por otro lado, podemos encontrarnos ante una situación en la que se alega que el requerido ha actuado al margen de un acuerdo de elección de foro. Este último supuesto, denominado “*obligation based anti-suit injunction*” es al que se refiere el presente procedimiento.

En todo caso se trata de una medida de extraordinaria eficacia dentro del ámbito de aplicación de la *injunction* por cuanto que las consecuencias para el aludido por la medida puede trascender de lo meramente patrimonial, llegando incluso a tener consecuencias penales.

⁶⁶⁴ ARENAS GARCÍA, R., “La inclusión progresiva...”, op. cit., p. 9.

⁶⁶⁵ MENÉTREY, S. y RACINE, J.B. en GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...*, op. cit., p. 17.

⁶⁶⁶ Erróneamente referenciada como “*West Tankers*”, se trata de la STJUE de 10 de febrero de 2009, asunto C-185/07, *Allianz*, EU:C:2009:69. Vid comentario de sentencia: REQUEJO ISIDRO, M., *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXI 2009, pp. 186-189; ARENAS GARCÍA, R., “La inclusión progresiva...”, op. cit.;

⁶⁶⁷ Ver también, *National Navigation Co. c. Endesa Generación S.A.* Court of Appeal [2009] EWCA Civ 1397, (*The Wadi Sudr*), En este asunto, denominado en ocasiones “*West Tankers II*” –si bien debería ser, en su caso, *Allianz II*- se da una resolución, en este caso, nacional pero en el mismo sentido de la resolución del TJUE de 2012 por lo que es recogida en diferentes fuentes doctrinales como complemento a esta última. En dicho caso la Court of Appeal británica reconoció una resolución de tribunales españoles dictada desoyendo un convenio arbitral que dirigía la controversia a una corte arbitral de Londres.

Conviene recordar en este punto que si bien la plasmación de la incompatibilidad de estas medidas con el RBI en un contexto de arbitraje internacional vino de la mano de la sentencia *Allianz*, sobre la que volveremos a continuación, debemos detenernos, siquiera someramente, en otro asunto sobre el que se cimienta la jurisprudencia europea contraria a aceptar las *anti suit injunctions* en el Derecho internacional privado armonizado europeo. Nos estamos refiriendo al asunto *Turner*⁶⁶⁸.

Turner

En *Turner* se trata de dirimir la compatibilidad con el CB68 de una *anti-suit injunction* solicitada por el Señor Turner ante la *High Court of Justice (England & Wales)* para evitar que la contraparte, bajo apercibimiento de sanción, prosiguiera un procedimiento judicial iniciado en España. La orden fue recurrida ante la *House of Lords* alegando que los órganos jurisdiccionales ingleses no están facultados para dictar este tipo de órdenes en relación con Estados parte del CB68.

El Tribunal concluyó que el CB68 debía “interpretarse en el sentido de que se opone a que se dicte una orden conminatoria mediante la cual un órgano jurisdiccional de un Estado contratante prohíba a una parte en el procedimiento en curso ante él iniciar o proseguir un procedimiento judicial –anti suit injunction- ante un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante, aun cuando dicha parte actúe de mala fe con la intención de obstaculizar el procedimiento en curso.”

Todo ello con el argumento fundamental de que dichas medidas limitan la aplicación de las normas de competencia del CB68 e “implicando una valoración de la pertinencia de la incoación de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro” atentan directamente contra el principio de confianza mutua que “constituye la base del Convenio”.

⁶⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 27 de abril de 2004, C-159/02, *Turner*, ECLI:EU:C:2004:228.

A propósito de la resolución, en tono fundamentalmente crítico, vid.: REQUEJO ISIDRO, M., “Medidas antiproceso: Turner v. Grovit, final discutible de un debate”, *La Ley*, 2004, vol. 3, pp. 1997-2001; KRUGER, T., “The Anti-Suit Injunction in the European Judicial Space: Turner v. Grovit”. *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 53, 2004, 1030-1040; HARTLEY, T. C., *International Commercial Litigation...*, op. cit. p. 250; ELVIRA BENAYAS, 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*, nº. 9, junio 2005.

Esta resolución aclaraba la situación de incertidumbre⁶⁶⁹ en relación con esta figura tras la incorporación de los países de tradición legal anglosajona en el sistema del CB68 y que tenía visos de plasmarse en otra institución tan vinculada al Reino Unido como es el arbitraje. En este contexto surgió la controversia del siguiente asunto en relación, en este caso, con el arbitraje.

Allianz

En *Allianz* la controversia principal se refiere a los daños provocados por un buque propiedad de *West Tankers* al colisionar contra un embarcadero en el puerto de Siracusa (Italia). El contrato de fletamento, que incorporaba una cláusula arbitral, remitía a resolver la controversia mediante un procedimiento arbitral en Londres.

La parte perjudicada -*Erg*- solicitó a las compañías aseguradoras la indemnización hasta el límite de su póliza y por el resto inició en procedimiento arbitral correspondiente en Londres de acuerdo con la cláusula arbitral. Las aseguradoras, por su parte, tras pagar a *Erg* la cantidad convenida en la póliza se dirigieron contra *West Tankers* ante los tribunales de Siracusa tratando de recobrar dichos importes, subrogándose en los derechos de su asegurada. Ante dicha demanda *West Tankers* alegó incompetencia del tribunal italiano basando dicha incompetencia en la cláusula arbitral. Asimismo, y paralelamente a esta declinatoria de jurisdicción solicitaba una *antisuit injunction* ante la *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court)* del Reino Unido tratando igualmente de paralizar el procedimiento ante los tribunales italianos⁶⁷⁰.

La medida fue adoptada por el tribunal inglés y recurrida por ser contraria al RBI. No obstante dicho tribunal, admitiendo la incompatibilidad entre las *anti suit injunctions* y el RBI en los casos en los que existe otro tribunal estatal competente, no considera que pueda aplicarse esta restricción cuando el competente no es un órgano jurisdiccional estatal sino un tribunal arbitral, por estar el arbitraje excluido del ámbito de aplicación del Reglamento.

⁶⁶⁹ ELVIRA BENAYAS, M.J., “¿Existe alguna posibilidad...”, op. cit., p. 32.

⁶⁷⁰ Debe recordarse en este punto que la medida anti proceso es una medida peculiar, por cuanto que se trata de una medida *in personam* dirigida a los demandantes en el proceso iniciado en Italia, por lo que se pretende, bajo amenaza de *condemn of court* la paralización de las actuaciones en el tribunal incompetente a juicio del solicitante de la medida.

Refiriéndose a *Van Uden* recuerda el tribunal que “la sentencia *Van Uden* puntualizó que el arbitraje es objeto de un procedimiento cuando el objetivo de éste consiste en salvaguardar el derecho a resolver el litigio mediante arbitraje, lo cual ocurre en el litigio principal”⁶⁷¹.

Surgida la controversia al respecto, el Tribunal inglés decidió por poner en manos del TJUE la cuestión planteando la siguiente cuestión prejudicial: “¿Es compatible con el Reglamento (CE) n° 44/2001 que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adopte una resolución por la que se prohíbe a una persona iniciar o proseguir un procedimiento judicial en otro Estado miembro, basándose en que tal procedimiento infringe un convenio arbitral?”

La respuesta del TJUE resultó tremendamente pedagógica y clarificadora. Recuerda dicho tribunal que, efectivamente, la inclusión de una materia en el ámbito de aplicación del Reglamento “viene determinada por la naturaleza de los derechos cuya salvaguardia garantiza el procedimiento de que se trate”⁶⁷², aludiendo al criterio material al que hacíamos referencia sobre todo en *Van Uden*.

Si aceptamos que el procedimiento al que se refiere la cuestión no puede entenderse comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento, el TJUE señala otra cuestión a tener en cuenta, que, además de aunque un procedimiento no esté comprendido en el ámbito de aplicación del RBI puede tener consecuencias contrarias a su efecto útil, “impidiendo que se cumplan los objetivos inherentes de las normas de conflicto de los órganos jurisdiccionales en materia civil y mercantil y de la libre circulación de las resoluciones”⁶⁷³. Debía valorarse si en el caso concreto se impedía que un tribunal de un Estado miembro ejerciera las competencias que le atribuye el Reglamento.

Sobre la base del punto 35 del Informe relativo a la adhesión de la República Helénica al Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia

⁶⁷¹ Sentencia *Allianz* párrafo 15 (versión en español).

⁶⁷² *Ibid.* párrafo 22.

⁶⁷³ *Ibid.* párrafo 24.

civil y mercantil⁶⁷⁴ cabe considerar, recuerda el Tribunal, como propio del CB68 “el control incidental de la validez del acuerdo de arbitraje solicitado por una de las partes con vistas a cuestionar la competencia internacional del órgano jurisdiccional ante el que se le demanda en virtud de dicho convenio”⁶⁷⁵.

Si damos por hecho que la excepción de incompetencia presentada en paralelo a la medida anti proceso ante los tribunales de Siracusa, con base en el convenio arbitral, se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento, considera el Tribunal que el impedir el ejercicio de dicha competencia mediante la medida solicitada ante los tribunales ingleses “equivale necesariamente a arrebatarse la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia en virtud del Reglamento nº 44/2001”⁶⁷⁶.

El TJUE se basó en su jurisprudencia previa⁶⁷⁷ -mención aparte merece la sentencia del asunto *Turner* a la que la abogada general en *Allianz* hará numerosas alusiones- para afirmar que “un órgano jurisdiccional de un Estado miembro no está en ningún caso en mejores condiciones para pronunciarse sobre la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro”⁶⁷⁸, contraviniéndose además la confianza mutua, elemento esencial sobre el que se sustenta el sistema competencial del Reglamento.

Por todo ello el Tribunal concluye que “la adopción, por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de una orden conminatoria cuyo objeto consiste en prohibir a una persona entablar o proseguir un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro, por considerar que tal procedimiento es contrario a un convenio arbitral, es incompatible con el Reglamento nº 44/2001.”

En definitiva, al afirmar que la medida anti proceso en auxilio de un procedimiento arbitral es contraria al RBI el TJUE está admitiendo la aplicabilidad de dicho texto a la

⁶⁷⁴ DO 1972, L 299, p. 32; en lo sucesivo, presentado por los Sres. Evrigenis y Kerameus (DO 1986, C-298, p. 1; versión en español en DO 1990, C-189, p. 257.

⁶⁷⁵ Sentencia *Allianz*, párrafo 26.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, párrafo 29.

⁶⁷⁷ Asuntos *Gasser*, cit., apartados 48 y 49; asunto *Overseas Union Insurance Limited y otros* -STJUE (Sala Sexta) de 27 de junio de 1991, C-351/89, ECLI:EU:C:1991:279-, apartado 24; y *Turner* - STJUE (Pleno) de 27 de abril de 2004, C-159/02, ECLI:EU:C:2004:228, apartado 26.

⁶⁷⁸ Sentencia *Allianz* párrafo 29.

cuestión, a pesar de la aseveración del propio tribunal en el sentido de considerar que el procedimiento arbitral iniciado en Inglaterra queda fuera del ámbito de aplicación del Reglamento. Excluye por tanto el procedimiento paralelo o auxiliar de solicitud de la medida cautelar de la exclusión, valga la redundancia, de arbitraje del art. 1.

Podemos cuestionar en este punto si se trata de una resolución apoyada en el criterio por el que se regía el TJUE en *Van Uden*, así lo entiende parte de la doctrina⁶⁷⁹, si bien otras voces⁶⁸⁰ consideran que aceptar la posibilidad de dejar sin efecto un convenio arbitral mediante la iniciación de un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales estatales de un Estado miembro –lo que supone de facto dejar sin efecto la cláusula arbitral- se actúa, precisamente, en contra del criterio establecido en dicha sentencia.

Con todo, gran parte de la argumentación del TJUE supone la adaptación al caso de la sentencia *Turner*, en línea con las conclusiones del Abogado General⁶⁸¹. Esta última, refiriéndose a la jurisprudencia europea en dicho asunto recuerda el principio general que rige la situación de las *antisuit injunctions* en el contexto de aplicación del CB68/RBI, siendo incontrovertible la afirmación de que se trata de figuras que en ningún caso pueden coexistir por la improcedencia de que un tribunal de un Estado miembro invada la esfera competencial de otro en otro Estado miembro, todo ello basado en la confianza mutua como pilar fundamental del CB68/RBI.

Asentado este criterio en su vertiente de jurisdicción estatal⁶⁸², corresponde situar la jurisprudencia de *Turner* en la esfera arbitral. En este caso, y redundando en la idea de confianza mutua, recuerda la abogado en una interpretación compartida por el TJUE, que “una vulneración del principio de confianza mutua, en el que se basó de manera determinante el Tribunal de Justicia en la sentencia *Turner*, tampoco exige que tanto el procedimiento dirigido a que se dicte una orden conminatoria como el procedimiento que se pretende impedir con ésta estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Reglamento”⁶⁸³.

⁶⁷⁹ ARENAS GARCÍA, R., “La inclusión progresiva...”, op. cit., p. 9.

⁶⁸⁰ Vid. DUTSON, S. y HOWARTH, M., “After West Tankers – Rise of the <<Foreign Torpedo>>?”, *Arbitration*, N° 75, 2009, pp. 334-338.

⁶⁸¹ Conclusiones de la abogada general Sra. Juliane Kokott presentadas el 4 de septiembre de 2008 1(1) Asunto C-185/07, comentadas en: REQUEJO ISIDRO, M., “*West Tankers*: the Advocate General’s opinion”, *European Legal Forum*, 2008, n° 5, pp. 250-256.

⁶⁸² Se trata de una cuestión “resuelta –y bien resuelta- por el TJUE según GÓMEZ JENÉ, M., “*Anti-suit injunction en forma de laudo arbitral (a propósito de la sentencia Gazprom del TJUE)*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, N° 2, pp. 440-447, p. 443.

⁶⁸³ Conclusiones del Abogado General en *Allianz*, párrafo 34.

Esta extrapolación de los criterios de *Turner*, sin embargo, no fue vista con buenos ojos por algunos autores⁶⁸⁴ que inciden en una diferencia fundamental que hace inaplicable el mismo criterio a ambas controversias. Efectivamente, a diferencia de *Turner*, la cuestión en *Allianz* gira en torno a un *antisuit injunction* relativa a un convenio arbitral.

Es más, algunos autores⁶⁸⁵ cuestionaban la propia naturaleza de la doctrina de la confianza mutua señalando que la misma pasa por alto las diferencias entre los diferentes sistemas de Derechos procesal civil de los Estados miembros, planteándose “*Why should the English court “trust” that the foreign court, potentially applying its own national laws and procedural rules, will ultimately refer the matter to arbitration?*”. Se trata de una postura difícil de compartir dada la general aceptación del principio de confianza mutua como uno de los pilares de la armonización del DIPr en la UE.

A. Consideraciones respecto de la validez del convenio arbitral

Igualmente controvertida resultan las consideraciones del Tribunal respecto de la aplicabilidad del Reglamento, no solo a propia competencia de los tribunales de Siracusa, sino también a la competencia para conocer de la cuestión relativa a la validez del convenio arbitral. En su resolución, recordemos, el TJUE establece la competencia exclusiva de los tribunales italianos en los siguientes términos⁶⁸⁶: “corresponde exclusivamente a dicho órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la referida excepción y sobre su propia competencia”.

Este criterio del Tribunal sería tachado, sin embargo, de “inadmisible” por determinados autores⁶⁸⁷ en referencia a la extensión competencial a cuestiones incidentales como en el caso que nos ocupa que manifiestamente caen fuera del ámbito de aplicación del instrumento europeo, contraviniendo el principio de *kompetenz-kompetenz* que, en ningún caso, entienden dichos autores, podría ser perturbado,

⁶⁸⁴ ARENAS GARCÍA, R., “La inclusión progresiva...”, op. cit., p. 3.; REQUEJO ISIDRO, M., Comentario de sentencia STJUE de 10 de febrero..., op. cit. p. 272;

⁶⁸⁵ DUTSON, S. y HOWARTH, M., “After West Tankers: rise of the foreign torpedo?”, *Arbitration*, nº 75, 2009, p. 339.

⁶⁸⁶ Sentencia *Allianz*, punto 27.

⁶⁸⁷ ARENAS GARCÍA, R., “La inclusión progresiva...”, op. cit., p. 12; DUTSON, S. y HOWARTH, M., “After West Tankers...”, op. cit., pp. 338-339; NUYTS, A. (Coord.). *Actualités en Droit international...*, op. cit., p. 111.

precisamente, por un texto que expresamente excluye el arbitraje de su ámbito de aplicación.

Asimismo, dado que la extensión del criterio no queda delimitada por el TJUE no podría preverse hasta qué punto podrán acogerse situaciones variopintas bajo el “paraguas” de las cuestiones incidentales,

En todo caso, la solución que plantea el Tribunal de Justicia no puede, por su indefinición, venir de la mano de la aplicación literal del art. 1.2.d RBI por lo que la Abogado General recurre a interpretaciones del mismo -cita el informe Jenard⁶⁸⁸- y a la jurisprudencia del propio TJUE. Recurre, además de la citada *Van Uden*, a la sentencia del asunto *Rich*, en la que se producía una distinción entre el objeto del procedimiento y las cuestiones previas -en ese caso la designación de árbitros-. En esta línea, concluye la Abogado, la valoración de la cláusula de arbitraje, como cuestión previa, será llevada a cabo por el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda en el marco del examen de su competencia, siendo compatible con el CNY que un tribunal competente para conocer del objeto del litigio en virtud del RBI examine por sí mismo la cuestión previa relativa a la existencia y el alcance del convenio arbitral.

Así las cosas, y puesto que no puede impedirse a la parte que no se considera vinculada por la cláusula de arbitraje acudir a los tribunales competentes en virtud de las disposiciones del Reglamento, podría darse la circunstancia de que, si se prohibiera al tribunal pronunciarse sobre las citadas cuestiones previas, la alegación del acuerdo de sometimiento a arbitraje podría bastar para que una de las partes se sustrajera del procedimiento, impidiendo por ende al demandante dirigirse a un órgano jurisdiccional estatal, subvirtiéndose con ello la tutela judicial efectiva y el efecto útil del Reglamento.

B. La doctrina del efecto útil

La manera que encuentra el tribunal para, basándose en *Turner*, ofrecer la respuesta opuesta es a través de la denominada doctrina del “efecto útil” a la que hace alusión la sentencia en su párrafo 24 y que constituye a todas luces una de las aportaciones fundamentales de la sentencia.

24. “Aunque un procedimiento no esté comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001, puede, tener consecuencias contrarias a su efecto útil” (...) impidiendo que se cumplan los objetivos

⁶⁸⁸ Cit. cita 15.

inherentes de las normas de conflicto de los órganos jurisdiccionales en materia civil y mercantil y de la libre circulación de las resoluciones en esta misma materia. Así sucede, en particular, cuando tal procedimiento impide que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro ejerza las competencias que tiene atribuidas en virtud del Reglamento nº 44/2001”.

En virtud de esta consideración el Tribunal considera que el hecho de que se produzca un resultado contrario al efecto útil del Reglamento supone a su vez atraer cuestiones materialmente ajenas al Reglamento a su ámbito de aplicación⁶⁸⁹.

En definitiva, basándose en que el procedimiento seguido ante los tribunales italianos entra en el ámbito de aplicación del Reglamento se establece la incompatibilidad de la medida *anti-suit* con dicho texto por cuanto impide “que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro ejerza las competencias que tiene atribuidas en virtud del Reglamento”.

La lectura de lo antedicho nos conduce a la siguiente conclusión. A juicio del TJUE lo que determinará que nos encontremos, o no, ante “materia arbitral” será la consideración que el tribunal potencialmente competente sobre el fondo -como considera al tribunal italiano en este caso- haga sobre la validez del convenio arbitral, siempre y cuando esta haya sido formulada como cuestión previa.

Con todo, los argumentos esgrimidos en apoyo a esta doctrina del efecto útil recibieron numerosas críticas por parte de algunos autores por la extensión que se hace del mismo refiriéndose a argumentos vagos y generales sin realizar un pormenorizado análisis de las circunstancias del caso⁶⁹⁰.

En esta misma línea, la posibilidad de que el Tribunal se pronuncie sobre la validez de la cláusula, por mucho que sea planteada a modo de cuestión incidental, fue recibida con recelo por algunos autores⁶⁹¹ poniendo de manifiesto igualmente la escasa argumentación o fundamentación con la que respalda semejante afirmación que, naturalmente, genera interferencias con el CNY.

⁶⁸⁹ Se trata, conviene tenerlo presente, de un criterio jurisprudencial con algunos antecedentes. Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de mayo de 1990, *Hagen*, C- 365/88, ECLI:EU:C:1990:203; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 4ª) de 15 de noviembre de 1983, *Duijnste* C- 288/82, ECLI:EU:C:1983:326.

⁶⁹⁰ ARENAS GARCÍA, R., “La inclusión progresiva...”, op. cit., pp. 14 y siguientes pone en cuestión la utilización de la doctrina del efecto útil al caso concreto de *Allianz*.

⁶⁹¹ REQUEJO ISIDRO, M., Comentario de sentencia: STJUE de 10 de febrero..., op. cit. p. 273.

Recordemos que, de acuerdo con el art. II.3 del Convenio “El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”, siendo, en virtud del principio de *kompetenz-kompetenz* facultad de los propios árbitros determinar su competencia.

A este respecto las alusiones que el TJUE hace⁶⁹² en relación con las *anti-suit injunctions*, considerándolas poco menos que una estrategia en sí mismas para eludir las normas del Reglamento, son igualmente criticables⁶⁹³ dado que “si de estrategias hablamos, la orden *antisuit* también sirve para evitar una estrategia, pero en el sentido opuesto al que preocupa al TJCE”, sirviendo precisamente esta medida para evitar que se eludan acuerdos de elección de foro válidamente acordados por las partes, lo que supone una muestra más de la aversión que generan este tipo de medidas ante el Tribunal de Luxemburgo.

En esta misma línea esta sentencia ha sido considerada un ataque en toda regla al arbitraje por la facilidad con la que puede utilizarse la técnica del “torpedo italiano” para paralizar un procedimiento arbitral. Con los argumentos esgrimidos en *Allianz*, el TJUE pasa por alto el carácter siempre y en todo caso prioritario que debe darse a los acuerdos de elección de foro⁶⁹⁴ que en este caso suponen el expreso deseo de las partes de excluir a los tribunales estatales para conocer de la controversia surgida entre los mismos. Resulta llamativo desde luego el hecho de que reciba mayor protección la parte que inicia un procedimiento ignorando el convenio arbitral que aquel que pretende que el mismo sea respetado -a través de la *antisuit injunction*-.

Gasser y el torpedo italiano

Con *Allianz* se trasladada al arbitraje la cuestión del años antes bautizado como “torpedo italiano”, término surgido a partir de la sentencia del TJUE en el asunto *Gasser*⁶⁹⁵ relativo a un acuerdo de elección de foro, en este caso, designando un órgano jurisdiccional estatal.

GASSER

⁶⁹² Sentencia *Allianz*, cit., punto 31.

⁶⁹³ REQUEJO ISIDRO, M., Comentario de sentencia: STJUE de 10 de febrero..., op. cit. p. 274

⁶⁹⁴ DUTSON, S. y HOWARTH, M., “After West Tankers: rise of the foreign torpedo?”, *Arbitration*, nº 75, 2009, pp. 334-348, p. 338.

⁶⁹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 9 de diciembre de 2003, *Gasser*, C-116/02, EU:C:2003:657.

En dicho caso, que enfrentaba a una compañía italiana (MISAT) con una compañía austriaca (Gasser), la primera entabló una demanda contra la segunda ante los tribunales italianos contraviniendo el acuerdo de elección de foro que existía a favor de los tribunales austriacos, consciente el demandante de la extraordinaria lentitud de los procesos en Italia y buscando precisamente esa demora –de ahí la denominación de esta maniobra como “torpedo italiano”–, con el consiguiente incremento de gastos, y molestias, para el demandado. Después de entablada la primera acción Gasser trató de hacer valer el acuerdo ante los tribunales austriacos, encontrándose con la oposición del TJUE en aplicación del artículo 21 RBI cuya estrictamente cronológica regla de litispendencia consagraba el principio de *prior in tempore, potior in iure* que en este caso daba como resultado una solución manifiestamente desafortunada, si bien ajustada al texto del RBI vigente, inflexible respecto de esta cuestión.

Las consecuencias de la sentencia fueron tenidas en cuenta por la propia Comisión Europea a la en su propuesta de nuevo Reglamento –en línea con lo sugerido por el Parlamento Europeo en su Informe sobre la aplicación y revisión del RBI⁶⁹⁶ o el Libro Verde sobre la revisión del RBI⁶⁹⁷- y concluyó con un nuevo texto en el que el reforzamiento de los acuerdos de elección de foro es uno de los objetivos fundamentales.

Para lograr dicho objetivo el legislador optó por introducir el nuevo artículo 31.2, cuyo tenor literal establece la obligación, una vez presentada la demanda ante el tribunal designado por las partes, de suspender el procedimiento a todo tribunal diferente de este que estuviera conociendo del mismo asunto hasta que el tribunal designado decidiese sobre su competencia. Declarándose este competente los demás tribunales deberán abstenerse en dicho asunto. Mediante este precepto parece eliminarse, al

⁶⁹⁶ Informe sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, 2009/2140(INI), en sus epígrafes 12 y 13 señala la importancia de solucionar la problemática derivada de las acciones torpedo liberando “al tribunal designado en un acuerdo de elección de foro de su obligación de suspender el procedimiento con arreglo a la excepción de litispendencia”.

⁶⁹⁷ Libro Verde sobre la revisión del reglamento (ce) n° 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM(2009) 175 final, pp. 5-6.

menos a primera vista, el riesgo de que alguna de las partes pueda recurrir al citado “torpedo italiano”.

La existencia, no obstante, de diferentes aproximaciones en relación con el nivel de exhaustividad con el que el tribunal no elegido, llamado a suspender el procedimiento, debe examinar la existencia y validez del acuerdo abre la puerta, siquiera potencialmente, al mantenimiento de un cierto riesgo de pervivencia del “torpedo”.

Ante la falta de determinación por parte del RBI-bis de lo exigible por parte del tribunal no elegido para declinar o suspender su competencia, nada impide, técnicamente⁶⁹⁸, que el tribunal no elegido rechace renunciar a su competencia por considerar que, dentro del nivel de intervención que finalmente ejerza, no existe evidencia suficiente del cumplimiento de lo establecido en el artículo 31.2 y emita una resolución que podría –no existe previsión de lo contrario en el Reglamento-circular dentro de la Unión, debiendo ser reconocida incluso en el Estado designado en la cláusula. Esta paradójica consecuencia, que puede extraerse de la sentencia del caso *Gothaer*⁶⁹⁹, supondría en la práctica la subsistencia de la *torpedo action* al amparo del nuevo RBI-bis, así lo entiende parte de la doctrina europea⁷⁰⁰.

Conviene por tanto, en ausencia de una norma que esclarezca la cuestión – puesto que no es esperable una reforma del Reglamento a corto plazo– esperar a una resolución del TJUE que establezca un estándar autónomo y uniforme para todos los Estados miembros de cara a apreciar la existencia y validez del acuerdo por parte del tribunal no elegido. En cualquier caso, resulta esencial que dicha apreciación no presente la forma de una resolución relativa a la validez del acuerdo, dado que de la letra del RBI-bis se extrae, claramente, la idea de la exclusividad del tribunal elegido para resolver sobre su competencia. Cabe puntualizar a este respecto que el considerando 22 se refiere a la validez del acuerdo, no así a la existencia del

⁶⁹⁸ DICKINSON, A. y LEIN, E., *op. cit.* p.341.

⁶⁹⁹ Sentencia del tribunal de justicia (Sala Tercera) de 15 de noviembre de 2012, *Gothaer*, EU:C:2012:719.

⁷⁰⁰ BERGSON, I., *op. cit.*, p. 30, DICKINSON, A. y LEIN, E., *op. cit.*, p. 341, DICKINSON, A., “The Proposal...”, *op. cit.*, pp. 19-20.

mismo, por lo que este sería a nuestro entender⁷⁰¹ el margen de apreciación del tribunal no elegido, la mera determinación de la existencia del acuerdo.

Para minimizar la repetición de conflictos similares en el futuro el Abogado General en *Allianz* realiza una relevante aportación⁷⁰² al proponer una solución por vía normativa a tener en cuenta para la revisión del RBI. Dicha propuesta supondría la inclusión del arbitraje en el sistema del RBI, debiendo asumirse, advierte la autora, la posibilidad de que se generen decisiones divergentes en la jurisprudencia hasta la efectiva materialización de dicha inclusión del arbitraje –idénticas consecuencias, no mencionadas por la abogado general, se obtendrían a través de la exclusión total y expresa del mismo, como veremos-.

1.6. ANTI-SUIT INJUNCTIONS ADOPTADAS POR UN TRIBUNAL ARBITRAL: EL ASUNTO GAZPROM⁷⁰³⁷⁰⁴

En este caso nos estamos refiriendo a una medida idéntica al supuesto anterior pero dictada, no por un órgano jurisdiccional estatal en apoyo de un arbitraje como ocurre en *Allianz*, sino dictada para proteger un convenio arbitral dictada por el propio tribunal arbitral.

Conviene resaltar la relevancia material de las cuestiones tratadas en las presentes resoluciones por cuanto que no solo sirven para ilustrar el panorama del arbitraje en el espacio judicial europeo, sino que, además, se refieren -*Allianz* y *Gazprom*- a sendas solicitudes de medidas cautelares, como son las *anti-suit injunctions* en diferentes

⁷⁰¹ BERGSON, I., op. cit., p. 13.

⁷⁰² Conclusiones abogado general en *Allianz*, cit., párrafo 73.

⁷⁰³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2015, asunto C-536/13, *Gazprom*, EU:C:2015:316.

⁷⁰⁴ Vid. comentarios de la sentencia, entre otros muchos: ROSENDE VILLAR, C., “A vueltas con las anti-suit injunctions. Comentario de la sentencia del del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015, asunto *Gazprom*”, *Unión Europea Aranzadi*, Nº 6 2015, pp. 45-56; ARENAS GARCÍA, R., “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado - Tribunal de Justicia: Espacio de libertad, seguridad y justicia - Ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2015, asunto C-536/13, “*Gazprom*” OAO y Lietuvos Respublika”, *Revista española de Derecho internacional*, Vol. 67, Nº 2, 2015, pp. 183-187; DE VERDELHAN, H., “Chronique de jurisprudence: Arrêt *Gazprom*”, *Revue internationale de droit économique*, Vol 30, Nº. 1, 2016, pp. 39-54; GOMEZ JENÉ, M., “Anti-suit injuncion en forma de laudo arbitral (a propósito de la Sentencia *Gazprom* del TJUE)”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 7, Nº. 2, 2015, PP. 440-447; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Comentario a la STJUE de 13 de mayo de 2015, Asunto C-536/13, *Gazprom*, *Revista Jurídica de Catalunya*, Nº 4, 2015, pp. 255-264; DE MIGUEL ASENSIO, P., El arbitraje y el Reglamento Bruselas I a la luz de la sentencia *Gazprom*, entrada de blog de 13 de mayo de 2015: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2015/05/el-arbitraje-y-el-reglamento-bruselas-i.html>.

procedimiento -jurisdicción en *Allianz* y arbitraje en *Gazprom*- con las sustanciales diferencias que ello conllevara para el TJUE.

A. Análisis de la Resolución

Como se puede observar nos encontramos ante una resolución dictada en el año 2015 -con el RBI-bis aun no vigente pero publicado tres años antes- pero que se refiere a hechos acaecidos estando vigente su antecesor, el Reglamento 44/2001⁷⁰⁵.

Gazprom

La controversia tiene su origen en un acuerdo de accionistas entre las empresas Gazprom, E.ON y el ministerio de energía de Lituania⁷⁰⁶ del año 2004 en el que se establecía una cláusula de sometimiento a arbitraje para dirimir todas aquellas controversias que pudieran derivarse del mismo.

El gobierno lituano, a través del ministerio, presentó una demanda ante el Tribunal regional de Vilna para la apertura de una investigación en relación con la posible actuación inadecuada de algunos miembros de la sociedad.

Considerando que se incumplía en convenio arbitral Gazprom presentó una demanda en sede arbitral contra el ministerio ante la Cámara de Comercio de Estocolmo, a la cual se solicitaba la adopción de una orden conminatoria de cara a poner fin al procedimiento judicial iniciado en Lituania, medida que fue adoptada por el tribunal arbitral al considerar este que, efectivamente, se había vulnerado la cláusula arbitral y conminó al ministerio a retirar o reducir las pretensiones que había formulado ante el citado tribunal.

Posteriormente dicho tribunal, considerando que las solicitudes de investigación sobre las actividades de una persona jurídica son de su competencia y no pueden ser objeto de arbitraje con arreglo a Derecho lituano, ordenó la apertura de la investigación. Los afectados por dicha investigación interpusieron recurso de apelación esta resolución y, en paralelo, Gazprom solicitó en un procedimiento distinto el reconocimiento y ejecución del laudo dictado en Estocolmo.

⁷⁰⁵ Como recuerda el propio TJUE en la sentencia, párrafo 3.

⁷⁰⁶ Originariamente State Property Fund (Fondo de propiedades del Estado), que actuaba por cuenta de la Lietuvos Respublika y fue sustituido más adelante por el Lietuvos Respublikos energetikos ministerija (Ministerio de energía de la República de Lituania).

Mediante un primer auto, el *Lietuvos apeliacinis teismas* desestimó la solicitud de reconocimiento de *Gazprom* al considerar, por un lado, que el tribunal arbitral que había dictado el citado laudo no podía pronunciarse sobre una cuestión planteada previamente ante órganos jurisdiccionales lituanos y, por otro lado al considerar que, examinado el laudo el tribunal arbitral no había respetado el art. V, apartado 2, letra a), del CNY. Añadió, además, que mediante dicho laudo el tribunal arbitral “había limitado la capacidad del ministerio de ejercitar una acción ante un órgano jurisdiccional lituano dirigida a la apertura de una investigación sobre las actividades de una persona jurídica” y “había privado a dicho órgano jurisdiccional nacional de su facultad de pronunciarse acerca de su propia competencia”⁷⁰⁷, vulnerando la soberanía nacional lituana y por ende su orden público, justificando la denegación del reconocimiento por el art. V, apartado 2, letra b), del CNY.

En relación con el recurso de apelación interpuesto por los demandados este fue desestimado, confirmando la competencia de los órganos jurisdiccionales lituanos para examinar ese asunto.

Ambos autos fueron recurridos ante el Tribunal Supremo lituano que suspendió la tramitación del interpuesto por los demandados hasta resolver la cuestión del reconocimiento del laudo, con influencia directa en el primero.

En este punto, dicho tribunal plantea⁷⁰⁸ si cabe denegar el reconocimiento y la ejecución del citado laudo arbitral, que califica de «anti-suit injunction», por el motivo de que, tras dichos reconocimiento y ejecución, quedaba restringido el ejercicio por un órgano jurisdiccional lituano de la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia para resolver acerca de una solicitud de apertura de investigación sobre las actividades de una persona jurídica.” Plantea, en concreto, las siguientes cuestiones ante el TJUE:

«1) Cuando un órgano arbitral dicta una “anti-suit injunction” por la que prohíbe a una de las partes formular determinadas pretensiones ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que, en virtud de las normas de atribución de competencia del Reglamento nº 44/2001, es competente para

⁷⁰⁷ Sentencia *Gazprom* párrafo 22.

⁷⁰⁸ *Ibid.* nº 25.

conocer del fondo de un asunto civil, ¿está facultado el órgano jurisdiccional del Estado miembro para denegar el reconocimiento de ese laudo arbitral por limitar éste la facultad del órgano jurisdiccional para pronunciarse, él mismo, sobre su propia competencia para conocer del asunto conforme a las normas de atribución de competencia del Reglamento nº 44/2001?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial, ¿es válida también tal respuesta si la “anti-suit injunction” dictada por el órgano arbitral obliga a una de las partes en el procedimiento a limitar sus pretensiones en un asunto que se examina en otro Estado miembro y el órgano jurisdiccional de ese Estado miembro es competente para conocer de ese asunto de conformidad con las normas de atribución de competencia del Reglamento nº 44/2001?

3) ¿Puede un órgano jurisdiccional nacional, que pretende salvaguardar la primacía del Derecho [de la Unión] y la plena eficacia del Reglamento nº 44/2001, denegar el reconocimiento de un laudo arbitral si éste limita la facultad del órgano jurisdiccional nacional de pronunciarse sobre su propia competencia y atribuciones en un asunto comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001?»

La respuesta y la argumentación jurídica contenidas en la resolución del TJUE resultan nuevamente enormemente pedagógicas.

Partiendo de la base de la exclusión general del art. 1 referida al arbitraje recurre al citado asunto *Rich* para recordar que⁷⁰⁹ “únicamente debe tenerse en cuenta el objeto del litigio”.

Siguiendo con el repaso a la jurisprudencia, recurre a *Allianz* y recuerda la incompatibilidad con el RBI de las medidas cautelares destinadas a prohibir la continuación de un procedimiento ante un tribunal estatal competente en virtud del Reglamento por la existencia de un convenio arbitral⁷¹⁰. Los motivos que justifican esta negativa tampoco son nuevos, siendo al confianza recíproca que los sistemas judiciales de los Estados miembros la principal perjudicada por decisiones como la que medida en cuestión.

⁷⁰⁹ Sentencia *Gazprom* nº29.

⁷¹⁰ *Ibid.* nº32.

Sobre esta base, no obstante, lo que se trata de determinar en este supuesto no es la compatibilidad de la medida anti proceso con el RBI, sino “si es compatible con dicho Reglamento que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro reconozca y ejecute un laudo arbitral que dicta una orden conminatoria por la que se obliga a una parte del procedimiento arbitral a reducir el alcance de las pretensiones formuladas en un procedimiento pendiente ante un órgano jurisdiccional del mismo Estado miembro.”⁷¹¹

Si bien “el arbitraje no está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001, ya que éste sólo rige los conflictos de competencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros”, dado que “los tribunales arbitrales no son órganos jurisdiccionales estatales, en el caso de autos no existe tal conflicto”⁷¹².

En referencia al principio de confianza recíproca “dado que la orden conminatoria ha sido dictada por un tribunal arbitral, no nos encontramos ante una vulneración del citado principio por la injerencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en las competencias de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro.”⁷¹³

En este punto establece una fundamental diferencia con Allianz al afirmar que⁷¹⁴ “el incumplimiento del laudo (...) no puede dar lugar a que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro le imponga una sanción. De ello se deduce que los efectos jurídicos de un laudo arbitral como el controvertido en el litigio principal son distintos a los de la orden conminatoria controvertida” en la citada resolución. Es por ello que el TJUE considera que en este caso el reconocimiento y ejecución del laudo se regirán por Derecho nacional e internacional –CNY- aplicables, siendo inaplicable el Reglamento.

En relación, precisamente, con el CNY, afirma el tribunal que la circunstancia de referirse a una materia excluida del ámbito de aplicación del Reglamento hace que no pueda considerarse “materia particular” a efectos del art. 71 RBI⁷¹⁵.

⁷¹¹ Ibid. nº35.

⁷¹² Ibid. nº 36.

⁷¹³ Ibid. nº 37.

⁷¹⁴ Ibid. nº 40.

⁷¹⁵ De idéntica redacción en el art. 71 del actual RBI-bis.

Por todo ello el TJUE no ve motivos para oponerse a que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro reconozca y ejecute un laudo por el que se solicita una medida cautelar como la descrita, ni a que se niegue a reconocerlo y ejecutarlo, puesto que el “Reglamento no regula el reconocimiento y ejecución en un Estado miembro de un laudo dictado por un tribunal arbitral de otro Estado miembro”⁷¹⁶.

B. Algunas consideraciones previas

a. Efectividad de las *anti-suit injunctions* dictadas por un tribunal arbitral

Como primera reflexión debemos detenernos en una cuestión de innegable trascendencia como es la de la propia efectividad de una medida, la *anti suit injunction*, cuyo poder de persuasión se basa en la capacidad coercitiva del tribunal emisor de la misma sobre el sujeto incumplidor del acuerdo de elección de foro -en este caso, del convenio arbitral-.

La posibilidad de incurrir en *contempt of court* para el afectado por la medida supondrá estímulo suficiente para que el afectado por la misma respete el mandato de la *anti-suit injunction*, debiendo observarse en este punto que en absoluto serán comparables las capacidades coercitivas de los tribunales estatales con las de un tribunal arbitral, cuyo poder de actuación se limita a lo convenido por las partes en el convenio arbitral sin poder en ningún caso afectar a terceros ajenos a dicha relación contractual.

Sin embargo, aceptar esto sin más supondría subestimar la capacidad de los tribunales arbitrales que, desde luego, pueden hacer valer la capacidad otorgada por las partes para conocer de la controversia acordando, -si bien en ningún caso medidas de naturaleza cuasi-penal como las que pueden derivar del *contempt of court*- sanciones pecuniarias⁷¹⁷ para la parte incumplidora.

En todo caso, hecha la aclaración pertinente, en *Gazprom* la medida cuyo reconocimiento se solicita no va acompañada de una sanción para la parte incumplidora, siendo el reconocimiento de la misma por parte del tribunal lituano la única manera de dotarla de efectividad y de proteger el convenio arbitral.

b. Indemnización por litigar en el tribunal equivocado

⁷¹⁶ Sentencia *Gazprom* nº44.

⁷¹⁷ Sobre este particular, citando antecedentes de cortes arbitrales vid. ORTOLANI, P., “Anti-suit injunctions...”, op. cit., p. 14.

Aunque no se ha analizado previamente, por suponer una desviación sobre el objeto principal de estudio, deviene pertinente referirse someramente a una circunstancia que subyace en el asunto *Allianz* y cuyas derivadas resultarán sin duda de interés en el contexto del presente estudio.

Sin perjuicio de las facultades de los árbitros para imponer sanciones pecuniarias por incumplimiento de la *anti-suit injunction*, nos estamos refiriendo a la posibilidad de los árbitros de imponer una indemnización a la parte que inician un procedimiento ante otros tribunales desoyendo en convenio arbitral.

En *Allianz* será la compañía West Tankers la que solicite al tribunal arbitral el pago de una indemnización que cubra los gastos derivados de litigar ante los tribunales de Siracusa, además de los daños que una posible decisión desfavorable de dichos tribunales pudieran suponerle. La solicitud fue denegada por el tribunal arbitral inglés por ser contraria a la decisión del TJUE por cuanto que declarar esta responsabilidad supondría, de facto, obtener idénticos efectos que mediante una *anti-suit injunction*, que, efectivamente, es excluida por el TJUE.

c. ¿Nos encontramos ante una genuina *antisuit-injunction*?

En línea con lo antedicho debemos detenernos y cuestionarnos la pertinencia misma de considerar la medida solicitada en este caso como una verdadera “*anti-suit injunction*”, siendo este tipo de medidas, entendidas en toda su extensión, las excluidas por el Tribunal de Luxemburgo en *Turner* y *Allianz*.

En *Turner*⁷¹⁸ el tribunal define claramente las medidas objeto de la controversia como “prohibición impuesta por un órgano jurisdiccional a una parte, bajo pena de sanción, de iniciar o proseguir un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional extranjero”. La obligada existencia de sanción hace que, de partida, nos encontremos ante escenarios sustancialmente diferentes, por cuanto que en el presente caso no existe dicho requisito.

Es más, desde la doctrina se apuntaba, con anterioridad a conocerse la resolución, a este como elemento esencial en aras a excluir la medida adoptada de la categoría de medidas anti proceso excluida por el TJUE en los referidos precedentes

⁷¹⁸ Sentencia *Turner*, cit., párrafo 27.

jurisprudenciales⁷¹⁹. Es más, dada la competencia del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia –determinando en este caso que les correspondía en virtud del convenio válidamente acordado por las partes- estos mismos autores consideran que la no emisión de la medida, en los términos descritos, habría supuesto faltar a su deber de aplicación de dicho convenio arbitral.

C. La Resolución del TJUE

Dada la controvertida resolución de *Allianz* la relativamente reciente resolución del TJUE en el presente caso fue acogida con cierta expectación. Es más, autores como ARENAS consideran que las dudas suscitadas en *Allianz* son las que justifican el planteamiento de la cuestión prejudicial en el presente caso que, de otro modo, habría sido resuelto directamente en origen atendiendo a la exclusión de arbitraje del Reglamento⁷²⁰.

En esta línea, la pertinencia de la cuestión prejudicial era puesta en cuestión por el Abogado General⁷²¹ en el caso considerando que “es concebible que las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia no sean pertinentes con respecto al litigio principal, puesto que el órgano jurisdiccional remitente puede prescindir perfectamente de las respuestas a tales cuestiones para resolver el litigio de que conoce.”

En todo caso el TJUE debía responder, y así lo hizo, a las cuestiones planteadas, debiendo destacar de entre las conclusiones que plantea las referidas a. la propia validez de las medidas anti-proceso en espacio judicial europeo, en general y, en particular b. en el caso de las medidas adoptadas por tribunales arbitrales y, por otro lado, c. a la espinosa cuestión de la aplicabilidad del Reglamento en relación con los procedimientos incidentales planteados para valorar la existencia y validez de los acuerdos de sometimiento de la controversia a arbitraje. Finalmente, d. debe destacarse la exclusión del CNY del ámbito de aplicación del art. 71.

⁷¹⁹ En un análisis previo a la publicación de la sentencia *Gazprom*, Vid. HARTLEY, T.C., “The Brussels I Regulation and arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 63, octubre 2014, pp 843–866, p. 856.

⁷²⁰ ARENAS GARCÍA, R., “Jurisprudencia española y comunitaria...”, op. cit., p. 186.

⁷²¹ Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet presentadas el 4 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2414, párrafos 58-61.

a- La cuestión de la exclusión de las medidas anti-proceso, en general, del ámbito de aplicación de los Reglamentos no registra sustanciales alteraciones respecto del criterio asentado tras *Allianz*, siempre que nos encontremos ante medidas dictadas por órganos jurisdiccionales estatales como ocurría en aquel supuesto, siendo como acabamos de ver un supuesto diferente el que nos ocupa en la presente resolución.

Por otro lado, bien es cierto que, como apuntan algunos autores⁷²², la mera aplicación al caso del criterio establecido en *Van Uden*⁷²³ -distinguiendo procedimiento sobre el fondo y procedimiento cautelar, de manera que la aplicación material del Reglamento sea determinada en relación con cada uno de los mismos por separado- habría bastado para justificar la aceptación de las *anti-suit injunctions* dictadas en *Gazprom*, lo que supondría considerar dicha medida una “medida cautelar” equiparable a la que suscitó la controversia en *Van Uden*.

No puede, sin embargo, caerse en la tentación de referirnos a la medida cautelar en cuestión como una simple medida cautelar, sin reparar en las particularidades de la misma, que condicionan notablemente su admisibilidad en un espacio judicial europeo en el que predomina una concepción legal continental sobre figuras de gran tradición en el *common law* como la que nos ocupa.

Siguiendo esta argumentación el TJUE en *Allianz* consideró que estas medidas⁷²⁴ son contrarias al “principio general que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según el cual, cada órgano jurisdiccional ante el que se presenta una demanda determina, por sí sólo, en virtud de las normas aplicables, si es competente para resolver el litigio que se le somete”. Redunda pues en la idea de que “al margen de algunas excepciones limitadas” el control de la competencia del tribunal de origen es contrario al Derecho europeo.

“Por consiguiente”, retoma el TJUE, “un órgano jurisdiccional de un Estado miembro no está en ningún caso en mejores condiciones para pronunciarse sobre la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro”. Todo ello, en definitiva, desafía un principio como el de la confianza mutua⁷²⁵, que constituye uno de los pilares sobre el que se sustenta en Derecho internacional privado europeo plasmado en el Reglamento.

⁷²² GÓMEZ JENÉ, M., “Anti-suit injunction...”, op. cit., p. 446

⁷²³ Vid. capítulo I pp. 72 y ss.

⁷²⁴ Sentencia *Gazprom*, punto 33.

⁷²⁵ Ibid. punto 34.

b- No puede obviarse desde luego que el asunto *Gazprom* presenta una particularidad que lo hace especialmente atractivo desde la perspectiva del estudio jurídico. La confianza mutua a la que hemos hecho alusión se refiere, no puede entenderse de otro modo, a órganos jurisdiccionales estatales, en ningún caso a tribunales arbitrales, ajenos al Reglamento. Es por ello que la valoración de una *anti-suit injunction* debe considerarse ajena al criterio de *Allianz*, por cuanto que ha sido dictada por un tribunal arbitral.

En *Gazprom* nos encontramos ante una relación “tribunal arbitral-tribunal estatal” que, de acuerdo con el TJUE no puede entenderse incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento por cuanto que, además, no puede contravenir el principio de confianza recíproca al no tratarse de una decisión dictada en origen por una jurisdicción estatal.

La solución no pasa por la aplicación del RBI-bis, sino de los preceptos correspondientes del CNY –sin perjuicio de las cuestiones respecto de dicho texto a las que nos referiremos en el punto d, a continuación- en combinación con las normas procesales internas de los Estados requeridos. Con esta solución el TJUE admite una solución paradójica⁷²⁶ dado que supone admitir la competencia de los tribunales arbitrales para dictar un tipo de medidas que los tribunales estatales no están facultados para adoptar ni reconocer en aplicación del RBI-bis.

c- La aproximación del TJUE respecto de la inclusión del juicio sobre la validez del convenio arbitral en el ámbito de aplicación del Reglamento pasará por la obligada alusión al asunto *Rich*⁷²⁷, que centra su argumentación en el objeto del litigio como condicionante para incluir o no la controversia sometida al tribunal –en el caso de la validez del convenio nos estaríamos refiriendo al juicio sobre la validez del mismo- en el ámbito de aplicación del Reglamento, no refiriéndose al objeto del proceso principal –en este caso un procedimiento arbitral sobre el que no existe discusión respecto de la aplicabilidad al mismo del Reglamento-.

Dicha resolución realiza numerosas aportaciones valiosas en este sentido -a las que nos hemos referido en páginas previas⁷²⁸-. Al margen del criterio general al que hemos

⁷²⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Comentario a la STJUE..., op. cit., p 256.

⁷²⁷ Punto 29 sentencia *Gazprom*: “Para determinar si un litigio está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001, únicamente debe tenerse en cuenta el objeto del litigio (sentencia *Rich*, C-190/89, EU:C:1991:319, apartado 26).”

⁷²⁸ Vid. pp. 230 y ss.

hecho alusión en el párrafo precedente debe resaltarse la inclusión del principio de seguridad jurídica en relación con la exclusión de cuestiones incidentales como la que nos ocupa del ámbito de aplicación del RBI/RBI-bis, así, establece el TJUE en *Rich*⁷²⁹ “resultaría contrario al principio de seguridad jurídica, (...) el que la aplicabilidad de la exclusión prevista en el (...) artículo 1 dependiese de la existencia de una cuestión previa, que las partes pueden plantear en cualquier momento. (...) la circunstancia de que se suscite una cuestión previa sobre la existencia o la validez del convenio arbitral no tiene incidencia alguna en la exclusión del ámbito de aplicación del Convenio de un litigio cuyo objeto sea la designación de un árbitro.”

d- Resultará relevante, además, la aportación del Tribunal en el sentido de considerar que el CNY quedará fuera del ámbito de aplicación del art. 71 del RBI (ídem. en RBI-bis) y por lo tanto no será considerado un “convenio en materia particular” a efectos de aplicación del instrumento europeo.

e- En este sentido, como señala ARENAS⁷³⁰, no nos encontramos ante una cuestión menor, dado que la consideración del CNY como convenio en materia particular podría resultar en que las lagunas en la regulación del CB68 o los Reglamentos posteriores pudieran ser cubiertas por el Convenio. Quedando esta posibilidad excluida se pierde la oportunidad de completar la regulación referida a arbitraje cuyas lagunas son, como hemos tenido y tendremos ocasión de comprobar, de notable calado.

En definitiva, a través de la resolución del TJUE en *Gazprom* parece frenar de alguna manera la tendencia expansiva respecto del arbitraje a la que hemos hecho alusión en las páginas precedentes. Si bien no contradice las decisiones previas formuladas por el propio TJUE -confirmando la incompatibilidad de las *anti-suit injunctions* con el Reglamento- tampoco alimenta la inercia que generaron las mismas.

2. EL PROCESO DE REFORMA DEL RBI

En línea con la metodología seguida en el primer capítulo, procede tomar en consideración los diferentes hitos en el proceso de reforma del RBI, en aras a proyectar

⁷²⁹ Sentencia *Rich*, cit., puntos 27 y 28.

⁷³⁰ ARENAS GARCÍA, R., “Jurisprudencia española y comunitaria...”, op. cit., p. 186.

de qué manera lo antedicho, particularmente la jurisprudencia comentada, condicionó la Propuesta 2010 y finalmente el texto actualmente vigente.

2.1. INFORME HEIDELBERG

En el trabajo elaborado por los profesores Hess, Pfeiffer y Schlosser se hacen numerosas alusiones tanto a la exclusión del arbitraje, en general⁷³¹, como a la relación entre convenios arbitrales y obtención de medidas cautelares⁷³².

En relación con la primera de las cuestiones, las opiniones recogidas por los autores del informe apuntaban al rechazo a la inclusión del arbitraje en el Reglamento⁷³³, señalando la pacífica y exitosa operatividad del CNY que por su alto grado de implantación mundial ofrece, en materia arbitral, una indudable seguridad jurídica.

No obstante, añade el informe, no puede obviarse la necesidad de aclarar las situaciones de interferencia entre ambos textos. Concretamente esta interferencia se manifestó en cuatro planos: a. el reconocimiento o validez del convenio arbitral; b. los procedimientos conexos *-ancillary measures-*; c. reconocimiento y ejecución y; d. conflictos entre resoluciones de los tribunales arbitrales.

En aras a paliar estos problemas la propuesta de los autores⁷³⁴ vino de la mano de la supresión de la excepción general de arbitraje, permitiendo:

a- que las resoluciones respecto de la validez del acuerdo fueran incluidas dentro del Reglamento, ofreciendo una respuesta uniforme ante un panorama que generaba una notable inseguridad jurídica. Apuntan, no obstante, ante la posibilidad de incluir un precepto expreso respecto de la validez de las cláusulas, el posible solapamiento con el CNY;

b- que se incluyeran en el texto igualmente los procedimientos conexos o *ancillary measures* -designación de árbitros o peritos, entre otros- pudiendo ofrecerse de este modo, igualmente, una respuesta armonizada en todos los Estados miembros. A este respecto se planteaba la posibilidad de establecer alguna referencia expresa, más allá de la mera eliminación de la exclusión, en relación con algunos procedimientos específicos⁷³⁵;

⁷³¹ Informe Heidelberg, cit., pp. 49-66.

⁷³² Ibid., p. 324.

⁷³³ Ibid., p. 51.

⁷³⁴ Ibid., pp. 56 y ss.

⁷³⁵ Ibid., p. 59, párrafo 125.

c- En relación con el reconocimiento de laudos, se planteaba la posibilidad⁷³⁶ de incluir dichas resoluciones, asimilándolas a las resoluciones de órganos jurisdiccionales, dentro del texto del RBI-bis. Ante este planteamiento los autores del informe cuestionan la pertinencia de atribuir a las resoluciones arbitrales las mismas garantías que justifican la confianza mutua que rige el reconocimiento de resoluciones judiciales. Insisten en que, si bien *“there is no doubt that the European Community and all Member States recognise the utility and the judicial quality of arbitration (especially of international commercial arbitration), there is equally no doubt that arbitration proceedings are very heterogeneous”*⁷³⁷, lo que redundaría en el necesario control judicial de los laudos.

En cualquier caso, concluyen, dado que la circulación de resoluciones judiciales en aplicación de las disposiciones del RBI resultaba mucho más sencilla que su equivalente arbitral, se propone la necesidad de armonizar estas cuestiones en un texto que simplificara la cuestión en el espacio judicial europeo, de manera similar a los pasos que se estaban dando en otros Estados, citándose como paradigmático el caso de los Estados Unidos.

En lo referente a la pertinencia de introducir modificaciones en el texto del RBI ponen sobre la mesa una serie de posibilidades:

a. Primero, proponen eliminar la exclusión genérica de arbitraje del art. 1.2.d RBI, manteniendo la prevalencia del CNY.

b. Asimismo, sugieren introducir de manera expresa un precepto que evite conflictos futuros entre jurisdicción y arbitraje en relación con las medidas de apoyo. En este sentido proponen la introducción de un nuevo art. 22.6 -competencias exclusivas- en el RBI, atribuyendo competencia exclusiva a los tribunales del Estado donde se produzca el arbitraje para conocer de estas cuestiones, con el siguiente tenor literal:

“The following courts shall have exclusive jurisdiction, regardless of domicile, (...) (6) in ancillary proceedings concerned with the support of arbitration the courts of the Member State in which the arbitration takes place.”

⁷³⁶ Ibid., p. 61, párrafo 127.

⁷³⁷ Ibid., p. 62, párrafo 129.

Esta competencia, en los casos en los que la sede del arbitraje no esté expresamente recogida en el convenio, vino determinada por una aplicación en abstracto de los criterios de competencia judicial internacional del título II del Reglamento⁷³⁸.

c. Respecto de las resoluciones sobre validez de los convenios arbitrales y dado que se trata, a fin de cuentas, de un problema de litispendencia y conexidad, se plantea la posibilidad de introducir un nuevo art. 27.a en los siguientes términos:

“A court of a Member State shall stay the proceedings once the defendant contests the jurisdiction of the court with respect to existence and scope of an arbitration agreement if a court of the Member State that is designated as place of arbitration in the arbitration agreement is seised for declaratory relief in respect to the existence, the validity, and/or scope of that arbitration agreement”.

d. Arbitraje y medidas cautelares.

El informe también incide brevemente sobre esta cuestión lanzando la siguiente pregunta: *“Does an Arbitration Agreement really have an Impact on the Courts’ Jurisdiction to Order Provisional or Protective Measures?”*. La respuesta va en la línea de respaldar, abiertamente, no solo la posibilidad, sino incluso la necesidad de cooperación de los órganos jurisdiccionales estatales en aras a asegurar el objeto sobre el que versará un posterior procedimiento sobre el fondo, independientemente de que este se sustancie ante una corte arbitral. Apoya este argumento en el art. 9 de la Ley Modelo UNCITRAL⁷³⁹ que redunda en la compatibilidad de medidas cautelares “judiciales” en contextos de controversias planteadas ante instituciones arbitrales.

2.2. EL LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN⁷⁴⁰

El siguiente hito destacado en el proceso de reforma vino de la mano de las respuestas en relación con el Libro Verde presentado por la Comisión de cara a acometer la reforma del RBI.

⁷³⁸ GÓMEZ JENÉ, M., “Arbitraje, medidas cautelares y Reglamento Bruselas I”, *La Ley Unión Europea*, 31 de marzo de 2011, pp. 6-10, p. 9.

⁷³⁹ Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares por el tribunal

No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas.

⁷⁴⁰ Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (ce) nº 44/2001, op. cit.

En dicho texto la Comisión se refiere, entre otras, a la materia arbitral. Realiza una primera reflexión al respecto, enfatizando la relevancia del arbitraje para la resolución de conflictos, particularmente, en comercio internacional y partiendo de lo deseable de ofrecer a los operadores jurídicos la mayor seguridad posible respecto de los convenios arbitrales, aceptando el exitoso carácter de la CNY a tal efecto.

Si bien la Comisión se presenta, *a priori*, contraria cambio alguno al respecto de la regulación relativa a los convenios arbitrales, sí que aprecia la necesidad de articular medidas en aras a lograr una más fluida circulación de las decisiones arbitrales evitando, además, procedimientos paralelos, en línea con lo planteado por la abogado general en *Allianz*.

Para ello pone sobre la mesa la posibilidad de introducir una supresión parcial del arbitraje en el nuevo texto con el objetivo de lograr una mejor regulación de la relación entre jurisdicción y arbitraje, centrándose la atención en los recurrentes procedimientos o medidas de apoyo, cuya plasmación en el articulado de un nuevo texto redundarían en un reforzamiento de la seguridad jurídica.

Las alternativas, concretamente, podrían pasar por:

a. La atribución de competencia exclusiva a los tribunales del Estado miembro en el que se desarrolle el arbitraje, en la línea de lo que apuntaba el Informe Heidelberg.

b. Por otro lado, en lo que se refiere a las resoluciones relativas a la validez del convenio arbitral, su reconocimiento en virtud del Reglamento supondría a su vez el reconocimiento de las resoluciones obtenidas en los propios arbitrajes. La consecuencia directa de la adopción de estas medidas sería la eliminación posibles pronunciamientos paralelos respecto de los acuerdos de sometimiento a arbitraje, con las consabidas consecuencias.

La plasmación concreta en un nuevo texto daría prioridad a los tribunales del Estado en que se desarrolla el arbitraje cuando haya que pronunciarse sobre la existencia, la validez y el alcance del convenio arbitral. Todo ello complementado con el establecimiento de una “cooperación reforzada entre los órganos jurisdiccionales que

conocen del asunto e incluir la fijación de un plazo para impugnar la validez del acuerdo”⁷⁴¹.

c. La Comisión incide igualmente en la cuestión del reconocimiento y ejecución de los laudos, planteando, en conexión con lo antedicho, la posibilidad de positivizar una norma en virtud de la cual se pudiera denegar la ejecución de una resolución contraria a la sentencia que se pronunciara sobre la validez del acuerdo.

Asimismo, sugieren el reforzamiento de las garantías que puede ofrecer el laudo -en aras a su libre circulación entre los Estados miembros- estableciendo un control posterior por parte de los tribunales del Estado de celebración del arbitraje. Certificada la “fuerza ejecutiva y equidad procesal” del laudo por parte de estos cabría, en su caso, la libre circulación de la resolución en condiciones asimilables a las resoluciones judiciales que hasta el momento amparaba el RBI.

d. Medidas cautelares y arbitraje.

En relación con la materia cautelar el Libro Verde refleja otra de las consecuencias de la supresión parcial de arbitraje del RBI. Dada la relevancia de las medidas cautelares para la eficacia del arbitraje, cabría en este caso, según los autores del texto, la aplicación del conjunto de normas competenciales del Reglamento para la determinación de la competencia al solicitarse medidas cautelares en apoyo a un procedimiento arbitral.

Planteadas las citadas premisas de partida, se propone la siguiente pregunta⁷⁴²:

¿Qué acción le parece más indicada a nivel comunitario?:

- reforzar la eficacia de los acuerdos de arbitraje;
- asegurar una adecuada coordinación entre los procedimientos judiciales y arbitrales;
- mejorar la eficacia de las sentencias arbitrales

De las múltiples respuestas recibidas desde muy heterogéneas instituciones o entidades podemos destacar, a nivel español, la enviada por la AEJI⁷⁴³ a la que nos

⁷⁴¹ Libro Verde, cit., p. 10.

⁷⁴² Ibid. pp. 9-11, pregunta nº 7.

hemos referido en relación con la reforma del RBI en el capítulo I que, sin embargo, no contestó a todas las preguntas evitando, precisamente, referirse a la cuestión cautelar que nos ocupa en este punto.

Por su parte, el Club Español de Arbitraje, cuyas consideraciones⁷⁴⁴ iban en la línea de la mayoría de las instituciones arbitrales que parecían oponerse al criterio propuesto ante la más que probable repercusión negativa que dichos cambios podrían suponer para la hegemonía internacional de las cortes arbitrales de la UE.

Desde las propias instituciones europeas, por otro lado, cabe destacar la respuesta al libro verde del CESE⁷⁴⁵ –Comité Económico y Social Europeo– que apoya la necesidad de fomentar la libre circulación de resoluciones en la UE⁷⁴⁶ impidiendo en la medida de lo posible procedimientos paralelos. Cita, expresamente, la posibilidad de adopción de medidas cautelares en apoyo al arbitraje, así como el reconocimiento y ejecución “de resoluciones que incorporan una resolución arbitral” como manifestaciones concretas de la introducción del arbitraje en el RBI-bis.

Asimismo, se muestran favorables al establecimiento de una norma de conflicto armonizada en relación con la validez de los convenios arbitrales, si bien, apuntan, se trataría en cualquier caso de una norma de remisión al Derecho nacional del Estado del arbitraje, en línea con lo comentado en párrafos precedentes. En lo relativo a la ejecución de los laudos o resoluciones arbitrales, en sintonía con la opinión mayoritaria, consideran satisfactorio el funcionamiento del CNY en este sentido por lo que se consideran procedentes cambios de consideración.

De todas las pronunciadas por los diferentes gobiernos de Estados miembros cabe resaltar la respuesta del Reino Unido⁷⁴⁷ que junto con el dictamen de la *House of Lords*⁷⁴⁸ se muestran tajantemente contrarios a la propuesta del Libro Verde,

⁷⁴³ Associació d'Estudis Jurídics Internacionals. Ver respuestas en: <https://adipr.files.wordpress.com/2009/07/answers2.pdf>.

⁷⁴⁴ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El Reglamento Bruselas I...”, op. cit., p. 13.

⁷⁴⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n.º 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM (2009) 175 final.

⁷⁴⁶ Ibid., p. 53.

⁷⁴⁷

http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/ms_governments/united_kingdom_en.pdf

⁷⁴⁸ http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/ms_parliaments/united_kingdom_house_of_lords_en.pdf

entendiendo que la separación jurisdicción –ex. RBI-bis- v. arbitraje –ex. CNY- debe ser completa y, de hecho, expresamente recogida en el nuevo texto.

Por su parte, instituciones implicadas en el día a día de la resolución de conflictos internacionales en sede arbitral, como la CCI⁷⁴⁹, a través de la recopilación de diferentes opiniones de instituciones arbitrales, se mostraban igualmente contrarias a la senda puesta sobre la mesa por la Comisión y consideraban que la finalidad armonizadora perseguida por la misma podría no resultar, en términos prácticos, tan deseable por cuanto que podría, paradójicamente, producir más inconvenientes que ventajas para los potenciales litigantes.

Estos inconvenientes se derivarían de la supresión de la competencia que una regulación uniforme supondría entre los diferentes Estados, pudiendo redundar en un redireccionamiento de procedimientos a tribunales arbitrales no europeos y por otro lado, el mero hecho de alterar el funcionamiento de un instrumento conocido y aceptado como el CNY podría, según afirman, generar una mayor conflictividad interna. En definitiva, se suman a las posiciones precedentes en el sentido de mostrarse contrarios a la introducción, siquiera en términos superficiales, del arbitraje en el nuevo Reglamento.

2.3. PROPUESTA DE LA COMISIÓN

Tras el citado periodo transitorio llegó finalmente el primer texto en firme de la mano de la Propuesta de la Comisión de 2010 en el que, como veremos, se realizaron numerosos cambios en relación con las consideraciones lanzadas por la misma institución en el Libro Verde, volviéndose a un escenario de escasa intervención en materia arbitral, salvo en aquellas cuestiones a las que a continuación haremos alusión.

La propia exposición de motivos redundaba en la idea de que “conviene mejorar la articulación entre el arbitraje y la vía judicial”⁷⁵⁰, centrandose en esta ocasión la necesidad de reforma en la supresión del riesgo de procedimientos paralelos en relación con la impugnación de convenios arbitrales.

Del articulado de la Propuesta 2010 debemos destacar, en primer lugar, la mención expresa al arbitraje que se realizaba en el art. 36, mediante la cual se instaba al tribunal al que se ha sometido un asunto a suspender sus actuaciones en caso de que se produjera una impugnación de su competencia por la existencia de un convenio arbitral,

⁷⁴⁹ En el denominado “Informe *Pinsolle*”: http://www.clubarbitraje.com/files/docs/Informe_Pinsolle.pdf
⁷⁵⁰ Ibid. p. 4.

habiéndose sometido la cuestión a arbitraje o si se ha ejercitado una acción judicial relativa al convenio de arbitraje en el Estado miembro sede de dicho arbitraje.

Se buscaba, como hemos defendido, limitar la posibilidad de procedimientos paralelos y, con ello, la posibilidad de resoluciones inconciliables dentro del ámbito de aplicación del Reglamento.

Concretamente se introdujeron los siguientes preceptos:

- Un nuevo considerando nº7:

“El presente Reglamento no es aplicable al arbitraje, salvo en los pocos casos en que disponga lo contrario. En concreto, no se aplica a la forma, la existencia, la validez o los efectos de los convenios de arbitraje, a las competencias de los árbitros, al procedimiento ante los tribunales arbitrales, ni a la validez, la anulación, el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales.”

- Un nuevo Considerando nº 15:

“También debe mejorarse la eficacia de los convenios de arbitraje a fin de dar pleno efecto a la voluntad de las partes. Así debería suceder, en particular, cuando la sede convenida o designada de un arbitraje se encuentre en un Estado miembro. El presente Reglamento debe incluir por tanto normas especiales destinadas a evitar los procedimientos paralelos y las tácticas litigiosas abusivas en esas circunstancias. La sede del arbitraje debe ser la sede elegida por las partes o a la sede designada por un tribunal arbitral, por una institución de arbitraje o por cualquier otra autoridad directa o indirectamente elegida por las partes.”

- Se modifica el art. 1 –ámbito de aplicación del Reglamento-, introduciéndose, en los siguientes términos, una salvedad a la exclusión general del arbitraje por la que se regía la versión anterior del texto:

“2. Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Reglamento:

(...)

d) el arbitraje, salvo lo dispuesto en el artículo 29, apartado 4, y en el artículo 33, apartado 3”

- Art. 29, dedicado a litispendencia y conexidad, añadió el arbitraje a su regulación, en línea con lo anticipado en la exposición de motivos:

“4. Cuando la sede acordada o designada de un arbitraje estuviere situada en un Estado miembro, los tribunales de otro Estado miembro cuya competencia hubiere sido impugnada en virtud de un convenio de arbitraje suspenderán el procedimiento a partir del momento en que se someta a los tribunales del Estado miembro en el que esté situada la sede del arbitraje o al tribunal arbitral una acción para determinar, a título principal o como cuestión incidental, la existencia, la validez o los efectos de dicho convenio de arbitraje.

El presente apartado no es óbice para que el tribunal cuya competencia hubiere sido impugnada se inhiba en el caso al que se ha hecho referencia más arriba si su Derecho nacional así lo prescribe.

Cuando se estableciere la existencia, la validez o los efectos del convenio de arbitraje, el tribunal ante el que se interpuso la demanda se inhibirá.

El presente apartado no es aplicable a los litigios referentes a las materias contempladas en las secciones 3, 4 y 5 del capítulo II.”

En este precepto se pretendieron reflejar las demandas del “lobby arbitral” tras el tan criticado Libro Verde que dieron lugar a intensas sesiones de debate⁷⁵¹ lideradas por expertos de la litigación internacional en general y del arbitraje en particular que si bien no adoptaron una resolución, formalmente, sí que condicionaron la redacción final del precepto.

- La matización, necesaria, sobre el momento en que se considera que un tribunal arbitral conoce del asunto viene de la mano del art. 33:

“3. A efectos de la presente sección, se considerará que un tribunal arbitral conoce del asunto cuando una parte hubiere nombrado a un árbitro o hubiere solicitado el apoyo de una institución, autoridad o tribunal para la constitución del tribunal.”

- Art. 36 (tachado lo eliminado de la versión anterior):

“Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, ~~en virtud del presente Reglamento~~ un tribunal de otro Estado miembro o **un tribunal arbitral** fuere competente para conocer sobre el fondo.”

⁷⁵¹ Citadas en HESS, B., “The Brussels I Regulation: recent case law...”, op. cit., p. 1108.

En este último precepto se plasma, de manera inequívoca, el criterio mantenido por el TJUE en el asunto *Van Uden*. En relación con esta redacción algunos autores⁷⁵² consideraban que debía, además, haberse reforzado con alguna alusión a la excepción del art. 1, que si bien aludía como salvedades a la exclusión de arbitraje a los arts. 29 y 33 nada decía de la materia cautelar de este art. 36.

Si bien, en términos generales, podría considerarse que se adaptaba a las demandas que mayoritariamente rechazaban una mayor armonización reglamentaria del arbitraje en el espacio judicial europeo, la regulación propuesta, tachada de “minimalista”⁷⁵³ generó algunas suspicacias⁷⁵⁴ doctrinales, subsistiendo, concretamente dudas respecto de:

- a. qué norma sería de aplicación en los casos considerados foros especiales de protección;
- b. asimismo, no se preveía nada en relación con las cláusulas manifiestamente nulas;
- c. igualmente, con la solución propuesta –art. 29.4 + considerando 11-, el nuevo texto no solucionaba el problema principal surgido tras la sentencia *Allianz*, por cuanto que, permitiéndose que el tribunal cuya jurisdicción es puesta en cuestión pueda declinarla en virtud de su Derecho nacional –dentro de la cual debemos considerar la propia Convención de Nueva York- subsiste la duda de si el art. 29.4 sigue exigiendo a este tribunal que suspenda el procedimiento en caso de que considere que el convenio arbitral no es válido;
- d. Por último, nada decía la propuesta respecto de los plazos para el tribunal elegido por las partes para pronunciarse sobre cuestiones relativas a la eficacia o validez del convenio arbitral. Como consecuencia de ello, los procedimientos suspendidos ante el tribunal no elegido pueden verse significativamente demorados. A este respecto DICKINSON⁷⁵⁵ propuso el establecimiento de un plazo máximo de seis meses, salvo que circunstancias excepcionales lo hicieran imposible, para resolver sobre dichas cuestiones.

⁷⁵² ARENAS GARCÍA, R. y ORÓ MARTÍNEZ, C., “La propuesta de revisión...”, op. cit., p. 3.

⁷⁵³ HESS, B., “The Brussels I Regulation: recent case law...”, op. cit. p. 1109.

⁷⁵⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El Reglamento Bruselas I...”, op. cit., p. 16; DICKINSON, A., *The Proposal...*, op. cit., p. 20; NUYTS, A. (Coord.). *Actualités en Droit international privé*, Bruylant, Bruselas, 3ª ed., 2014, p. 108.

⁷⁵⁵ DICKINSON, A., *The Proposal...*, op. cit., p. 21. El mismo autor propondría además una nueva redacción del considerando 11 y artículo 1, p. 35.

No obstante, el nuevo art. 29.4, en tanto en cuanto venía a reforzar los acuerdos de elección de foro, sí que fue, en términos generales, mejor acogido por la doctrina⁷⁵⁶ al positivizar una regla que en la práctica podría suprimir el riesgo de procedimientos paralelos, si bien fue criticado fundamentalmente desde instancias más cercanas al “lobby arbitral” por considerarlo excesivamente complejo y ambiguo de cara a su efectiva puesta en práctica⁷⁵⁷.

Recibió igualmente críticas por parte de algunos autores al considerar que plasmaba una visión excesivamente “judicial” –“*une vision tres <<judiciaire>>*” del arbitraje⁷⁵⁸.

- El Proyecto de Informe de la Comisión de asuntos jurídicos del Parlamento Europeo de 28 de junio de 2011⁷⁵⁹.

A través de este proyecto de informe el Parlamento Europeo se situaba en una posición antagónica a la Propuesta 2010 al sugerir que “todos los aspectos del arbitraje deben excluirse clara e inequívocamente del ámbito de aplicación del Reglamento”, planteando por tanto una ampliación si cabe de la excepción de arbitraje hasta el punto de que la mera invocación de una cláusula arbitral hiciera inaplicable el Reglamento en todos sus términos, extendiendo dicha exclusión igualmente, y de manera expresa, a las medidas cautelares⁷⁶⁰ estableciendo que “(...) del mismo modo, el presente Reglamento no es aplicable (...), ni a ninguna medida provisional o preventiva adoptada en el marco de un conflicto, un litigio o una aplicación que las partes hayan sometido a un convenio de arbitraje o laudo arbitral o que guarde relación con el arbitraje en virtud de un tratado internacional”.

En esta línea, algunos autores incidieron en el hecho de que una inclusión, siquiera parcial, del arbitraje en el Reglamento supondría inevitablemente una armonización a la

⁷⁵⁶ DICKINSON, A., *The Proposal...*, op. cit., p. 20.

⁷⁵⁷ RADICATI DI BROZOLO, L.G., “Arbitration and the Draft Revised Brussels I Regulation: seeds of Home Country Control and of Harmonisation?”, *Journal of Private International Law*, Vol. 7, nº 3, 2011, pp. 423-460, p.

⁷⁵⁸ MENÉTREY, S. y RACINE, J.B. en GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...*, op. cit., p. 24.

⁷⁵⁹ Proyecto de informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida) (COM(2010) 0748 – C7-0433/2010 – 2010/0383(COD)): [http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/projet_rapport/2011/467046/JURI_PR\(2011\)467046_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/projet_rapport/2011/467046/JURI_PR(2011)467046_ES.pdf)

⁷⁶⁰ *Ibid.*, enmienda 1 sobre un nuevo considerando 11.

baja -“*race to the bottom*”⁷⁶¹ - de la regulación del arbitraje en determinados estados con normativas más modernas y más favorables al mismo.

Esta última cuestión, que subvierte por completo la doctrina establecida en *Van Uden* es, precisamente, la que resulta más difícil de aceptar, suponiendo según la doctrina “*un renversement inutile*”⁷⁶² de la citada resolución.

3. REGULACIÓN DEFINITIVA RBI-bis

En atención a los antecedentes y al controvertido proceso de reforma al que acabamos de hacer alusión, la plasmación final de la regulación del arbitraje en el nuevo RBI-bis parece haber hecho borrón y cuenta nueva planteando un texto definitivo que se aparta significativamente tanto de la Propuesta como de la posición antagónica introducida por el Proyecto de informe del PE al que nos hemos referido, sucumbiendo probablemente a las numerosas críticas lanzadas desde diferentes instancias arbitrales.

Las razones que motivan decisiones de semejante calado nunca son, en cualquier caso, fáciles de comprender, siendo fundamentalmente razonamientos políticos los que en este caso, ante el auge del arbitraje en los diferentes Estados miembros, sugirió como más apropiada la aproximación finalmente llevada a cabo por el legislador europeo.

Se trata finalmente de una reforma considerada mayoritariamente como “modesta”⁷⁶³, que mantiene *prima facie*⁷⁶⁴, la exclusión de arbitraje, limitándose, en coherencia con el espíritu de la Propuesta –y nada más que con el espíritu, como veremos-, a tratar, de la manera más aséptica, de limitar al menos los efectos negativos que en el plano jurisdiccional podrían suponer los procedimientos paralelos en los términos aludidos, cuya repercusión en la tutela judicial efectiva de los litigantes en la UE se veía manifiestamente comprometida en un escenario completamente desregulado. Veremos que, en lo fundamental, no logra dar respuestas a las cuestiones más problemáticas a las que nos hemos referido.

⁷⁶¹ MENÉTREY, S. y RACINE, J.B. en GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...*, op. cit., p. 25.

⁷⁶² NUYTS, A. (Coord.). *Actualités en Droit international privé*, Bruylant, Bruselas, 3ª ed., 2014, p. 107.

⁷⁶³ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El Reglamento Bruselas I...”, op. cit., p. 17; NIELSEN, P.A., “The new Brussels I...”, op. cit. p. 511.

⁷⁶⁴ KESSEDJIAN, C., “Le Règlement Bruxelles I révisé: Much ado about... what?”, *Europe: actualité du droit communautaire*, vol. 23, nº 3, 2013, pp. 5-9.

Los preceptos en los que finalmente se ha materializado la regulación en cuestión serán, por un lado, el considerando 12 en la exposición de motivos, llamado a aclarar la escueta exclusión genérica del arbitraje del art. 1.2.a y completada por una referencia a la primacía del CNY en el art. 73.2 –reforzada por el tercer párrafo del citado considerando–.

Se eliminan por tanto preceptos de tanto calado en la práctica como el punto 4 del art. 29 en relación con la litispendencia.

3.1. EL CONSIDERANDO 12 RBI-bis

Considerando 12 RBI-bis

“El presente Reglamento no se aplica al arbitraje. Ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje remita a las partes al arbitraje o bien suspenda o sobresea el procedimiento, o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional.

A la hora de resolver sobre la nulidad de pleno derecho, la ineficacia o la inaplicabilidad de un convenio de arbitraje, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no deben estar sujetos a las normas de reconocimiento y ejecución establecidas en el presente Reglamento, con independencia de que se pronuncien a ese respecto con carácter principal o como cuestión incidental.

Por otra parte, el hecho de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el ejercicio de su competencia con arreglo al presente Reglamento o al Derecho nacional, declare la nulidad de pleno derecho, ineficacia o inaplicabilidad de un convenio de arbitraje no debe impedir el reconocimiento ni, en su caso, la ejecución de la resolución de dicho órgano en cuanto al fondo del asunto conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento. Esta norma ha de entenderse sin perjuicio de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para resolver sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales con arreglo al CNY, que prevalece sobre el presente Reglamento.

El presente Reglamento no debe aplicarse a ningún procedimiento incidental ni acción relacionados, en particular, con la creación de un tribunal arbitral, las facultades de los árbitros, el desarrollo del procedimiento de arbitraje o cualesquiera otros aspectos de tal procedimiento, ni a ninguna acción o resolución judicial relativa a la anulación, revisión, apelación, reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral.”

De cuestionable valor normativo⁷⁶⁵, el considerando 12 se divide en cuatro párrafos en los que dota de contenido a la referencia a la exclusión de arbitraje del art. 1, si bien lo hace de manera que no resuelve todas las dudas, pudiendo considerarse significativamente ambigua, como veremos en las siguientes páginas.

Si el primer párrafo se refiere, en general, a la exclusión de arbitraje, los dos siguientes se ocuparán del convenio arbitral y los efectos del mismo –siendo estas sin duda las cuestiones más controvertidas- y el último actuará como una suerte de cláusula de cierre, estableciendo una lista de cuestiones expresamente excluidas –no siendo una lista exhaustiva- del ámbito de aplicación del RBI-bis. Veremos, a continuación, de qué manera este precepto afecta a las diferentes problemáticas expuestas en las páginas anteriores.

3.2. EXCLUSIÓN GENERAL DE ARBITRAJE

El párrafo cuarto será, a través de la lista de elementos excluidos recogida en el mismo, la encargada de ampliar la escueta alusión al “arbitraje” a la que hemos hecho referencia. Se trata en todo caso de una lista no exhaustiva⁷⁶⁶.

De acuerdo con la literalidad del considerando debemos entender excluido todo “procedimiento incidental” y las acciones relacionadas “con la creación de un tribunal arbitral, las facultades de los árbitros, el desarrollo del procedimiento de arbitraje o cualesquiera otros aspectos de tal procedimiento”, además de toda “acción o resolución judicial relativa a la anulación, revisión, apelación, reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral.”

⁷⁶⁵ “*Les considerants n’ont aucune valeur normative*”: MENÉTREY, S. y RACINE, J.B. en GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...*, op. cit., p. 25.

⁷⁶⁶ Así lo entiende la doctrina: ROSENDE VILLAR, C., “Principales novedades...”, op. cit., p. 33; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje...”, op. cit., p. 17; NIELSEN, P.A., “The new Brussels I...”, op. cit., p. 510.

No se trata en absoluto de una aportación muy relevante ni novedosa por cuanto que reproduce de manera casi literal la propuesta introducida por el Informe Jenard, recogida a su vez en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en el asunto *Rich*⁷⁶⁷. Sí que devendrá interesante la lectura del precepto respecto de la concreta cuestión de las medidas cautelares en apoyo de procedimientos arbitrales a la que dedicaremos la debida atención en las próximas páginas.

Sobre esta exclusión general, que iremos desarrollando en los siguientes puntos, se han planteado diferentes aproximaciones desde la doctrina.

3.3. MEDIDAS CAUTELARES EN APOYO DE PROCEDIMIENTOS ARBITRALES

Omite el legislador referirse expresamente a las medidas cautelares en el citado párrafo cuarto, quedando abierta a interpretación el rumbo que marca el RBI-bis en relación con la doctrina establecida en *Van Uden* que permitía como veíamos la existencia de procedimiento paralelos en los que, en determinadas circunstancias y en virtud del art. 31 RBI se podrían adoptar medidas cautelares en apoyo de procedimientos arbitrales.

La rotundidad con la que se pronuncia el legislador europeo, particularmente los párrafos primero y segundo del considerando, invita a pensar a primera vista en una exclusión, también, de los procedimientos paralelos asentados en la jurisprudencia del TJUE en *Van Uden*. Esta es, precisamente, la lectura del Abogado General en *Gazprom*⁷⁶⁸ que, como comentábamos, hace reiteradas alusiones a la letra del RBI-bis y al considerando 12 de dicho texto.

De la lectura del párrafo 138 de las citadas conclusiones del Abogado General parece deducirse que el considerando 12 contempla la exclusión total del arbitraje, “incluidas las medidas de apoyo dictadas por órganos jurisdiccionales estatales”. Si bien la resolución, y por ende las conclusiones del Abogado General, se refieren concretamente a *anti-suit injunctions*, de la literalidad de las mismas no puede entenderse con claridad que el autor quiera realizar una distinción en atención a las particulares características de las medidas *anti-proceso* sino más bien una exclusión general de todas las medidas

⁷⁶⁷ Sentencia TJUE “*Rich*”, cit., punto 17.

⁷⁶⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet presentadas el 4 de diciembre de 2014, op. cit.

que órganos jurisdiccionales de Estados miembros puedan realizar en apoyo de procedimientos arbitrales.

Por nuestra parte, entendemos⁷⁶⁹ que el silencio del legislador -que tuvo ocasión de introducir la materia cautelar expresamente en los términos propuestos por el Parlamento Europeo en el Proyecto de Informe citado⁷⁷⁰-, debe ser interpretado en coherencia con la jurisprudencia del TJUE -*Van Uden* y *Deco-Line*- lo que supondría entender que se mantiene una exclusión material del arbitraje pero perviviendo, teóricamente, la posibilidad de acudir al RBI-bis para cuestiones instrumentales al procedimiento principal resuelto vía arbitraje, como sería el caso de las medidas cautelares en relación con un procedimiento arbitral.

Algunos autores⁷⁷¹, sin embargo, mantienen una posición algo más escéptica entendiendo que de la lectura del considerando 33 RBI-bis que restringe la ejecución de medidas cautelares a aquellas adoptadas por el tribunal competente sobre fondo supone la exclusión de facto de las medidas cautelares en apoyo de procedimientos arbitrales por cuanto que los competentes sobre el fondo serán tribunales arbitrales ajenos al Reglamento.

Sobre este particular incidía precisamente el asunto *Van Uden*, sobre el que conviene volver en este punto. En efecto, como hemos establecido en la primera parte del presente capítulo, en dicho asunto el tribunal considera que la única vía para poder adoptar dichas medidas cautelares será a través del art. 24 CB68 -art. 35 RBI-bis- a pesar de que la competencia del tribunal arbitral no derive directamente de la aplicación del CB68, como literalmente establecía dicho texto -en términos análogos al actual art. 35 RBI-bis-.

Esta conclusión se sustenta en el argumento de que el objeto del litigio se encuentra comprendido dentro del ámbito de aplicación del CB68 por lo que el TJUE considera que el art. 24 CB68 -art. 35 RBI-bis- basta para adoptar medidas cautelares en las citadas circunstancias entendiendo que “el objetivo de las medidas provisionales no es aplicar un procedimiento arbitral”⁷⁷² sino que son medidas paralelas en apoyo del

⁷⁶⁹ Así lo entiende parte de la doctrina como GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., y SÁNCHEZ, S., “El nuevo Reglamento Bruselas I...”, op. cit., p. 31.

⁷⁷⁰ Proyecto de informe del parlamento europeo de 28 de junio de 2011, op. cit.

⁷⁷¹ ROSENDE VILLAR, C., “Principales novedades...”, op. cit., p. 35.

⁷⁷² Sentencia *Van Uden*, cit., párrafo 33.

mismo, debiendo en todo caso condicionarse dicha habilitación a que⁷⁷³ la competencia del árbitro se corresponda con la competencia de los jueces de algún Estado miembro para conocer sobre el fondo en virtud de las normas de competencia judicial internacional previstas en el título II del Reglamento.

Asimismo, deberán respetarse cuantos requisitos han sido incorporados por la numerosa jurisprudencia comentada en el capítulo I, recordemos:

- a. La conexión real entre el objeto de la medida y el tribunal del Estado que adopte la medida;
- b. Garantizar la provisionalidad de la misma;
- c. Requisitos materiales determinados por “la naturaleza de los derechos cuya salvaguarda se garantiza⁷⁷⁴”;
- d. Requisitos personales. Domicilio del demandado en un Estado miembro UE;
- e. Uno específico en este contexto, debiendo constatarse que la competencia del árbitro se corresponde con la de los órganos jurisdiccionales estatales de un Estado miembro.

Cumplidos estos requisitos existen argumentos para defender la posibilidad de adoptar medida cautelares en apoyo de procedimiento arbitrales. Esta afirmación, válida sin duda estando vigentes los dos antecedentes del actual RBI-bis no puede darse, a nuestro entender, por desbancada por la nueva regulación contenida en esta última versión del Reglamento⁷⁷⁵.

A. Circulación de las medidas cautelares en apoyo de procedimientos arbitrales – tribunales competentes sobre el fondo en presencia de un convenio arbitral.

Como hemos visto, en *Van Uden*, la posibilidad de adoptar medidas cautelares queda restringida a los tribunales competentes en virtud del art. 31RBI-35RBI-bis por cuanto que no hay un tribunal efectivamente competente sobre el fondo a efectos de las normas de competencia del Reglamento.

⁷⁷³ GÓMEZ JENÉ, M., “Arbitraje, medidas cautelares y Reglamento Bruselas I”, *La Ley Unión Europea*, 31 de marzo de 2011, pp. 6-10, p. 8.

⁷⁷⁴ Sentencia *Van Uden*, cit., apartado 33; Sentencia *Reichert*, cit., ap. 32.

⁷⁷⁵ Así lo entiende la mayoría de la doctrina, entre otros: MENÉTREY, S. y RACINE, J.B. en GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...*, op. cit., p. 31; GÓMEZ JENÉ, M., *Arbitraje comercial internacional...*, op. cit., p. 317.

A este respecto recordemos que en el RBI-bis restringe la circulación de medidas cautelares a las medidas adoptadas por el tribunal competente sobre el fondo, es decir, si interpretamos estrictamente la literalidad del Reglamento las medidas cautelares adoptadas en aplicación del art. 35 RBI-bis en ningún caso podría ser reconocidas o ejecutadas en otros Estados miembros en virtud del Reglamento.

Si bien consideramos que esta es la interpretación más acorde a lo que establece el Reglamento y la jurisprudencia del TJUE, algunos autores han manifestado sus reservas respecto de la misma.

Por un lado, el efecto derogatorio de la competencia del Reglamento que de facto produciría un convenio arbitral en estas situaciones ha sido puesto en cuestión⁷⁷⁶ considerando los argumentos del TJUE en la citada resolución poco convincentes. Según esta aproximación, los tribunales que hubieran tenido competencia –en virtud del RBI-bis–, al margen del convenio arbitral, podrían adoptar medidas cautelares en base a dicha competencia, con la consiguiente posibilidad de circulación de las mismas.

En la misma línea⁷⁷⁷ se ha considerado que la interpretación literal y “férrea” a la que nos hemos referido vacía de contenido la sentencia *Van Uden* en relación con el arbitraje por cuanto que “ningún sentido tendría declarar la compatibilidad del Reglamento con el arbitraje en materia cautelar si posteriormente la medida no puede reconocerse en otro Estado miembro” en virtud de las disposiciones de dicho texto.

En todo caso, a nuestro modo de ver, en la práctica no tendría demasiado sentido iniciar un arbitraje en Londres y pedir unas medidas cautelares, por ejemplo, ante los tribunales españoles respecto de unos bienes a embargar en Alemania, siendo más eficaz y ágil -agilidad esencial en materia cautelar como tantas veces hemos repetido a lo largo del presente estudio- la solicitud en el foro de ejecución de la misma.

3.4. RBI-BIS Y ANTI-SUIT INJUNCTIONS.

A. Anti-suit injunctions dictadas por un órgano jurisdiccional estatal

En términos generales, la compatibilidad de este tipo de medidas es, como hemos dicho⁷⁷⁸ una cuestión resuelta, y bien resuelta, por el TJUE en *Turner* y refrendada en las resoluciones posteriores a las que igualmente nos hemos referido a lo largo del

⁷⁷⁶ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries...*, op. cit. p. 808.

⁷⁷⁷ Ibid. p. 320.

⁷⁷⁸ Vid cita 682.

presente capítulo. Nos estamos refiriendo, claro está, a las medidas anti-proceso dictadas por órganos jurisdiccionales estatales.

Dicha incompatibilidad, sustentada en la colisión frontal de la citada medida con principios inspiradores del RBI o RBI-bis -que en absoluto se han visto alterados con la nueva redacción⁷⁷⁹-, mantiene a nuestro entender plena vigencia. Un cambio de rumbo de la jurisprudencia del TJUE a este respecto se antoja por todo ello improbable, echándose en falta en este sentido alguna alusión a la cuestión por parte del TJUE en *Gazprom*, a pesar de no ser cuestionado directamente sobre ello. De esta manera se aclararía una cuestión que, como veremos a continuación, genera aun posiciones encontradas.

Existen voces⁷⁸⁰ que plantean, siquiera en el plano teórico, la posibilidad de obtener este tipo de medidas aludiendo a la literalidad del párrafo cuarto del considerando 12.

El presente Reglamento no debe aplicarse a ningún procedimiento incidental ni acción relacionados, en particular, con la creación de un tribunal arbitral, las facultades de los árbitros, el desarrollo del procedimiento de arbitraje o cualesquiera otros aspectos de tal procedimiento, ni a ninguna acción o resolución judicial relativa a la anulación, revisión, apelación, reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral.

El hecho de que se excluyan los procedimientos incidentales del ámbito de aplicación material del RBI-bis podría ser interpretado en el sentido de entender que, dado que las medidas *anti-suit* están destinadas a preservar la efectividad del convenio arbitral, quedaban fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, haciendo inaplicable la doctrina establecida en *Allianz* y permitiendo la adopción de este tipo de medidas.

Entendemos que se trata de una lectura algo forzada y de improbable plasmación práctica⁷⁸¹, máxime cuando contradice la jurisprudencia del TJUE con argumentos poco sólidos. Con este criterio la misma doctrina⁷⁸² afirma que la nueva disposición revierte *Allianz* “aparentemente –solo aparentemente–” por cuanto que de esta lectura no debe

⁷⁷⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Comentario a la STJUE de 13 de mayo...”, op. cit., p. 264.

⁷⁸⁰ ORTOLANI, P., “Anti-suit injunctions in support of arbitration under the Recast Brussels I Regulation”, *Max Plank Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, Working Paper Series, Working Paper 6*, 2015. Disponible en: https://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medienn/research/Pietro_Orotolani_WPS_2015-1.pdf, p. 7; CAMILLERI, S.M., “Recital 12 of the Recast Regulation: a new hope?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, octubre 2013, pp. 899-916, pp. 899, 903.

⁷⁸¹ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries...*, op. cit. p. 82.

⁷⁸² GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., y SÁNCHEZ, S., “El nuevo Reglamento Bruselas I...”, op. cit., p. 30.

extraerse la conclusión de que las medidas *anti-suit* podrían ser aceptadas en procedimientos ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros.

Con todo, un cambio de rumbo de semejante envergadura exigiría –en virtud de una técnica legislativa razonable- haber sido incorporado en el texto de una manera, a nuestro entender, mucho más clara y, probablemente ocupando un lugar más destacado dentro del articulado del Reglamento, no pudiendo extrapolarse semejantes conclusiones de una declaración general de intenciones, por completa que esta sea, expresada en la exposición de motivos carente, *stricto sensu*, de valor normativo. No podemos entender, en virtud de la “modesta” nueva regulación una intención muy revolucionaria por parte del legislador.

Asimismo, la propia necesidad de las *antisuit injunctions* ha sido puesta en cuestión por algunos autores⁷⁸³ por cuanto que la primacía del CNY establecida textualmente en el RBI-bis ofrece cobertura en este tipo de situaciones, sin perjuicio de las consideraciones sobre procedimientos paralelos que haremos en las próximas páginas.

B. Anti suit injunctions dictadas por tribunales arbitrales

Diferente, y más esperanzador a priori para los lobbies arbitrales, panorama puede describirse cuando este tipo de medidas son adoptadas por tribunales arbitrales, habiendo quedado claramente establecido en *Gazprom* que el “Reglamento no regula el reconocimiento y ejecución en un Estado miembro de un laudo” -que contenga dicha medida- “dictado por un tribunal arbitral de otro Estado miembro.”^{784,}

En su calidad de laudo arbitral en el asunto *Gazprom* el Derecho europeo no puede entrar a valorar el reconocimiento de las mismas en su ámbito de aplicación por cuanto que del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales se encarga el CNY, cuya hegemonía queda, como veíamos, queda respaldada en el RBI-pis por el art. 73⁷⁸⁵.

La aplicación del Convenio plantea, con todo, algunas situaciones potencialmente conflictivas.

⁷⁸³ Ibid., p. 83.

⁷⁸⁴ Sentencia *Gazprom*, cit., nº 37.

⁷⁸⁵ En este sentido cabe recordar que en el RBI no existía una provisión idéntica, habiendo sido descartada por *Gazprom* la posibilidad de considerar el Convenio de Nueva York incluido en los “convenios sobre materias particulares” del 71.1 RBI, vid. supra en comentario sobre la sentencia *Gazprom*.

a. Por un lado, cabe recordar, que el orden público⁷⁸⁶ actuará siempre y en todo caso como límite ante una medida cautelar tan inseparablemente ligada a la tradición jurídica anglosajona y cuya ejecutividad, en la práctica, en Estados de tradición de *civil law* puede no resultar en absoluto tan sencilla.

En este sentido, el principio de confianza mutua, pilar fundamental sobre el que se asienta la exclusión de las medidas anti-proceso encuentra su plasmación en el articulado del RBI-bis en su art. 45.3 que establece claramente la imposibilidad para los tribunales de los Estados miembros de comprobar la competencia del órgano jurisdiccional de origen.

Debemos asumir por ello que en el espacio judicial europeo rige una presunción general de cumplimiento del orden público entre los órganos jurisdiccionales de los diferentes Estados, lo que, a contrario, supone que la adopción de medidas cautelares como la medida anti-proceso debe presuponerse contraria al “orden público armonizado” en la UE-, independientemente de que su origen sea un tribunal arbitral que la situaría fuera del Reglamento y, por ende, del filtro de la confianza mutua del art. 45.3.

Existen, asimismo, voces en la doctrina⁷⁸⁷ que consideran innegable que el legislador europeo ha querido dotar de “estatus de orden público” a este principio, amparándose en la relevancia que, además, el propio TJUE ha dado al mismo⁷⁸⁸ considerando que “el principio de confianza mutua entre Estados miembros tiene una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permite la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores”.

b. Por otro lado, aunque la totalidad de los Estados miembros son parte del Convenio, no lo es la Unión Europea, lo que imposibilita la interpretación del mismo por parte del Tribunal de Justicia -ex. art. 267.b TFUE-. A consecuencia de esto, los tribunales estatales serán los encargados de aplicar e interpretar el texto, con la consiguiente falta de uniformidad en la aplicación del mismo en el territorio de la UE.

C. Circulación de la *anti-suit injunction*

⁷⁸⁶ Sobre este particular, vid. GÓMEZ JENÉ, M., *Arbitraje comercial internacional*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2018, pp. 427-446.

⁷⁸⁷ ORTOLANI, P., “Anti-suit injunctions...”, op. cit., p. 16.

⁷⁸⁸ Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno) de 18 de diciembre de 2014, (ECLI:EU:C:2014:2454), párrafo 191.

Subyace, por último, siquiera en el plano teórico, la cuestión de la circulación de las medidas anti-proceso en los supuestos en los que estas hayan sido finalmente reconocidas en un Estado miembro por un tribunal estatal en virtud del CNY.

El escenario plantea problemas de partida ya que nos encontramos ante una medida que expresamente ha sido declarada por el TJUE incompatible con el Reglamento pero que ha sido reconocida, en forma de laudo, por los tribunales de un Estado miembro en aplicación de una norma calificada por el propio Reglamento como de preferente aplicación respecto del mismo.

En atención a los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia comentada nada hace pensar que podamos encontrarnos ante una respuesta diferente, independientemente de que la medida en cuestión tenga su origen en un órgano jurisdiccional, por ejemplo, inglés o en un tribunal arbitral de cualquier Estado, por mucho que esta última adquiera carta de naturaleza de “resolución judicial” al ser reconocida en el Estado ejecutante⁷⁸⁹. La confianza mutua se vería igualmente afectada en uno u otro caso, a pesar de que en origen la resolución quede fuera del ámbito de aplicación del Reglamento –efecto útil⁷⁹⁰–.

3.5. EL IMPORTANTE PAPEL DEL CONVENIO ARBITRAL Y LA CIRCULACIÓN DE DECISIONES

A. Validez del convenio arbitral

A tenor de la literalidad del considerando 12, puede extraerse la conclusión de que el Reglamento se mantiene también al margen de estas cuestiones, remitiendo para su resolución al Derecho nacional de cada Estado miembro, lo que conlleva la aplicación del art. II.1 del CNY que insta a los Estados parte⁷⁹¹ a reconocer “el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.”

⁷⁸⁹ De esta opinión ORTOLANI, P., “Anti-suit injunctions...”, op. cit., p. 15.

⁷⁹⁰ Vid. supra pp. 242.

⁷⁹¹ Actualmente todos los Estados miembros de la UE son parte del Convenio de Nueva York de 1958, vid. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status_map.html.

En esta misma línea, el Abogado General⁷⁹² en *Gazprom* y, en aplicación estricta de los dos primeros párrafos del recurrente considerando, las declinatorias de jurisdicción sustentadas en convenios arbitrales, como “cuestión incidental”, también estarían excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento.

En virtud de esta interpretación, secundada mayoritariamente por la doctrina⁷⁹³, el segundo párrafo del considerando 12 supone una excepción al criterio establecido en *Rich* y revierte el criterio establecido en *Allianz*. Es más, de acuerdo con algunos de estos autores⁷⁹⁴ la declinatoria en relación con un convenio arbitral deberá ser considerada, en todo caso, una cuestión principal excluida del ámbito de aplicación del RBI-bis por cuanto se refiere a materia excluida y ya regulada en otro texto -CNY-, cuya primacía ha sido, además, expresamente incluida en el texto del Reglamento.

Según esta tesis, por tanto, cuestionada la validez del convenio arbitral ante los tribunales de un Estado miembro, estos deberán recurrir al CNY y, en su caso, a su Derecho nacional para decidir sobre la existencia o validez del mismo, en ningún caso aplicando el RBI-bis.

Con ello se limita la posibilidad de “torpedear” el arbitraje a la que nos referíamos en *Allianz*⁷⁹⁵ por cuanto que por esta vía la competencia de los árbitros queda suficientemente respaldada por la aplicación de un texto “pro-arbitraje” como el CNY. Según esta interpretación, por tanto, podría establecerse el ámbito material de aplicación del CNY como criterio preferente para definir las exclusiones del Reglamento, siendo inaplicable este a todo aquello a lo que se pueda aplicar el primero⁷⁹⁶.

Dando por bueno este criterio, en virtud de los párrafos segundo y tercero del considerando 12, solo en el caso de que en aplicación de los preceptos referidos - Derecho nacional y CNY- se determinara la invalidez del convenio arbitral podrá el tribunal estatal entrar a conocer sobre el fondo, surgiendo en este punto la problemática de la circulación de decisiones en presencia de un convenio arbitral.

⁷⁹² Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet presentadas el 4 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2414.

⁷⁹³ ORTOLANI, P., “Anti-suit injunctions...”, op. cit., p. 6; HARTLEY, T.C., “The Brussels I Regulation...”, op. cit., p. 860; NUYTS, A. (Coord.). *Actualités en Droit international...*, op. cit., p. 109; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., y SÁNCHEZ, S., “El nuevo Reglamento Bruselas I...”, op. cit., p. 28.

⁷⁹⁴ NUYTS, A. (Coord.). *Actualités en Droit international...*, op. cit., p. 111.

⁷⁹⁵ Vid. supra pp. 242 y ss.

⁷⁹⁶ De esta opinión: AMBROSE, C., “Arbitration and the free movement of judgements”, *Arbitration International*, vol.19, n° 1, marzo 2003, pp. 3-26, p. 12.

Ante la ausencia de resoluciones del TJUE⁷⁹⁷ sobre materia arbitral que aclaren la cuestión y en atención a los cambios -escasos- introducidos en el RBI-bis en relación con la misma, parece prudente afirmar que el consenso⁷⁹⁸ previo a la entrada en vigor del reglamento sigue plenamente vigente en aplicación del mismo.

De esta manera debemos considerar que las cuestiones incidentales como las valoraciones de la existencia y validez del convenio arbitral quedan incluidas -según el criterio del TJUE en *Allianz*- en el ámbito de aplicación del Reglamento en los términos descritos.

En consecuencia, la tan criticada, posibilidad de “torpedear”⁷⁹⁹ el convenio arbitral mediante la revisión de la validez del acuerdo seguiría plenamente vigente.

B. Circulación de resoluciones en presencia de un convenio arbitral

Nos referimos en este caso a la circulación de las resoluciones dictadas por el tribunal competente sobre el fondo tras considerar nulo o inexistente el convenio arbitral.

Una primera lectura del considerando 12, particularmente del párrafo segundo, nos lleva a deducir que este tipo de decisiones -como cualquier otra resolución adoptadas por un órgano jurisdiccional estatal de un Estado miembro- serán susceptible de ser reconocidas y ejecutadas según el procedimiento simplificado del RBI-bis. Cabe plantearnos en este punto hasta qué punto podrá condicionar este reconocimiento el hecho de la existencia del convenio arbitral declarado nulo-inexistente.

En esta línea de interpretación literal del precepto aludido la conclusión más directa sería la de pensar que no puede aducirse la nulidad del convenio para rechazar el reconocimiento por cuanto que supondría, de facto, revisar la competencia del órgano jurisdiccional de origen, contraria al art. 45.3 RBI-bis. Decimos “de facto” por cuanto que si bien lo que se cuestiona no es, técnicamente, la competencia sino la resolución relativa al convenio arbitral, la consecuencia de la misma hace que, a juicio de la doctrina⁸⁰⁰, el art. 45.3 RBI-bis pueda ser aplicable al caso.

⁷⁹⁷ Quedando únicamente la posibilidad de extrapolar el criterio y los sólidos argumentos expuestos por el tribunal en su más reciente resolución -*Gazprom*- al nuevo texto.

⁷⁹⁸ VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal...*, op. cit., pp. 101 y ss; GÓMEZ JENÉ, M., “Anti-suit injunction...”, op. cit., p. 445.

⁷⁹⁹ NIELSEN, P.A., “The new Brussels I...”, op. cit. p. 511.

⁸⁰⁰ GÓMEZ JENÉ, M., *Arbitraje comercial...*, op. cit., p. 470.

Por lo tanto, en los casos en los que la decisión adoptada por tribunales competentes sobre el fondo en virtud de las disposiciones del RBI-bis consideramos⁸⁰¹ que no existen argumentos para excluir el reconocimiento de estas decisiones.

Esta consecuencia de la aplicación del considerando 12 ha sido sin embargo objeto de críticas por parte de la doctrina⁸⁰², existiendo autores⁸⁰³ que consideran que se trata de una interpretación que choca con uno de los principios sobre los que se sustenta el RBI-bis (o cualquiera de sus predecesores) como es el principio de confianza mutua.

Asimismo, otros⁸⁰⁴, asumiendo que esta es la interpretación más acorde a la literalidad del precepto abogan por una exclusión total en aras a evitar conflictos como los procedimientos paralelos o resoluciones potencialmente contradictorias a las que nos referiremos a continuación.

C. Procedimientos paralelos

Parece probable⁸⁰⁵ anticipar la existencia de resoluciones paralelas en las que el tribunal competente sobre el fondo en virtud del RBI-bis, considerando nulo o inexistente el convenio arbitral en base a su Derecho nacional + CNY, se pronuncie sobre el fondo mientras que el tribunal arbitral haya continuado sus actuaciones.

En estos casos la decisión sobre la validez del convenio no circulará, pero sí será reconocida y ejecutada la resolución sobre el fondo dictada por el tribunal estatal en virtud del Reglamento –como acabamos de defender-, con lo que puede coexistir con la resolución finalmente adoptada por el tribunal arbitral que a su vez sería susceptible de ser reconocida en aplicación del CNY del que son parte también los Estados miembros UE.

La lectura del considerando 12 no ofrece respuesta expresa para este tipo de situaciones, tampoco lo hace la versión definitiva del art. 29 tras descartarse el punto 4 de la Propuesta 2010 relativo a la litispendencia en materia arbitral. El art. 45.3 RBI-bis, por su parte, limita en abstracto la posibilidad del tribunal de destino de revisar la

⁸⁰¹ Ibid.

⁸⁰² MENÉTREY, S. y RACINE, J.B. en GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...*, op. cit., p. 32 que cita además numerosa doctrina francesa en la misma línea; GOMEZ JENÉ, M., “Anti-suit injunction...”, op. cit., p. 444.

⁸⁰³ GOMEZ JENÉ, M., “Anti-suit injunction...”, op. cit., p. 444.

⁸⁰⁴ MENÉTREY, S. y RACINE, J.B. en GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...*, op. cit., p. 33.

⁸⁰⁵ Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., y SÁNCHEZ, S., “El nuevo Reglamento Bruselas I...”, op. cit., p. 31; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje...”, op. cit., p. 17; ROSENDE VILLAR, C., “Principales novedades del Reglamento núm. 1215/2012...”, op. cit. p. 32.

competencia del tribunal de origen, lo que tampoco ofrece una respuesta válida para atajar la cuestión.

El CNY tampoco prevé la situación de las resoluciones inconciliables y la prevalencia de decisiones para dar respuesta a la situación descrita.

Así las cosas, y sin poder obtener respuesta en las normas que rigen la materia, podemos plantear diferentes soluciones alternativas.

a. Algunos autores⁸⁰⁶ plantean el recurso al orden público basado en la ruptura del mismo que puede suponer el reconocimiento de decisiones inconciliables. Pudiendo ser aceptable esta aproximación, persiste la cuestión de cómo establecer la prioridad entre las diferentes resoluciones;

b. Si bien se trata de una cuestión controvertida y hartamente compleja, se ha propuesto⁸⁰⁷ la aplicación de la mera preferencia cronológica. En los supuestos en los que la resolución arbitral sea previamente ejecutable, en atención a los citados arts. 73.2 y Considerando 12 -párrafo tercero- del RBI-bis esta será reconocida en virtud del Derecho nacional y servirá como causa de denegación del reconocimiento-ejecución de la resolución adoptada por el órgano jurisdiccional estatal en cuestión.

Esta solución adolece, no obstante, de un problema añadido derivado de la supresión del exequátur para las resoluciones en el contexto del RBI-bis, lo que pone en una situación privilegiada a las mismas respecto de las resoluciones arbitrales que sí deben someterse a un procedimiento reconocimiento-ejecución.

- Convenio arbitral válido o inválido en diferentes jurisdicciones

Otra situación igualmente conflictiva y en absoluto descartable en la práctica se daría en los supuestos en los que los tribunales del Estado de la sede del arbitraje han declinado su competencia a favor del tribunal arbitral -recordemos que para ello se basarán únicamente en su Derecho nacional + CNY- mientras que los tribunales de otro Estado miembro han considerado inválido el convenio y han resuelto sobre el fondo.

Se ha cuestionado por parte de la doctrina⁸⁰⁸ la obligación de reconocimiento de la decisión sobre el fondo dictada por el tribunal estatal en el Estado de la sede del

⁸⁰⁶ MENÉTREY, S. y RACINE, J.B. en GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...*, op. cit., p. 36; GÓMEZ JENÉ, M., *Arbitraje comercial...*, op. cit., p. 471-472.

⁸⁰⁷ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries...*, op. cit., p. 78.

⁸⁰⁸ *Ibid.* p. 82.

arbitraje -cuyos tribunales sí consideraron válido el convenio- en los casos en los que se encuentra pendiente la decisión del tribunal arbitral.

Por la vía del art. 45.1.c RBI-bis solo podría rechazarse el reconocimiento en caso de existir un conflicto con una resolución de los órganos jurisdiccionales estatales sobre el fondo, por lo que cabe plantearse si los tribunales de la sede del arbitraje tienen cobertura para dar preferencia al laudo arbitral sobre la resolución del tribunal de otro Estado miembro.

La respuesta, una vez más, debe ser negativa por cuanto que el CNY solo da cobertura para el reconocimiento de laudos extranjeros, lo que refuerza la idea de la plena vigencia del “torpedo italiano” y la fragilidad del arbitraje el espacio judicial europeo.

Con todo, si bien el RBI-bis adolece de una notable “tendencia a desbordar el espacio europeo para inmiscuirse en el ámbito internacional general, sobre todo en lo que concierne a la litispendencia internacional”⁸⁰⁹ debe reconocerse que en materia arbitral no se han querido traspasar ciertas líneas rojas al mantenerse expresamente la hegemonía del CNY.

En conclusión, el considerando 12, que constituye la principal aportación del RBI-bis a la situación del arbitraje en el contexto de aplicación de dicho texto, resulta una vía “curiosa”⁸¹⁰ para legislar cuestiones de notable envergadura como ésta. Se trata, además, de un precepto que adolece de una notable ambigüedad susceptible de generar situaciones conflictivas en los términos descritos en las páginas precedentes.

Se ha optado por esta vía en lugar de una mayor extensión en el articulado, en el que la desaparición de las referencias al arbitraje es casi total, apartándose de esta manera de la Propuesta 2010 y de la voluntad notablemente más “revolucionaria” expresada por el legislador en la fase de elaboración.

El nuevo escenario se limita por tanto a señalar la exclusión de arbitraje, sin más añadidos, en el art. 1.2.d y ratifica la primacía del CNY en el art. 73, habiéndose eliminado incluso las referencias al respecto en el apartado relativo a litispendencia y conexidad, si bien⁸¹¹ la posibilidad de recurrir al “torpedo italiano” sigue teóricamente

⁸⁰⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Comentario a la STJUE de 13 de mayo...”, op. cit. p. 261.

⁸¹⁰ Ibid. p. 259.

⁸¹¹ Vid. pp. 242 y ss.

vigente, lo que puede ser sin duda una de las asignaturas pendientes del legislador de cara a futuras modificaciones.

A este respecto, el propio RBI-bis introduce una cláusula de revisión para el año 2022 en el que sin duda esta será una cuestión central del debate, debate que quedaba zanjado en opinión de algunos autores⁸¹² con una clara y definitiva exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del RBI-bis.

Se refuerzan desde luego los acuerdos de elección de foro, incluidos los arbitrales, lo que, en términos generales, ha de ser valorado muy positivamente⁸¹³. Con todo, es probable el surgimiento de nuevas colisiones entre procedimientos judiciales y arbitrales en el futuro en los términos descritos, lo que conllevará pronunciamientos jurisprudenciales que puedan arrojar luz sobre la cuestión.

4. OERC Y ARBITRAJE

El art. 1 del Reglamento OERC⁸¹⁴ excluye, de manera análoga al RBI-bis, la materia arbitral de su ámbito de aplicación material a través del art. 2.2.e en el que se limita a enunciar la materia como excluida.

Deviene por tanto relevante cuestionarnos si la doctrina establecida en *Van Uden*, cuya vigencia en el escenario post-RBI-bis hemos defendido⁸¹⁵, es aplicable a un Reglamento como el de la OERC que realiza una exclusión, equiparable -ex. art. 1- a la del RBI-bis.

En definitiva, ¿podría, a pesar de la exclusión de arbitraje que expresamente recoge el Reglamento OERC adoptarse una medida de esta naturaleza en apoyo de un procedimiento arbitral? La cuestión fundamental es la citada, resultando a nuestro entender incontrovertible⁸¹⁶ la naturaleza estrictamente jurisdiccional de la OERC, que en ningún caso podrá ser adoptada por el tribunal arbitral en virtud del art. 6.

Antes de abordar la cuestión debe recordarse al lector una cuestión fundamental. Dada la naturaleza “híbrida” de esta medida, que puede o no ser considerada cautelara en atención al momento de su adopción, podemos encontrarnos ante escenarios diferentes.

⁸¹² Entre otros: MENÉTREY, S. y RACINE, J.B. en GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement...*, op. cit., p. 37.

⁸¹³ De esta opinión: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El Reglamento Bruselas I...”, op. cit., p. 20.

⁸¹⁴ Sobre la OERC en general, vid. capítulo I, pp. 145 y ss.

⁸¹⁵ Vid. pp. 232 y ss.

⁸¹⁶ Así lo entiende igualmente la doctrina: SENÉS MONTILLA, C., *La orden europea de...*, op. cit., p. 38.

Por un lado, cabe la posibilidad de solicitar la medida *ante causam* o *medio iudicio*, con lo que estaríamos, como hemos defendido, ante una medida de naturaleza cautelar. Cuestión diferente será la de la medida solicitada existiendo ya una resolución, que en este caso sería un laudo reconociendo la deuda, con lo que la OERC tomaría carácter ejecutivo.

4.1. EL ARBITRAJE EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO OERC

En la Propuesta de Reglamento OERC -previa a la publicación del texto definitivo del RBI-bis- la Comisión se muestra prudente⁸¹⁷ respecto de esta cuestión. Al abordar las materias excluidas del futuro reglamento se da por sentada la exclusión del arbitraje, si bien, “aunque puede haber razones para permitir a las partes de un arbitraje recurrir al procedimiento europeo” considera el legislador que al tratarse de una cuestión compleja no resuelta por el Derecho de la UE, rechaza realizar una primera regulación a nivel europeo a través de ese instrumento.

4.2. SITUACIÓN CON EL TEXTO DEFINITIVO

Las interpretaciones doctrinales -a falta de referencias jurisprudenciales que traten específicamente la cuestión- plantean una situación de inevitable controversia sobre la que no existe una posición clara.

Algunos autores⁸¹⁸, en una interpretación literal del Reglamento OERC, niegan la mayor, extrayendo la conclusión de que lo que propone el legislador es una exclusión general del arbitraje tanto en su vertiente *ante causam* -por cuanto que el texto se refiere a que el proceso principal se sustanciará ante un tribunal nacional- o en su vertiente de “título ejecutivo” -excluyéndose los laudos arbitrales del concepto de resolución-.

En relación con las primeras -medidas cautelares *stricto sensu*- otros autores⁸¹⁹ se muestran favorables a la extrapolación de los criterios establecidos por el TJUE en *Van Uden* a las OERC. Concretamente, los argumentos esgrimidos para defender dicho criterio, con los que debemos mostrarnos claramente de acuerdo, apuntan a la debida coherencia tanto en la aplicación como en la interpretación uniforme de los Reglamentos -OERC y RBI-bis-.

⁸¹⁷ Ibid., p. 5.

⁸¹⁸ JIMÉNEZ BLANCO, P., “La orden europea...”, op. cit. p. 246.

⁸¹⁹ GÓMEZ JENÉ, M., *Arbitraje comercial...* ” op. cit., p. 320.

Ambas normas -art. 35 RBI-bis y Reglamento OERC- establecen la competencia sobre la cuestión principal de tribunales estatales de Estados miembros de manera expresa como requisito para la adopción de las medidas cautelares referidas.

Este requisito queda sin embargo eclipsado en *Van Uden* en atención a que las medidas en cuestión no son medidas para aplicar un procedimiento arbitral, resultando determinante para su inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento la “naturaleza de los derechos cuya salvaguardia garantizan⁸²⁰”.

Dada la enorme similitud entre la fórmula empleada en el art. 35 RBI-bis y el Reglamento OERC entendemos que idéntico criterio puede ser empleado en ambos supuestos.

Visión, esta última, no compartida por otros autores⁸²¹ que sin embargo sí que ven la posibilidad de solicitar una OERC “ejecutiva” amparándose en un laudo que declare la deuda. En este caso, si bien la circulación de laudos queda fuera del RBI-bis, la equiparación que puede realizarse de entre laudo-resolución judicial en aplicación del Derecho nacional daría cobertura a la adopción de dichas medidas ex. art. 6.3 Reglamento OERC.

Concretamente en aplicación del Derecho español debemos remitirnos primeramente al art. 517 LEC en el que se establece claramente que los laudos tendrán aparejada ejecución en virtud de dicha ley. Todo ello en combinación, según jurisprudencia española⁸²², con los arts. 46.2 de la Ley de Arbitraje⁸²³ en relación con los arts. 52 y siguientes de la LCJI parece no ofrecer dudas⁸²⁴ sobre la adecuación del laudo como resolución judicial a efectos de aplicación del art. 6.3 del Reglamento OERC.

Se trata, en todo caso de una cuestión abierta a la interpretación del TJUE cuyas repercusiones en la práctica no son en absoluto menores al tratarse el Reglamento OERC de un texto de enorme potencial.

⁸²⁰ Sentencia *Van Uden*, cit., considerando 33, sentencia *Reichert*, cit., considerando 32.

⁸²¹ PORTILLO, T., DE PAZ, S., “Aspectos más significativos...”, op. cit., p. 4.

⁸²² Vid. Auto TSJ Cataluña 192/2016, de 19 de mayo de 2016, ECLI: ES:TSJCAT:2016:192A.

⁸²³ Ley 60/2003, de 26 de noviembre, de Arbitraje. BOE nº 309 de 26/12/2003.

⁸²⁴ PORTILLO, T., DE PAZ, S., “Aspectos...”, op. cit., p. 4.

III.

MEDIDAS CAUTELARES Y ARBITRAJE EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Como hemos dicho, si bien no constituye el *leitmotiv* del presente estudio, consideramos relevante la aportación siquiera de un poso de destilación en relación con la legislación española como exige el contexto geográfico en el que se ha desarrollado la presente investigación.

Todo ello, teniendo presente el papel meramente subsidiario que la norma autónoma ocupará en un panorama legislativo tan densamente regulado a nivel internacional.

En referencia a la cuestión de las medidas cautelares y el arbitraje deberemos nuevamente realizar la distinción entre las medidas adoptadas por jueces en apoyo a procedimientos arbitrales y las medidas que puedan dictar los propios árbitros a la luz, en este caso, de la legislación española que a través del art. 23 LARb consagra la plena compatibilidad entre ambos órdenes en materia cautelar.

1. MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS POR JUECES ESPAÑOLES EN APOYO DE PROCEDIMIENTOS ARBITRALES

Resulta, en todo caso, indudable en atención a la jurisprudencia española, la plena competencia de los tribunales españoles para la adopción de medidas cautelares en apoyo de procedimientos arbitrales extranjeros.

Se trata de una cuestión que el Derecho autónomo español regula en la LEC y en la LARb. Concretamente, en referencia a la primera -arts. 721 y ss. LEC- el art.722 LEC habilita a los tribunales para poder adoptar medidas cautelares en apoyo de procedimientos arbitrales, en los siguientes términos:

Artículo 722. Medidas cautelares en procedimiento arbitral y litigios extranjeros.

Podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales. También podrá pedir las quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 15 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje; o en el

supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento.

Sin perjuicio de las reglas especiales previstas en los Tratados y Convenios o en las normas comunitarias que sean de aplicación, también se podrá solicitar de un Tribunal español por quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en un país extranjero la adopción de medidas cautelares si se dan los presupuestos legalmente previstos salvo en los casos en que para conocer del asunto principal fuesen exclusivamente competentes los Tribunales españoles.

La legitimación activa por tanto puede justificarse a través de dos vías. Primera, mediante la acreditación de ser parte en el procedimiento arbitral -si éste se encuentra ya formalizado- y, segunda, será también posible acreditar que se ha solicitado la formalización judicial o la solicitud de arbitraje pertinente.

1.1. MEDIDAS ANTE-CAUSAM

De acuerdo con el art.722 LEC podría extraerse la conclusión *prima facie* de que solo se da cobertura a la competencia de los jueces para adoptar medidas cautelares en apoyo a procedimientos arbitrales ya iniciados. Esta fue una cuestión polémica⁸²⁵ en el período transitorio comprendido entre la entrada en vigor de la LEC y la última versión de la LArb que aclaraba la cuestión en su art. 11.3.

En aplicación de la LEC debíamos recurrir a la aplicación de los arts. 730.2 y 3 en virtud de los cuales “podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad”.

El art. 11.3 LArb disipaba todas las dudas al concretar esta posibilidad para el campo del arbitraje al introducir, en referencia al convenio arbitral, que este “no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.”

En todo caso, actualmente existe consenso al considerar que la aplicación, en conjunto, de ambos preceptos de la LEC junto con el art. 11.3 LARb “conduce

⁸²⁵ MAGRO SERVET, V., “La adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral en la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje, en relación con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, *Diario La Ley*, nº 6000, año XXV, de 20 de abril de 2004, pp. 1850-1857, p. 1853; JIMÉNEZ CONDE F ., *Ley de enjuiciamiento civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, SEPIN, Pozuelo de Alarcón, 2002.

inexorablemente a aceptar la competencia de los jueces para adoptar medidas *ante-causam* en apoyo a un arbitraje⁸²⁶, siendo un criterio de aplicación tanto a arbitrajes internos como internacionales, afirmación que ha sido ratificada por los tribunales españoles⁸²⁷ en supuestos en los que concurren razones de urgencia y necesidad.

Asimismo, la LArb consagra, a través del art. 11.3 -en línea con los arts. 9 LMU y VI.4 del Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional⁸²⁸- la plena vigencia del convenio arbitral a pesar de que alguna de las partes solicite antes de iniciarse el procedimiento arbitral, medidas cautelares ante los órganos jurisdiccionales competentes, no debiendo, por tanto, entenderse dicho acto como un acto de renuncia tácita al arbitraje⁸²⁹.

A. Plazo para iniciar el arbitraje en medidas *ante-causam*

Cuestión espinosa será, en relación con lo antedicho, la del plazo para presentar la demanda o solicitud de arbitraje. Sobre este particular, el art. 730 LEC introduce un plazo general de 20 días para interponer la demanda, plazo que de no ser respetado supondría el levantamiento de la medida cautelar.

El art. 720.3 LEC establece en relación con el arbitraje que será suficiente “que la parte beneficiada por ésta (la medida cautelar) lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral”. Se trata de un precepto de una notable ambigüedad que ha recibido diferentes respuestas por parte de la doctrina.

Algunos autores establecen el art. 27.3 LArb como pre-requisito para poder mantener las medidas cautelares⁸³⁰. Dicho precepto determina el comienzo del arbitraje en “la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje”. Aceptar esta interpretación supondría, de facto, suprimir la

⁸²⁶ GÓMEZ JENÉ, M., *Arbitraje comercial...*, op. cit., p. 324.

⁸²⁷ Auto nº 98/2009 de la AP de Madrid de 8 de junio de 2009.

⁸²⁸ Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional hecho en ginebra el 21 de abril de 1961, vigente en España desde el 10/08/1975, «BOE» núm. 238, de 4 de octubre de 1975, pp. 20985 a 20988.

⁸²⁹ LArb. Exposición de motivos III: “(...) se aclara que la solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone en modo alguno renuncia tácita al arbitraje; aunque tampoco hace actuar sin más el efecto negativo del convenio arbitral. Con ello se despeja cualquier duda que pudiese subsistir acerca de la posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje, aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado. Esta posibilidad es indudable a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero es importante que se recoja también en la legislación de arbitraje. Además, da cobertura a una eventual solicitud de medidas cautelares ante un tribunal extranjero respecto de un arbitraje regido por la ley española.”

⁸³⁰ MAGRO SERVET, V., “La adopción de medidas cautelares...”, op. cit., p. 1855.

posibilidad obtener verdaderas medidas *ante-causam*, lo que resulta incompatible con la literalidad del art. 11.3 LARb.

Se ha planteado también, en términos a nuestro entender más coherentes con el tenor del precepto, que el plazo deberá ser “el mínimamente indispensable para preparar y redactar la demanda”⁸³¹. Se trata sin embargo de una interpretación que no soluciona el problema, manteniendo un significativo grado de inseguridad jurídica en una cuestión en absoluto menor.

Una tercera opción pasaría por la extrapolación del plazo de 20 días de la LEC a los procedimientos arbitrales⁸³², lo que obligaría a plantear un diferente tratamiento en función del tipo de arbitraje ante el que nos encontremos.

En los casos de:

a. arbitraje *ad-hoc* sin formalización judicial operaría el plazo de 20 días verificándose el inicio de actuaciones en aplicación del citado art. 27 LArb;

b. arbitraje con formalización judicial, la verificación vendría de la mano de la comparecencia al juicio verbal, prosiguiendo con los trámites previstos en la misma LArb;

c. de arbitraje institucional, que revisten un mayor interés en el presente estudio por cuanto que serán los habituales en controversias de comercio internacional, operaría igualmente el plazo de 20 días pero las actuaciones para iniciar el arbitraje quedarían determinadas por el reglamento de la institución ante la que se sustanciara el procedimiento.

1.2. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES EN APOYO A PROCEDIMIENTOS ARBITRALES EXTRANJEROS

La competencia general de los tribunales para adoptar medidas cautelares en relación con procedimientos arbitrales, por su parte, vendrá de la mano de la aplicación del art. 8 LARb que remite a las partes aunque puntualiza que “en los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal”, establece la salvedad “salvo en los casos en que ésta así lo disponga”. Las medidas cautelares forman parte de esta excepción, expresamente contemplada en el art. 8.3, que considera competente territorialmente el

⁸³¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Cedecs, Madrid, 1999, p. 44.

⁸³² HINOJOSA, R., en JIMÉNEZ CONDE F., *Ley de enjuiciamiento civil...*”, op. cit., pp. 641 y ss.

tribunal “del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el art. 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Este último es el que introduce el componente de internacionalidad en la norma al designar como competente al tribunal “del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.” Siendo este mismo criterio igualmente aplicable “cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, salvo lo que prevean los Tratados.”

La literalidad del precepto remite a un “tribunal” extranjero por lo que no incluye expresamente los tribunales arbitrales. Sobre esta cuestión destacados autores⁸³³ entienden que el precepto es extensible a procedimientos arbitrales extranjeros siempre y cuando, “concurran razones de urgencia y necesidad extrema”⁸³⁴.

Se trata, en todo caso, de una cuestión resuelta por la jurisprudencia española que ratifica la posibilidad de los tribunales españoles de adoptar este tipo de medidas en relación con arbitrajes extranjeros en numerosas resoluciones⁸³⁵.

En la misma línea, la citada doctrina se muestra favorable a aceptar la adopción, de manera siempre excepcional, de medidas cautelares *ex parte* en apoyo de procedimientos arbitrales en las mismas condiciones que en los supuestos jurisdiccionales.

1.3. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS

De los conocidos requisitos clásicos para la adopción de medidas cautelares, *periculum in mora*, *fumus boni iuris* y caución, los dos primeros no revisten elementos que, en el supuesto que nos ocupan, los hagan diferentes en relación con medidas cautelares arbitrales, por lo que centraremos nuestra atención en el tercer requisito, por cuanto que la exigencia de caución resulta en la práctica notablemente controvertida en relación con las medidas adoptadas en este contexto⁸³⁶.

En efecto, la adopción por parte de los árbitros de medidas cautelares y la exigencia por parte de los mismos de la correspondiente cantidad en concepto de caución puede

⁸³³ GÓMEZ JENÉ, M., *Arbitraje comercial...*, op. cit., p. 324 citando además a GASCÓN INCHAUSTI, F., *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Cedecs, Madrid, 1999, p. 44.

⁸³⁴ Auto nº 98/2009 de la AP de Madrid, cit.

⁸³⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Arbitraje y justicia cautelar”, op. cit., p. 57 confirma este criterio aludiendo a numerosas sentencias dictadas por tribunales españoles.

⁸³⁶ Vid. pp. 297 y ss.

presentar algunos problemas en los supuestos en los que el demandante resulte finalmente derrotado en el procedimiento principal, deviniendo injustificada la medida cautelar.

El cese en sus funciones del tribunal arbitral a partir del momento de pronunciarse el laudo generará en estos casos una situación de notable complejidad teórica y práctica.

El escenario será diferente en los supuestos en los que la medida cautelar sea adoptada por los tribunales estatales por cuanto que, a diferencia del supuesto arbitral, la caución quedará consignada directamente en sede judicial.

Sería en este caso plenamente aplicable el art. 742 LEC cuya literalidad exige “una vez firme el auto que estime la oposición” y siempre “a petición del demandado y por los trámites previstos en los arts. 712 y siguientes, a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, hubiera producido la medida cautelar revocada; y, una vez determinados” el pago “al solicitante de la medida, procediéndose de inmediato, si no los pagare, a su exacción forzosa”.

Con todo subsiste un problema, que se suscita igualmente en relación con las medidas adoptadas por los árbitros, como es el de los supuestos en los que el demandante -derrotado en sede arbitral y solicitante de la medida infundada- solicite la restitución de la caución con anterioridad a la solicitud de daños del 742 LEC por parte del demandado, pudiendo, en ese ínterin, devenir insolvente el primero con la consecuente pérdida de la posibilidad de cobrar dicha suma para el segundo.

Nótese que, como señala DE MIRANDA⁸³⁷ el citado art.742 LEC no se refiere a caución sino, en genérico a la determinación de daños y perjuicios y a la exacción forzosa de los mismos, no existiendo previsión específica sobre la caución que, *a priori*, daría pie a pensar que carece de argumentos legales para que el tribunal pueda retener esta suma.

Si bien la doctrina⁸³⁸ apunta a que esta retención estaría plenamente justificada de acuerdo con la LEC, la jurisprudencia⁸³⁹ parece haberse decantado mayoritariamente por la opción contraria, siendo habitual la devolución cuasi-automática de la caución

⁸³⁷ DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., “Arbitraje, medidas cautelares, caución y una paradoja”, *Justicia*, año 2014, pp. 199-235, p. 222.

⁸³⁸ VALLS GOMBAU, J.F., “Art. 742. Exacción de daños y perjuicios”, en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. (et. al) (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Atelier Editorial, Barcelona, 2001, p. 3364.

⁸³⁹ Citada en DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., “Arbitraje,...”, op. cit. p. 223.

con la resolución de la medida y no existiendo una argumentación jurídica consistente en los casos en los que sí se ha mantenido.

Se trata por tanto de un problema sobre el que no se ofrece una respuesta unívoca y definitiva por parte de la doctrina ni de la jurisprudencia, con lo que pervive, salvo modificación legislativa -sin duda deseable- o unificación del criterio judicial, como escollo que debe afrontar aún hoy el arbitraje.

1.4. MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS

De manera análoga a lo comentado en relación con los requisitos “ordinarios” para la adopción de medidas cautelares, el catálogo específico de medidas cautelares previstas en el art. 727 LEC tampoco merece mayores consideraciones, por cuanto que tampoco revisten ninguna particularidad para los casos de arbitrajes internacionales a sobre los que versa el presente estudio.

2. POTESTAD DE LOS ÁRBITROS PARA ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES

Por su parte, en relación con la capacidad de los árbitros, en el periodo transitorio entre la entrada en vigor de la última versión de la LEC y la, positivamente valorada⁸⁴⁰, entrada en vigor de la LARb se cuestionaba⁸⁴¹ la posibilidad de que los árbitros pudieran adoptar medidas cautelares.

Cuestión como decimos resuelta en la Ley de Arbitraje que incorporaba la competencia de los árbitros de manera expresa en su articulado a través del nuevo art. 23 que da cobertura para que estos puedan adoptar las medidas que estimen necesarias en los siguientes términos:

Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares.

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

⁸⁴⁰ En lo referente al arbitraje desde luego la nueva regulación recibió una buena acogida, entre otros: ORTEGO PÉREZ, F., “Las medidas cautelares en el arbitraje (reflexiones sobre la potestad cautelar de los árbitros)”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2005.

⁸⁴¹ MAGRO SERVET, V., “La adopción de medidas cautelares...”, op. cit., p. 1853.

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

Debemos destacar algunas cuestiones de este, en su momento, novedoso precepto, inspirado en el art. 17 de la LMU, -objeto de tratamiento monográfico en el presente capítulo⁸⁴², por lo que las reflexiones introducidas en dichas páginas serán plenamente aplicables y completarán las que se presenten a continuación-.

La premisa fundamental del mismo es que se basa, como la generalidad de las cuestiones relacionadas con materia arbitral, en el principio dispositivo en materia cautelar. Este principio dispositivo ofrece una doble vertiente: por un lado, la necesidad de que las partes hayan previsto la competencia de los árbitros en materia cautelar o no la hayan excluido expresamente -“salvo acuerdo en contrario”- y por otro lado la imposibilidad de adopción de oficio de dichas medidas -ni por parte de los jueces ni por parte de los árbitros- debiendo ser en todo caso instadas por las partes.

2.1. ÁRBITROS Y MEDIDAS ANTE-CAUSAM

Si bien, como hemos dicho, la capacidad de los tribunales estatales para adoptar medidas cautelares en apoyo de procedimientos arbitrales todavía no iniciados está pacíficamente aceptada, esta misma facultad no puede extrapolarse a los árbitros en virtud de la legislación española.

Esto es así por cuanto que, en primer lugar, no pueden adoptar medidas con anterioridad a la constitución del tribunal, a lo que habría que añadir que tampoco pueden adoptarlas⁸⁴³ en el periodo que transcurre entre la emisión del laudo y la solicitud del despacho de ejecución, del mismo modo que no pueden hacerlo estando pendiente el proceso de ejecución ante los tribunales nacionales competentes. A todo ello habría que sumarle el hecho de que, como hemos visto, la legislación española no prevé, en línea con la generalidad de las legislaciones nacionales consultadas y de la LMU, un procedimiento “de emergencia” como el que sí contemplan la mayoría de las principales normas institucionales de arbitraje internacional.

En definitiva, en aplicación de la legislación española el único recurso para adoptar medidas cautelares en esta fase pasa por la citada capacidad cautelar de los jueces en

⁸⁴² Vid. pp. 307 y ss.

⁸⁴³ DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y VENEGAS GRAU, C. en DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (Coords.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 406.

auxilio del procedimiento arbitral -ex. art. 8 LArb-. Conviene recordar en este punto que esta solicitud ante el órgano jurisdiccional estatal en ningún caso supone renuncia a arbitraje –no nacido aún-, en virtud de la literalidad del art. 11.3 LArb.

2.2. CAPACIDAD DECLARATIVA-EJECUTIVA DE LOS ÁRBITROS

En este punto habría que destacar la distinción entre las vertientes declarativa y ejecutiva que se distingue en toda actividad jurisdiccional.

Si bien resulta indubitado que los árbitros ostentan capacidad declarativa en relación con las medidas cautelares, no es tan pacífica la apreciación de su capacidad ejecutiva, a pesar de que queda expresamente excluida por la exposición de motivos de la LARb⁸⁴⁴, según la cual “obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara.” Se trata, con todo, de una cuestión que admite algunos matices.

A pesar de existir un cierto consenso -en línea con la literalidad de la Ley- al considerar que la capacidad de los árbitros debe entenderse limitada a su capacidad declarativa, no pudiendo entenderse que ostenten capacidad ejecutiva en absoluto⁸⁴⁵, no puede desconocerse la alternativa planteada por parte de la doctrina⁸⁴⁶ en el sentido de otorgar la facultad “pseudoejecutiva” a los árbitros -derivada del convenio arbitral- en tanto en cuanto las decisiones cautelares de los árbitros, en forma de laudos provisionales o parciales, son susceptibles de producir efectos ejecutivos.

Esta última afirmación debe ser igualmente matizada por cuanto que esta capacidad ejecutiva no será equiparable a la de los tribunales de justicia. En concreto, esta limitación tiene una doble plasmación.

Por un lado, y fundamentalmente, debemos suponer que los posicionamientos doctrinales que defienden este criterio lo hacen depender del cumplimiento⁸⁴⁷ de la medida *motu proprio* por parte del afectado por la misma, siendo de otro modo

⁸⁴⁴ LArb exposición de motivos V.

⁸⁴⁵ DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y VENEGAS GRAU, C. en DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (Coords.), *Comentario...*, op. cit., p. 402; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “Aproximación a la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje”, *Diario La Ley*, 18 de marzo de 2004.

⁸⁴⁶ STAMPA CASAS, G., “El juez de apoyo al arbitraje: nombramiento judicial de árbitros, práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 102, 2006, pp. 177-198, p. 192; CREMADES, B.M., “El convenio arbitral”, *Diario La Ley*, 4 de abril de 2003.

⁸⁴⁷ Así lo entiende, en relación con la Ley Modelo Uncitral: LAPIEDRA ALCAMÍ, R., en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (Eds.), *Nuevas fronteras...*, op. cit., p. 310.

indispensable el recurso a los tribunales para la efectiva ejecución forzosa de los laudos, por muy parciales o provisionales que estos sean.

Asimismo, dado que la facultad para adoptar las medidas cautelares en el procedimiento arbitral deriva del convenio arbitral, este tiene un efecto negativo en la cuestión que nos ocupa, puesto que vertiente ejecutiva en materia cautelar quedará limitada a los casos en los que no se vean afectados terceros ajenos a la relación establecida por el Convenio, en cuyo caso el recurso a los tribunales estatales será obligada.

En este sentido, se ha planteado⁸⁴⁸ la desventaja de la tutela cautelar arbitral frente a la jurisdiccional, por cuanto que esta última si tiene capacidad de afectar a terceros. Siendo innegable que esta cuestión puede ser entendida como una desventaja, no puede obviarse la contrapartida de que las medidas cautelares adoptadas por los jueces estatales se encuentran significativamente más limitadas en otros muchos aspectos, debiendo ajustarse a la legislación nacional aplicable, lo que hace que la flexibilidad del arbitraje permita adoptar medidas desconocidas en dicha legislación o, directamente, prohibidas por la misma.

3. LA PROBLEMÁTICA DE LA CAUCIÓN EN PROCEDIMIENTOS CAUTELARES ARBITRALES

El art. 23 LArb contempla además la “posibilidad” de exigirse caución al solicitante de la medida, lo que admite diferentes interpretaciones. Puede entenderse, por un lado, que la parte solicitante no está obligada, de partida, a ofrecer caución o puede, por otro lado, entenderse que debiendo en todo caso ofrecerse, el árbitro podrá en su caso eximir a la parte de depositarla si las circunstancias concretas lo aconsejan⁸⁴⁹, esta conclusión parece la más razonable si tenemos en cuenta además la aplicación subsidiaria de la LEC -art. 732.3- que plantea la mayoría de la doctrina⁸⁵⁰.

⁸⁴⁸ DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y VENEGAS GRAU, C. en DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (Coords.), *Comentario...*, op. cit., p. 416.

⁸⁴⁹ De esta opinión: GÓMEZ JENÉ, M., *Arbitraje comercial internacional...*, op. cit., p. 327; ORTEGO PÉREZ, F., “Las medidas cautelares...”, op. cit., p. 230.

⁸⁵⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Arbitraje y justicia cautelar”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, pp. 23-60, p. 59; STAMPA CASAS, G., “El juez de apoyo...” op. cit.

En relación con la caución se ha de señalar⁸⁵¹, además, otra cuestión que representa uno de los grandes vacíos legales en la legislación arbitral española⁸⁵². Nos estamos refiriendo a los supuestos en los que el demandante resulte finalmente derrotado en el proceso principal, debiendo el demandado -perjudicado además por la medida cautelar- recurrir a la vía jurisdiccional ordinaria -por haber cesado el tribunal arbitral en sus funciones con la emisión del laudo ex. art. 38 LArb.- en aras a obtener, en su caso, la indemnización que proceda por la adopción de una medida cautelar cuya necesidad ha quedado ya desvirtuada.

En paralelo, el tribunal arbitral, cuyas funciones, insistimos, habrían cesado ya, carecería de sustento legal para retener la caución otorgada por el demandante que podría, en principio, solicitar su devolución, a pesar de haber sido derrotado respecto de la pretensión principal.

La inseguridad a la que se enfrenta en este caso el demandado vencedor es, a nuestro entender, considerable por cuanto que no existiendo depositario de la caución, y pudiendo ésta volver a manos del demandante, nada garantiza la efectiva restitución a la que tendría derecho el perjudicado por la medida injustificada. En caso de devenir insolvente el demandante se daría una situación indudablemente injusta para el demandado.

Las soluciones propuestas por la doctrina son variadas⁸⁵³ y todas pasan por una interpretación extensiva, cuando no directamente imaginativa, de los preceptos de la actual LArb., siendo indudablemente, como hemos defendido, más apropiado para atajar el problema un cambio legislativo que amplíe, de manera expresa, la competencia del los árbitros para conocer también de las acciones por daños y perjuicios en casos como el que estamos viendo.

En ausencia de dicho cambio legislativo las citadas soluciones serían, sintéticamente, las siguientes:

⁸⁵¹ Introducida supra en relación con las medidas adoptadas por órganos jurisdiccionales estatales en apoyo de procedimiento arbitrales.

⁸⁵² A la que se refiere de manera monográfica DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., “Arbitraje, medidas cautelares, caución y una paradoja”, *Justicia*, año 2014, pp. 199-235.

⁸⁵³ *Ibid.* p. 208.

- Primeramente debemos poner sobre la mesa la propuesta de GARCIMARTÍN⁸⁵⁴ que entiende inherente al poder de los árbitros para adoptar medidas cautelares la posibilidad, igualmente, de fijar las indemnizaciones derivadas de las mismas.

a. La interpretación extensiva de la literalidad del art. 39 LArb., que dota al árbitro de competencia para llevar a cabo correcciones o aclaraciones respecto del laudo en un plazo de los 10 días posteriores a su notificación. Se trata, en todo caso de una interpretación que difícilmente puede entenderse ajustada a Derecho de acuerdo con la literalidad del precepto, significativamente concreto y limitado en sus términos.

En efecto, el fundamento de las novedades introducidas respecto del art. 36 de la anterior versión de la LARb⁸⁵⁵ se refiere a peticiones a las que no se ha dado respuesta en el laudo. Así, se ofrece, además, la posibilidad a los árbitros de actuar de oficio -o a instancia de cualquiera de las partes- para subsanar errores o, en su caso, proceder a la aclaración de cuestiones que así lo requieran en la resolución. Introducir a través de este “mecanismo” la alusión a la caución a la que nos estamos refiriendo difícilmente puede entenderse comprendida en este régimen.

Al referirse a la restitución de la caución el tribunal no corrige ni aclara cuestión alguna, sino que se refiere, en paralelo, a una cuestión que si bien complementaria, no encaja en modo alguno en la finalidad de este artículo.

La posibilidad de complementar el laudo sobre solicitudes no resueltas - idénticamente regulado en la LMU en su art. 33.3 y en diferentes reglamentos arbitrales- se refiere concretamente a omisiones que en ningún caso procederán respecto de la caución.

b. Otra opción pasaría por un pronunciamiento expreso en el laudo definitivo en el que se declarara la responsabilidad del demandante, lo que obligaría al demandado a presentar reconvencción en sede arbitral para obtener la efectiva declaración de la cantidad que le corresponde recibir. A este respecto, el principal obstáculo se deduciría de la propia posibilidad de llevar a cabo la reconvencción en sede arbitral que, si bien no regulada expresamente, plantea cuando menos algunas dudas.

⁸⁵⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El régimen de las medidas...*, *op. cit.* p. 197 confirmando el criterio de RAMOS MENDEZ, *Arbitrage international et mesures conservatoires*, Rev. de l'Arb., 1985, pp. 51 y ss.

⁸⁵⁵ Vid. DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (Coords.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 499 y ss; HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2ª ed., Grupo Difusión, Madrid, 2008, pp. 224 y ss.

c. La tercera vía se deriva de la posibilidad que brinda la LArb de dictar laudos parciales –ex. art. 37 LArb-⁸⁵⁶, debiendo en este caso el árbitro dictar dos autos parciales. Esta solución vendría por tanto de la mano del pronunciamiento de un primer laudo referido a la cuestión principal –en el que se propondría al demandado la eventual reclamación posterior- y un segundo, que declararía y cuantificaría la responsabilidad del demandante por la fracasada demanda.

Existen, con todo, argumentos de peso que hacen de última una opción compleja en la práctica por cuanto que lo que se está planteando es el pronunciamiento de un laudo sobre una cuestión diferente a la planteada en el arbitraje principal, lo que supone llevar el art. 37 LArb a una dimensión que, entendemos excede el espíritu y la finalidad del precepto, ya que se trata de una cuestión ajena al convenio arbitral. El laudo parcial, igual que el laudo global, se referirá a lo que las partes han sometido libremente a arbitraje, lo que obliga a hacer una aplicación, como hemos defendido, significativamente extensiva en aras a entender que el cobro de la caución a la que nos estamos refiriendo pueda estar comprendida en esa facultad.

En esta línea, precisamente, y en atención a cierta jurisprudencia⁸⁵⁷, podemos encontrar argumentos a favor de la sustanciación de cuestiones que si bien no son directamente subsumibles dentro de la controversia principal sí que están relacionadas con la misma y podrían ser necesarias “para el enjuiciamiento racional del conjunto de lo pactado”⁸⁵⁸. Según la citada jurisprudencia –referida, bien es cierto, a arbitrajes de equidad-, los árbitros disfrutarían de cierto margen para interpretar el objeto de la controversia sin incurrir en “*incongruencia ultra petita*”. Ésta sería, desde luego, una alternativa viable, siquiera en teoría, para gestionar el problema que nos ocupa.

Por último, una alternativa potencialmente viable en la práctica pasaría, recurriendo a los arts. 1176 y siguientes del CC, por la consignación judicial por parte del árbitro de la cantidad entregada en concepto de caución. No se trata, con todo, de una solución exenta, como las anteriores, de numerosos problemas de aplicación⁸⁵⁹.

⁸⁵⁶ Vid. DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (Coords.), *Comentario a...*, op. cit., pp. 468 y ss; HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pp. 197 y ss.

⁸⁵⁷ AP Castellón, nº 312/1998, de 4 de julio.

⁸⁵⁸ DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (Coords.), *Comentario a...*, op. cit., p. 469.

⁸⁵⁹ DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., “Arbitraje...”, op. cit., p. 216.

4. APLICACIÓN SUBSIDIARIA DE LA LEC

A pesar de que no exista previsión legal específica para esta aplicación subsidiaria de la LEC, esta sería, a nuestro entender, la opción más recomendable. Ante el silencio del legislador⁸⁶⁰ en la regulación de las cuestiones relativas al procedimiento y los requisitos para la adopción de las medidas cautelares enunciadas en el art. 23 LArb. El obligado recurso a los órganos jurisdiccionales estatales para la ejecución de las medidas que afecten a terceros al que nos referíamos, por ejemplo, fundamenta sobradamente la conveniencia de aplicar dicho criterio.

Entenderemos por tanto aplicables los preceptos de los arts. 721 y ss. LEC en relación con la naturaleza de las medidas, los requisitos para su adopción y los cauces procesales para la articulación de las mismas.

4.1. MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS

Como sucede con muchas de las cuestiones a la que nos hemos referido, la LArb en su art. 23 tampoco contempla una lista de medidas cautelares específicas -descartada expresamente en su exposición de motivos⁸⁶¹-, lo que es criticado por parte de la doctrina⁸⁶² según la cual una adecuada técnica jurídica habría requerido siquiera de una remisión expresa al art. 727 LEC, cuya aplicación por analogía al arbitraje resulta incontrovertible en opinión de algunos autores⁸⁶³.

Para otros autores⁸⁶⁴, por el contrario, esta omisión o parquedad del legislador debe recibir una valoración positiva –que compartimos- en atención a la complejidad de la materia y la siempre cambiante realidad que hace que una lista cerrada quede, potencialmente, obsoleta en un breve periodo de tiempo. Resulta por ello más apropiado que la propia casuística arbitral concrete las concretas medidas que cada supuesto pueda requerir.

⁸⁶⁰ Cuestión pacíficamente aceptada en la doctrina, sirva como ejemplo, entre otros: GISBERT POMATA, M., en HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., p. 142.

⁸⁶¹ LArb., exposición de motivos V, párrafo 4º “La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar”.

⁸⁶² ORTEGO PÉREZ, F., “Las medidas cautelares...”, op. cit., p. 230.

⁸⁶³ GISBERT POMATA, M., en HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., p. 142.

⁸⁶⁴ DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y VENEGAS GRAU, C. en DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (Coords.), *Comentario...*, op. cit. p.413; GÓMEZ JENÉ, M., *Arbitraje comercial internacional...*, op. cit., p. 328.

En esta línea se ha planteado desde la doctrina⁸⁶⁵, en referencia a las leyes anglosajonas de arbitraje, una clasificación general de medidas cautelares que distinguiría las siguientes categorías:

- a. Medidas destinadas a preservar el *status quo*.
- b. Medidas destinadas a dar cumplimiento, siquiera parcial, a obligaciones contempladas en el contrato.
- c. Medidas destinadas a evitar desinversión del demandado sobre sus bienes.
- d. Medidas destinadas a asegurar los gastos del arbitraje.
- e. Medidas de inspección de, por ejemplo, lugares concretos.
- f. Medidas anti-proceso (antisuit injunctions).

Esta lista con inspiración en el Derecho anglosajón puede entenderse, sin embargo, algo alejada del compromiso entre *common law* y *civil law* en el que se basa nuestra LArb, con lo que otros autores⁸⁶⁶ proponen una categorización algo más general, distinguiendo tres grandes bloques:

- a. Medidas para la estabilización de las relaciones entre las partes durante el procedimiento arbitral
- b. Medidas para la obtención, administración y conservación de las pruebas.
- c. Medidas destinadas a preservar una determinada situación jurídica o de hecho, a fin de asegurar la efectividad de la ejecución del laudo.

En todo caso, el art. 727.11 LEC⁸⁶⁷ resulta, a nuestro entender, suficientemente amplio en sus términos para satisfacer la flexibilidad que exige un procedimiento arbitral que no se ha querido limitar de manera expresa el catálogo de medidas cautelares que pueden adoptarse.

En relación con el arbitraje institucional veremos, además, que los reglamentos por los que se rigen las principales instituciones a las que haremos alusión a lo largo del presente capítulo recogen la cuestión en términos igualmente abiertos, en atención a la citada flexibilidad sobre la que se sustenta en todo caso el arbitraje.

⁸⁶⁵ BERGER, K.P., *Private Dispute Resolution in International Business. Negotiation, Mediation, Arbitration*, 3ª edición, vol. II, Wolters Kluwer, 2015.

⁸⁶⁶ DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y VENEGAS GRAU, C. en DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (Coords.), *Comentario...*, op. cit. p. 414.

⁸⁶⁷ "...aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio".

5. MEDIDAS EX - PARTE

Cabe en este punto plantearse la idoneidad de adoptar medidas cautelares *ex - parte* en el contexto de aplicación de la legislación española, cuestión sobre la que, nuevamente, el texto legislativo de referencia no realiza ninguna aportación expresa, más allá del respeto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción que realiza, genéricamente, el art. 24 LArb.

Esta alusión al principio de audiencia es interpretada por algunos autores⁸⁶⁸ en el sentido de excluir la adopción de este tipo de medidas en aplicación de la Ley. A este rechazo general y apriorístico del recurso a las medidas *ex parte* cabría incorporar argumentos adicionales⁸⁶⁹ que irían desde la inexcusable aplicación del citado principio de contradicción al arbitraje hasta la mera ausencia de necesidad para recurrir a este modo de proceder.

Sobre este último argumento, la consideración de que resulta innecesaria en la práctica la adopción de la medida, se parte del hecho de que de no ser voluntariamente cumplida por el afectado el recurso a los tribunales de justicia devendría indispensable. Ello supondría una dilación considerable en la adopción de una medida concebida para situaciones de urgencia, siendo indispensable un “efecto sorpresa”.

La doctrina mayoritaria⁸⁷⁰ parece sin embargo entender que el silencio del legislador debe recibir una interpretación positiva.

Un primer argumento a favor de esta tesis vendría de la mano de la aplicación por analogía de la LEC -art. 733- que, aunque establece el requisito de audiencia al demandado en términos generales, contempla la salvedad para casos en los que concurran razones de urgencia o si el trámite puede comprometer el buen fin de la medida cautelar.

Asimismo, la propia LArb en su art. 25 establece que “las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se vaya a ajustar los árbitros en sus actuaciones”, lo que permitiría a nuestro juicio entender que, salvo pacto en contrario o salvo que la norma aplicable en el arbitraje lo impida, los árbitros se encuentran plenamente facultados para adoptar este tipo de medidas.

⁸⁶⁸ ORTEGO PÉREZ, F., “Las medidas cautelares...”, op. cit., p. 231.

⁸⁶⁹ DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y VENEGAS GRAU, C. en DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (Coords.), *Comentario...*, op. cit. pp. 409-411.

⁸⁷⁰ GÓMEZ JENÉ, M., *Arbitraje comercial internacional...*, op. cit., p. 327; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Arbitraje y justicia cautelar”, op. cit., p. 59; DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y VENEGAS GRAU, C. en DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (Coords.), *Comentario...*, op. cit. p. 408.

IV.

EL ARBITRAJE UNCITRAL

En el presente capítulo hemos visto cómo el arbitraje institucional, que ocupa un papel protagonista en la resolución de conflictos por vía arbitral, ha introducido de manera general y más o menos armonizada la competencia de los árbitros para adoptar medidas cautelares, así como mecanismos que podemos denominar “de urgencia” en aras a ofrecer a las partes la posibilidad de solicitar estas medidas con anterioridad a la sustanciación del procedimiento.

Hemos defendido igualmente que el recurso a las legislaciones nacionales deviene, a menudo, indispensable ante la no muy abundante regulación supranacional -más allá del exitoso CNY- de la que es objeto el arbitraje.

Excediendo el objeto del presente estudio realizar un pormenorizado estudio comparado de las diferentes legislaciones nacionales⁸⁷¹, corresponde en este punto referirnos al texto que propiciaría el actual nivel de uniformidad en la esfera arbitral. La Ley Modelo UNCITRAL⁸⁷² ha servido de inspiración para numerosas legislaciones nacionales, si bien la verdadera uniformidad internacional en cuanto a la regulación del arbitraje no es un hecho a día de hoy.

En todo caso, la relevancia de los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI en español, UNCITRAL por sus siglas en inglés- en aras a dotar a los Estados de instrumentos armonizados para fomentar el comercio internacional está, después de décadas de exitoso trabajo, fuera de toda duda.

Dado que no resulta relevante a efectos del presente estudio detenernos en los diferentes hitos que en esta materia ha desarrollado la citada institución, debemos reparar en un momento históricamente relevante en relación con el arbitraje y, más específicamente, con la justicia cautelar en este ámbito. Nos estamos refiriendo, a la aprobación de las enmiendas a la LMU del año 2006, cuya dimensión cautelar desarrollaremos en las próximas páginas.

⁸⁷¹ Para obtener una visión más extensa en este sentido vid., entre otros: NEWMAN, L.W. y ONG, C., *Interim measures in international arbitration*, Juris, 2014; SÁNCHEZ POS, M.V., “Del juez al árbitro de emergencia. El impacto de la Ley Modelo en la progresiva atribución de la tutela cautelara los árbitros en la legislación cautelar española y en otras legislaciones estatales”, *Arbitraje*, vol XI, nº2, 2018, pp. 403-442, p. 434.

⁸⁷² Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006.

Sin embargo, conviene hacer una importante puntualización en relación con los trabajos de la UNCITRAL referidos a materia arbitral, por cuanto que la citada LMU no constituye el único trabajo sobre este particular. En efecto, al referirnos a la actividad legislativa de esta institución debemos distinguir dos normas emanadas de la misma para regular estos procedimientos:

Por un lado, la LMU se erige como la gran “norma marco” que, de modo similar a una directiva en Derecho europeo, sienta las bases para una armonización de las legislaciones nacionales en materia arbitral. De notable éxito, legislaciones como la española han recurrido a este instrumento como fuente de inspiración.

El otro texto al que debemos hacer alusión, ahora sí directamente insertable como norma aplicable al procedimiento en el convenio arbitral, sería el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI⁸⁷³ al que nos referiremos de manera puntual.

1. ANTECEDENTES. LA JUSTICIA CAUTELAR CON LA LEY MODELO DE 1985

En su Resolución 40/72⁸⁷⁴ -diciembre de 1985-, la Asamblea General de las NU presentó una ambiciosa y novedosa LMU mostrándose “convencida” de que esta norma supondría, en un contexto normativo mundial consustancialmente heterogéneo, un indudable espaldarazo a las relaciones comerciales entre Estados en las que el arbitraje jugaba ya entonces un papel importante, habiendo sido ya aprobadas normas de enorme trascendencia como la CNY.

La cuestión cautelar, no absolutamente novedosa por cuanto que ya había sido tenida en cuenta en las reglas de la CCI de los años 1923, 1931 y 1939⁸⁷⁵, fue contemplada por parte de la Comisión que centró su interés, por un lado, en las propias facultades de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Para ello resultaba nuclear la cuestión de la relación árbitros-tribunales estatales y la eficacia extraterritorial de las medidas adoptadas en el transcurso de procedimientos arbitrales.

⁸⁷³ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010).

⁸⁷⁴ Asamblea General, 112ª sesión plenaria, 11 de diciembre de 1985, resolución 40/72: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/485/59/IMG/NR048559.pdf?OpenElement>

⁸⁷⁵ Para una revisión histórica pormenorizada vid. YEŞİLIRMAK, A., *Provisional measures...*, op. cit. pp. 19 y ss.

Esta primera LMU, respecto de la primera de las cuestiones antedichas, resultó el acicate necesario para que las legislaciones nacionales que mantenían un modelo restrictivo respecto de la adopción de medidas por los árbitros pudieran sumarse a la ya entonces imparable tendencia expansiva del arbitraje comercial internacional. Así, la primera LMU supuso “un importante avance” en este sentido⁸⁷⁶.

Concretamente, introducía de manera expresa la competencia concurrente de jueces y árbitros -a la que nos venimos refiriendo de manera reiterada- contemplando tanto la adopción de las medidas por parte de los árbitros como el recurso a los tribunales de justicia, en los arts. 9 y 17 respectivamente.

Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal.

No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas.

A través de este precepto queda positivizada la no apreciación de sumisión a los tribunales ordinarios por el mero hecho de recurrir a los mismos en busca de protección cautelar.

Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.

Así, el tribunal arbitral quedaba revestido de legitimidad para adoptar medidas cautelares con un, además, amplio margen de actuación.

El sistema propuesto recibió, sin embargo, algunas críticas⁸⁷⁷ por lo ambiguo de sus términos en relación con el tipo de medidas adoptables así como por la falta de regulación de cuestiones como el reconocimiento y ejecución de las mismas lo que

⁸⁷⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Arbitraje y justicia cautelar”, op. cit., p. 27.

⁸⁷⁷ HOLTZMANN, H.M. y NEUHAUS, J.E., citados en SÁNCHEZ POS, M.V., “Del juez al árbitro de emergencia...”, op. cit. p. 410.

ponía en cuestión si con la LMU se mejoraba la situación -en materia cautelar- respecto de lo establecido en el Reglamento de la misma institución del año 1976.

2. ENMIENDAS A LA LMU DE 2006

Ante la evidente relevancia de la materia cautelar en el campo del arbitraje internacional, en la fase de reforma de la LMU no se pasó por alto la cuestión, refiriéndose a ella el grupo de trabajo que preparó las enmiendas a la LMU de 1985 a través de sendas propuestas⁸⁷⁸ específicamente referidas al papel de las medidas cautelares en la nueva regulación.

Concretamente se propuso la introducción de un nuevo capítulo IV que incorporaba al texto un extenso art. 17 dividido en secciones referidas a:

- i. la potestad para adopción de medidas cautelares y órdenes preliminares;
- ii. su régimen de modificación, suspensión y revocación;
- iii. reconocimiento y ejecución de las mismas;
- iv. competencia del “foro judicial” para su adopción⁸⁷⁹, refrendando la citada “competencia concurrente” de jueces y árbitros.

Esta reforma fue contemplada con recelo por parte de instituciones arbitrales como la CCI que en el informe emitido al respecto en el desarrollo de las sesiones del Grupo de trabajo⁸⁸⁰ sugirió proceder con cautela en esta reforma, particularmente en relación con lo que supusiera aumentar la capacidad de los árbitros para adoptar medida cautelares *ex-parte*.

Con todo, la nueva y más reciente LMU fue adoptada en diciembre del año 2006 y en ella se dedica un capítulo monográficamente a la cuestión de las medidas cautelares, capítulo IV, que, como veremos, se muestra en gran parte continuista respecto de algunas cuestiones clave como el sistema de competencia concurrente pero que, sin embargo, introduce destacables diferencias a las que nos referiremos a continuación.

⁸⁷⁸ UNCITRAL Grupo de Trabajo II (Arbitraje) 43º período de sesiones, 8 de agosto de 2005, A/CN.9/WG.II/WP.138 (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V05/871/26/PDF/V0587126.pdf?OpenElement>) y Grupo de Trabajo II (Arbitraje) 44º período de sesiones, 5 de diciembre de 2005, A/CN.9/WG.II/WP.141 (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V05/907/61/PDF/V0590761.pdf?OpenElement>)

⁸⁷⁹ Informe del 44º período de sesiones, cit. pp. 2-6, redactado en términos muy semejantes al texto definitivo al que nos referiremos a continuación.

⁸⁸⁰ Observaciones y propuesta del Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 40º período de sesiones Nueva York, 23 a 27 de febrero de 2004, A/CN.9/WG.II/WP.129.

3. LA TUTELA CAUTELAR EN LA LMU 2006

Como hemos dicho, el texto definitivo de la LMU enmendada, que vio la luz poco tiempo después⁸⁸¹ de la propuesta comentada, incorpora de manera literal –en lo esencial- el nuevo, y extenso, art. 17 de dicha propuesta, en los siguientes términos:

“CAPÍTULO IV A. MEDIDAS CAUTELARES Y ÓRDENES PRELIMINARES

Sección 1. Medidas cautelares

Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares

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

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

a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;

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

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

d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.”

Nótese una primera diferencia a destacar en la formulación de la facultad de los árbitros respecto de la versión de la LMU de 1985, en aquella se hacía alusión a medidas “necesarias” y “respecto del objeto del litigio principal”. Ambas alusiones han sido eliminadas en la nueva redacción del artículo por cuanto que planteaban algunas dudas interpretativas puestas de manifiesto por la doctrina⁸⁸². Dudas que, si bien no

⁸⁸¹ Nuevo capítulo IV relativo a medidas cautelares aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006.

⁸⁸² BORN, G.B., *International Arbitration...*, op. cit., p. 875.

parecían tener un efecto práctico significativo, generaban una inseguridad con la que la nueva regulación ha querido terminar.

Se establece asimismo una división entre órdenes preliminares -creadas como verdaderas medidas *ex-parte*- y medidas cautelares “ordinarias”, ofreciendo una definición de estas últimas en aras a una clara aplicación del precepto, lo que debe ser valorado muy positivamente en un campo a menudo tan ambiguamente regulado.

Si bien se trata de una definición que formalmente podemos considerar cerrada o de *numerus clausus*, resulta evidente la voluntad de establecer un concepto flexible en el que caben muy variadas situaciones.

El punto b recoge, teóricamente -en ausencia de alusión expresa al respecto-, la posibilidad de solicitar medidas como las *anti-suit injunctions*⁸⁸³ en los procedimientos arbitrales -dicho esto con toda la prudencia derivada de tan espinosa cuestión-.

La facultad de los árbitros queda por expresamente recogida, junto con una completa regulación de su régimen jurídico, lo que sin duda contribuye a la puesta en valor de unas medidas cuyos efectos prácticos hemos puesto en cuestión en el presente capítulo en relación con los inconvenientes derivados de la falta de *imperium* de los árbitros.

En relación con las condiciones para su adopción, la propuesta introduce las condiciones de adopción de las medidas, novedad respecto de la regulación de 1985 y que supondría, igualmente, un avance respecto de la regulación que en el momento recogerían la mayoría de las legislaciones sobre arbitraje.

“Artículo 17 A. Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares

1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo

2) del artículo 17 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.

⁸⁸³ De esta opinión PERALES VISCASILLAS, P., “Medidas cautelares...”, op. cit. p. 428.

2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno.”

3.1. REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POR LOS ÁRBITROS

En atención a los concretos requisitos establecidos el texto viene a trasladar de manera expresa al ámbito de aplicación de la norma los requisitos “clásicos” en materia cautelar al introducir:

- a. el *periculum in mora*, que establece la obligación para la parte solicitante de la medida de probar la necesidad de urgencia en la adopción de la medida en aras a evitar un daño o pérdida que repercuta de manera determinante en devenir de las actuaciones.
- b. el *fumus boni iuris* queda plasmado en el punto b del mismo precepto que establece la obligación para el solicitante de acreditar “una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere”.

En relación con estos dos primeros requisitos se otorga la potestad al tribunal arbitral para poderlos obviar en relación con medidas destinadas a preservar elementos de prueba.

- c. Cierra el trío de requisitos que hemos denominado “clásicos” la posibilidad, ya contemplada en la versión anterior del texto, de solicitarse la prestación de “garantía adecuada respecto de la medida”⁸⁸⁴. El hecho de haberse optado por una caución “potestativa” generó una cierta controversia.

Este carácter potestativo -reforzada en relación con las órdenes preliminares a las que nos referiremos a continuación- atiende a la necesidad de ofrecer al árbitro la posibilidad de valorar las circunstancias concretas del solicitante de la medida para el que la obligatoriedad, categórica, de presentar una caución que cubra la totalidad de lo equivalente a la medida puede suponer, de facto, la imposibilidad de continuar en el proceso. Resulta por tanto, a nuestro entender, contrario a la “tutela cautelar efectiva” el establecimiento inexcusable de una carga potencialmente tan importante para la parte, presuntamente, perjudicada en una relación contractual sobre la que se dispone a litigar.

⁸⁸⁴ Vid. infra art. 17. E.

En todo caso, esto no significa negarle la categoría de “requisito” a la caución, que debe ser entendida como necesaria para la adopción de la medida, siendo excepcionalmente valoradas las circunstancias que lleven a su aminoramiento o supresión. Así, debemos entender, como señala FERNÁNDEZ ROZAS, que ante la eventualidad de que “la parte solicitante se niegue a prestar la referida garantía” entiende que “en tal caso la solución parece que no puede ser otra que la no concesión de la medida en cuestión”⁸⁸⁵. Como veremos, otras instituciones arbitrales se refieren a la cuestión en términos más tajantes⁸⁸⁶.

3.2. MEDIDAS EX-PARTE EN LA LMU –LAS ÓRDENES PRELIMINARES-.

“Sección 2. Órdenes preliminares

Artículo 17 B. Petición de una orden preliminar y condiciones para su otorgamiento

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra parte, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada.

2) El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada.

3) Las condiciones definidas en el artículo 17 A serán aplicables a toda orden preliminar, cuando el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1) del artículo 17 A sea el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden.

Artículo 17 C. Régimen específico de las órdenes preliminares

1) Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la solicitud presentada de una medida cautelar, la petición de una orden preliminar, la propia orden preliminar, en caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del

⁸⁸⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Arbitraje y justicia cautelar”, op. cit., p. 33.

⁸⁸⁶ Art. 25.2 Reglamento LCIA.

contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral en relación con ello.

2) Al mismo tiempo, el tribunal arbitral dará, a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible.

3) El tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar.

4) Toda orden preliminar expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. No obstante, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos.

5) Una orden preliminar será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo.

A través de este precepto la LMU apuesta por la introducción de una figura que en definitiva responde a lo que entendemos comúnmente como medidas cautelares *ex-parte* o inaudita parte, es decir, sin dar audiencia al demandado, siempre y cuando se estime por parte del tribunal el riesgo de que, de ser informado el afectado, pueda verse frustrada la finalidad de la medida.

Esta reforma se erige como “uno de los ideales jurídico-regulativos del arbitraje comercial internacional”⁸⁸⁷ de la LMU configurándose como una “decisión imperativa arbitral que pretende favorecer, garantizar y asegurar que el desarrollo del proceso, incluida la medida cautelar” que posteriormente se pudiera adoptar no devenga intrascendente⁸⁸⁸.

La compatibilidad entre los derechos de defensa -audiencia y contradicción- y la tutela judicial efectiva –entendida como efectividad de la medida cautelar- volvió a ser puesta sobre la mesa en este caso, tratándose quizá de una de las novedades más

⁸⁸⁷ LORCA NAVARRETE, A.M., “Problemas prácticos y teóricos que plantea la adopción de medidas cautelares en el modelo de arbitraje UNCITRAL/CNUDMI”, *Diario La Ley*, nº 6434, año XXVIII, 22 de enero de 2007, ref. D-19, pp. 1576-1581, p.

⁸⁸⁸ BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en el arbitraje*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 94.

controvertidas de la reforma, hasta el punto de llegar a ser considerada “sin lugar a dudas, el compromiso más arduo, difícil y complejo del grupo de trabajo”⁸⁸⁹.

Tanto es así que en las propuestas previas del grupo de trabajo se puso sobre la mesa la opción de introducir respecto de la orden preliminar la fórmula “si las partes lo acuerdan expresamente”, en lugar de la vía finalmente adoptada que si bien permite -no podría ser de otra manera en materia arbitral- a las partes excluir esta posibilidad, siempre han de hacerlo de manera expresa.

La fórmula -no exenta de críticas como veremos a continuación- finalmente adoptada para garantizar la seguridad jurídica exigible vendría de la mano de una norma que aunque niega en un primer momento el derecho de audiencia y contradicción, sí que permite a la parte ser oída a posteriori, estableciendo además una serie de requisitos para su adopción aceptados mayoritariamente⁸⁹⁰ como suficiente garantía de los derechos de defensa del demandado o afectado por la medida.

De esta manera, entendemos, se logra un equilibrio razonable entre ambos derechos, por cuanto que adicionalmente ofrece la posibilidad de presentar argumentos para oponerse a la parte afectada una vez haya sido adoptada la medida, debiendo notificarse “inmediatamente” a todas las partes la decisión sobre la misma.

A partir de este momento la parte afectada tendrá la oportunidad de oponerse “a la mayor brevedad posible”. Con esta fórmula, significativamente ambigua, la norma se aparta de propuestas más concisas formuladas en los grupos de trabajo previos⁸⁹¹ que planteaban la opción de limitar este concepto a las 48 horas posteriores a la notificación. Se optó finalmente por la introducción de un plazo de caducidad -por lo tanto improrrogable- de 20 días desde su fecha de emisión, lo que garantiza la provisionalidad y excepcionalidad de la medida.

Con todo, el indispensable factor sorpresa -al que recurrentemente hemos aludido a lo largo de este- queda garantizado. Así, “se coadyuva a la introducción de nuevas posibilidades de actuación en el arbitraje”⁸⁹², lo que debe ser valorado positivamente⁸⁹³.

⁸⁸⁹ PERALES VISCASILLAS, P., “Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la Ley Modelo de la CDNUDMI”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2, 2007, pp. 415-451, p. 420.

⁸⁹⁰ LAPIEDRA ALCAMÍ, R. en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (Eds.), *Nuevas fronteras...*, op. cit., p. 317; PERALES VISCASILLAS, P., “Medidas cautelares...”, op. cit., p. 433; BERGER, K.P., *Private Dispute Resolution in International Business. Negotiation, Mediation, Arbitration*, 3ª edición, vol. II, Wolters Kluwer, 2015, p. 450.

⁸⁹¹ UNCITRAL Grupo de Trabajo II., periodos de sesiones 40 y 42, cit. supra.

⁸⁹² LORCA NAVARRETE, A.M., “Problemas prácticos...”, op. cit., p. 1579.

⁸⁹³ Además de los citados: BERGER, K.P., *Private Dispute...*, op. cit., p. 450.

A. Garantías adicionales

El citado equilibrio entre los derechos de las partes exige además un sistema de requisitos adicionales a cumplir para la parte solicitante. Sobre este particular la LMU resulta algo menos garantista que las propuestas introducidas por los grupos de trabajo en la fase de elaboración del nuevo precepto.

Así, el texto propuesto en el 40º periodo de sesiones⁸⁹⁴ era notablemente más extenso estableciendo la responsabilidad objetiva -automática- por los daños producidos a partir de la adopción de la medida para la parte solicitante, permitiendo al tribunal la posibilidad de decretar una “indemnización inmediata”.

Por su parte, el art. 17. G definitivo recoge la posibilidad de decretar una indemnización por los daños y perjuicios generados, además de una suerte de “condena en costas”, para los supuestos de medidas cautelares u órdenes preliminares injustificadas.

Asimismo, establece un deber de información reforzado -art. 17. F- por el que se obliga a la parte solicitante a dar cuenta al tribunal de cualquier cambio en las circunstancias que puedan afectar a la necesidad de adopción de la medida durante todo el periodo de vigencia de la misma. Esta norma, excepcional en el sistema de la LMU, está plenamente justificada en atención a la particular naturaleza de las medidas a las que se refiere y recoge, igualmente, el criterio establecido en los Principios ALI-UNIDROIT sobre procedimiento civil transnacional⁸⁹⁵.

⁸⁹⁴ UNCITRAL, periodo de sesiones 40º, cit.:

(...) cuando la parte requirente demuestre que:

- i) Dicha medida es urgente;
- ii) Se dan los requisitos enunciados en el párrafo 3; y
- iii) La parte requirente aporta al tribunal arbitral pruebas convincentes de que es necesario obrar así a fin de que el objetivo de la medida no se vea frustrado antes de haber sido otorgada.
 - b) La parte requirente será responsable de todos los gastos, daños y perjuicios que haya ocasionado a la parte contra la que se haya dictado la medida cautelar a partir de la fecha de su otorgamiento y mientras siga teniendo efectos [en la cuantía que proceda, habida cuenta de todas las circunstancias del caso y en función de lo que disponga el laudo que dirima el fondo del litigio]. El tribunal arbitral podrá ordenar la indemnización inmediata de los daños y perjuicios causados.

⁸⁹⁵ ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>:

“8.2 A court may order provisional relief without notice only upon urgent necessity and preponderance of considerations of fairness. The applicant must fully disclose facts and legal issues of which the court properly should be aware. A person against whom ex parte relief is directed must have the opportunity at the earliest practicable time to respond concerning the appropriateness of the relief.”

B. Caución obligatoria

Como hemos indicado previamente, el requisito de aportar caución para la parte solicitante de la medida ha sido reforzado en relación con las órdenes preliminares para la adopción de las cuales “el tribunal arbitral exigirá” el depósito de la misma. No obstante, como señalan algunos autores⁸⁹⁶ esta solicitud de caución, si bien obligatoria, no ostenta carácter condicional, dejando a criterio del tribunal el cuándo proceder a la solicitud de la misma lo que deviene, en términos prácticos, en un cierto grado de inseguridad.

C. Críticas a la posibilidad de adopción de las medidas *ex-parte*

Aunque hemos defendido la idoneidad de la configuración del sistema cautelar *ex parte* en el texto vigente de la LMU, no podemos obviar que lo controvertido de semejante norma generó opiniones encontradas en los operadores jurídicos implicados, así como en la doctrina, que se mostraba dividida⁸⁹⁷.

El respeto de los derechos de defensa será la primera y fundamental traba para los sectores críticos. Sobre este particular, como primera valoración, entendemos que el nivel de exigencia a este respecto no puede ser idéntico el relación al aplicable al procedimiento principal -en el que será en todo caso inexcusable- dado que la urgencia y eficacia del proceso cautelar condicionarán notablemente la exigibilidad de dichos derechos, máxime en materia arbitral, a la que las partes se someten voluntariamente conociendo de manera, teóricamente, más o menos exhaustiva los pormenores del convenio⁸⁹⁸.

Asimismo, cabe destacar la visión negativa al respecto ofrecida por el secretario general de la CCI remitido a la UNCITRAL durante el proceso de elaboración del nuevo art. 17⁸⁹⁹, si bien no sería la única opinión desfavorable a la nueva regulación⁹⁰⁰. En dichas consideraciones se afirma tajantemente, sobre la base de la dilatada experiencia de la CCI, que no existían motivos “para creer que las partes se esperen o

⁸⁹⁶ PERALES VISCASILLAS, P., “Medidas cautelares...”, op. cit. p. 438.

⁸⁹⁷ En contra: VAN HOUTTE, H., “Ten Reasons Against a Proposal for *Ex Parte* Interim Measures of Protection in Arbitration” *Arbitration International*, Vol. 20, n° 1, marzo 2004, PP. 85–96; a favor: CASTELLO, J.E., “Arbitral *ex-parte* interim relief: the view in favor”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 58, n° 3, 2003.

⁸⁹⁸ SÁNCHEZ POS, M.V., “Del juez...”, op. cit., p. 413.

⁸⁹⁹ Observaciones y propuesta del Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Cit. *supra*.

⁹⁰⁰ Las delegaciones de Francia, Reino Unido e Italia fueron en la misma línea, frente a las cuales las delegaciones de España, Estados Unidos o Alemania se mostraron favorables a la misma.

deseen que sus tribunales arbitrales tengan facultades para actuar *ex parte*⁹⁰¹, citando al respecto numerosos reglamentos arbitrales que no prevén dicha posibilidad, lo que redundaría en que el objetivo armonizador que persigue la LMU no se ajuste a las prácticas internacionales del momento.

Todo ello tendría, además, repercusiones prácticas por cuanto que “si la Ley Modelo se enmendara para establecer esas facultades (y la Ley Modelo enmendada fuera promulgada por las legislaturas de los Estados), las partes bien informadas podrían rehuir los lugares de arbitraje de los países que apliquen la Ley Modelo y las partes que no tuvieran conocimiento de ello podrían ser cogidas desprevenidas”⁹⁰².

Otros autores, como LORCA NAVARRETE⁹⁰³, recurren al criterio de normalidad en aras a considerar que la introducción de estas medidas en la LMU pudiera normalizar la adopción de este tipo de medidas por parte de los árbitros, en detrimento de la solicitud de las mismas a los órganos jurisdiccionales estatales.

D. La cuestionable eficacia práctica de las órdenes preliminares

Destacan asimismo las críticas que tienen que ver, pura y simplemente, con la falta de necesidad en la práctica de este tipo de medidas. Sobre este particular, efectivamente, el propio texto excluye a las “órdenes preliminares” de la categoría de resoluciones asimilables a laudos, por lo que, en la práctica, nos encontramos ante una medida cuya eficacia se verá significativamente limitada por requerir en todo caso de intervención judicial para su ejecución.

El art. 17.c.5 LMU establece de manera expresa que la orden preliminar será vinculante exclusivamente para las partes, no pudiendo ser objeto de ejecución judicial por no ostentar la condición de laudo a efectos de la Ley, con las consecuencias prácticas que se derivan de ello en aras a dotar de efectividad práctica a la medida, reforzadas si cabe por el hecho de que el texto no prevé ninguna penalización o sanción para los supuestos de incumplimiento.

Dada esta circunstancia cabe plantearse -en el plano netamente práctico- si no resulta más eficiente en términos procesales acudir directamente al tribunal estatal ejecutante

⁹⁰¹ Observaciones y propuesta del Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, op. cit., p. 3.

⁹⁰² Ibid.

⁹⁰³ LORCA NAVARRETE, A.M., “Problemas prácticos...”, op. cit., p. 1579.

como se habría hecho hasta el momento de adopción de la citada norma, de manera, en términos generales, bastante exitosa.

Este último argumento desconoce, no obstante, una realidad que venimos defendiendo de manera recurrente, en relación con la resolución de conflictos surgidos en estas operaciones por vía arbitral, en las que “*interim measures issued by arbitral tribunals are often effective without any court coercion*”⁹⁰⁴. Asumiendo que esta afirmación sigue plenamente vigente la aceptación o no de la facultad de adoptar estas medidas a los árbitros tiene consecuencias prácticas muy relevantes.

Sobre la no inclusión de estas órdenes en la categoría de resoluciones ejecutables, algunos autores consideran esta una “opción prudente” ya que someter a estas medidas “al régimen de ejecutoriedad del art. 17 bis podría desvirtuar la naturaleza negocial del arbitraje al introducir recelos en las partes sobre la actuación del propio tribunal arbitral”⁹⁰⁵.

E. La cuestión de la inequidad procesal y las órdenes preliminares

Por último, desde la doctrina se cita una última cuestión problemática⁹⁰⁶ -a la que también se refiere el informe de la CCI⁹⁰⁷ - como es la inequidad procesal generada uso de estas medidas.

La principal preocupación se derivaría de que este tipo de medidas permiten que la parte solicitante de la medida tenga un contacto unilateral con el tribunal arbitral, lo que podría redundar en una suerte de contaminación del mismo de cara a la decisión a adoptar sobre el fondo de la controversia, conculcando el principio de trato equitativo de las partes promulgado por el art. 18 de la misma norma⁹⁰⁸.

Este argumento no es, a nuestro entender, aceptable⁹⁰⁹, porque supondría aceptar idénticas conclusiones respecto de su equivalente jurisdiccional -donde el mismo tribunal resolverá la medida cautelar y decidirá sobre el fondo de manera habitual- cuya

⁹⁰⁴ UNCITRAL Working Group on Arbitration, 32nd session, Vienna, 20-31 March 2000, A/CN.9/WG.II/WP.108 14 January 2000, n° 75.

⁹⁰⁵ Ibid. p. 1580.

⁹⁰⁶ MONDRAGÓN LÓPEZ, O., “Medidas cautelares ex parte en arbitraje internacional: la reforma del artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL”, Actualidad jurídica Uría Menéndez 12-2005, pp. 100-103. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1480/documento/foro10.pdf?id=2077>, p. 102.

⁹⁰⁷ Observaciones y propuesta del Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, op. cit., pp. 3-4.

⁹⁰⁸ “Artículo 18. Trato equitativo de las partes

Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.”

⁹⁰⁹ En la misma línea: PERALES VISCASILLAS, P., “Medidas cautelares...”, op. cit. p. 433.

imparcialidad en dichos procedimientos no ha sido puesto en cuestión hasta la fecha. La propia LMU además introduce la obligación de comunicar al afectado por la medida todos aquellos documentos y comunicaciones aportadas para la solicitud de la medida, por lo que no podemos considerar que se encuentre en una posición de desventaja respecto del tribunal.

3.3. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN MEDIDAS CAUTELARES⁹¹⁰

Sección 4. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

Artículo 17 H. Reconocimiento y ejecución

1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I.

2) La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

3) El tribunal ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

Artículo 17 I. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

1) Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:

a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que:

i) dicha denegación queda justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o

⁹¹⁰ A la problemática en relación con las órdenes preliminares nos hemos referido en las páginas precedentes.

iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o

b) si el tribunal resuelve que:

i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que

ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar.

2) Toda determinación a la que llegue el tribunal respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar. Sección 5. Medidas cautelares dictadas por el tribunal

La cuestión del reconocimiento y ejecución de medidas cautelares adoptadas por los árbitros es una cuestión capital de cara a dotar de sentido práctico a esta figura, siendo la ausencia de regulación sobre este particular una de las cuestiones más criticadas de la LMU 1985.

Tanto es así que de no ser reconocidas en foros de ejecución, en opinión de algunos autores, la “reconocida competencia (para adoptar medidas cautelares) de los árbitros resulta estéril⁹¹¹”. Dada su importancia no es de extrañar que su introducción en el art. 17 supusiera una de las novedades más esperadas de la nueva regulación, cubriéndose el vacío de la LMU sobre este particular y erigiéndose en “piedra angular del sistema⁹¹²”, todo ello, como venimos defendiendo, sin olvidar que no resulta infrecuente en la práctica que las medidas sean cumplidas de manera voluntaria por las partes.-

⁹¹¹ LAPIEDRA ALCAMÍ, R. en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (Eds.), *Nuevas fronteras...*, op. cit., p. 320.

⁹¹² PERALES VISCASILLAS, P., “Medidas cautelares...”, op. cit. p. 440.

La posibilidad de dotar de efectividad a la medida es objeto, como vemos, de una pormenorizada regulación en la LMU que equipara las medidas cautelares con cualesquiera otras medidas ejecutables dictadas por árbitros, independientemente de que se trate de que adopten o no forma de laudos -laudos parciales u órdenes provisionales-.

Con este reconocimiento en términos tan amplios se querría garantizar la ejecución de las mismas, si bien en ningún caso parece que podamos acogernos al régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de la CNY⁹¹³ por cuanto que no se trata de una resolución definitiva.

Esta eventualidad nos sitúa en un escenario en el que indefectiblemente deberemos recurrir a las normas de Derecho interno que, en el caso de haber sido inspiradas por la LMU, darían cabida a las referidas medidas.

A. Situaciones especiales:

- i. Reconocimiento de medidas *ex-parte* -ver referencia a las mismas supra-
- ii. Reconocimiento de medidas *ante causam*

Cabe igualmente plantearse de qué manera los Estados que adopten la presente fórmula gestionarán situaciones en las que lo que se pretenda sea una medida adoptada no ya por el tribunal arbitral que ostente competencia sobre la controversia principal, sino, en situaciones previas a la conformación de dicho tribunal arbitral, por: a. un árbitro de emergencia –figura presente en la práctica totalidad de los reglamentos arbitrales a la que hemos hecho alusión en el presente estudio⁹¹⁴- o b. por los tribunales estatales en apoyo del procedimiento arbitral.

3.4. RECONOCIMIENTO DE MEDIDAS ADOPTADAS POR ÁRBITROS DE EMERGENCIA EN BASE AL MODELO UNCITRAL

Dado que se trata de una cuestión carécete de regulación expresa, entramos en este punto en el plano de la especulación jurídica⁹¹⁵.

La cuestión, a la que no podemos dar una respuesta concluyente, estriba en determinar si los árbitros de emergencia constituyen “tribunal arbitral” a efectos del art.

⁹¹³ BERGER, K.P., *Private Dispute Resolution...*, op. cit., p. 455.

⁹¹⁴ Vid. pp. 324 y ss.

⁹¹⁵ Persisten las dudas en la doctrina: BROWN, C., “The Enforcement...”, op. cit., p. 289.

17.H.1, siendo en caso contrario inaplicable este precepto y dejando a estas medidas en una suerte de “limbo jurídico”.

Sobre este particular, recordemos, a pesar de que la orden preliminar de la LMU funciona como procedimiento abreviado para la adopción urgente de la medida, esta será adoptada -en base a la literalidad del precepto- por el tribunal arbitral ya constituido. En cambio, en los referidos procedimientos de emergencia institucionales la premura obligará a la solicitud previa a la propia constitución del tribunal pero, como decíamos, incorporan típicamente el requisito de notificación a las partes⁹¹⁶.

Vemos pues que se trata de realidades que si bien coinciden en determinadas cuestiones, presentan destacables diferencias que habrán de ser tenidas en cuenta de cara a determinar el régimen de circulación de las mismas.

La solución, a nuestro entender, razonable vendría de la mano de asumir, dado que los motivos para excluir las órdenes preliminares del régimen de reconocimiento y ejecución -no audiencia al demandado- no concurren en el supuesto del árbitro de emergencia -procedimiento que respeta escrupulosamente los derechos de defensa- la regla del art. 17.H LMU debería en buena lógica ser aplicada igualmente a las medidas adoptadas en este caso.

3.5. LA CIRCULACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN APOYO A PROCEDIMIENTOS ARBITRALES (17.J)

Artículo 17 J. Medidas cautelares dictadas por el tribunal

El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.”

⁹¹⁶ Art. 9.5 Reglas LCIA: “Such an application shall be made to the Registrar in writing (preferably by electronic means), together with a copy of the Request (if made by a Claimant) or a copy of the Response (if made by a Respondent), delivered or notified to all other parties to the arbitration.”; art. 37 Reglas ICDR: “Medidas Urgentes de Protección 1. Cualquier parte podrá solicitar una medida urgente de protección previo a la constitución del tribunal arbitral, mediante una notificación por escrito al Administrador y a todas las demás partes.”

Este precepto positivizaba la doble vía con la que cuentan las partes para la obtención de medida cautelares en el curso de un procedimiento principal sustanciado ante un tribunal arbitral dando carta de naturaleza a las medida cautelares que adopten los jueces estatales en estos supuestos.

Asimismo, como veíamos, esta será la única vía que ofrece el texto -al menos de manera expresa- para la obtención de medidas previas a la constitución del tribunal, por cuanto que, a diferencia de los reglamentos arbitrales a los que hemos hecho alusión a lo largo del presente capítulo, la LMU carece de un instrumento de emergencia para dichos supuestos.

3.6. CUESTIONES ACCESORIAS

A. Competencia territorial

La concreta competencia territorial no queda limitada en aplicación de la LMU a los tribunales del lugar en que se ordene la medida por lo que la competencia podrá corresponder alternativamente tanto a los tribunales de la sede del arbitraje como a los del lugar de ejecución de la medida.

B. Caución

Se establece igualmente, como hemos visto, la “posibilidad” de solicitar caución y se fijan una serie de supuestos para la denegación de la ejecución -de oficio o a instancia de parte-, igualmente aplicables a las órdenes preliminares.

C. Motivos de denegación de la medida

En referencia a los motivos de denegación, el art. 17 LMU establece una serie de supuestos que podrán ser alegados por las partes o apreciados de oficio por el tribunal.

En el primer supuesto podrá alegarse la falta de presentación de garantía, de haber sido exigida por el tribunal, o la revocación de la misma por parte de los tribunales arbitrales o estatales.

El segundo supuesto permite que el tribunal estime de oficio si las medidas se ajustan a las facultades que a este le han sido otorgadas.

De no concurrir estos supuestos de denegación, el juez del foro de ejecución de la medida debería reconocerla y ejecutarla en términos análogos a cualquier otra resolución dictada por el tribunal arbitral.

4. REPERCUSIÓN INTERNACIONAL DE LA LMU

La armonización perseguida por la LMU resulta determinante en un contexto comercial internacional en el que el papel del arbitraje ostenta a todas luces un papel protagonista y en el que las legislaciones nacionales tienen mucho que decir -a diferencia de su equivalente jurisdiccional más densamente regulado-.

Tanto es así que, en relación con las medidas cautelares, será extraordinariamente infrecuente en la práctica encontrarnos ante la adopción de una medida cautelar no prevista en la ley aplicable al arbitraje que, a menudo, será la del lugar de celebración del mismo.

A nivel cuantitativo, cabe destacar que a fecha de publicación del presente estudio han basado su legislación nacional en esta LMU un total de ochenta Estados⁹¹⁷ entre los que destacan Alemania, Bélgica, Dinamarca, Noruega o la propia España -a nivel europeo- o Canadá, numerosos Estados de los Estados Unidos o Japón a nivel mundial. Con todo, dadas las notables ausencias en esta lista, la penetración a nivel de la UE no puede considerarse, en absoluto, significativa⁹¹⁸.

Con todo, es generalmente aceptada la capacidad de adoptar medidas cautelares de los árbitros, incluso en legislaciones que no han basado directamente su legislación en las disposiciones de la LMU, así como la posibilidad de competencia concurrente de los tribunales estatales para adoptar medidas cautelares en apoyo de procedimientos arbitrales.

Resulta, sin embargo, especialmente controvertida la cuestión de las medidas cautelares *ex-parte*, recogidas como veíamos en forma de orden preliminar, y cuya plasmación en normas nacionales no se encuentra tan extendida.

Asimismo, no parece existir suficiente consenso en relación con el régimen de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares -por cuanto que quedan fuera del régimen del CNY según hemos defendido- lo que debe ser destacado como una de las

⁹¹⁷ Para una lista actualizada: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status.

⁹¹⁸ En todo caso, dado que no se trata de un convenio internacional o texto asimilable que los Estados deben firmar y ratificar, la propio UNCITRAL aclara que “las disposiciones de una ley modelo se preparan con el fin de ofrecer una pauta a los legisladores para que se planteen la posibilidad de incorporar la ley modelo a su derecho interno. Dado que los Estados que promulgan legislación basada en una ley modelo pueden actuar con toda flexibilidad y apartarse del texto de la misma, la lista que se enuncia (...) es sólo una indicación de los textos promulgados sobre esa base que se han dado a conocer a la secretaría de la CNUDMI. Para determinar la diferencia existente entre una ley modelo y un texto legislativo adoptado sin ajustarse totalmente a ella, habría que estudiar la legislación de cada Estado. (...)”.

grandes tareas pendientes en futuros movimientos legislativos armonizadores a nivel internacional.

MEDIDAS CAUTELARES EN LOS REGLAMENTOS ARBITRALES

Dado el peso específico de los arbitrajes comerciales internacionales sustanciados ante las instituciones arbitrales más relevantes deviene esencial aportar una visión general de la manera en que dichas instituciones regulan la tutela cautelar.

1. EL ARBITRAJE DE LA CCI⁹¹⁹

La Cámara de Comercio Internacional -CCI o ICC en sus siglas en inglés- es la “organización empresarial mundial, la única asociación representativa que habla con la voz que emana de las empresas de todos los sectores y de todos los países del mundo”⁹²⁰. De sobra conocida por los operadores en comercio internacional, de la CCI han surgido, por ejemplo, aportaciones de incuestionables relevancia práctica como los Incoterms -cuya versión de 2020 ha sido ya publicada-.

La relevancia de esta institución se plasma además en un órgano propio de resolución de controversias por vía arbitral -a través de su Corte Internacional de Arbitraje- que constituye todo un referente en el plano internacional desde su fundación en el año 1923.

Quizás por ello el grado de atención que dedicaremos a la CCI será mayor por lo extrapolable de muchas de las consideraciones aplicables a su reglamento a las demás normas institucionales a las que nos referiremos de las que destacaremos las características fundamentales y, en su caso, las peculiaridades que puedan presentar.

El reglamento actualmente vigente es resultado de las enmiendas introducidas en el año 2017 al texto aprobado en el año 2012 cuyas principales características veremos a continuación⁹²¹.

1.1. CAPACIDAD PARA ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES

⁹¹⁹ Para completar lo recogido en estas páginas vid. WEBSTER, T.H. y BÜHLER, M.W., *Handbook of ICC arbitration: Commentary, Precedentes, Materials*, 4ª ed., Sweet & Maxwell – Thomson Reuters, London, 2018. Específicamente sobre materia cautelar pp. 445-501.

⁹²⁰ <http://www.iccspain.org/icc/quienes-somos/>.

⁹²¹ <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-mediation-rules-spanish-version/>.

Artículo 28 Medidas cautelares y provisionales

1. Salvo acuerdo de las partes en contrario, el tribunal arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas. El tribunal arbitral podrá subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que las solicite. Las medidas mencionadas deberán ser adoptadas mediante orden motivada o laudo, según el tribunal arbitral lo estime conveniente.

2. Antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral, y en circunstancias apropiadas aun después, las partes podrán solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un tribunal arbitral no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del tribunal arbitral al respecto. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría. Esta última informará de ello al tribunal arbitral.

El art. 28 del Reglamento otorga expresamente competencia a los tribunales arbitrales para adoptar medidas cautelares, aquéllas “que considere adecuadas”, sin realizar una redacción pormenorizada de las mismas.

El mismo artículo en su punto 2 admite la competencia concurrente de los órganos jurisdiccionales estatales introduciendo la competencia de los mismos para adoptar medidas cautelares en apoyo del procedimiento arbitral, con anterioridad al inicio del mismo o posteriormente -cuestión en la que no coinciden todas las normas a las que nos referiremos en el presente epígrafe-. Deja asimismo claro que acudir a esta vía es plenamente compatible con la validez del convenio arbitral.

1.2. MEDIDAS *EX-PARTE*

La cuestión de las medidas adoptadas sin dar audiencia al demandado es, como hemos tenido ocasión de exponer, cuestión nada pacífica. Lo es en ámbito jurisdiccional “ordinario” y no lo es menos en materia arbitral.

Hemos visto cómo la UNCITRAL establece a estos efectos una figura específica como la “orden preliminar” en aras a dotar de un instrumento de máxima efectividad a las partes para exitosa consecución de la medida. En el caso de los reglamentos institucionales en general, entre ellos el de la CCI, se ha optado por omitir referencia alguna a la cuestión, tanto en relación con los arbitrajes ordinarios como en el supuesto excepcional de los arbitrajes de emergencia.

En este contexto la solución variará en función de si nos encontramos ante medidas adoptadas por los tribunales en apoyo del arbitraje o si son los propios tribunales arbitrales los que ejercen la potestad cautelar reconocida en el Reglamento.

En el primer caso, la respuesta dependerá por completo de la norma interna del Estado que adopte la medida cautelar en cuestión, siendo comúnmente aceptada la posibilidad de adoptar medidas *ex parte* -en supuestos extraordinarios y con las debidas cautelas como en el caso español⁹²²-.

La adopción de estas medidas por parte de los árbitros planteará, sin embargo, algunos interrogantes en relación fundamentalmente con la eventual conculcación de los derechos de defensa de la parte contra la que se dirige la medida. Con todo, y en ausencia de regulación específica, será el tribunal el que valore, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y de la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral, la posibilidad de adoptar una medida como la que nos ocupa, siendo en todo caso –así lo entiende la doctrina⁹²³- una medida muy excepcional y que debe ser adoptada con las máximas cautelas y con la mínima duración posible.

1.3. MEDIDAS ANTE-CAUSAM - EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA

Artículo 29 Árbitro de emergencia

1 La parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral (“Medidas de Emergencia”), podrá solicitar tales medidas según las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V. Tal solicitud será aceptada por la Corte solo si es recibida por la Secretaría antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral de conformidad con el Artículo 16 e independientemente de si la parte que la hace ha presentado ya su Solicitud de Arbitraje.

⁹²² Vid. pp. 302 y ss.

⁹²³ WEBSTER, T.H. y BÜHLER, M.W., *Handbook of ICC arbitration...*, op. cit., pp. 448-449.

2 La decisión del árbitro de emergencia deberá adoptar la forma de una orden. Las partes se comprometen a cumplir con cualquier orden dictada por el árbitro de emergencia.

3 La orden del árbitro de emergencia no será vinculante para el tribunal arbitral en relación con cualquier cuestión, tema o disputa decidida en la orden. El tribunal arbitral puede modificar, dejar sin efecto o anular la orden o cualquier modificación de la misma hecha por el árbitro de emergencia.

4 El tribunal arbitral decidirá sobre las solicitudes o demandas de cualquier parte relativas al procedimiento del árbitro de emergencia, incluyendo la distribución de los costos de dicho procedimiento y cualesquiera demandas que surjan o tengan relación con el cumplimiento o incumplimiento de la orden.

5 Los Artículos 29(1) a 29(4) y las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V (conjuntamente, las “Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia”) se aplicarán solo a las partes que sean signatarias del acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento que sirve de base a la solicitud o que sean sucesores de dichas signatarias.

6 Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no serán aplicables si:
a) el acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento fue concluido antes del 1° de enero de 2012; b las partes optaron por excluir las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia; o c) las partes han acordado otro procedimiento prearbitral que prevea el otorgamiento de medidas cautelares, provisionales o similares.

7 Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no impiden que cualquier parte solicite medidas cautelares o provisionales urgentes de una autoridad judicial competente en cualquier momento antes de la solicitud de dichas medidas, y en circunstancias apropiadas aun después, de conformidad con el Reglamento. Cualquier solicitud de tales medidas a una autoridad judicial no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría.

Como indicábamos en las consideraciones introductorias del presente capítulo, las medidas cautelares que deban ser adoptadas con anterioridad a la formación del tribunal arbitral pueden ser solicitadas a través de dos vías.

La primera sería el recurso a los órganos jurisdiccionales estatales correspondientes para solicitar la medida en apoyo del procedimiento arbitral -vía expresamente recogida en la LMU y en numerosas legislaciones nacionales-.

La segunda, sobre la que queremos hacer hincapié, vendría de la mano del recurso a los denominados “árbitros de emergencia” cuyo origen -en la CCI- se remonta al año 1990 y su Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral⁹²⁴ mediante el cual la citada institución sería pionera en la introducción de la figura del entonces llamado “tercero” -en su versión en español- encargado de adoptar las medidas necesarias en situaciones de urgencia en los términos a los que nos referiremos a continuación.

Posteriormente, en la actualización de las Reglas de arbitraje de la CCI del año 2012 la figura sería introducida -art. 29- como “emergency arbitrator” o árbitro de emergencia.

A. El poco exitoso Procedimiento Precautorio Prearbitral de 1990⁹²⁵

Al referirnos a este procedimiento como “poco exitoso” atendemos a la escasa repercusión en términos cuantitativos que tuvo en el periodo comprendido entre su aprobación y la incorporación a las reglas de arbitraje generales de la CCI.

Concretamente, en dicho periodo de tiempo, fueron solicitados 14 procedimientos precautorios ante la Corte. Este fracaso del instrumento podría explicarse⁹²⁶ perfectamente por la necesidad de incluirlo expresamente -sistema “*opt-in*”⁹²⁷- al margen de la alusión al reglamento arbitral “general” en el convenio arbitral. Tras las enmiendas de 2012 y su inclusión en todos los “arbitrajes CCI” -cambiando a un sistema “*opt-out*” seguido por el resto de los reglamentos arbitrales- las perspectivas

⁹²⁴ Más conocida por su denominación en inglés “*PAR Rules*” o “*Pre-Arbitral Referee rules*”, vigentes desde el 1 de enero de 1990: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/pre-arbitral-referee/rules/>.

⁹²⁵ Versión en español: <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/1990-Rules-for-a-Pre-Arbitral-Referee-Procedure-SPANISH.pdf>, versión original en inglés: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/pre-arbitral-referee/rules/#art1>.

⁹²⁶ De esta opinión BORDACHAR URRUTIA, R., “Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia”, *Derecho y Ciencias Sociales*, n° 13, octubre 2015, pp. 71-91, p. 85.

⁹²⁷ FERNÁNDEZ MASÍÁ, E., “La irrupción del árbitro de emergencia...”, op. cit., p. 87.

son, a todas luces, diferentes⁹²⁸ por cuanto que las partes deberán, en su caso, excluirlo expresamente a la hora de concluir el convenio arbitral.

B. El árbitro de emergencia en las Reglas vigentes de arbitraje de la CCI

Como decíamos, esta figura fue incorporada en las Reglas en el año 2012, constituyendo una alternativa real para las partes en controversias dirimidas en base a convenios arbitrales posteriores al 1 de enero de ese mismo año. Se crea, por tanto, para los arbitrajes regidos por las citadas reglas la figura del “*emergency arbitrator*” en el art. 29, cuyo desarrollo en cuanto a los detalles del procedimiento fue concretado en el apéndice V del mismo texto.

Artículo 29 Árbitro de emergencia

1. La parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral (“Medidas de Emergencia”), podrá solicitar tales medidas según las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V. Tal solicitud será aceptada por la Corte solo si es recibida por la Secretaría antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral de conformidad con el Artículo 16 e independientemente de si la parte que la hace ha presentado ya su Solicitud de Arbitraje.
2. La decisión del árbitro de emergencia deberá adoptar la forma de una orden. Las partes se comprometen a cumplir con cualquier orden dictada por el árbitro de emergencia.
3. La orden del árbitro de emergencia no será vinculante para el tribunal arbitral en relación con cualquier cuestión, tema o disputa decidida en la orden. El tribunal arbitral puede modificar, dejar sin efecto o anular la orden o cualquier modificación de la misma hecha por el árbitro de emergencia.
4. El tribunal arbitral decidirá sobre las solicitudes o demandas de cualquier parte relativas al procedimiento del árbitro de emergencia, incluyendo la distribución de los costos de dicho procedimiento y cualesquiera demandas que surjan o tengan relación con el cumplimiento o incumplimiento de la orden.

⁹²⁸ Según datos hasta noviembre de 2015 se habrían admitido a trámite 23 solicitudes ante la Corte.

5. Los Artículos 29(1) a 29(4) y las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V (conjuntamente, las “Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia”) se aplicarán solo a las partes que sean signatarias del acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento que sirve de base a la solicitud o que sean sucesores de dichas signatarias.

6. Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no serán aplicables si:
a) el acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento fue concluido antes del 1° de enero de 2012; b las partes optaron por excluir las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia; o c) las partes han acordado otro procedimiento prearbitral que prevea el otorgamiento de medidas cautelares, provisionales o similares.

7. Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no impiden que cualquier parte solicite medidas cautelares o provisionales urgentes de una autoridad judicial competente en cualquier momento antes de la solicitud de dichas medidas, y en circunstancias apropiadas aun después, de conformidad con el Reglamento. Cualquier solicitud de tales medidas a una autoridad judicial no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría.

A través del presente precepto se dota a los árbitros de emergencia de la capacidad para adoptar “medidas de emergencia” que “no puedan esperar a la constitución del tribunal”. Más concretamente, será aceptada siempre y cuando sea recibida con anterioridad a la recepción del expediente por parte del tribunal, independientemente de si la solicitud de arbitraje ha sido presentada.

La decisión en cuestión constituirá formalmente una “orden”, cuyas consecuencias a nivel de reconocimiento y ejecución fuera del procedimiento en curso han sido debidamente tratadas en páginas anteriores⁹²⁹. El texto se encarga asimismo de aclarar que el criterio del árbitro no condicionará en absoluto el desarrollo del procedimiento sobre el fondo del que conocerá el tribunal.

En todo caso, como corresponde en todo Reglamento arbitral, tanto las disposiciones del art. 29 como el procedimiento del apéndice V podrán ser modificadas o excluidas

⁹²⁹ Vid. pp. 320 y ss.

por el acuerdo de las partes, en caso contrario, el citado apéndice establecerá de manera notablemente exhaustiva el procedimiento y los requisitos para la adopción de la orden.

El art. 3 del apéndice, concretamente, establecerá los requisitos de fondo, siendo estos:

- a. La preceptiva descripción de las circunstancias que dan lugar a la solicitud y a la controversia principal que será sometida a arbitraje
- b. La debida justificación de los motivos que generan un nivel de urgencia tal que exigen acudir a este procedimiento.

Los plazos serán de dos días para la designación del árbitro -desde que se presenta la solicitud-, disponiéndose a partir de dicha designación de 15 días más para la adopción de la medida cuya vigencia se extenderá hasta la resolución definitiva del tribunal arbitral, salvo que este decida modificarla o, en su caso, revocarla.

C. Exclusión de medidas *ex-parte*

De acuerdo con el Reglamento⁹³⁰ las medidas cautelares adoptadas sin dar audiencia al demandado están expresamente excluidas, previéndose que en todo caso la parte afectada por la medida debe ser debidamente informada, teniendo la oportunidad de pronunciarse con anterioridad a la adopción de la medida.

D. Situaciones de no cumplimiento voluntario de la medida

Hemos advertido los inconvenientes derivados de que la resolución adoptada por el árbitro de emergencia no pueda ser considerada laudo a efectos del reglamento, ostentando en todo caso la categoría de orden. En todo caso, el régimen de reconocimiento y ejecución de la medida será equiparable a las medidas cautelares adoptadas por el tribunal arbitral una vez esté constituido.

E. El alto coste del procedimiento de urgencia

Como dato meramente ilustrativo de lo que supone para las partes el recurso a un procedimiento como el presente, nótese que para el inicio del mismo deberá abonarse una cantidad superior -y, naturalmente, adicional- a la exigida para la propia constitución del tribunal arbitral que dirimirá la controversia principal. Concretamente, frente a los 30000 USD establecidos -ex. art. 1 del apéndice III del Reglamento- como

⁹³⁰ Apéndice V, arts. 1.5 y 5.2.

provisión para el inicio del arbitraje, el procedimiento de emergencia supondrá el abono de 40000 USD -ex. art. 7 del apéndice V del Reglamento-.

2. LA “LCIA” - CORTE DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE LONDRES⁹³¹

Creada oficialmente en el año 1892, esta corte arbitral se encuentra sin duda entre una de las más reputadas a nivel internacional y, probablemente, una de las pocas instituciones británicas a las que el incierto desenlace del Brexit le va a generar un menor impacto negativo, por cuanto que el arbitraje, a diferencia de la resolución de disputas ante órganos jurisdiccionales estatales, se encuentra ya fuera del sistema de normas nacionales-europeas, bien en lo referente al propio procedimiento como en lo referente a la circulación de laudos.

2.1. CAPACIDAD PARA ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES

Article 25 Interim and Conservatory Measures

25.1 The Arbitral Tribunal shall have the power upon the application of any party, after giving all other parties a reasonable opportunity to respond to such application and upon such terms as the Arbitral Tribunal considers appropriate in the circumstances: (i) to order any respondent party to a claim or cross-claim to provide security for all or part of the amount in dispute, by way of deposit or bank guarantee or in any other manner; (ii) to order the preservation, storage, sale or other disposal of any documents, goods, samples, property, site or thing under the control of any party and relating to the subject matter of the arbitration; and (iii) to order on a provisional basis, subject to a final decision in an award, any relief which the Arbitral Tribunal would have power to grant in an award, including the payment of money or the disposition of property as between any parties. Such terms may include the provision by the applicant party of a cross-indemnity, secured in such manner as the Arbitral Tribunal considers appropriate, for any costs or losses incurred by the respondent party in complying with the Arbitral Tribunal's order. Any amount payable under

⁹³¹ Versión oficial en inglés: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx.

such cross-indemnity and any consequential relief may be decided by the Arbitral Tribunal by one or more awards in the arbitration.

25.2 The Arbitral Tribunal shall have the power upon the application of a party, after giving all other parties a reasonable opportunity to respond to such application, to order any claiming or cross-claiming party to provide or procure security for Legal Costs and Arbitration Costs by way of 21 deposit or bank guarantee or in any other manner and upon such terms as the Arbitral Tribunal considers appropriate in the circumstances. Such terms may include the provision by that other party of a cross-indemnity, itself secured in such manner as the Arbitral Tribunal considers appropriate, for any costs and losses incurred by such claimant or cross-claimant in complying with the Arbitral Tribunal's order. Any amount payable under such cross-indemnity and any consequential relief may be decided by the Arbitral Tribunal by one or more awards in the arbitration. In the event that a claiming or cross-claiming party does not comply with any order to provide security, the Arbitral Tribunal may stay that party's claims or cross-claims or dismiss them by an award.

25.3 The power of the Arbitral Tribunal under Article 25.1 shall not prejudice any party's right to apply to a state court or other legal authority for interim or conservatory measures to similar effect: (i) before the formation of the Arbitral Tribunal; and (ii) after the formation of the Arbitral Tribunal, in exceptional cases and with the Arbitral Tribunal's authorisation, until the final award. After the Commencement Date, any application and any order for such measures before the formation of the Arbitral Tribunal shall be communicated promptly in writing by the applicant party to the Registrar; after its formation, also to the Arbitral Tribunal; and in both cases also to all other parties.

25.4. By agreeing to arbitration under the Arbitration Agreement, the parties shall be taken to have agreed not to apply to any state court or other legal authority for any order for security for Legal Costs or Arbitration Costs.

De manera análoga al reglamento de la CCI, el de la LCIA contempla la posibilidad de que los árbitros adopten medidas cautelares.

La principal diferencia con la anterior regulación vendrá, no obstante, en relación con las medidas cautelares adoptadas por órganos jurisdiccionales estatales en apoyo a arbitrajes regidos por este reglamento. Concretamente, el punto 3 del citado art. 25 limita las medidas cautelares adoptadas por los tribunales estatales con posterioridad a la formación del tribunal arbitral⁹³² a casos excepcionales -concepto jurídico indeterminado en este caso por cuanto que el texto no concreta su alcance- y en todo caso autorizadas por los árbitros del ya constituido tribunal.

2.2. MEDIDAS ANTE-CAUSAM

Como hemos visto, el recurso a los órganos jurisdiccionales estatales en apoyo del procedimiento arbitral, en los términos a los que nos acabamos de referir, está contemplado por el art. 25. Esta constituirá por tanto, nuevamente, la primera vía para obtener la necesaria tutela cautelar en los casos en los que la urgencia así lo requiera.

Al margen de esta vía, el extenso art. 9.B del Reglamento establece, de manera análoga al resto de los textos a los que nos estamos refiriendo, un procedimiento y un árbitro de emergencia, en los siguientes términos:

Article 9B Emergency Arbitrator

9.4 Subject always to Article 9.14 below, in the case of emergency at any time prior to the formation or expedited formation of the Arbitral Tribunal (under Articles 5 or 9A), any party may apply to the LCIA Court for the immediate appointment of a temporary sole arbitrator to conduct emergency proceedings pending the formation or expedited formation of the Arbitral Tribunal (the “Emergency Arbitrator”).

9.5 Such an application shall be made to the Registrar in writing (preferably by electronic means), together with a copy of the Request (if made by a Claimant) or a copy of the Response (if made by a Respondent),

⁹³² “25.3

The power of the Arbitral Tribunal under Article 25.1 shall not prejudice any party's right to apply to a state court or other legal authority for interim or conservatory measures to similar effect: (i) before the formation of the Arbitral Tribunal; and (ii) after the formation of the Arbitral Tribunal, in exceptional cases and with the Arbitral Tribunal's authorisation, until the final award. After the Commencement Date, any application and any order for such measures before the formation of the Arbitral Tribunal shall be communicated promptly in writing by the applicant party to the Registrar; after its formation, also to the Arbitral Tribunal; and in both cases also to all other parties.”

delivered or notified to all other parties to the arbitration. The application shall set out, together with all relevant documentation:

(i) the specific grounds for requiring, as an emergency, the appointment of an Emergency Arbitrator; and

(ii) the specific claim, with reasons, for emergency relief. The application shall be accompanied by the applicant's written confirmation that the applicant has paid or is paying to the LCIA the Special Fee under Article 9B, without which actual receipt of such payment the application shall be dismissed by the LCIA Court. The Special Fee shall be subject to the terms of the Schedule of Costs. Its amount is prescribed in the Schedule, covering the fees and expenses of the Emergency Arbitrator and the administrative fees and expenses of the LCIA, with additional charges (if any) of the LCIA Court. After the appointment of the Emergency Arbitrator, the amount of the Special Fee payable by the applicant may be increased by the LCIA Court in accordance with the Schedule. Article 24 shall not apply to any Special Fee paid to the LCIA.

9.6 The LCIA Court shall determine the application as soon as possible in the circumstances. If the application is granted, an Emergency Arbitrator shall be appointed by the LCIA Court within three days of the Registrar's receipt of the application (or as soon as possible thereafter). Articles 5.1, 5.7, 5.9, 5.10, 6, 9C, 10 and 16.2 (last sentence) shall apply to such appointment. The Emergency Arbitrator shall comply with the requirements of Articles 5.3, 5.4 and (until the emergency proceedings are finally concluded) Article 5.5.

9.7 The Emergency Arbitrator may conduct the emergency proceedings in any manner determined by the Emergency Arbitrator to be appropriate in the circumstances, taking account of the nature of such emergency proceedings, the need to afford to each party, if possible, an opportunity to be consulted on the claim for emergency relief (whether or not it avails itself of such opportunity), the claim and reasons for emergency relief and the parties' further submissions (if any). The Emergency Arbitrator is not

required to hold any hearing with the parties (whether in person, by telephone or otherwise) and may decide the claim for emergency relief on available documentation. In the event of a hearing, Articles 16.3, 19.2, 19.3 and 19.4 shall apply.

9.8 The Emergency Arbitrator shall decide the claim for emergency relief as soon as possible, but no later than 14 days following the Emergency Arbitrator's appointment. This deadline may only be extended by the LCIA Court in exceptional circumstances (pursuant to Article 22.5) or by the written agreement of all parties to the emergency proceedings. The Emergency Arbitrator may make any order or award which the Arbitral Tribunal could make under the Arbitration Agreement (excepting Arbitration and Legal Costs under Articles 28.2 and 28.3); and, in addition, make any order adjourning the consideration of all or any part of the claim for emergency relief to the proceedings conducted by the Arbitral Tribunal (when formed).

9.9 An order of the Emergency Arbitrator shall be made in writing, with reasons. An award of the Emergency Arbitrator shall comply with Article 26.2 and, when made, take effect as an award under Article 26.8 (subject to Article 9.11). The Emergency Arbitrator shall be responsible for delivering any order or award to the Registrar, who shall transmit the same promptly to the parties by electronic means, in addition to paper form (if so requested by any party). In the event of any disparity between electronic and paper forms, the electronic form shall prevail.

9.10 The Special Fee paid shall form a part of the Arbitration Costs under Article 28.2 determined by the LCIA Court (as to the amount of Arbitration Costs) and decided by the Arbitral Tribunal (as to the proportions in which the parties shall bear Arbitration Costs). Any legal or other expenses incurred by any party during the emergency proceedings shall form a part of the Legal Costs under Article 28.3 decided by the Arbitral Tribunal (as to amount and as to payment between the parties of

9.11 Any order or award of the Emergency Arbitrator (apart from any order adjourning to the Arbitral Tribunal, when formed, any part of the claim for emergency relief) may be confirmed, varied, discharged or revoked, in whole or in part, by order or award made by the Arbitral Tribunal upon application by any party or upon its own initiative.

9.12 Article 9B shall not prejudice any party's right to apply to a state court or other legal authority for any interim or conservatory measures before the formation of the Arbitration Tribunal; and it shall not be treated as an alternative to or substitute for the exercise of such right. During the emergency proceedings, any application to and any order by such court or authority shall be communicated promptly in writing to the Emergency Arbitrator, the Registrar and all other parties.

9.13 Articles 3.3, 13.1-13.4, 14.4, 14.5, 16, 17, 18, 22.3, 22.4, 23, 28, 29, 30, 31 and 32 and the Annex shall apply to emergency proceedings. In addition to the provisions expressly set out there and in Article 9B above, the Emergency Arbitrator and the parties to the emergency proceedings shall also be guided by other provisions of the Arbitration Agreement, whilst recognising that several such provisions may not be fully applicable or appropriate to emergency proceedings. Wherever relevant, the LCIA Court may abridge under any such provisions any period of time (pursuant to Article 22.5).

9.14 Article 9B shall not apply if either: (i) the parties have concluded their arbitration agreement before 1 October 2014 and the parties have not agreed in writing to 'opt in' to Article 9B; or (ii) the parties have agreed in writing at any time to 'opt out' of Article 9B.

Como puede observarse, la figura no dista mucho de la establecida por la ICC, existiendo, no obstante, una particularidad respecto de esta y otras figuras análogas en las principales instituciones arbitrales.

El art. 9.A prevé, adicionalmente a la posibilidad de recurrir al árbitro de emergencia, la formación “acelerada” *-expedited-* del tribunal arbitral “definitivo” -el que resolverá sobre la controversia- de modo que se puedan solicitar las medidas cautelares directamente ante el mismo.

En caso de llevarse a cabo dicha solicitud, deberá justificarse en la misma el motivo de la extraordinaria urgencia por la que se recurre a este procedimiento que, además, será notificado a todas las partes del procedimiento, excluyéndose de este modo la solicitud de medidas *ex-parte* a través de este procedimiento, lo que, como vemos constituye norma en la mayoría de arbitrajes institucionales.

2.3. MEDIDAS EX-PARTE

El art. 25 del Reglamento resulta igualmente tajante a este respecto, haciendo expresa alusión al derecho de audiencia de la parte afectada por la medida y estableciendo como requisito para la adopción de medidas cautelares que estas se adopten “*after giving all other parties a reasonable opportunity to respond to such application*“, cerrando así la puerta a medidas *ex-parte* en los procedimientos seguidos en aplicación de este reglamento.

3. EL ICDR

El Centro Internacional para la Resolución de Disputas -división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)- constituye igualmente una de las más destacadas instituciones de resolución de controversias internacionales. En este caso, el texto de referencia en dicha institución es el Reglamento de Mediación y de Arbitraje, concretamente su última versión de 2014⁹³³.

3.1. CAPACIDAD PARA ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES

Artículo 24: Medidas Provisionales

933

https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/International_Dispute_Resolution_Procedures_Spanish_0.pdf

1. A solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá ordenar o resolver sobre cualquier medidas provisionales o conservatorias que considere necesarias, incluyendo órdenes de hacer o no hacer y medidas para la protección o conservación de los bienes.
2. Esas medidas provisionales podrán revestir la forma de orden o laudo provisional. Además el tribunal podrá requerir una garantía para asegurar el pago de los costos ocasionados por esas medidas.
3. La solicitud de medidas provisionales dirigida por una parte a una autoridad judicial no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia al derecho a acudir al arbitraje.
4. En un laudo u orden provisional o en el laudo final, el tribunal podrá, a su discreción, asignar el pago de todas o parte de las costas asociadas con la solicitud de medidas provisionales.
5. La solicitud de una medida de urgencia previa a la constitución del tribunal arbitral podrá hacerse conforme al Artículo 6.

El art. 24 del reglamento otorga capacidad a los árbitros para adoptar medidas cautelares “necesarias”, citando, de manera no taxativa aquellas “órdenes de hacer o no hacer y medidas para la protección o conservación de los bienes”. No se trata, por tanto, de una lista cerrada, en línea con la regulación contenida en los diferentes reglamentos a los que estamos haciendo alusión.

En relación con la capacidad de los tribunales estatales, el reglamento se limita a enunciar la compatibilidad del recurso a los mismos con la plena vigencia del convenio arbitral.

La forma de la resolución para la adopción de las medidas, a diferencia del reglamento CCI, por ejemplo, radica en la posibilidad de su adopción en forma de órdenes o “laudos provisionales”, lo que tiene un efecto igualmente excluyente a efectos de la circulación de los mismos en virtud del CNY.

3.2. MEDIDAS *EX-PARTE*

Como podemos observar no existe estipulación alguna que requiera al árbitro la notificación de la medida a las partes afectadas por la misma con anterioridad a su

adopción, lo que debemos entender como una aceptación tácita de la posibilidad de adopción de medidas *ex-parte* en aplicación del reglamento.

Con todo, en el contexto de un arbitraje internacional, y en vista de que se trata de un requisito comúnmente aceptado en la mayoría de las normas al respecto, es previsible que, si bien no está expresamente recogido -sí para las medidas de emergencia- la notificación se produzca en términos análogos a los descritos en el resto de reglamentos.

3.3. MEDIDAS ANTE-CAUSAM

El art. 6 será el que recoja la figura de las “medidas urgentes de protección” y del “árbitro de urgencia”, en los siguientes términos:

Artículo 6: Medidas Urgentes de Protección

1. Cualquier parte podrá solicitar una medida urgente de protección previo a la constitución del tribunal arbitral, mediante una notificación por escrito al Administrador y a todas las demás partes, indicando la naturaleza de la medida solicitada, las razones por las que esa medida es requerida con carácter de urgencia y las razones por las que tiene derecho a esa medida. Esta notificación deberá hacerse al mismo tiempo o después de la Notificación de Arbitraje. Esta notificación podrá ser hecha por correo electrónico, o de cualquier otra forma permitida por el Artículo 10, y deberá incluir una declaración haciendo constar que las partes han sido notificadas o una explicación de las gestiones realizadas de buena fe para notificar a todas las partes.

2. Dentro del día hábil siguiente a la recepción de la notificación que dispone el Artículo 6(1), el Administrador nombrará a un árbitro único de urgencia de entre un panel especial de árbitros de urgencia. Antes de aceptar su nombramiento, el candidato a árbitro de urgencia deberá informar al Administrador sobre cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a dudas justificables en cuanto a su imparcialidad o independencia. Cualquier recusación del árbitro de urgencia deberá hacerse dentro del día hábil siguiente a aquél en el que el Administrador haya comunicado a las partes el nombramiento del árbitro de urgencia y de que éste haya revelado las circunstancias antes mencionadas.

3. El árbitro de urgencia deberá establecer lo antes posible, y en todo caso dentro de los dos días hábiles siguientes a su nombramiento, un calendario de actividades para la determinación de la solicitud de las medidas de urgencia. Ese calendario de actividades deberá otorgar una oportunidad razonable a las partes para ser oídas y podrá disponer que, como alternativa a una audiencia presencial, los procedimientos se adelanten por teléfono, video, por escrito, o por cualquier otro medio que se ajuste a las necesidades del caso. El árbitro de urgencia tendrá las facultades conferidas al tribunal arbitral en el Artículo 19, incluyendo la facultad para decidir sobre su propia jurisdicción, y resolverá cualquier disputa sobre la aplicabilidad de este Artículo.

4. El árbitro de urgencia tendrá la facultad de ordenar u otorgar cualesquier medidas provisionales o conservatorias que considere necesarias, incluyendo órdenes de hacer o no hacer y medidas para la protección o conservación de propiedad. Cualquiera de esas medidas podrá adoptar la forma de un laudo provisional o de una orden. El árbitro de urgencia deberá expresar razones en cualquiera de los casos. El árbitro de urgencia puede modificar o revocar el laudo provisional o la orden. Cualquier laudo provisional u orden de medida de urgencia tendrá el mismo efecto que una medida cautelar emitida de conformidad con el Artículo 24 y será obligatoria para las partes. Las partes deberán obedecer y cumplir dicha medida cautelar u orden sin demora.

5. El árbitro de urgencia no tendrá poder para actuar después de constituido el tribunal arbitral. Una vez que el tribunal haya sido constituido, el tribunal podrá reconsiderar, modificar, o revocar el laudo provisional u orden de medida de urgencia dictado por el árbitro de urgencia. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro de urgencia no podrá actuar como miembro del tribunal.

6. Cualquier laudo provisional u orden de medida de urgencia puede ser condicionado al otorgamiento de una garantía apropiada de la parte que solicita esa medida.

7. La solicitud de medidas provisionales dirigida por una parte a la autoridad judicial no se considerará incompatible con este Artículo o con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia al derecho de acudir a arbitraje.

8. Las costas relacionadas con las solicitudes para las medidas de urgencia podrán ser impuestas por el árbitro de urgencia, sujeto a la facultad del tribunal arbitral para imponer esos costos de manera definitiva.

A destacar, en este caso, que el deber de notificación establecido en el primer punto respecto de este procedimiento de urgencia impide expresamente, a diferencia de la regulación “general” para la adopción de medidas cautelares del Reglamento, la adopción de medidas *ex-parte*.

CAPÍTULO III
DIMENSIÓN MARÍTIMA
EL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES

I.

CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El transporte marítimo de mercancías, cuyos orígenes se remontan más allá del año 3.500 a.C., ha ido evolucionando de la mano del comercio mundial hasta convertirse, fundamentalmente a partir de la aparición de los buques a vapor en el siglo XVIII⁹³⁴, en el medio de transporte de mayor relevancia -en términos cuantitativos- en lo que se refiere a movimiento de mercancías a nivel mundial.

Con dicho cambio de modelo se comenzó a tomar conciencia de una nueva realidad, y el transporte marítimo, como tal, empezó a tener sus propias y específicas preocupaciones, al calor de las cuales -a finales del siglo XIX- surgió en Bélgica la primera asociación de Derecho marítimo, a la que siguieron asociaciones equivalentes en otros muchos Estados, hasta que en 1897 se formara el *Comité Maritime International* -en adelante CMI-.

Esta organización, integrada por asociaciones nacionales de Derecho marítimo, formadas a su vez no sólo por juristas sino por diferentes operadores del *shipping*⁹³⁵, nació con una vocación de unificación del Derecho marítimo a nivel internacional, trabajo con el que sigue a día de hoy.

1. ARMONIZACIÓN DEL DERECHO MARÍTIMO

Hemos tenido ocasión de referirnos, en los capítulos precedentes del presente estudio al lento proceso de armonización que en materia cautelar general se está produciendo a nivel internacional, siendo quizá más destacable la aportación a nivel UE producida con la adopción del Reglamento OERC, ya analizado⁹³⁶.

El Derecho marítimo resulta ser a menudo una disciplina singular, de inmenso arraigo supranacional, reflejado en gran medida en amplio catálogo de normas que rigen de manera pacífica y eficaz esta rama jurídica.

Así, en una primera aproximación, el Derecho marítimo privado, en contraposición con el Derecho del mar, es una disciplina hoy asumida como una rama más del DIPr, si

⁹³⁴ Momento a partir del cual surgiría la distinción entre comercio y transporte, por cuanto que hasta dicho momento sería normalmente el propio armador el que llevaría a cabo tareas comerciales.

⁹³⁵ En España, la Asociación Española de Derecho Marítimo: <http://www.aedm.es/>

⁹³⁶ Vid. pp. 145 y ss.

bien puede contemplar cuestiones tradicionalmente consideradas de Derecho público, como es el caso del Derecho administrativo, pero encuadrable dentro del DIPr siempre y cuando pueda afectar a las relaciones entre los particulares. El propio caso del embargo preventivo, por cuanto que no deja de ser una norma “pseudo procesal” es una norma que oscila en la frontera entre lo público y lo privado.

El recurrentemente citado componente de internacionalidad inherente al Derecho marítimo ha justificado un proceso armonizador sin precedentes que contemplará, naturalmente, la cuestión del embargo preventivo de buques a la que nos referiremos en el presente capítulo.

1.1. ARMONIZACIÓN POR VÍA CONVENCIONAL

A este respecto destacar que la armonización de normas como el embargo preventivo y muchas otras ha resultado determinantes de cara a favorecer un comercio, como el marítimo, que es responsable del transporte de más del 90% de las mercancías a escala mundial, siendo además una disciplina no exenta de controversias jurídicas, tanto en el plano más puramente teórico como en el práctico.

Sin querer extender estas consideraciones que pretenden revestir de un cierto contexto el análisis posterior, debemos referirnos al proceso unificador que ha dado lugar a la situación actual Derecho marítimo privado, en general, y en relación con el embargo preventivo de buques, en particular.

Esta unificación, indispensable de cara a superar los evidentes obstáculos que la concurrencia de múltiples y tan diversos sistemas nacionales podría suponer, se ha llevado a cabo, fundamentalmente, a través de un proceso codificador basado en la cooperación internacional, resultando del mismo un número considerable de texto normativos convencionales.

Textos que en materia marítima han visto la luz, en gran parte, gracias a la labor del CMI. De sus trabajos, plasmados posteriormente en proyectos debatidos en el seno de conferencias diplomáticas, han podido salir la mayoría de los convenios marítimos⁹³⁷.

A. Problemas para lograr una armonización real

⁹³⁷ Puede consultarse la lista completa de los convenios y protocolos auspiciados por la OMI en el siguiente enlace:

<http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Documents/Convention%20titles%202016.pdf>.

Partiendo de la base de que los estados son libres para poder adherirse a los convenios más acordes a sus intereses y puesto que no todos los estados son parte de todos los convenios, la uniformidad normativa no será nunca completa, existiendo áreas -y textos- con mayor grado de consenso que otros.

Asimismo, se debe destacar en el apartado de obstáculos a la armonización, la considerable atomización legislativa que ofrece el panorama del Derecho marítimo privado, existiendo convenios sobre prácticamente cada cuestión susceptible de ser regulada, y dado el diferente nivel de participación de los diferentes Estados en las diferentes normas se genera inevitablemente una notable inseguridad jurídica. Bien es cierto, no obstante, que en los convenios de mayor trascendencia material⁹³⁸ existe una coincidencia casi total de Estados parte.

Adicionalmente, la atomización que se produce a nivel de las instituciones precursoras de los diferentes textos debe ser valorada como un obstáculo. Un caso muy paradigmático sería la regulación relativa al transporte bajo conocimiento de embarque, sobre la que coexisten el Convenio de Bruselas de 1924, más los protocolos de 1968 y 1969 -las “Reglas de la Haya – Visby”-, con el Convenio de Hamburgo de 1978 llevado a cabo dentro del marco de las Naciones Unidas, que se encontró con la negativa a adherirse de los países de la OCDE.

El citado ejemplo supuso la creación de dos bloques de Estados a resultas de lo cual se rompió toda armonización normativa y consiguientemente se creaba un escenario de enorme inseguridad jurídica internacional.

En este caso, la respuesta que se quiso ofrecer para solucionar una situación a todas luces conflictiva pasaría por la elaboración del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo - más conocido como las Reglas de Rotterdam- abierto a ratificación desde septiembre de 2009. Siendo necesaria la ratificación por parte de veinte Estados para su plena entrada en vigor, a fecha de publicación del presente estudio solo cuatro Estados lo habían ratificado⁹³⁹ -entre ellos España-.

⁹³⁸ Concretamente nos estaríamos refiriendo a textos como: el Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974 (Convenio SOLAS) –con 165 Estados parte-, Convenio sobre el Reglamento internacional para prevenir los abordajes, 1972 (COLREG) –con 160 Estados parte- o el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques (MARPOL) –con 158 Estados parte-.

⁹³⁹ https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/rotterdam_rules/status.

Esto pone sobre la mesa la cuestión de hasta qué punto es necesario reformar normas internacionales con un considerable grado de consenso, en aras a una actualización de determinadas cuestiones, si esta reforma no cuenta con el consenso, al menos, de la anterior versión de la norma.

Este es el caso, igualmente, de la normativa convencional referida al embargo preventivo de buques, que, como veremos, pasó de un convenio con un alto grado de adhesiones y una práctica pacífica, a un nuevo texto que ha generado recelos en la comunidad internacional -lo que ha redundado en su insignificante número de ratificaciones- y que genera, en definitiva, un efecto contrario al perseguido, puesto que pone en juego una segunda norma respecto de una cuestión ya regulada internacionalmente y todavía vigente en múltiples estados, sin perspectivas de sustituirla a corto ni medio plazo.

Los motivos para el fracaso de la última versión del Convenio en materia de embargo preventivo de buques no pueden ser determinados de manera precisa, si bien nos referiremos a numerosas cuestiones que pueden haber alejado a los Estados del citado texto⁹⁴⁰.

Resultará de gran interés desde el punto de vista del estudio jurídico observar el recorrido de los Convenios, que actualmente conviven en paralelo, sin visos de optarse por una tercera vía al estilo de las Reglas de Rotterdam, ni ninguna otra solución que permita, actualizando una norma tan longeva como el C52, suscitar consensos relevantes.

Con todo, la opción de la armonización por vía convencional adolece de algunos otros problemas.

Concretamente, la eficacia *erga omnes* de los textos, característica desde luego deseable en aras a lograr la recurrentemente uniformidad -es de hecho un recurso introducido en numerosos textos-, redundante en que si no se elabora una regulación internacional suficientemente completa, pueden generarse lagunas que al completarse con Derecho interno tampoco producen, en la práctica, un grado de uniformidad suficiente en aras a propiciar un escenario de seguridad jurídica suficiente.

⁹⁴⁰ Sobre el problema de la armonización y el embargo preventivo de buques: ESPINOSA CALABUIG, R., “La desarmonización de la armonización europea, a propósito del Convenio de Ginebra de 12 de marzo de 1999 sobre embargo preventivo de buques y su relación con los Reglamentos Bruselas I y Bruselas I bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, Nº 3, 2013, pp. 645-676.

Sobre el problema de la remisión a Derecho nacional veremos numerosos ejemplos en relación con los Convenios sobre embargo preventivo en los que la ausencia de definiciones autónomas genera la mayor parte de las controversias en aplicación de los textos.

Si bien la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en su art. 31 remite a la “buena fe y al sentido corriente de los términos” se trata, a nuestro juicio, de una indicación algo vaga a la hora de dar respuestas concretas en ordenamientos que eventualmente pueden partir de bases jurídicas radicalmente diferentes.

1.2. OTROS MÉTODOS DE ARMONIZACIÓN

Aunque el citado es el recurso típico, no se trata de la única vía para avanzar hacia la muy deseable armonización legislativa. A día de hoy podemos hablar, fundamentalmente, de tres bloques o ejes sobre los que pivotan las iniciativas armonizadoras.

Además del citado DIPr convencional, el DIPr institucional -plasmado en nuestro caso en el Derecho europeo- y del ya ampliamente extendido y consolidado instrumento transnacional que constituye la *lex mercatoria* -cuya repercusión, por ejemplo, en la regulación del arbitraje internacional ha sido puesta de manifiesto en el capítulo precedente del presente estudio-.

El recurso a esta última fórmula nace de la propia necesidad de los operadores en el comercio internacional de llevar a cabo sus transacciones en un entorno jurídico uniforme y de alta seguridad jurídica. No deja de ser la plasmación internacional de las prácticas y usos comerciales. Estos se articulan mediante los cada vez más comunes formularios, contratos tipo y condiciones generales que resultan más sencillos tanto desde el punto de vista de su aplicación como, y más importante, de su elaboración, ya que se evitan las interminables jornadas en conferencias diplomáticas en las que los intereses de los estados pueden entorpecer *sine die* los consensos.

Mediante el uso de estos instrumentos se da solución a cuestiones que puedan estar vagamente o insatisfactoriamente reguladas, en lo que respecta a sus intereses, para los operadores que en la práctica encuentran a menudo una mejor solución en la “autorregulación” que supone el recurso a la *lex mercatoria* o, para el caso que nos ocupa, la *lex marítima*. Asimismo, podemos dar por superado el debate en torno a la admisibilidad de las cláusulas de prórroga de competencia contenidas en dichos

formularios, que además encuentran apoyo en múltiples instrumentos de derecho positivo.

2. RELEVANCIA DEL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES EN EL TRÁFICO MARÍTIMO

El embargo preventivo de buques constituye a día de hoy una de las medidas cautelares por antonomasia en un sector como el Derecho marítimo, disciplina jurídica vertebral en comercio internacional. A ello hay que sumar que las consecuencias para el armador o el explotador de la nave de la paralización -si bien esta no es la única posible manifestación del embargo, que como veremos puede suponer en algunos supuestos la anotación del mismo con la posibilidad de que el buque continúe navegando- del buque pueden redundar en unos costes de considerable envergadura, -estancia y mantenimiento en puerto por ejemplo-, debiendo repararse igualmente en el crucial “factor tiempo” que opera de manera especialmente apremiante en el *shipping* con el consiguiente efecto de lucro cesante.

Asimismo, se trata de una figura particularmente atractiva desde el punto de vista del estudio jurídico por la complejidad que a menudo reviste llevar a efecto la medida -dada la movilidad de los buques-, que hace necesario literalmente “cazarlos” allá donde el acreedor pueda con el fin de que sea satisfecha, o al menos garantizada, su deuda. Además de esta característica intrínsecamente internacional de los buques, otros factores, como la infrecuente vinculación del armador con el país de pabellón dan lugar a un escenario jurídico incierto en el cual se hace imprescindible la adopción de normativas armonizadas a nivel internacional en aras de obtener un satisfactorio grado de seguridad jurídica.

Respondiendo a esta necesidad surge, no sin un ingente trabajo previo, el C52, que alcanzó un gran consenso a nivel internacional⁹⁴¹, siendo un verdadero instrumento de uniformización de la regulación del embargo preventivo de buques.

Efecto este, curiosamente, contrario al conseguido con el sucesor de dicho texto, el C99, cuya escasa implantación internacional⁹⁴² ha generado un escenario con dos

⁹⁴¹ <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=08000002801338ba>.

⁹⁴² A fecha de publicación del presente estudio se encuentra ratificado por 11 Estados, vid.: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-8&chapter=12&clang=_en

bloques de Estados con diferente regulación, logrando, paradójicamente, el efecto contrario al deseado.

En el caso de España, uno de los pocos Estados firmantes del nuevo Convenio, actualmente será dicho texto el que regule de manera general el embargo preventivo de buques después de un periodo transitorio que hacía, como veremos, que la cuestión del embargo preventivo de buques supusiera un verdadero galimatías jurídico.

Someramente, el régimen aplicable al embargo preventivo de buques era regulado por el C52 y la LEC -supletoriamente-, además de la Ley 2/1967 sobre Embargo Preventivo de Buques, que fue elaborada con ocasión de la entrada en vigor del C52.

El 31 de mayo de 2002 España depositaba el instrumento de adhesión al C99, cuya entrada en vigor estaba supeditada a la adhesión al mismo de 10 estados -hecho que se produjo en marzo del año 2011- por lo que esta última versión del Convenio se encontraba vigente desde el 14 de septiembre de 2011.

Sin embargo, España no denunció el Convenio anterior hasta unos meses después, el 28 de marzo de 2012, dándose por tanto un periodo transitorio en que estaban vigentes, para diferentes situaciones, tanto el C52, como el C99 -solo para buques de Estados contratante de este-, como, además, la Ley 2/1967, amén de las disposiciones de la LEC aplicables al caso.

Desde el 28 de marzo de 2012, fecha de denuncia del C52 y de entrada en vigor del RD 12/2011 de 26 de agosto, por el que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico -que deroga la Ley 2/1967 e introduce una nueva disposición final vigésima sexta en la LEC- será el C99 la norma que regula el embargo preventivo de buques en España, respecto de cualquier buque, ya sea de pabellón de Estado parte en cualquiera de los Convenios, o para buques de Estados no parte. El RD 12/2011 y la LEC serían a partir de ese momento de aplicación supletoria cuando así lo dispusiera el Convenio.

Finalmente, y a fecha de publicación del presente estudio, el repaso cronológico a la regulación del embargo preventivo de buques desde la perspectiva de la legislación española se cierra con la entrada en vigor de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM), vigente desde el 25 de septiembre de 2014 que remite,

además, al C99 y viene a sustituir a la citada Ley 2/1967 en la concreta materia a la que nos estamos refiriendo.

En definitiva, a escala internacional el embargo preventivo de buques estará regulado por uno u otro de los citados Convenios -salvo, naturalmente, en aquellos Estados no firmantes de ninguno de ellos-, cuya incompleta regulación hará necesario, fundamentalmente -aunque no únicamente- para cuestiones procesales, recurrir a la legislación interna de los diferentes Estados parte. En el caso español esta legislación será, fundamentalmente la LNM que será completada en todo aquello que no esta no regule por la LEC, siempre y cuando no contradiga el Convenio ni la citada LNM.

Procederemos a continuación a realizar un análisis de las principales fuentes, comenzando por la necesaria aproximación al contexto internacional establecido por los Convenios, comparando ambos textos y haciendo hincapié en la evolución que representa la más reciente versión.

Posteriormente, y ante las numerosas remisiones que introducen los Convenios, nos referiremos a las fuentes de origen interno en España, siendo fundamental a este respecto el análisis de los artículos correspondientes de la LNM, cuya relativamente reciente entrada en vigor ha generado gran interés en la doctrina maritimista.

Finalmente concluiremos el análisis con refiriéndonos a la articulación de los Convenios sobre embargo preventivo en el contexto jurídico del Derecho europeo. La cuestión reviste gran interés por cuanto que, como veremos, los textos convencionales recogen cuestiones de competencia judicial internacional, lo que nos sitúa en la tesitura de tener que observar la compatibilidad de dichos textos con, fundamentalmente, el RBI-bis.

Se trata, además, de una cuestión particularmente conflictiva en relación con la última versión del Convenio, por cuanto que su ratificación por España con posterioridad a la entrada en vigor del RBI ha generado algunas dudas sobre la posibilidad misma de ratificación del texto por los Estados miembros sin la pertinente autorización de la UE.

II.

RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES

1. CONTEXTO HISTÓRICO

1.1. ELABORACIÓN DEL CONVENIO DE 1952

Una de las preocupaciones que ocuparon las conferencias del CMI desde sus inicios fue precisamente la del embargo preventivo de buques, que se trató por primera vez en la Conferencia de Amberes de 1930, a propuesta de las asociaciones de Derecho marítimo de Alemania, Francia e Italia. Esta fue una reunión que aunque no ofreció resultados palpables, propició el planteamiento de algunas cuestiones que dejaban entrever el interés de la comunidad internacional en la figura del embargo preventivo de buques. Se pusieron sobre la mesa temas tan elementales como ante quién podría pedirse el embargo, qué buques podían ser embargados, el lugar de materialización de la medida o en base a qué criterios específicos se levantaría el mismo y se liberaría el buque. Asimismo se planteó desde algunas asociaciones la cuestión de la responsabilidad por *wrongful arrest* o embargo injustificado.

Finalmente, gracias a propuestas de las asociaciones sueca y japonesa se tomó la determinación de encargar al *bureau permanent* que llevara a cabo un primer estudio preliminar sobre la cuestión. Estudio que dio lugar a un primer borrador que fue discutido en la siguiente conferencia, en Oslo, en 1933.

Esta conferencia tampoco resultó muy fructífera, en gran parte debido al conflicto surgido entre los dos principales bloques o sistemas jurídicos implicados, fundamentalmente por las posiciones del sistema anglosajón *-common law-* en contraposición al continental respecto de materias como los tipos de créditos marítimos que podían dar lugar al embargo. El primero apostaba por una lista abierta, es decir, que se pudiera solicitar el embargo independientemente del origen del crédito, mientras que el segundo sistema era más proclive a una lista cerrada de créditos exclusivamente marítimos.

Otra diferencia entre estos sistemas, muy relacionada, era la de las listas de créditos marítimos privilegiados. Podemos distinguir ya no dos, sino tres sistemas diferentes. Por un lado estaría el francés o de lista cerrada, el sistema germano o abierto, según el cual serán acreedores marítimos todos aquellos que ostentes un crédito nacido de la

explotación del buque o de la realización del transporte. Y por último estaría el sistema anglosajón de los *maritime liens*, que mediante la progresiva incorporación, por vía jurisprudencial, de créditos ha dado como resultado una lista, relativamente estable de créditos.

Así las cosas, ante la falta de acuerdo se volvió a celebrar una conferencia, en este caso en París en 1937 en la que tampoco se alcanzaron los consensos mínimos necesarios para la elaboración de un proyecto con visos de ser aprobado.

Paralizada la cuestión por la Segunda Guerra Mundial, fue retomada en 1947. Tras la Guerra el clima de tensiones se había suavizado enormemente, dando paso a una época más propicia para alcanzar consensos. Razón por la cual, considerando algo faltos de contenido los borradores o anteproyectos anteriores y en aras de dar un espaldarazo definitivo al asunto, se apostó por una más extensa y pormenorizada uniformización de la materia, encomendándose al Subcomité Internacional la elaboración de un nuevo estudio que obviara todo lo escrito hasta el momento.

Dicho trabajo daba sus primeros frutos en la Conferencia de Ámsterdam de 1949, donde no se presentó un anteproyecto concreto sino una serie de sugerencias por parte de los autores, que resumiremos a continuación y que, como veremos, no se apartan en lo sustancial de la regulación finalmente vigente⁹⁴³.

La unificación debía referirse exclusivamente al embargo preventivo, excluyéndose el embargo ejecutivo, valorándose asimismo la posibilidad de realizar una regulación conjunta con otras cuestiones complementarias como los privilegios marítimos o la hipoteca naval.

Fue puesta de manifiesto, además, la necesidad de lograr un punto de equilibrio entre los sistemas jurídicos anglosajón y continental, resultando en un esfuerzo estéril la adopción de una regulación que obviara este acuerdo, siquiera, de mínimos. La vigencia de las normas autónomas de los Estados⁹⁴⁴ contratantes se consideró también una cuestión relevante, siendo siempre de aplicación a los supuestos de embargos preventivos estrictamente nacionales, es decir, en los que no concurriera elemento de internacionalidad alguno.

Como resultado de esta conferencia se adoptó una resolución, por unanimidad, en virtud de la cual se constituyó una subcomisión internacional que tras reunirse en dos

⁹⁴³ MORA CAPITAN, B. *El Embargo Preventivo de Buques*, J.M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 25.

⁹⁴⁴ Los que la tuvieran, en el caso de España regía, si bien en términos generales, el libro III del Código de Comercio de 1885 y el título XIV del libro II de la LEC 1881.

ocasiones -diciembre de 1950 en París y abril de 1951 en Amberes- elaboró un primer anteproyecto acompañado de un extenso informe.

Ese mismo año, diferentes asociaciones nacionales⁹⁴⁵ plantearon sus observaciones respecto del anteproyecto, que junto con el mismo fueron enviadas al “*Bureau Permanent*” del CMI en Bruselas.

Finalmente, tras más de dos décadas desde que se dieran los primeros pasos se llegó a la aprobación del texto definitivo en la novena Conferencia Diplomática de Derecho Marítimo celebrada entre el 2 y el 10 de mayo de 1952 por una amplia mayoría.

1.2. REVISIÓN DEL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1952 Y ELABORACIÓN DEL CONVENIO DE GINEBRA DE 1999

La decisión de revisar el C52 nace, naturalmente, del CMI a consecuencia de resoluciones de la OMI y la UNCTAD⁹⁴⁶ dentro de su programa de revisión de múltiples acuerdos. La cuestión del embargo preventivo, como adelantábamos en párrafos precedentes, se planteó en el marco de la reforma de las convenciones sobre Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval de 1926 y 1967 -en adelante CPH 26 y CPH 67-, textos con los que veremos existe una constante vinculación, siquiera de manera implícita.

En el comité internacional del CMI, bajo la dirección del Profesor Allan Philip, se consideró la posibilidad de replantearse determinadas cuestiones tradicionalmente controvertidas⁹⁴⁷ entre las que cabría destacar: la lista de créditos marítimos por los cuales se podía embargar un buque, la posibilidad de embargo preventivo sobre un buque por deudas ajenas al armador -es decir, si las deudas del explotador comercial del mismo podrían dar lugar también a embargo-, si sería en todo caso un órgano jurisdiccional el que decretaría el embargo, barajándose la posibilidad de dar entrada a otras opciones como el arbitraje o la conveniencia de coordinar el régimen de embargo preventivo con el CPH93.

Dada la entidad de las reformas que se discutían no se consideró procedente llevar a cabo una modificación del Convenio anterior a través de un simple protocolo, por lo que

⁹⁴⁵ Concretamente las de Italia, Francia, Inglaterra, Holanda y Bélgica.

⁹⁴⁶ Resoluciones 405 (x) y 49 (x), citadas en BERLINGIERI, F., *Berlingieri on arrest of ships, a commentary on the 1952 and 1999 arrest conventions*, 4ª ed., Lloyd's Shipping Law Library, London, 2006, p. 8.

⁹⁴⁷ MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo preventivo de buques”, *Revista de Derecho mercantil*, nº 305, julio-septiembre, 2017, p. 5.

se preparó un borrador para la elaboración de un nuevo convenio. Tras las correspondientes enmiendas fue aprobado un primer borrador que era bautizado como “*Lisbon Draft*” o Borrador de Lisboa.

Este borrador, junto con otro de revisión de la CPH67, fue remitido a la UNCTAD y a la IMO. En este punto se procede a la formación una comisión intergubernamental de expertos en privilegios marítimos e hipoteca naval -JIGE⁹⁴⁸- cuyos propósitos fundacionales se centraban en revisar los textos relativos a las citadas materias.

Tras la conferencia del JIGE del año 1989 -celebrada en Londres- se aprobó una primera batería de artículos bajo el nombre de “*Draft articles for a Convention on Maritime Liens and Mortgages*”, posponiéndose toda alusión al embargo preventivo de buques hasta que se aprobara definitivamente por la correspondiente conferencia diplomática el texto de un convenio sobre privilegios marítimos e hipoteca naval. Cuestión resuelta en el año 1993 cuando se aprueba el CPH.

Sobre esta base se insta la refundación del JIGE -que no llegó a disolverse en ningún momento- para el estudio en firme de la reforma del C52. Desde la UNCTAD, el CMI y la OMI se insistía en la importancia de esta reforma, opinión compartida por la doctrina⁹⁴⁹, si bien la realidad ha demostrado que o bien la necesidad no era tal o el nuevo texto no ha sido elaborado observando los intereses de los -muy numerosos- Estados parte en el primer texto.

En la séptima sesión del citado organismo se alcanzan una serie de preacuerdos con los que se elabora un primer borrador de reforma, que se discutió en la siguiente sesión -Londres, días 7 y 8 de octubre de 1995-. En la misma, y con Alemania a la cabeza, numerosas delegaciones mostraron sus reservas respecto de la necesidad misma de la reforma, manifestando el deseo de que el propio borrador plasmara la falta de consenso que existía sobre el mismo.

⁹⁴⁸ Siglas en inglés de: *Joint Intergovernmental Group of Experts on Maritime Liens and Mortgages and Related Subjects*.

⁹⁴⁹ En relación con la necesidad de reforma, entre otros: GABALDÓN GARCÍA, J.L., “La revisión del Convenio Internacional sobre Embargo Preventivo de Buques”. ADM. 1997, Vol. XIV, págs. 65-116 y GOÑI, J.L., “El Convenio de 1952 y sus posibles enmiendas”, ADM, 1995, Vol. XII, págs. 375-384. Coinciden en señalar la necesidad de la reforma por cuanto que, por un lado, se debían poner en consonancia el Convenio sobre privilegios marítimos e hipoteca naval con el de embargo preventivo. El Profesor Goñi proponía incluso la eventual unificación de ambos Convenios. Además, la regulación contenida en el Convenio de 1952 incluía figuras que convenía reformular y actualizar para adaptarlas a los nuevos tiempos y a los profundos cambios acaecidos en el mundo del transporte marítimo de mercancías.

En la novena, y definitiva sesión, celebrada en Ginebra entre los días 2 y 6 de diciembre de 1996 discutieron, fundamentalmente, las siguientes materias⁹⁵⁰:

- i. Definición de embargo preventivo del art. 1.
- ii. La inembargabilidad de los buques *ready to sail*.
- iii. Reembargo y embargo múltiple.
- iv. Protección de armadores o arrendadores a casco desnudo para los casos de embargo injustificado.
- v. Jurisdicción sobre el fondo.
- vi. El ámbito de aplicación del Convenio.

Los siguientes temas suscitaron mayor controversia, no pudiéndose alcanzar acuerdos:

- vii. La lista de créditos, una vez más, si debía ser abierta o cerrada. Como se puede ver es un tema recurrente desde los inicios por la citada contraposición entre los diferentes sistemas predominantes.
- viii. La inembargabilidad o no de los buques *ready to sail* o incluso aquellos que se encontraban navegando.
- ix. Se discutía si, independientemente de la coincidencia entre armador y deudor responsable del embargo, los créditos tendrían que ser los reconocidos como créditos marítimos internacionales o, además, se debían tener en cuenta los recogidos en la *lex fori*.
- x. Si debía contemplarse, y en qué casos concretos, el embargo por créditos contra el arrendador a casco desnudo del buque.
- xi. Si la contracautión –*security*– para poder liberar el buque debería o no ser superior al valor del buque.

Terminada la sesión el JIGE se pronunció con estas conclusiones:

“The Joint UNCTAD/IMO Intergovernmental Group of Experts on Maritime Liens and Mortgages and Related Subjects recommends to the International Maritime Organization (IMO) Council and to the Trade and Development Board of UNCTAD that they consider favorably, on the basis of the useful work done so far, proposing to the General Assembly of the United Nations the convening of a diplomatic conference to consider and

⁹⁵⁰ Citadas en BERLINGIERI, F., *Berlingieri on arrest of ships...*, op. cit. pp. 10 y 11.

adopt a convention on certain rules relating to the arrest of sea-going ships on the basis of the draft articles prepared by the Group of Experts”.

Por tanto se preparó un nuevo borrador que sirvió de base para la conferencia diplomática que se celebró entre los días 1 y 14 de marzo de 1999 en Ginebra de la que salió la versión final de un texto que se encuentra en vigor desde el 14 de septiembre de 2011⁹⁵¹ -más de una década después-, de acuerdo con el art. 14 que establece que su entrada en vigor se producirá 6 meses después de que 10 estados expresen su consentimiento. En la tabla, a continuación se pueden ver los Estados parte en el Convenio con las correspondientes fechas.

Estado parte	Firma	Deposito del instrumento de ratificación
Albania		14 / 03 / 2011
Argelia		07 / 05 / 2004
Benín		03 / 03 / 2010
Bulgaria	27 / 06 / 2000	21 / 02 / 2001
Dinamarca	10 / 08 / 2000	
Ecuador	13 / 07 / 2000	15 / 10 / 2010
España		07 / 06 / 2002
Estonia		11 / 05 / 2001
Finlandia	31 / 08 / 2000	
Letonia		07 / 12 / 2001
Liberia		16 / 09 / 2005
Noruega	25 / 08 / 2000	
Paquistán	11 / 07 / 2000	
Siria		16 10 / 2002

2. ANÁLISIS COMPARADO DE LOS CONVENIOS

El estudio comparado de las normativas que han regido y rigen la cuestión del embargo preventivo de buques en España, y por extensión en la UE, pasará por realizar

⁹⁵¹ Vigente en España también desde dicha fecha, junto con la denuncia del Convenio de Bruselas de 1952 y la Ley 2/1967 de 8 de abril. Con todo, como veremos posteriormente, existen reservas sobre la capacidad misma de España –amén del resto de países europeos que han hecho lo propio- para ratificar el texto sin la autorización de la UE por cuanto afecta a cuestiones de competencia judicial internacional, competencia exclusiva de la Unión.

un pormenorizado de la regulación contenida en ambos textos, que, si bien resultan idénticos en muchas cuestiones, recoge modificaciones relevantes en su última versión sobre las que debemos incidir.

Como hemos señalado, ambos Convenios son convenios vigentes en diferentes estados de la UE⁹⁵² por lo que su estudio comparado deviene sin duda relevante, deteniéndonos en los aspectos que en la práctica puedan producir las mayores discrepancias. Dada la extensión que requeriría un estudio pormenorizado de cada precepto de los Convenios -con entidad para constituir una tesis doctoral en sí mismo- se tratará de hacer mayor hincapié en aquellos puntos de mayor repercusión en la práctica, pasando más someramente por aquellos a nuestro juicio más irrelevantes o que haya recibido una menor atención en la reforma.

Procede por tanto iniciar el estudio comparado que se llevará a cabo de acuerdo con el orden establecido en los propios textos.

2.1. EL CRÉDITO MARÍTIMO – ARTÍCULO 1

A. Convenio de 1952 (C52)

Artículo 1.1) «Crédito Marítimo» significa alegación de un derecho o de un crédito que tenga una de las causas siguientes⁹⁵³

Como se ha comentado este ha sido uno de los grandes motivos de discordia en el seno de las Conferencias del CMI. La contraposición entre la visión anglosajona, partidaria de una lista taxativa de créditos exclusivamente marítimos y la visión continental, más abierta a otra clase de créditos, produjo no pocos problemas. A pesar de lo cual se acordó que la lista de créditos, cerrada y taxativa, quedará compuesta exclusivamente por créditos de naturaleza marítima.

Sin embargo, a través del art. 2 se deja la puerta abierta a la posibilidad de embargar buques por créditos fuera de esta lista en los supuestos en que se trate de buques que

⁹⁵² De los países miembros de la UE son parte en el Convenio del 52 (y no han ratificado en de 1999): Alemania, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia, Letonia, Luxemburgo, Polonia, Portugal, Reino Unido y Suecia. Fuente: CMI. Lista completa de países en el “CMI Yearbook 2009”: <http://www.comitemaritime.org/Uploads/pdf/CMI-SRMC.pdf>

⁹⁵³ En su versión original inglesa: “1. “Maritime Claim” means a claim arising out of one or more of the following”, mientras que en su versión en francés sería: “1. Clearance maritime” signifie allégation d’un droit ou d’une cléance ayant l’une des causes suivantes”. Existen numerosos autores que cuestionan la identidad de ambas versiones partiendo de las enormes diferencias entre los sistemas jurídicos anglosajones y continentales y por tanto las diferentes concepciones de lo que sería la forma de referirse a lo que en la versión española ha venido a llamarse “crédito”.

enarbolen pabellón de Estado no parte del Convenio⁹⁵⁴, de acuerdo con la *lex fori* o la ley interna del Estado embargante.

Una vez se hubo zanjado la cuestión de qué tipo de créditos incluir surgió un intenso debate a la hora de determinar qué créditos concretos compondrían la lista final. La delegación italiana propuso, en línea con el parecer de algunos autores⁹⁵⁵, una adecuación de la lista de créditos al CPH 26. Pero esta propuesta no fue tomada en cuenta⁹⁵⁶ siendo adoptado el texto, casi sin modificaciones, propuesto por la delegación inglesa.

Las críticas a este sistema de lista cerrada han sido numerosas, fundamentalmente por la falta de coordinación con el CPH, que produce que determinados créditos privilegiados no puedan ser garantizados mediante el embargo, o viceversa, dándose la paradoja de que se podría embargar un buque sobre el que el crédito no supondría carga o gravamen sobre el buque –privilegiado- y por tanto podría no ser ejecutado.

Algunos autores⁹⁵⁷ van más allá al considerar el método de lista cerrada como peligroso. Se parte de la idea de que por definición una lista cerrada será muy probablemente una lista incompleta, por cuanto que será absolutamente inelástica a los cambios que puedan acaecer en la realidad. Dicha doctrina, concretamente, cita algunos ejemplos de créditos que apareciendo en el CPH26 deberían haber sido incluidos en el C52, concretamente:

- xii. Costas judiciales debidas al Estado (art. 2.1).
- xiii. Gastos ocasionados en interés común de los acreedores para la conservación del buque o para conseguir su venta y la distribución del precio (art. 2.1).
- xiv. Gastos de pilotaje, custodia y conservación desde la entrada del buque en el último puerto.

⁹⁵⁴ “Artículo 2

Un buque que navegue bajo pabellón de uno de los Estados contratantes no podrá ser embargado dentro de la Jurisdicción de un Estado contratante más que en virtud de un crédito marítimo, pero nada de lo que se contiene en las disposiciones del presente Convenio podrá ser considerado como una extensión o restricción de los derechos y poderes conferidos a los Estados, Autoridades públicas o Autoridades portuarias por su ley interna o por sus reglamentos, para embargar, detener a un buque o impedir de otra forma que este se haga a la mar dentro de su Jurisdicción.“

⁹⁵⁵ En este sentido GOÑI, J.L., “El Convenio de 1952 y sus posibles enmiendas”, op. cit., señala como uno de los motivos por los que la reforma del Convenio del 52 era necesaria era precisamente la de adecuarla a lo contenido en el CPH puesto que “no tiene sentido embargar un buque que luego no podrá ejecutarse porque el crédito no constituye carga o gravamen sobre el buque”.

⁹⁵⁶ Rechazada frontalmente, precisamente, por la delegación británica que no parecía estar dispuesta tampoco a ratificar el CPH 26.

⁹⁵⁷ BERLINGIERI, F., *Berlingieri on arrest of ships...*, op. cit. p. 51.

- xv. Créditos procedentes de contratos celebrados o de operaciones efectuadas por el Capitán, fuera del puerto de matrícula, en virtud de sus poderes legales, para las necesidades reales de la conservación del buque o para la continuación del viaje (art. 2.5).

Asimismo, parece existir una notable coincidencia⁹⁵⁸ al considerar que los siguientes créditos deberían igualmente aparecer en el texto, concretamente:

- xvi. Primas de seguros.
- xvii. Comisiones y provisiones de fondos depositadas por los *brokers* de seguros.
- xviii. Comisiones u honorarios de los agentes, consignatarios o *chartering brokers*.
- xix. Cargos por estiba o desestiba.
- xx. Indemnizaciones derivadas de daños por contaminación.

En todo caso, la no coincidencia entre la lista de créditos del CPH y la lista del Convenio debía ser una cuestión a subsanar de cara a la reforma del Convenio. Fue, de hecho, tenida en cuenta, y se pusieron sobre la mesa alternativas en aras a introducir las aportaciones doctrinales al respecto.

Se plantearon medidas como el establecimiento de una lista abierta de créditos, siempre marítimos, pero que permitía una mayor flexibilidad o capacidad de adaptación del Convenio a las nuevas situaciones que pudieran suscitarse en la práctica. Sin embargo, no pueden desconocerse los riesgos derivados de adoptar esta fórmula, por cuanto que abriría la puerta a interpretaciones potencialmente contradictorias por las diferentes jurisdicciones estatales.

Se discutió igualmente la posibilidad de, simplemente, ampliar la lista o como solución intermedia crear una lista no taxativa a la que se añadió un artículo, una cláusula general, que a modo de cajón de sastre podría eventualmente incorporar nuevas situaciones. A continuación veremos en qué quedaron estas propuestas.

B. Convenio de 1999

“1. Por crédito marítimo se entiende un crédito que tenga una o varias de las siguientes causas:”

⁹⁵⁸ MORA CAPITÁN, B., *El embargo preventivo de buques...*, op. cit. p. 168 y BERLINGIERI, F., *Berlingieri on arrest of ships...*, op. cit. pp. 52 y 53.

De las tres opciones citadas la Conferencia de Lisboa se decantó por la última de ellas, considerándose la mejor manera de crear un convenio con vocación de mantener su vigencia práctica a largo plazo, pudiendo adaptar la lista de créditos a los constantes cambios, tanto técnicos como del propio contexto práctico o jurídico del comercio marítimo. Para ello se introdujo en la cabecera de esa cláusula general el término *such us*, que daba pie a una lista de créditos que no debían servir más que a modo de guía.

De este modo, la redacción de la cláusula general, que sustituyó al actual 1.1 fue redactada, en la Conferencia de Lisboa, del siguiente modo:

*“1. “Maritime claim” means any claim concerning or arising out of the ownership, construction, possession, management, operation or trading of any ship, or out of a mortgage or a “hypotèque” or a charge of the same nature on any ship, or out of salvage operations relating to any ship, such as any claim in respect of:”*⁹⁵⁹

A lo que seguiría una lista, como se ha dicho, ejemplificativa de créditos en base a los cuales fundar la petición de embargo preventivo.

Pues bien, a pesar de que la propuesta era aprobada, sin apenas modificación alguna por el JIGE, contando con el apoyo de la práctica totalidad de las delegaciones nacionales, en la Conferencia Diplomática en que se debía aprobar definitivamente el proyecto se produjo un sorprendente cambio de postura por parte de numerosas delegaciones que volvieron a posicionarse a favor de una lista cerrada por ser esta una opción que ofrecía un mayor grado de armonización, siendo el sistema de lista abierta propuesto susceptible de generar un alto grado de discrecionalidad a la hora de apreciar lo que podía o no ser considerado como crédito marítimo por parte de los tribunales que aplicarán la norma al caso concreto.

Finalmente por lo tanto se mantuvo la opción más conservadora, perviviendo, de forma análoga al C52, una lista cerrada de créditos, créditos que a continuación se comentarán de manera individualizada.

2.2. LA LISTA DE CRÉDITOS

A continuación desarrollaremos la lista de créditos que introduce el precepto en la que se enumeran, de manera conjunta, todos los créditos que dan acceso al embargo

⁹⁵⁹ BERLINGIERI, F., *Berlingieri on...*, op. cit., p. 56.

preventivo, si bien puede establecerse una categorización previa en atención a su condición de créditos privilegiados u “ordinarios”⁹⁶⁰.

Aunque el C99 rehúsa deliberadamente, como hemos visto, a referirse de manera expresa al CPH93, introduciendo además -ex. art. 9- la indicación de que el Convenio en ningún caso dará lugar a la creación de privilegios marítimos, muchos de los créditos recogidos en la siguiente lista han sido adoptados del CPH.

En ausencia de regulación en el Convenio, la *lex fori* será la que determine la naturaleza del crédito, siendo el citado Convenio CPH de aplicación en Estados como España, si bien no se trata de un texto de gran implantación internacional -ni cualitativa ni cuantitativamente a juzgar por el número y la relevancia internacional de los Estados que lo han ratificado⁹⁶¹-.

Procederemos a continuación a repasar, de manera comparada, los créditos que específicamente recogen uno y otro texto.

A. Daños causados por el buque

C52: “a) daños causados por un buque, ya sea por abordaje, ya de otro modo;”⁹⁶²”

Se refiere a todos aquellos daños que el buque pueda producir. Sobre este punto surge una primera cuestión interesante, concretamente, si debe existir un contacto directo entre el buque y, en un supuesto de abordaje, otro buque para que se pueda apreciar que nace este crédito o basta con que el resultado del daño sea atribuible a una acción u omisión achacable al buque.

En este sentido la doctrina⁹⁶³ refiere declaraciones de la asociación británica afirmando estar de acuerdo con el último borrador del Convenio siempre y cuando el término “*or otherwise*” cubriera todas aquellas situaciones en las que un buque produjera un daño sin mediar contacto físico directo, bien sea por sus maniobras imprudentes o, por qué no, por la ola producida en el curso de su navegación, además de supuestos de contaminación. Todo ello de acuerdo con pronunciamientos jurisprudenciales ingleses al respecto.

⁹⁶⁰ Vid. EMPARANZA, A. y MARTÍN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación...*, op. cit., p. 730.

⁹⁶¹ Vid. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-D-4&chapter=11&clang=_en

⁹⁶² “Damage caused by any ship either in collision or otherwise”.

⁹⁶³ BERLINGIERI, F., *Berlingieri on arrest of ships...*, op. cit. p. 57 y MORA CAPITÁN, B., *El embargo preventivo...*, op. cit. p. 174.

Surgió además cierta controversia sobre si el concepto “daños” se refería únicamente a daños materiales o además sería extensible a perjuicios de tipo financiero, siendo pacíficamente aceptada esta última opción.

C99: “a) Pérdidas o daños causados por la explotación del buque;”

Como podemos observar no ha habido un cambio significativo en la regulación, habiéndose descartado la sin duda deseable adaptación del precepto a la regulación del CPH⁹⁶⁴.

Sin embargo, una vez más se omite dicha armonización, si bien se incluye del citado texto una precisión terminológica al no referirse ya a “daños” introduciendo el concepto “pérdida”. Mediante la inclusión de la fórmula “perdida o daños” se cubren, si bien se daba por tácitamente incluido en la regulación previa, todos los supuestos en que no sólo se produzca un daño sino que este daño suponga, por su entidad, una pérdida total constructiva o exista, de facto, una pérdida.

Con la ampliación a las “pérdidas” y la no determinación de que estas deban ser materiales puede entenderse, asimismo, que se pretende incorporar los perjuicios financieros antes citados en relación con el C52.

Además, el paso de “causados por el buque” a “causados por la explotación del buque” amplía de manera significativa el campo de aplicación, haciendo una vez más expreso aquello que debía entenderse implícitamente incorporado en la regulación anterior. Ya no se centra la atención en el propio buque sino en las operaciones que éste lleva a cabo, susceptibles de producir daños.

Esta apertura del ámbito de aplicación a través del concepto de “explotación” conlleva, sin embargo, un problema de “indeterminación causativa del crédito”⁹⁶⁵ por cuanto que esa remisión, en abstracto, permite al juez la extensión de ámbito de aplicación del precepto a un catálogo potencialmente amplísimo de supuestos de naturaleza no necesariamente marítima.

En este sentido, la contaminación, el mayor perjuicio que potencialmente puede ocasionar el buque, ocupará en el C99 un epígrafe propio –art. 1.1.d-, reflejo de la mayor conciencia ecológica que rige las políticas públicas en la actualidad. Las

⁹⁶⁴ Artículo 4.1 e) del CPH 93: “los créditos nacidos de culpa extracontractual por razón de la pérdida o el daño materiales causados por la explotación del buque distintos de la pérdida o el daño ocasionados al cargamento, los contenedores y los efectos del pasaje transportados a bordo del buque.”

⁹⁶⁵ ALCÁNTARA GONZALEZ, J.M., “El nuevo régimen jurídico del embargo preventivo de buques. Los secretos del Convenio de Ginebra de 1999”, *Diario La Ley*, Nº 8097, Sección Tribuna, 4 Jun. 2013.

catástrofes ecológicas acaecidas con posterioridad a la elaboración del anterior Convenio hacían conveniente una inclusión específica de estos daños por la enorme repercusión económica -además de, naturalmente, medioambiental- que generan.

B. Daños personales

C52: “ b) pérdidas de vidas humanas o daños corporales causados por un buque o provenientes de la explotación de un buque;”⁹⁶⁶

Este artículo comprende todos los supuestos en los que exista una mínima relación de causalidad entre una acción u omisión del buque con un resultado de daño a las personas. El término “causados” se referiría a un supuesto de causación directa por el buque mientras que “explotación” recoge supuestos indirectamente causantes pero inseparables de la existencia del buque y de las operaciones del mismo. Regulación análoga a la del epígrafe anterior, pero en este caso se cubren expresamente ambas posibilidades.

C99: “b) Muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque;

Se optó, en este caso sí, por adaptar el texto al CPH 93, adoptando sin cambios el art. 4.1.b de dicho texto. La inclusión del término “directa” hace hincapié en la cuestión citada en el párrafo precedente, pero desde el punto de vista contrario, es decir, lo que se pretende es determinar claramente que debe existir una relación directa entre el daño y el buque, tratando de acotar de alguna manera con respecto a la regulación anterior.

C. Salvamento

C52: “c) asistencia y salvamento”⁹⁶⁷

Este precepto opera en un doble sentido. Por un lado se refiere a las reclamaciones de premio o remuneración por parte de los que lleven a cabo el salvamento y por otro incluyen también aquellas reclamaciones de los dueños del buque a los salvadores por daños o perjuicios patrimoniales debidos a un negligente salvamento.

⁹⁶⁶ “b) loss of life or personal injury caused by any ship or occurring in connection with the operation of any ship”.

⁹⁶⁷ “c) salvage”.

Sin embargo, dada la pluralidad de sistemas que aplicarán en la práctica el precepto y el tiempo en vigor del Convenio puede producirse una evolución en la concepción general del término “salvamento”.

Una cuestión controvertida en este sentido fue la de la remoción de restos, que ha ofrecido diferentes visiones a pesar de existir una regulación convencional del salvamento que no las incluye⁹⁶⁸. En cualquier caso, debemos entender que para los estados parte en ambos textos, el de embargo preventivo y el de salvamento, la regulación del salvamento hecha en este último sería inexcusablemente tenida en cuenta a la hora de interpretar el primero. Esta cuestión queda resuelta además en el nuevo Convenio de embargo preventivo mediante la introducción de un artículo específico.

C99: “c) Operaciones de asistencia o salvamento o todo contrato de salvamento, incluida, si corresponde, la compensación especial relativa a operaciones de asistencia o salvamento respecto de un buque que, por sí mismo o por su carga, amenace causar daño al medio ambiente;”

El cambio de la terminología empleada en este punto⁹⁶⁹ se debe a la adaptación al Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo de 1989. Por otro lado, la alusión a los contratos de salvamento tiene el objetivo de incluir, expresamente, tanto los créditos de salvamento con o sin contrato. Incluye, por último “la compensación especial relativa a operaciones de asistencia o salvamento...” recogida en el art. 14 del citado Convenio de Salvamento⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ Ni el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de Asistencia y Salvamento de 1910 ni el Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo de 1989, hecho en Londres el 28 de abril de 1989 mencionan el supuesto de remoción de restos entre los supuestos regulados.

⁹⁶⁹ Más claramente apreciable en la versión inglesa, que pasa de “salvage” a “salvage operations”.

⁹⁷⁰ Artículo 14. Compensación especial.

1. Cuando el salvador haya efectuado operaciones de salvamento en relación con un buque que directamente o por la naturaleza de su carga constituía una amenaza de daños al medio ambiente y no haya logrado obtener, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13, una recompensa al menos equivalente a la compensación especial calculable de conformidad con el presente artículo, tendrá derecho a recibir del propietario de ese buque una compensación especial que sea equivalente a sus gastos, tal como éstos se definen en el presente artículo.

2. Cuando, en las circunstancias indicadas en el párrafo 1, el salvador haya logrado mediante sus operaciones de salvamento evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente, la compensación especial pagadera por el propietario al salvador en virtud del párrafo 1 podrá incrementarse hasta un máximo del 30 por 100 de los gastos efectuados por el salvador. No obstante, el tribunal, si lo considera equitativo y justo y teniendo presente los criterios pertinentes establecidos en el párrafo 1 del artículo 13, podrá aumentar aún más esa compensación especial, sin que en ningún caso el aumento total sea superior al 100 por 100 de los gastos efectuados por el salvador.

3. A efectos de lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, por gastos del salvador se entenderá los gastos personales que razonablemente haya tenido el salvador en la operación de salvamento y una cantidad equitativa correspondiente al equipo y al personal que efectiva y razonablemente se hayan empleado en la operación de salvamento, tomando en consideración los criterios establecidos en el artículo 13, párrafo 1. h), i) y j).

D. Daños al medio ambiente

C99: “d) Daño o amenaza de daño causados por el buque al medio ambiente, el litoral o intereses conexos; medidas adoptadas para prevenir, minimizar o eliminar ese daño; indemnización por ese daño; los costos de las medidas razonables de restauración del medio ambiente efectivamente tomadas o que vayan a tomarse; pérdidas en que hayan incurrido o puedan incurrir terceros en relación con ese daño, y el daño, costos o pérdidas de carácter similar a los indicados en este apartado d;”

Este párrafo supone una de las principales novedades respecto del C52 en el que no existía alusión expresa a la cuestión. La redacción introducida en la propuesta, algo más escasa en sus términos, fue ampliada en el transcurso de la conferencia diplomática hasta llegar a una redacción final que podemos calificar de completa por cuanto que no deja, a priori, cabos sueltos en lo referente a los posibles gastos que puedan generarse en supuestos de contaminación producidos por el buque.

La redacción del precepto plasmaba conceptos contenidos en diferentes normas internacionales. La primera parte, al referirse a “daño o amenaza de daño causados por el buque al medio ambiente” recoge lo contenido en Convención de la Naciones Unidas sobre Derecho del Mar⁹⁷¹ -art. 211.1⁹⁷²-, habiéndose introducido únicamente una modificación al cambiarse “medio marino” por “medio ambiente”, abriendo de este modo el precepto a un mayor número de supuestos en la práctica.

4. La compensación especial total calculada en virtud del presente artículo se pagará solamente en el caso de que ésta exceda de cualquier recompensa que el salvador pueda exigir en virtud del artículo 13, y en la medida de ese exceso.

5. Si el salvador ha sido negligente y por ello no ha logrado evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente, se le podrá privar total o parcialmente de cualquier compensación especial debida en virtud del presente artículo.

6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo irá en perjuicio del derecho de repetición que pueda amparar al propietario del buque.

⁹⁷¹ Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, firmado por España el 4 de diciembre de 1984.

⁹⁷² “Artículo 211

Contaminación causada por buques

1. Los Estados, actuando por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general, establecerán reglas y estándares de carácter internacional para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques y promoverán la adopción, del mismo modo y siempre que sea apropiado, de sistemas de ordenación del tráfico destinados a reducir al mínimo el riesgo de accidentes que puedan provocar la contaminación del medio marino, incluido el litoral, o afectar adversamente por efecto de la contaminación a los intereses conexos de los Estados ribereños. Tales reglas y estándares serán reexaminados del mismo modo con la periodicidad necesaria.”

Por su parte, al hablar de “medidas adoptadas para prevenir, minimizar o eliminar ese daño” se incorpora el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos⁹⁷³ (CLC 1992), del mismo modo que “los costos de las medidas razonables de restauración del medio ambiente efectivamente tomadas o que vayan a tomarse”⁹⁷⁴.

E. Remoción de restos

C99: “e) Gastos y desembolsos relativos a la puesta a flote, la remoción, la recuperación, la destrucción o la eliminación de la peligrosidad que presente un buque hundido, naufragado, embarrancado o abandonado, incluido todo lo que esté o haya estado a bordo de un buque, y los costos y desembolsos relacionados con la conservación de un buque abandonado y el mantenimiento de su tripulación;”

Esta figura introducida, igualmente, *ex novo* en el Convenio supone una muestra más de la minuciosidad con la que se ha llevado a cabo la redacción definitiva de este texto. La remoción de restos, como tal, es una figura excluida de la enumeración de créditos privilegiados del CPH 93. Sin embargo este artículo va más allá de la simple remoción de restos e incluye cuestiones sí recogidas en el CPH, como es el caso de la remoción de restos llevada a cabo por una autoridad pública en aras de evitar un daño al medio ambiente o un peligro para la seguridad de la navegación. Para estos supuestos el CPH 93 -art. 12.3⁹⁷⁵- remite a los estados para que puedan legislar en el sentido de, en caso de venta forzosa del buque, considerar este crédito como pre deducible, pagadero con anterioridad al resto de los créditos, aún los privilegiados, que pudieran recaer sobre el buque.

⁹⁷³ “Art. 1. Para los efectos de este Convenio. ... 7. Medidas preventivas significa todas las medidas razonables tomadas por cualquier persona después de ocurrir un siniestro con objeto de prevenir o minimizar los daños por contaminación”.

⁹⁷⁴ “Art. 1.6. Daños ocasionados por contaminación:

a) Pérdidas o daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, dondequiera que se produzcan tales fugas o descargas, si bien la indemnización por deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse.”

⁹⁷⁵ 12. 3. Todo Estado Parte podrá establecer en su legislación que, en caso de venta forzosa de un buque varado o hundido tras su remoción por una autoridad pública en interés de la seguridad de la navegación o de la protección del medio ambiente marino, los gastos de esa remoción se pagarán con el producto de la venta antes que todos los demás créditos que estén garantizados con un privilegio marítimo sobre el buque.

F. Contratos relativos a la utilización o arriendo de un buque

C52: “d) contratos relativos a la utilización o al arriendo de un buque mediante póliza de fletamento o de otro modo”⁹⁷⁶;

Al margen de las consideraciones respecto del sentido de los términos en las versiones inglesa y francesa⁹⁷⁷, tanto éste como el punto “e” pueden ser enmarcados dentro de un mismo grupo por cuanto que en ambos se hace alusión a créditos de origen contractual.

Se cita además en ambos el contrato de fletamento como paradigmático, dejando abierta la puerta a otras posibles formas de contratación. El punto “f” se referirá por su parte, concretamente, a pérdida o daño de las mercancías. De este modo estos tres puntos forman un supuesto de estudio conjunto.

Partiendo, primeramente, de los puntos “d” y “e” -y sin perjuicio de las consideraciones que dedicaremos a cada uno de los siguientes puntos por separado-, se da la circunstancia de que ambos podrían llegar a solaparse. Este sería el caso de un fletamento por tiempo o *time charter*, formalizado en una póliza de fletamento. Si bien la solución no es clara, entendemos que siendo generalmente considerado contrato de transporte, se encuadraría dentro del sub-epígrafe “e”.

El punto “d”, cubre, además de contratos de *time charter* muchos otros tipos, como el de arrendamientos a casco desnudo o el de *voyage charters* para el transporte no de mercancías, sino de pasajeros.

C99: “f) Todo contrato relativo a la utilización o al arrendamiento del buque formalizado en póliza de fletamento o de otro modo”;

No existe evolución relevante en la redacción de este artículo más allá de la introducción de la inclusión del término “formalizado”, cuya trascendencia práctica consideramos superflua. Cubre, igual que en el punto “d” del C52 todas aquellas reclamaciones nacidas de contratos no referentes a transportes de mercancías.

G. Transporte de mercancías (o pasajeros)

C52: “e) contratos relativos al transporte de mercancías por un buque en virtud de una póliza de fletamento, de un conocimiento o de otra forma;”⁹⁷⁸

⁹⁷⁶ “d) agreement relating to the use or hire of any ship wheter by charterparty or otherwise”.

⁹⁷⁷ Vid. BERLINGIERI, F., *Berlingieri on arrest of ships...*, op. cit. pp. 65-66.

⁹⁷⁸ “e) agreement relating to the carriage of goods in any ship wheter by charterparty or otherwise”.

Con la inclusión de la fórmula “o de otra forma” se pretende dar cabida a todos los tipos contractuales dentro de los cuales se puede formalizar un transporte de mercancías, exceptuando aquellas reclamaciones derivadas de incumplimientos que produjeron pérdida o daños en la mercancía, cubiertos por el sub-epígrafe siguiente - aunque, teóricamente también podrían entenderse comprendidos dentro de este punto, dándose de nuevo un cierto solapamiento-. Se omite, además, alusión alguna a una muy relevante mercancía transportable por determinados buques, como son los pasajeros.

En el capítulo de cuestiones controvertidas que pueda suscitar este precepto deviene especialmente relevante la cuestión de si el artículo es de aplicación “unidireccional” o se admite la “ambidireccionalidad” o reciprocidad en su aplicación, es decir, si sólo se puede referir a reclamaciones del cargador contra el porteador o si cabe también la opción contraria.

Esta es una cuestión que se podría plantear también en el caso del sub-epígrafe anterior y que cuya aplicación debemos entender restringida al supuesto evidente, al del cargador contra el porteador, por cuanto que solo de esta manera existe la necesaria vinculación con un buque para proceder a la exigencia de la deuda mediante embargo preventivo. Esta, sin embargo, no es una opinión sobre la que exista consenso, pudiendo considerarse que se trata de una lectura excesivamente restrictiva de la letra del Convenio⁹⁷⁹.

C99: “f) Todo contrato relativo al transporte de mercancías o de pasajeros en el buque formalizado en póliza de fletamento o de otro modo;”

A primera vista comprobamos -con satisfacción- como la omisión ha sido subsanada, añadiéndose los pasajeros junto con las mercancías de manera expresa en el enunciado.

Además se excluyen los daños o pérdidas a las mercancías que quedarán cubiertos por el siguiente sub-epígrafe.

H. Pérdidas o daños a mercancía o equipaje

C52: “f) Pérdida o daños causados a las mercancías y equipajes transportados por un buque;”⁹⁸⁰

⁹⁷⁹ Vid. además, comentario a la S. Tribunale di Genova, de 13 de enero de 1990 de BERLINGIERI, F., “Il credito del noleggiante e del vettore sono “maritime claims?””, *Diritto marittimo*, 1991, Vol. 93, pp. 408-410.

⁹⁸⁰ “f) loss or damage to goods including baggage carried in any ship”.

En este caso, a diferencia de los dos anteriores, se prescinde de toda alusión al contrato, lo que automáticamente amplía en ámbito de aplicación del precepto. Su fundamento y terminología estaban basados en las denominadas Reglas de la Haya⁹⁸¹, que, por ejemplo, en su art. 3.8 consideran nulas todas las cláusulas encaminadas a liberar de responsabilidad al porteador por pérdida o daño a la mercancía, siempre y cuando ese daño se deba a una negligente conducta del mismo.

Por tanto, el Convenio viene a reforzar el citado artículo de las Reglas de la Haya, haciendo que no solo no se pueda liberar de su responsabilidad, sino que además dota al cargador de potestad para embargar preventivamente el buque por la deuda generada por esa pérdida o daños.

En relación con los términos empleados, la utilización del concepto “pérdida” vuelve a generar ciertas dudas sobre su extensión⁹⁸².

C99: “h) Las pérdidas o los daños causados a las mercancías (incluidos los equipajes) transportadas a bordo del buque;

No existe una significativa diferencia entre las regulaciones en liza en relación con este supuesto. Sí resulta, en su caso, llamativo que en la versión inglesa del C99 se hable de “*loss or damage to or in connection with goods*” cuando ese “*or in connection with*” desaparece en la versión en española. Aunque pueda no tener gran trascendencia práctica sí que puede interpretarse en el sentido de entender que la redacción inglesa puede cubrir un mayor número de supuestos que la española. Si bien no tenemos constancia de que en la actualidad se haya planteado un debate en la doctrina al respecto, ni una disparidad de criterios en sede judicial, es algo a tener en cuenta.

Por otro lado, se incluyen expresamente los equipajes, aunque de manera análoga a otros supuestos comentados, se podían considerar tácitamente incluidos en la versión anterior.

I. Avería gruesa

C52: “g) Avería común”⁹⁸³

⁹⁸¹ Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque de 1924, las vigentes en aquel momento, puesto que los protocolos que las modificarían serían posteriores. Concretamente los artículos 3 y 4, en diferentes sub-epígrafes hacen alusión a cuestiones como las citadas.

⁹⁸² BERLINGIERI, F., *Berlingieri on arrest of ships...*, op. cit. p. 70 cita resoluciones judiciales según las cuales puede incluso ser aplicable a casos de entregas a un tercero que no sería el legítimo receptor de la mercancía, a quien se entregaría el correspondiente conocimiento de embarque.

Aunque se utilizan terminologías diferentes en uno y otro Convenio se está refiriendo a una misma realidad. La avería común o gruesa supone la producción intencionada o dolosa de un daño durante el viaje con el fin de causar un beneficio para el común de los intereses implicados en que la expedición llegue a buen puerto. Como consecuencia de esto, y puesto que todos salen beneficiados, todos los implicados en el viaje deberán compartir el gasto producido.

Con este artículo se terminan de incluir todos los posibles daños a la carga que pudieran producirse y pudieran quedar excluidos en los restantes artículos. Aunque el propietario de la carga tendría que cargar con parte de esa pérdida, el resto daría lugar a un crédito que en el caso del buque podría ser garantizado mediante el embargo preventivo del mismo.

C99: “i) Avería gruesa”

Se mantiene inalterado, no merece mayor consideración.

J. Préstamo a la gruesa

C52: “h) Préstamo a la gruesa”⁹⁸⁴

Institución en franco desuso a día de hoy -e incluso a mediados del siglo XX cuando el Convenio fue aprobado-. Se trata de una figura jurídica nacida en la antigüedad⁹⁸⁵, cuando el transporte marítimo suponía una aventura de desenlace, a menudo, incierto, considerándose un antecedente de los actuales seguros marítimos.

El art. 719 de nuestro Código de Comercio lo define de la siguiente manera:

“Se reputará préstamo a la gruesa o a riesgo marítimo, aquel en que, bajo cualquier condición, dependa el reembolso de la suma prestada y el premio por ella convenido, del feliz arribo a puerto de los efectos sobre que esté hecho, o del valor que obtengan en caso de siniestro.”

Como figura anacrónica que es⁹⁸⁶, ha sido eliminada del C99.

K. Remolque

⁹⁸³ “g) general average”.

⁹⁸⁴ “h) Bottomry”.

⁹⁸⁵ Existen textos que remontan su origen a la antigua Grecia.

⁹⁸⁶ La exposición de motivos del Proyecto de Ley de Navegación Marítima de 2008 la califica de pieza de “arqueología jurídica” por lo que la versión definitiva de dicha ley, punto V, con buen criterio, la excluye de la nueva regulación.

C52: “i) Remolque”⁹⁸⁷

Se refiere a cualquier clase de remolque, tanto en puerto como parte de la maniobra de atraque, como en alta mar como remolque-transporte. El precepto opera, además, de manera ambidireccional, es decir, ampara créditos del remolcado contra el remolcador así como del remolcador contra el remolcado.

C99: “j) Remolque”

No merece mayor consideración.

L. Pilotaje

C52: “j) El pilotaje”⁹⁸⁸

No requiere mayor explicación. Se refiere a los créditos del práctico contra el buque como honorarios por los servicios prestados.

C99: “k) El practicaaje”

No merece mayor consideración.

M. Suministros

C52: “k) Suministros de productos o de material hechos a un buque para su explotación o su conservación, cualquiera que sea el lugar de los mismos”⁹⁸⁹

El origen de este crédito puede atribuirse al art. 2.5 del CPH²⁶⁹⁹⁰. Este -nótese que se trata de un texto elaborado a principios del siglo XX- refleja una realidad que actualmente se encuentra virtualmente desaparecida. Se refiere a casos en los que el Capitán, por sí solo -puesto que no se podía comunicar con el puerto de origen con la misma facilidad que en la actualidad- debía tomar decisiones que podían dar lugar a créditos, que aunque no hubieran sido expresamente admitidos por el armador, eran imprescindibles para la continuidad del viaje.

Este precepto del CPH se incorpora al C52 actualizándolo y haciéndolo, además, algo menos restringido en sus términos. Elimina, naturalmente, el requisito de que

⁹⁸⁷ “i) Towage”.

⁹⁸⁸ “j) Pilotage”. La versión española hace una traducción poco acertada de este término, puesto que lo correcto en español habría sido referirse al “practicaaje”, como así se ha hecho en la redacción del Convenio de 1999.

⁹⁸⁹ “k) Goods or materials wherever supplied to a ship for her operation or maintenance”.

⁹⁹⁰ Art. 2.5: “Los créditos procedentes de contratos celebrados o de operaciones celebradas por el capitán fuera del puerto de matrícula, para las necesidades reales de la conservación del buque o para la continuación del viaje, sin distinguir si el capitán es o no al mismo tiempo propietario del buque y si el crédito es suyo o de los proveedores, reparadores, prestamistas u otros contratantes.”.

deban ser operaciones negociadas y cerradas por el capitán -hoy en día nunca lo son-, asimismo tampoco se exige que sea en puerto ajeno al de matrícula ni por estrictas necesidades de continuar viaje, dando cabida por tanto a la generalidad de los supuestos que pudieran generarse.

Sensu contrario, un precepto tan abierto da lugar a ciertas dudas respecto de supuestos concretos. Por ejemplo, cuando se habla de suministros podemos plantearnos si debemos entender incluidos, además de lo evidente -combustible, aceites lubricantes, repuestos...- las vituallas de la tripulación.

Asimismo, en la misma línea de la necesaria precisión terminológica, entendemos que no debe entenderse “suministrar” en el sentido de “vender”, puesto que estarían igualmente dentro del ámbito de aplicación los eventuales alquileres que se pudieran realizar para el correcto desempeño de las funciones concretas del buque, caso paradigmático sería el de los contenedores⁹⁹¹.

C99: “1) Las mercancías, materiales, provisiones, combustibles, equipo (incluidos los contenedores) suministrados o servicios prestados al buque para su explotación, gestión, conservación o mantenimiento;”

Esta nueva redacción viene a solventar buena parte de los problemas interpretativos de la anterior redacción. Concretamente, en lo relativo a los contenedores, estos se incluyen específicamente, de manera análoga a las provisiones. La lista de suministros que incorpora, además, amplía respecto de su a anterior redacción, el ámbito de aplicación del precepto, máxime cuando se introducen expresamente los “servicios prestados”.

Sin embargo, en lo sustancial, el artículo no ha sufrido variaciones significativas respecto de su formulación original. Aunque se añada a “su explotación o conservación” otros conceptos como “gestión” o “mantenimiento”, estos eran conceptos intrínsecamente asumidos en el texto del C52.

N. Construcción y reparación

⁹⁹¹ No existe una opinión doctrinal consensuada respecto de si este arrendamiento de contenedores debe producirse concreta y específicamente para un buque, o si por el contrario se debe extender su aplicación a buques hermanos o “*sister ships*” de aquel que, en principio, es el arrendador.

C52: “l) Construcción, reparaciones, equipo de un buque o gastos de dique;”⁹⁹²

Mediante la inclusión de este precepto se cierra el capítulo de suministros y reparaciones -que perfectamente pudieron haber sido recogidos en un mismo precepto-. De hecho, con la inclusión en el sub-epígrafe anterior de los suministros “para su conservación” y puesto que, como hemos dicho, también se incluyeron aquí determinados servicios -como expresamente manifiesta el punto “l” del C99- podemos considerar este un precepto algo redundante, si no fuera por la inclusión, además, de la construcción del buque.

Asimismo, respecto del término “reparaciones”, cabe preguntarse si la aplicación de este concepto debe limitarse a aquellas tareas cuya finalidad única es la conservación del buque -lo cual nos sitúa en la órbita del sub-epígrafe anterior- o si además se puede incluir las obras de mejora o incluso de reconversión del buque para adaptarlo a nuevas cargas como a menudo ocurre en la práctica -prueba de ello es la redacción del artículo equivalente en el C99-.

C99: “m) La construcción, reconstrucción, reparación, transformación o equipamiento del buque;”

De nuevo la reformulación del artículo parece arrojar algo de luz sobre la cuestión. Los supuestos inciertos comentados hallan respuesta en este artículo que expresamente habla de reconstrucción, transformación, incluso equipamiento del buque, todas ellas consideradas mejoras. Asimismo, se puede observar que se ha prescindido de la alusión a los gastos de dique, que han sido incorporados al sub-epígrafe “n”.

O. Gastos de puerto y otros derivados de la navegación

C99: “n) Los derechos y gravámenes de puertos, canales, muelles, radas y otras vías navegables;”

Este precepto, introducido *ex novo* en la última versión del Convenio supone un reflejo más de la tendencia armonizadora respecto de la regulación contenida en el CPH93. En este caso se opta por reproducir, casi en su literalidad, el art. 4.1.d, exceptuando el practicaje, que ya se incluye en el sub-epígrafe “k”.

⁹⁹² “l) Construction, repair or equipment of any ship or dock charges and dues”.

Si bien es cierto que los créditos derivados de los gastos de dique, que se incluirían aquí, no suponen innovación alguna respecto del Convenio anterior, sí se incorporan otras cuestiones de gran influencia en el día a día del transporte marítimo internacional de larga distancia, como es el caso de los derechos de paso, o peajes, para transitar por los canales⁹⁹³.

P. Salarios

C52: “m) salarios del capitán, oficialidad o tripulación;”⁹⁹⁴

Dentro de este punto deben entenderse incluidos -si bien no se indica expresamente- todos los emolumentos que el empleador abone al trabajador, es decir, también se considerará salario a estos efectos las cuotas de la seguridad social, las eventuales aportaciones a planes de pensiones, etcétera.

C99: “o) Los sueldos y otras cantidades debidas al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación en virtud de su enrolamiento a bordo del buque, incluidos los gastos de repatriación y las cuotas de la seguridad social pagaderas en su nombre;”

Una vez más parece avanzarse en claridad con la nueva redacción del artículo, que aunque viene a cubrir en la práctica idénticos supuestos, está configurado de manera que no haya tanto lugar para la interpretación. Igualmente, como en supuestos anteriores, se incorpora de manera literal el texto del CPH93⁹⁹⁵.

Q. Desembolsos

C52: “n) desembolsos del capitán y los efectuados por los cargadores, los fletadores o los agentes por cuenta del buque o de su propietario;”⁹⁹⁶

Al hablarse simplemente de “desembolsos” nos encontramos de nuevo ante un precepto enormemente expuesto a interpretaciones diversas. Asimismo, la fórmula empleada en el último inciso -“por cuenta del buque” o por cuenta de su “propietario”- puede resultar, en su literalidad, redundante.

⁹⁹³ Estos gastos suponen un importante desembolso por parte del explotador del buque. A modo de ejemplo, el peaje para transitar por el Canal de Panamá puede llegar a superar los 300.000 dólares en determinados buques. Vid. <https://www.pancanal.com/eng/op/tariff/index.html>.

⁹⁹⁴ “m) Wages of masters, officers or crew”.

⁹⁹⁵ Artículo 4.1.a.

⁹⁹⁶ “n) master’s disbursements, including disbursements made by shippers, charterers or agents on behalf of a ship or her owner”.

A este respecto, debemos considerar⁹⁹⁷ desembolsos realizados a cuenta del buque aquellos que se han realizado con motivo del mantenimiento o de reparaciones, derivados por tanto de la gestión náutica, mientras que los desembolsos por cuenta del propietario se referirían a aquellos relacionados con la gestión comercial del buque, gastos de estiba, de remolque, etc.

Quedarían fuera los gastos en los que incurra el fletador o arrendador del buque, salvo que se trate, precisamente, de gastos a cuenta del buque.

Por lo tanto, en la práctica, los gastos de mantenimiento del buque, puesto que son gastos a cuenta de éste, siempre serán considerados crédito marítimo a efectos del Convenio, mientras que los desembolsos derivados de gastos de puerto, remolque, practica, etcétera, sólo se imputarán como crédito marítimo si se han producido “*on behalf of*” el propietario del buque.

C99: “Los desembolsos hechos por cuenta del buque o de sus propietarios;”

En este caso se ha simplificado la redacción en beneficio de la claridad e inteligibilidad del precepto. Se elimina la alusión al capitán y demás partes implicadas en el transporte, manteniendo únicamente el requisito de que se hagan por cuenta del buque, de sus armadores o propietarios. Con todo, el sentido del artículo se mantiene inalterado.

R. Primas de seguro

C99: “q) Las primas de seguro (incluidas las cotizaciones de seguro mutuo), pagaderas por el propietario del buque o el arrendatario a casco desnudo, o por su cuenta, en relación con el buque;”

Como se ha apuntado anteriormente, este sub-epígrafe viene a cubrir un vacío que se daba en la anterior regulación, resultando una obviedad que las primas de seguros marítimos constituirían créditos marítimos.

Dicho lo cual, este precepto adolece de algunas cuestiones que admiten diferentes interpretaciones. Si bien, por un lado, se deja claro mediante la fórmula “en relación con el buque” que el seguro debe en todo caso relacionado con el buque objeto de embargo, no se especifica a qué clase de seguros se está refiriendo a la al hablar simplemente de “primas de seguro”.

⁹⁹⁷ LA CHINA, S., “Due novità (d’antica data!) nel campo del diritto processuale civile internazionale marittimo: le Convenzioni di Bruxelles del 10 maggio 1952”, *Foro It.*, V/1978, pp. 253-264, p. 257.

En opinión de BERLINGIERI⁹⁹⁸ la relación entre el seguro y el buque no tiene que ser necesariamente física, es decir, además de primas relativas a seguros que cubran daños o pérdidas sobre el buque -seguros de casco y máquina fundamentalmente- se deben entender incluidos todos los seguros en relación con las operaciones del mismo. Específicamente el precepto se refiere a las “cotizaciones de seguro mutuo”, refiriéndose a las cuotas abonadas a los denominados “clubes” de protección en indemnización⁹⁹⁹, que cubren la responsabilidad frente a terceros.

Otros supuestos que pueden no parecer tan claros serían los seguros de “*loss of hire*”¹⁰⁰⁰ o los ya citados gastos de la seguridad social de la tripulación.

Asimismo serán o bien el propietario o bien el arrendador a casco desnudo los que ocuparán el papel de deudores para que opere este precepto, no siendo aplicable a las primas pagaderas por el fletador o cualquier otra parte implicada en nombre propio.

S. Comisiones, corretajes o equivalentes

C99: “r) Las comisiones, corretajes u honorarios de agencias pagaderos por el propietario del buque o el arrendatario a casco desnudo, o por su cuenta, en relación con el buque;”

Como sucedía con el caso anterior, parecía obvio incluir créditos que son indiscutiblemente de carácter marítimo como los que recoge este precepto. Nuevamente se recurre a la fórmula de “en relación con el buque” con la que debe entenderse que se está refiriendo a todo lo derivado de la explotación u operación del buque.

T. Controversias respecto de la propiedad o posesión

C52: “o) la propiedad impugnada del buque;”¹⁰⁰¹

En este punto resulta llamativa la distinción que realiza el texto original de la versión inglesa que distingue entre “título” y “propiedad”, distinción que no se recoge en las versiones española o francesa, por cuanto que son conceptos que no se entienden el uno sin el otro.

Con todo, este artículo no precisa de una gran tarea interpretativa, refiriéndose a controversias respecto de la propiedad del buque, ya sean por la totalidad de la

⁹⁹⁸ BERLINGIERI, F., *Berlingieri on arrest...*, op. cit., pp. 81 y 82.

⁹⁹⁹ O P&I-s, de sus siglas en inglés Protection and Indemnity clubs.

¹⁰⁰⁰ Estos seguros cubren los perjuicios económicos derivados de la imposibilidad del buque de operar con normalidad por causas como averías u obstáculos físicos para abandonar el puerto.

¹⁰⁰¹ “o) disputes as to the title or to ownership of any ship”.

embarcación o por acciones sobre la misma. Se omite referencia alguna a la posesión, dándosele cabida únicamente en relación con la copropiedad en el epígrafe siguiente.

C99: “s) Toda controversia relativa a la propiedad o a la posesión del buque;”

Se subsana las deficiencias comentadas en relación con la redacción anterior. Cabría añadir que se ha incorporado un punto específico, el “v”, para supuestos de controversias relacionadas con contratos de compraventa de buques, que, de otro modo, podrían entenderse incluidas aquí.

C52: “p) la copropiedad impugnada de un buque o su posesión, o su explotación o los derechos a los productos de explotación en condominio;”¹⁰⁰²

No sorprende comprobar cómo la lectura del texto en los dos idiomas oficiales y en español ofrece diferentes posibles interpretaciones. Por un lado, de la lectura del texto en inglés se puede inferir una clara voluntad de incluir todos los supuestos del precepto dentro del grupo de controversias entre copropietarios, mientras que la versión francesa¹⁰⁰³ y la española no nos llevan, a priori, a idéntico resultado.

La versión francesa, por su parte, distingue entre controversias respecto de la propiedad o posesión de las derivadas de la copropiedad, algo similar a lo que ocurre en castellano donde se refiere, como si de cuestiones independientes se tratara a la “copropiedad impugnada de un buque” “o su posesión” “o su explotación...”.

Con todo, la fórmula empleada es hasta cierto punto comprensible en la versión española por cuanto que incluye las controversias respecto de la posesión que no se contenían en el sub-epígrafe anterior. Sin embargo, no cabe duda de que la versión francesa debe entenderse en el sentido de considerar todo el artículo con relación a la copropiedad por cuanto que de otro modo estaría repitiendo las controversias relativas a la propiedad, contenidas ya en el punto anterior, lo cual carecería de sentido.

¹⁰⁰² “p) disputes between co-owners of any ship as to the ownership, possession, employment or earnings of that ship”.

¹⁰⁰³ “la propriété contestée d’un navire o usa possession ou son exploitation, ou les droits aux produits d’exploitation d’un navire en co-propiété”.

En cualquier caso, parece prudente afirmar que el artículo debe aplicarse exclusivamente a copropietarios del buque, no debiendo incluirse dentro de ellos a los accionistas de una sociedad propietaria de un buque.

C99: “t) Toda controversia entre los copropietarios del buque acerca de su utilización o del producto de su explotación;

La nueva redacción viene a aclarar en parte las cuestiones controvertidas contenidas en la versión anterior, eliminándose la alusión a la posesión, adecuadamente incluida en el sub-epígrafe precedente.

Sin embargo, en opinión de algunos autores¹⁰⁰⁴, la referencia concreta a controversias relativas a la utilización o el producto de la explotación del buque limitan de alguna manera su aplicación a otras controversias que podrían nacer entre copropietarios, como las derivadas de la venta o la hipoteca sobre el buque, que además darían lugar a créditos de cierta entidad -susceptibles de requerir el embargo- que por otro lado sería gravoso para el propio embargante, por cuanto que sería igualmente el co-embargado.

U. Hipoteca naval o “*mortgage*”

C52: “q) Cualquier hipoteca naval y cualquier “*mortgage*”,”¹⁰⁰⁵

Sin entrar a analizar las disquisiciones semánticas que podría plantear la distinción entre hipoteca y *mortgage*, conviene prestar atención a la alusión que el precepto hace a la “hipoteca”, no así al crédito garantizado por la misma, que es de facto lo que daría lugar al embargo¹⁰⁰⁶.

C99: “u) Una hipoteca, *mortgage* o gravamen de la misma naturaleza sobre el buque;”

En la línea de incluir todos los supuestos análogos, independientemente de su denominación en los diferentes sistemas nacionales, se alude, además de a la hipoteca o *mortgage* a otros gravámenes “de la misma naturaleza sobre el buque”. Es interesante destacar que siempre y cuando sea el buque lo que quede gravado por la hipoteca, es

¹⁰⁰⁴ BERLINGIERI, F., *Berningieri on arrest...*, op. cit., p. 83.

¹⁰⁰⁵ “q) The mortgage or hypothecation of any ship”.

¹⁰⁰⁶ Vid. GABALDÓN GARCÍA, J.L., *La hipoteca naval: derecho comparado y derecho uniforme*, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, 2001.

irrelevante la naturaleza de la deuda que generó la constitución de esa hipoteca, pudiendo esta no ser de naturaleza marítima.

V. Compraventa de buques

C99: “v) toda controversia resultante de un contrato de compraventa del buque.”

Este crédito, de naturaleza eminentemente marítima, cierra la lista de créditos de este art. 1. Resulta de aplicación tanto a reclamaciones del comprador contra en vendedor como viceversa. En el caso de las reclamaciones del vendedor, el ejemplo paradigmático sería el del incumplimiento de la obligación de pago del comprador una vez transferida la posesión del buque. Pero también podría darse en caso de que el comprador, una vez satisfecho el precio acordado no recibiera la entrega del buque en el plazo acordado.

Como acabamos de comprobar, en la redacción del nuevo Convenio se ha ampliado considerablemente tanto la lista de créditos como, en la mayoría de los supuestos preexistentes, la formulación de los preceptos en aras a mejorar o cuando menos aclarar aquellas cuestiones controvertidas surgidas en relación con su predecesor -hasta el punto de que algunos autores consideran que ante una tan extensa lista de créditos, y entendiendo el embargo preventivo como una suerte de medida privilegiada, en Derecho marítimo “el crédito privilegiado es la regla y no la excepción”¹⁰⁰⁷-, otorgando al régimen surgido tras la entrada en vigor del C99 un mayor grado de seguridad jurídica¹⁰⁰⁸, en términos generales.

Todo ello en virtud del convencimiento de “la necesidad de un instrumento jurídico que establezca una uniformidad internacional en la esfera del embargo preventivo de buques y que tenga en cuenta la evolución reciente en esferas conexas”¹⁰⁰⁹.

Con todo, estas teóricas mejoras en el texto no han redundando en un respaldo significativo a un Convenio que, como hemos dicho, cuenta con un número paupérrimo de respaldos frente a su predecesor, exitoso en cuanto a firmas y de aplicación extraordinariamente pacífica.

¹⁰⁰⁷ ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho Marítimo...*, op. cit., p. 479.

¹⁰⁰⁸ DE CASTRO ARAGONÉS, J.M., y DE LARRUCEA, J. R., “El embargo preventivo de buques. La nueva regulación del Convenio de Ginebra de 12 de marzo de 1999 y el Derecho español”, *Diario La Ley* 17742/2011, pp. 7-12, p. 10.

¹⁰⁰⁹ C99 - exposición de motivos.

No obstante, esta escasa repercusión internacional del texto llama la atención, por cuanto que la versión más reciente incluye cuestiones reclamadas por diferentes operadores jurídicos involucrados en la reforma, destacando las primas de seguro o las indemnizaciones por contaminación, equiparando el nuevo texto casi por completo al catálogo de créditos marítimos privilegiados del CPH -aunque sin hacer mención expresa al mismo-.

Existen, con todo, voces críticas respecto de esta expansión del catálogo de créditos, no por la extensión en sí misma, sino por la deficiente formulación con la que se ha llevado a cabo¹⁰¹⁰ que abre la puerta a “intentos abusivos de extrapolación” que podría derivar en un escenario de notable confusión. Si bien este riesgo es real, dada la indeterminación de la que, efectivamente, adolecen numerosos preceptos, no podemos a fecha de publicación del presente estudio, dar fe de problemas de aplicación en este sentido -aunque el número de Estados que aplican el C99 es bastante reducido-.

2.3. OTRAS DEFINICIONES DEL ARTÍCULO 1

Los siguientes epígrafes del art. 1 se dedican a la definición, a efectos de los Convenios de los términos “embargo”, “persona” y “demandante” en el C52 y “embargo”, “persona”, “acreedor” y “tribunal” en el de 1999. Puede observarse que no existen sustanciales diferencias en este punto.

a. “Embargo”¹⁰¹¹

Se trata, pura y simplemente, de la inmovilización de un buque¹⁰¹², no permitiendo la salida de puerto. En ambos textos se coincide al, por un lado, unir la adopción del embargo inexcusablemente a una autoridad judicial estatal y por otro al configurarlo como medida cautelar ajena al posterior proceso de ejecución.

b. “Persona”¹⁰¹³

¹⁰¹⁰ ALCÁNTARA GONZALEZ, J.M., “El nuevo régimen...”, op. cit.

¹⁰¹¹ En el C52: “*Arrest*”.

¹⁰¹² A la que, como veremos en relación con la LNM en Derecho español, se añade para determinados supuestos –los estrictamente nacionales- la anotación del embargo con la posibilidad de que el buque siga operando.

¹⁰¹³ En el Convenio de 1952: “*Person*”.

De idéntica formulación en ambas versiones, por persona deberemos entender toda persona tanto física como jurídica, no excluyéndose Estados ni “cualquiera de sus subdivisiones políticas”¹⁰¹⁴.

c. “Acreedor”¹⁰¹⁵ o “Demandante”

Identifica a aquel que “invoque a su favor” o “alegue” un crédito marítimo.

d. “Tribunal” -introducido *ex novo* en el C99-

Puesto que en la definición de embargo se menciona la “resolución de un tribunal” como la competente para decretar el embargo, mediante la definición de tribunal como “toda autoridad judicial competente de un Estado” se refuerza la idea de que será un organismo jurisdiccional estatal, exclusiva y excluyentemente el que podrá decretar el embargo, cerrándose la puerta a eventuales embargos de origen arbitral¹⁰¹⁶.

3. PRESUPUESTOS PARA SOLICITAR LA MEDIDA

Sin perjuicio de las consideraciones que se harán posteriormente respecto de la relación entre la regulación del C99 y la legislación procesal española sirva este punto para indicar las características de una medida que, a efectos de los presupuestos requeridos para su adopción, no difiere en exceso de sus equivalentes nacionales.

3.1. EL *PERICULUM IN MORA*

En este caso, los Convenios se basan, fundamentalmente, como convenios específicos en materia cautelar, en el aseguramiento de los bienes necesarios para ejecutar, en su caso, una eventual sentencia contra el armador.

Con todo, las particularidades del *shipping* otorgan a este requisito una dimensión agravada. Estos es así por diferentes motivos, destacando, por un lado, que el buque puede esfumarse en pocas horas, sumado a la posibilidad de que el buque sea el único bien del que disponga el deudor, cuando además el deudor será a menudo, además, extranjero¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁴ Incorporado en el C99.

¹⁰¹⁵ En el C52: “*Claimant*”.

¹⁰¹⁶ Vid. LAPIEDRA ALCAMÍ, R., *Medidas cautelares...*, op. cit.

¹⁰¹⁷ MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo preventivo...”, op. cit., p. 11.

Quizá por ello el *periculum in mora* ha sido calificado como un elemento que “se presume ínsito a la propia internacionalización de la actividad marítima”¹⁰¹⁸.

3.2. EL *FUMUS BONI IURIS*

Sobre este requisito en particular cabe destacar algunas cuestiones en relación con la regulación contenida en los Convenios. Si bien la generalidad de las legislaciones requieren la prueba documental del crédito -la legislación procesal española no es una excepción- para proceder al embargo preventivo, los Convenios exigen, a priori, exclusivamente la alegación del crédito. Decimos “a priori” por cuanto que, como señalan algunos autores¹⁰¹⁹ esta simple alegación no se recoge de manera expresa en los textos de los Convenios.

Según la citada doctrina, si bien el C99 alude en sus arts. 1.4 y 3.1 a la alegación del crédito, esta simple alegación no debe ser interpretada como regla que permita eludir los requisitos procesales nacionales -a los que remite el art. 2.4 del propio Convenio- que, como veíamos impondrán habitualmente requisitos documentales.

Otro sector de la doctrina¹⁰²⁰, no obstante, considera que la mera alegación, siempre y cuando se refiera a un crédito con derecho a embargo según las disposiciones del Convenio, sustituye a estos efectos al *fumus boni iuris*, siendo la finalidad del Convenio, precisamente, la tramitación ágil y eficaz de una medida que, sometida a más estrictos procedimientos de prueba devendría, a menudo, estéril. Es más, como citan otros autores¹⁰²¹, la obtención de pruebas documentales en determinados supuestos de créditos enumerados por el Convenio resultaría, en la práctica, compleja -salvamento o abordaje por ejemplo-.

En relación la legislación española, veremos, los requisitos procesales que impone el art. 728 LEC para las medidas cautelares en general -en virtud de los cuales no bastaría la simple alegación del crédito- quedan solapados por los requisitos específicos en materia de embargo preventivo de buques del art. 472 de la LNM según el cual “basta que se alegue el derecho o créditos reclamado” para decretar el embargo, aunque con

¹⁰¹⁸ CARBALLO PIÑEIRO, L., “Convenio internacional sobre embargo preventivo de buques: de 1952 a 1999 e implementación en España”, *Revista española de Derecho internacional privado*, vol. LXIV (2012), nº 2, pp. 320-323, p. 322.

¹⁰¹⁹ ALCÁNTARA GONZALEZ, J.M., “El nuevo régimen...”, op. cit.

¹⁰²⁰ ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho Marítimo...*, op. cit., p. 478; MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo preventivo...”, op. cit., p. 10.

¹⁰²¹ MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo...”, op. cit., p. 11.

algunas puntualizaciones que introduciremos en el apartado referido a la legislación española.

Como defendemos en el apartado relativo a la legislación española¹⁰²², además, debemos entender que las presunciones citadas no admiten prueba en contrario, por cuanto que admitir esta posibilidad al deudor contravendría la finalidad y la potencial eficacia de la medida.

3.3. LA CAUCIÓN

Primeramente, debemos matizar la diferencia entre dos términos homónimos -en el caso del C52, no así en el C99- pero de muy distinta naturaleza. Al hablar de la “caución”, como presupuesto para la adopción del embargo nos estamos refiriendo a la garantía que debe prestar el solicitante de la medida para cubrir los perjuicios que una solicitud injustificada pudiera provocar.

Cuestión diferente será la garantía que el deudor deberá aportar para lograr el levantamiento del embargo, que denominaremos “contracaución”. La confusión puede surgir de la traducción del término “*bail*” del art. 5 del C52, traducida -versión no oficial- como caución. El C99 se referirá únicamente a garantía, con lo que no existe conflicto sobre este particular.

En todo caso, el art. 6 C52 remite a las legislaciones nacionales para todas aquellas cuestiones relativas a la responsabilidad del demandante por embargo injustificado, quedando pues a expensas de la legislación correspondiente en cada caso la imposición y, en su caso, la cuantía de la garantía.

El C99 desarrolla algo más la cuestión, si bien remitiendo igualmente a los tribunales estatales, estableciendo la posibilidad -no condición, según la literalidad del texto, si bien se trata de una cuestión controvertida¹⁰²³- de solicitar “garantía de la clase, por la cuantía y en las condiciones que determine el tribunal para responder de los perjuicios que puedan irrogarse al demandado como consecuencia del embargo”.

Por lo tanto, el procedimiento para la eventual exigencia de la caución se regirá por la ley del foro, del mismo modo que lo hará la propia determinación de responsabilidad, en virtud del art. 6.3.

¹⁰²² Vid. infra pp. 416 y ss.

¹⁰²³ CARBALLO PIÑEIRO, L., “Convenio internacional...”, op. cit., p. 322.

Como veremos al referirnos a la legislación española, en la práctica la caución operará como requisito obligatorio, en todo caso¹⁰²⁴, en embargos practicados en España, del mismo modo que sucede en la mayor parte de los ordenamientos.

4. POTESTAD PARA EMBARGAR

El art. 2 de ambos Convenios establece el principio general de que el buque será exclusivamente embargable por créditos marítimos. No obstante, debemos destacar las diferencias en la redacción empleada en ambos textos, por cuanto que el más reciente planea en unos términos que amplían su potencial ámbito de aplicación de manera significativa.

Concretamente, mientras el art. 2 del C52 se limita a los “buques que naveguen bajo pabellón de uno de los Estados contratantes”, el C99 no establece tal distinción, quedando abierto por lo tanto a todo buque, independientemente del Estado de pabellón.

Por otro lado, ambos textos recogen -art. 2 C52 y art. 8,3 C99 con una redacción similar- la compatibilidad del Convenio con la potestad de embargar o detener un buque de los Estados conforme a otras disposiciones nacionales o convencionales vigentes. Es decir, el Convenio no debe en ningún caso entenderse en el sentido de poder restringir, por ejemplo, las facultades de la administración para impedir la salida de un buque en casos de incumplimiento de requisitos de seguridad recogidos en convenios como el SOLAS.

En la misma línea, para los casos estrictamente nacionales, es decir, en los que un buque es embargado dentro de la jurisdicción del Estado de su pabellón por un acreedor del mismo Estado, ambos Convenios -arts. 8.4 C52 y 8.6 C99- remiten a las legislaciones nacionales internas para dirimir la cuestión. En España, adoptado el C99 como Ley nacional mediante el RD 12/2011 -actualmente citado como fuente de aplicación preferente en la LNM-, se aplica igualmente el Convenio para los casos nacionales que establece el mismo, sin perjuicio de las cuestiones específicas reguladas por la LNM y, supletoriamente, la LEC.

Asimismo, ambos textos coinciden en otorgar la competencia para levantar el embargo a la autoridad judicial del Estado parte en que se solicite el mismo. Si bien ambos Convenios establecen el principio de manera casi literal, el C99 lo hace en el art.

¹⁰²⁴ MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo preventivo...”, op. cit., p. 12.

2, dedicado íntegramente a la potestad para embargar, mientras que el C52 introduce este precepto en el art. 4.

4.1. SITUACIÓN DEL BUQUE EN EL MOMENTO DE SOLICITAR EL EMBARGO

Como cuestión, quizá, más controvertida¹⁰²⁵, podemos citar una circunstancia no aclarada en el nuevo texto como es la de la determinación del requisito de situación del buque en el momento de solicitar el embargo. Concretamente, se plantea la duda de si el buque debe encontrarse ya en la jurisdicción del *forum arresti* o si cabe realizar la solicitud con anterioridad, en previsión de la llegada del buque a un determinado puerto.

Dado que el Convenio, en ninguna de sus versiones, da respuesta a esta cuestión, será determinante lo que el Derecho procesal autónomo del Estado embargante diga respecto de una cuestión que, por su especificidad, no se encuentra comúnmente recogida en las legislaciones nacionales.

Sin perjuicio de las consideraciones que al respecto realizaremos al analizar las normas de fuente interna españolas, la LNM -art. 471- se refiere a estas situaciones previendo el embargo por parte del tribunal del “lugar en que se encuentre el buque o aquel al que se espera que el buque arribe, a elección del actor que solicita la adopción de la medida cautelar”, decayendo esta competencia en caso de que el puerto previsto no sea, finalmente, el que reciba al buque.

5. EL BUQUE OBJETO DEL EMBARGO

El art. 3 al que nos referiremos a continuación es sin lugar a dudas uno de los puntos de mayor trascendencia en ambos Convenios -considerado “médula espinal del Convenio de Ginebra” por la doctrina¹⁰²⁶-, por cuanto se ocupa de establecer los buques que pueden ser objeto del embargo, cuestión más compleja de lo que pudiera parecer, dado que el sistema que introducen los Convenios permite, en determinadas circunstancias, solicitar el embargo no solo del buque que causó el crédito, al que no referiremos como “buque causante” u “*offending ship*”.

¹⁰²⁵ ESPINOSA CALABUIG, R., “¿Podía España ratificar el Convenio de Ginebra de 12 de marzo de 1999 sobre embargo preventivo de buques?”, *Anuario de Derecho marítimo*, N° 30, 2013, pp. 276-293, p. 286.

¹⁰²⁶ ALBORS, E. y PORTALES, J. en EMPARANZA, A. y MARTÍN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación...*, op. cit., p. 733.

Una primera diferencia destacable, sin embargo, vendrá de la formulación del marco general del art. 3 en el que se establece una diferencia que, aunque en apariencia menor, puede producir consecuencias relevantes. Si el C52 optaba por referirse al “buque al que el crédito se refiera”, el C99 habla de “persona obligada en virtud del crédito”. En la práctica, mientras que la primera fórmula responde a un criterio de responsabilidad real del buque, el más reciente de los textos extiende la aplicabilidad del texto a acciones personales contra el “obligado”, con las consecuencias a las que nos referiremos a continuación.

5.1. DEUDOR PROPIETARIO

A. *Offending ship* propiedad del deudor

Arts. 3.1 del C52 y 3.1.a del C99¹⁰²⁷. En ambos casos existe coincidencia al considerar embargable el buque propiedad del deudor que sea, además, el generador de la deuda que justifica el embargo.

B. Otros buques propiedad del deudor *-sister ships-*

Arts. 3.1 del C52 y 3.2.a¹⁰²⁸ del C99. Al margen del propio buque causante de la deuda el régimen de los Convenios permite embargar otros buques propiedad del deudor *-sister ships-*, siempre y cuando este fuera propietario del *offending ship* en el momento del surgimiento del crédito.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la realidad del negocio marítimo, con su agilidad y capacidad de adaptación característica, ha creado la -muy frecuente- figura de las *single ship companies* o “compañías de un solo buque” a través de las cuales eludir embargos en situaciones como la presente.

¹⁰²⁷ “Artículo 3. (C-52)

Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 4) y del artículo X, todo Demandante podrá embargar, ya el buque al que el crédito se refiera, ya cualquier otro buque que pertenezca a la persona que, en el momento en que nació el crédito marítimo, era propietaria del buque, al que dicho crédito se refiera, aunque el buque embargado esté dispuesto para hacerse a la mar pero ningún buque podrá ser embargado por un crédito previsto en los apartados o), p) o q) del artículo primero, a excepción del buque mismo al que la reclamación concierna.”

“Art.3 (C-99) Ejercicio del derecho de embargo.

1. El embargo de todo buque con respecto al cual se alegue un crédito marítimo procederá:

Si la persona que era propietaria del buque en el momento en que nació el crédito marítimo está obligada en virtud de ese crédito y es propietaria del buque al practicarse el embargo;

¹⁰²⁸ 3. 2. Procederá también el embargo de cualquier otro buque o buques que, al practicarse el embargo, fueren propiedad de la persona que esté obligada en virtud del crédito marítimo y que, en el momento en que nació el crédito, era:

Propietaria del buque con respecto al cual haya nacido el crédito marítimo; o

Arrendataria a casco desnudo, fletador por tiempo o fletador por viaje de ese buque.”

En relación con esta problemática, a la que no fueron ajenos los Estados en el proceso de elaboración del C99, se introdujeron diferentes propuestas implantadas ya en dichos Estados¹⁰²⁹. Destacan, entre otras, la jurisprudencia francesa que encauza esta cuestión a través de la doctrina del levantamiento del velo, o la británica según la cual el embargo se permitiría cuando existiera control sobre la sociedad propietaria del buque por parte del deudor.

Finalmente, no obstante, las propuestas no fueron incluidas en el texto, partiendo de que no debía darse por sentada, en todo caso, la intención fraudulenta en la creación de este tipo de compañías, dejando la cuestión en manos de los tribunales y las normas estatales.

5.2. ARRENDATARIOS O FLETADORES DEL BUQUE

La figura de los contratos de utilización de buques alberga una pluralidad de específicos contratos sobre los cuales se deben hacer algunas puntualizaciones antes de proceder al tratamiento que de los mismos hacen los Convenios sobre embargo preventivo¹⁰³⁰.

Aunque a menudo se hable de fletamento al describir un arrendamiento, estos son términos que no deben confundirse. El arrendamiento, que, aplicado a buque, no era siquiera mencionado por nuestro Código de Comercio queda definido en la LNM -art. 188- como un contrato por el que el arrendador “se obliga, a cambio de un precio cierto, a entregar un buque determinado al arrendatario para que éste lo use temporalmente conforme a lo pactado o, en su defecto, según su naturaleza y características”, diferenciado claramente del contrato de fletamento, expresamente regulado en los arts. 203 y ss. y siendo este definido como contrato por el que “se obliga el porteador, a cambio del pago de un flete, a transportar por mar mercancías y entregarlas al destinatario en el puerto o lugar de destino.”

Aclarada la cuestión, dentro del arrendamiento se deben distinguir a su vez dos figuras: el arrendamiento a caso desnudo *-bare-boat charter-* y el arrendamiento de buque armado y equipado *-charter by demise-*.

Buscando una definición del primer supuesto, el art. 2.1 del Convenio de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Matriculación de Buques lo define como “un contrato de arrendamiento de un buque por un tiempo determinado en virtud del cual el

¹⁰²⁹ Citadas en MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo preventivo...”, op. cit., p. 17.

¹⁰³⁰ Vid. entre otros ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho Marítimo...*, op. cit., pp. 493 y ss.

arrendatario tiene la posesión y el control plenos del buque, incluido el derecho a designar el capitán y la tripulación por el periodo de arrendamiento”.

Este último punto es el determinante a la hora de distinguirlo del *charter by demise*, la tripulación en este caso será contratada por el propietario o arrendador, aunque ceda toda la gestión de la misma al arrendatario. No es esta, sin embargo, la única diferencia, por cuanto que en el arrendamiento de buque armado se exige, además de la tripulación, que el propietario pertreche y equipe el buque para la navegación.

Por el contrario, en el caso del arrendamiento a casco desnudo será el arrendatario el que se hará cargo de estas cuestiones, siendo la única obligación del arrendador entregar la posesión de un buque en condiciones de navegabilidad.

A. Buque arrendado/fletado

C52

El C52 en su versión español, art. 3.4¹⁰³¹, no es demasiado claro al referirse a esta cuestión, puesto que únicamente hace referencia al “fletamento del buque con la cesión de la gestión náutica”, permitiéndose el embargo de dicho buque.

Recurriendo a la versión inglesa se recurre al uso del término “*charter by demise*”, que, como se ha explicado anteriormente, hace referencia al arrendamiento del buque -no debiendo entenderse como un arrendamiento de buque armado y pertrechado en puridad, sino como un arrendamiento, en general-. Siendo claro que el gestor náutico del buque -no propietario- solo puede ser un arrendador, debemos considerar incluida esta posibilidad en el Convenio.

Dicho lo cual, y si bien en la práctica resulte pacífica la aplicación de este precepto a los arrendadores, existen opiniones en la doctrina¹⁰³² que no consideran ajustado a Derecho embargar preventivamente un buque por un crédito ajeno al propietario salvo en los casos en que el crédito esté dotado de “reipersecutoriedad” -elemento característico de los créditos marítimos privilegiados del CPH- por la legislación aplicable en el estado embargante, bien sea de origen interno o internacional.

¹⁰³¹ “3.4. En el caso de fletamento de un buque con cesión de la gestión náutica, cuando el fletador él solo responda de un crédito marítimo relativo a dicho buque, podrá el Demandante embargar dicho buque o cualquier otro que pertenezca al fletador, con sujeción a las disposiciones del presente Convenio, pero no podrá ser embargado en virtud de tal crédito marítimo ningún otro buque perteneciente al propietario.

El apartado que precede se aplicará igualmente a todos los casos en que una persona distinta del propietario haya de responder de un crédito marítimo.

¹⁰³² En este sentido TASSEL, Y., “Doit-on craindre l’application de la Convention de Bruxelles sur la saisie conservatoire de navire?”, ADMA, Tomo X, pág. 134; VV.AA., L’immobilisation forcée des navires, *Colloque de Bordeaux 20, 21 et 22 octobre 1988*, Association française du droit maritime, 1988, p. 47.

Según dicho criterio, la extensión del embargo a estos supuestos daba lugar a la creación, de facto, de nuevos créditos privilegiados, ya que se dotaba de reipersecutoriedad a los créditos del art. 1 del C52.

Este no es sin embargo un criterio exento de inconvenientes, partiendo de la base de que lo que se permite es el embargo preventivo del buque del que el deudor no es propietario, no así la ejecución del mismo para satisfacer la deuda, condición que tendría que darse para poder hablar de reipersecutoriedad en sentido estricto.

Es por ello que entender no embargables los buques arrendados por deudas del arrendatario, a pesar de que así se establezca en la legislación nacional correspondiente, contraviene a nuestro juicio la finalidad y el espíritu de los Convenios.

Además del citado punto, la última frase del art. 3.4 C52 abre la posibilidad a embargar buques respecto no sólo de deudas del arrendatario, sino también de “todos los casos en que una persona distinta del propietario haya de responder de un crédito marítimo”, lo cual haría extensible el supuesto a fletamentos por tiempo o por viaje.

Como ejemplos de créditos que pudieran surgir de los fletadores podemos aludir a los puntos “b”, “e”, “f”, “g”, “i” y “j” del art. 1, a saber: daños personales, contratos relativos al transporte de mercancías, pilotaje, avería común, remolque y pérdida o daños causados a las mercancías y equipajes transportados por un buque.

Esta posibilidad es considerada por parte de la doctrina¹⁰³³ como una característica positiva del C52 que permite “trabar embargos preventivos de buques cuya titularidad no se correspondía con el sujeto pasivo del crédito”.

C99

La redacción del C99 ha tratado de ser considerablemente más precisa. El art. 3.1.b¹⁰³⁴ establece con claridad la embargabilidad de un buque por deudas de su *demise charterer* o arrendatario -que lo fuera en el momento de surgir el crédito y en el momento en que se solicite el embargo-, introduciendo además un punto de gran importancia en el art. 3.3¹⁰³⁵ que limita el embargo, en los casos en que el deudor no sea

¹⁰³³ ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho Marítimo (Ley 14/2014 de Navegación Marítima)*, Civitas, Madrid, 2015, p. 476.

¹⁰³⁴“3.1. b .Si el arrendatario a casco desnudo del buque en el momento en que nació el crédito marítimo está obligado en virtud de ese crédito y es arrendatario a casco desnudo o propietario del buque al practicarse el embargo; o”.

¹⁰³⁵ “3.3. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del presente artículo, el embargo de un buque que no sea propiedad de la persona obligada en virtud del crédito sólo será admisible si, conforme a la ley

el propietario, a supuestos en que el crédito alegado pueda dar lugar a una ejecución del buque para satisfacerlo según la legislación nacional del país en que se practique el embargo.

En definitiva, se limita el acceso al embargo preventivo, cuando el deudor no sea a su vez el propietario, a créditos que coincidan con los créditos marítimos privilegiados, bien de origen interno o internacional o a créditos garantizados con hipoteca naval¹⁰³⁶.

Así, este precepto ha sido descrito como una “importante restricción frente al C52¹⁰³⁷” y un cambio de concepción respecto de la medida cautelar que constituye el embargo preventivo, cumpliendo una función más de medida coercitiva en la redacción anterior, frente a esta nueva redacción aparentemente destinada, fundamentalmente, a adelantar la ejecución¹⁰³⁸.

Respecto de los fletadores por tiempo o por viaje, que hemos de considerar incluidos tácitamente en la redacción del 52, en el nuevo Convenio son del mismo modo que en el supuesto anterior, expresamente mencionados en el art. 3.2.b.¹⁰³⁹

B. Otros buques *-sister ships-* del arrendatario

Los arts. 3.2 y 3.4 de los C52 y C99 respectivamente incluyen la figura de los *sister ships* también para los casos en que el deudor no propietario sea propietario de otros buques.

La inclusión de esta figura parece razonable, de todo punto de vista, dado que permite el embargo de otros bienes propiedad del deudor, sin perjuicio de la salvaguarda que establece el C99 para embargar buques por deudas de quien no es propietario, comentadas en el epígrafe anterior.

Por otro lado, se excluye, naturalmente, el embargo de *sister ships* del propietario por deudas del fletador o arrendador del buque.

del Estado en que se solicita el embargo, se puede ejecutar contra ese buque una sentencia dictada en relación con ese crédito, mediante su venta judicial o forzosa.”

¹⁰³⁶ En esta línea, AAP Huelva, de 25 de junio de 2015 (JUR 2015, 243631), FD. 2.º, citada en MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo preventivo...”, op. cit., p. 12.

¹⁰³⁷ CARBALLO PIÑEIRO, L., “Convenio internacional sobre embargo preventivo de buques: de 1952 a 1999 e implementación en España”, Revista española de Derecho internacional privado, vol. LXIV (2012), nº 2, pp. 320-323, p. 321.

¹⁰³⁸ Ibid.; MORA CAPITÁN, B., “Unificación internacional del embargo preventivo de buques del Convenio de Bruselas de 1952 al Convenio de Ginebra de 1999”, *Anuario de Derecho Marítimo*, 2007, pp. 91-103, pp. 97-99.

¹⁰³⁹ “3. 2. Procederá también el embargo de cualquier otro buque o buques que, al practicarse el embargo, fueren propiedad de la persona que esté obligada en virtud del crédito marítimo y que, en el momento en que nació el crédito, era:”

Arrendataria a casco desnudo, fletador por tiempo o fletador por viaje de ese buque.

5.3. SUPUESTOS ESPECIALES, REIPERSECUTORIEDAD DE ALGUNOS CRÉDITOS.

A. Hipoteca naval

C52

El C52 no se refiere a la hipoteca más que en la enumeración de los créditos del art. 1 en los términos que hemos comentado anteriormente -art. 1.1.q- por lo que resulta razonable concluir que el texto no pretende dotar a estos créditos de derecho a solicitar el embargo preventivo, salvo en los casos en que el deudor hipotecario sea a la vez el propietario del buque a embargar.

C99

El C99, sin embargo, ofrece una solución mucho más ajustada a la lógica jurídica marítima incluyendo en el punto primero del art. 3 -3.1.c¹⁰⁴⁰- la hipoteca, independientemente considerada, sobre el buque como presupuesto que da acceso a la solicitud de embargo preventivo.

Esto es resultado, nuevamente, de la adaptación del Convenio a la regulación contenida en el CPH, si bien no se trata de una adopción en su integridad, por cuanto que, si bien se incluye la hipoteca dotándola de reipersecutoriedad a efectos cautelares, no se incluye -como ocurre en el art. 1 del CPH⁹³¹⁰⁴¹- la necesidad de que la hipoteca se encuentre inscrita en el estado de matrícula del buque para ser reconocida.

Cabe plantearse en este punto si la omisión debe ser entendida como voluntaria, queriendo, por tanto, eliminar este requisito de manera tácita para los supuestos a los que sea aplicable el Convenio.

Sobre este particular, poniendo este precepto en relación con el art. 3.3. al que nos hemos referido anteriormente -que exige que el crédito alegado sea reconocido por la legislación nacional como privilegiado y susceptible de conllevar la ejecución a través de la venta judicial del buque- no podemos entender que el requisito de la inscripción de

¹⁰⁴⁰ Artículo 3. Ejercicio del derecho de embargo.

1. El embargo de todo buque con respecto al cual se alegue un crédito marítimo procederá:

c. Si el crédito se basa en una hipoteca, *mortgage* o gravamen de la misma naturaleza sobre el buque.

¹⁰⁴¹ Artículo 1. Reconocimiento y ejecución de hipotecas, mortgages y gravámenes.

Las hipotecas y mortgages, y los gravámenes reales inscribibles del mismo género, que en lo sucesivo se denominarán «gravámenes», constituidos sobre buques de navegación marítima, serán reconocidos y ejecutables en los Estados Partes, a condición de que:

a) tales hipotecas, mortgages y gravámenes hayan sido constituidos e inscritos en un registro, de conformidad con la legislación del Estado en que esté matriculado el buque;

la hipoteca haya sido, de facto, eliminado. Concretamente, en los estados que requieran inscripción como presupuesto de validez de la hipoteca podrá alegarse dicho requisito para no conceder el embargo preventivo.

La respuesta de parte de la doctrina¹⁰⁴² es considerar que en los casos cubiertos por el 3.3 -créditos de deudores no propietarios del buque- no se concederá en ningún caso el embargo si se trata de una hipoteca no registrada, siempre y cuando el registro resulte imperativo según la normativa vigente en el *forum arresti*.

B. Reclamaciones relativas a propiedad o posesión

C52

Nos encontramos con una situación similar a la comentada en relación con las hipotecas, puesto que estas reclamaciones no son mencionadas más que en la lista de créditos -1.1.o y p-. Se trata sin embargo de un supuesto singular dentro de los créditos reconocidos en dicha lista por cuanto que no existe una deuda pecuniaria -no existe por tanto un deudor *stricto sensu*- sino un buque cuya posesión o propiedad se discute. Desde la doctrina se cuestiona, de hecho,¹⁰⁴³ que la propia definición de *arrest* sea aplicable a estos supuestos, no existiendo un crédito marítimo *per se* que asegurar con el embargo preventivo.

C99

El C99 vuelve a introducir este supuesto concreto en el punto “d” del art. 3.1¹⁰⁴⁴. Sin embargo resulta difícil imaginar, por los motivos ya explicados, la aplicación, o exclusión, contenida en el art. 3.3 a este caso.

C. Créditos marítimos privilegiados

C52

El art. 9, en este caso, indica expresamente que los créditos recogidos en el Convenio no dan lugar al nacimiento de derechos para interponer acciones más allá de las establecidas en el mismo, en clara alusión que por medio de este texto no se crearán créditos marítimos privilegiados, ya contenidos, en el momento de la publicación del C52 en el CPH26.

¹⁰⁴² BERLINGIERI, F., *Berlingieri on arrest of ships...*, op. cit., p. 151.

¹⁰⁴³ *Ibid.*, p. 152.

¹⁰⁴⁴ “Si el crédito se refiere a la propiedad o la posesión del buque; o”.

Dado que el texto no recoge ninguna expresión relativa a estos créditos, con excepción de la antedicha, podría darse la paradoja de que en un Estado parte de ambos Convenios se pudiera embargar ejecutivamente un buque en virtud de un crédito marítimo privilegiado, pero que no se pudiera proteger esta ejecución con un embargo preventivo de dicho buque, lo que haría, de facto, significativamente más compleja la ejecución.

Una posible solución a dicho problema pasaba por la aplicación de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, en virtud del cual -art. 30¹⁰⁴⁵- el CPH93 prevalecería sobre el EPB, entre Estados partes en ambos Convenios, por ser el texto sobre privilegios marítimos posterior al primero.

C99

En este caso el C99 sí hace una remisión directa a los créditos marítimos privilegiados en el art. 3.1.e.¹⁰⁴⁶ dando de esta manera solución al potencial conflicto que se producía en la redacción anterior. Podemos estar, sin embargo ante una cuestión que podría haber levantado suspicacias en los Estados y que podría explicar, en parte, la muy limitada cantidad de adhesiones que ha recibido el texto.

5.4. BUQUES EMBARGABLES

¹⁰⁴⁵ Artículo 30. APLICACIÓN DE TRATADOS SUCESIVOS CONCERNIENTES A LA MISMA MATERIA

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

2. Cuando un tratado especifique que esté subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior: a) En las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados, se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3; b) En las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.

¹⁰⁴⁶ “Si el crédito es contra el propietario, el arrendatario a casco desnudo, el gestor o el naviero del buque y está garantizado por un privilegio marítimo concedido por la legislación del Estado en que se solicita el embargo o en virtud de esa legislación.”.

El art. 8 en ambos textos recoge, además, el ámbito de aplicación del Convenio en relación con el Estado de pabellón del buque o su condición de buques pertenecientes o explotados por un Estado.

Ambos textos plantean la eficacia *erga omnes* de las normas contenidas en los mismos al hacer embargables en virtud del Convenio todos los buques que naveguen en la jurisdicción del Estado parte en cuestión, independientemente de su pabellón. Asimismo, ofrecen la posibilidad a los Estados de reservarse el derecho a no aplicar el Convenio a Estados no parte, como hizo España con anterioridad a la aprobación del citado RDL 12/2011 que eliminaba dicha reserva.

5.5. CONTRATOS DE *TIME CHARTER* Y LA OBLIGACIÓN DE EXPLOTADORES-NO PROPIETARIOS DEL BUQUE DE SOPORTAR LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL EMBARGO

En relación con lo antedicho, la posibilidad -comentada supra- de inmovilizar, mediante embargo preventivo, un buque cuya explotación comercial en el momento del embargo no se corresponde con el armador o propietario del buque es una posibilidad real y, de hecho, recurrente.

En dicho contexto, subyace la cuestión del deber de la parte arrendataria de soportar dicho embargo, con las pérdidas que conlleva, por unas deudas ajenas a su actividad y explotación de dicho buque.

Se trata, como afirmábamos, de una eventualidad relativamente probable, lo que ha llevado a los operadores marítimos¹⁰⁴⁷ a considerar indispensable la incorporación de una cláusula sobre este particular en los contratos-tipo.

Así, cláusulas como la 17 del contrato “*NYPE 2015 TIME CHARTER*”¹⁰⁴⁸, contemplan esta posibilidad determinando que durante el tiempo que dure la detención del buque -salvo que esta devenga de actuaciones del arrendatario- cesará el pago del precio estando el buque en situación de “*off hire*”.

17. Off-Hire

In the event of loss of time from (...) detention by the arrest of the Vessel, (unless such arrest is caused by events for which the Charterers, their sub-

¹⁰⁴⁷ Entre otros, en el informe, relativo a la sentencia del asunto “*The Global Santosh*” –citada infra- de AUSTIN, N. y HANDLEY, D., “<GLOBAL SANTOSH> - Supreme Court overrules Court of Appeal in favour of charterers” *Clyde&Co, Insight*, 6 de julio de 2016.

¹⁰⁴⁸ New York Produce Exchange Form, 2015:

file:///C:/Users/xabie/Downloads/Sample%20copy%20NYPE%202015.pdf

charterers, servants, agents or sub-contractors are responsible), (...), or by any other similar cause preventing the full working of the Vessel, the payment of hire and overtime, if any, shall cease for the time thereby lost.

Esta consecuencia, además, queda refrendada por una reciente sentencia de la Corte Suprema británica -asunto *The Global Santosh*¹⁰⁴⁹- que confirma la resolución previa emitida en sede arbitral en el mismo sentido. En este caso, como ejemplo adicional, la cláusula introducida en el contrato establecía lo siguiente:

Clause 49

Should the vessel be captured or seized or detained or arrested by any authority or by any legal process during the currency of this Charter Party, the payment of hire shall be suspended until the time of her release, unless such capture or seizure or detention or arrest is occasioned by any personal act or omission or default of the Charterers or their agents (...)

6. REEMBARGO Y “MULTIPLE ARREST”

C52

Siguiendo con el art. 3, su punto tercero establece, como norma general, que “un buque no podrá ser embargado (...) más de una vez en la jurisdicción de uno o varios Estados contratantes, con respecto al mismo crédito alegado por el mismo demandante”. Por lo que, a priori, la posibilidad de llevar a cabo múltiples embargos por el mismo crédito y de un mismo demandante queda extraordinariamente restringida.

Por lo tanto, habiendo sido levantado el primer embargo -típicamente por la presentación de la garantía correspondiente- un segundo embargo en la misma u otra jurisdicción era incompatible con el Convenio, dando lugar al levantamiento del embargo.

Se introducen, además, dos excepciones en el art. 3.3.

La primera permite un segundo embargo en caso de que la caución para el primero haya sido liberada. Se trata de una cláusula de aplicación automática, recayendo la carga

¹⁰⁴⁹ NYK *Bulkship* (Atlantic) NV (Respondent) v *Cargill International SA* (Appellant) (“The Global Santosh”) UKSC 20. Sentencia comentada, además del informe de AUSTIN, N. y HANDLEY, D., cit., en DEBATTISTA, C., “Who risks arrest? On or off hire?”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1/2017; GERAKARIS-MICHANITZIS, M., “Case summary: The GLOBAL SANTOSH – Off-hire whilst under arrest due to Charterer’s agent’s fault”, Jackson Parton Solicitors, 27 de junio de 2016, <http://jacksonparton.com/news-and-articles/2016/7/2/case-summary-the-global-santosh-off-hire-whilest-under-arrest-due-to-owners-agents-fault>.

de la prueba en el demandante del segundo embargo. Con todo, esta es una situación extraordinariamente infrecuente en la práctica¹⁰⁵⁰.

La segunda puede resultar algo más controvertida por cuanto que establece la excepción mediante la fórmula “a no ser que el demandante pruebe (...) o que no haya otra razón válida para mantenerlo”.

Se trata, naturalmente, de un precepto -que no cuenta con desarrollo alguno en otros puntos del Convenio- de extraordinaria ambigüedad lo que, por un lado puede ser considerado una ventaja por el margen de maniobra que otorga al juez para adecuar su actuación a las circunstancias particulares del caso, siendo innegable por otro lado que genera un considerable grado de inseguridad jurídica, al menos en el plano teórico.

C99

En el C99 se desplaza esta cuestión a un artículo *ad hoc*, art. 5, que aunque, a priori, no difiere sustancialmente de la regulación anterior -si bien resulta algo menos restrictivo- es considerado opaco e impreciso algunos autores¹⁰⁵¹.

La regla general de inembargabilidad se recoge en las mismas condiciones que las ya comentadas, seguida de una lista de excepciones, a saber:

- i. Que la naturaleza o la cuantía de la garantía respecto de ese buque ya prestada en relación con ese crédito sea inadecuada, a condición de que la cuantía total de la garantía no exceda del valor del buque;
- ii. Que persona que haya prestado ya la garantía no pueda, o no sea probable que pueda, cumplir total o parcialmente sus obligaciones;
- iii. Que se haya liberado el buque embargado o se haya cancelado la garantía prestada anteriormente, ya sea a instancia o con el consentimiento del acreedor -cuando actúe por motivos razonables-, o porque el acreedor no haya podido, mediante la adopción de medidas razonables, impedir tal liberación o cancelación.

¹⁰⁵⁰ MANDARAKA-SHEPPARD, A., *Modern Maritime Law*, 3ª edición, Informa Law from Routledge, Oxon, 2013, p. 176.

¹⁰⁵¹ ALCÁNTARA GONZALEZ, J.M., “El nuevo...”, op. cit.; MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo preventivo...”, op. cit., p. 17.

De nuevo se aprecia la mayor escrupulosidad en la redacción de los preceptos en el nuevo Convenio, que deja menor margen a la interpretación que el anterior.

Subsisten sin embargo expresiones como “medidas razonables”, “bastante” o “inadecuada” claramente indeterminadas y que habrán de ser observadas en la aplicación que de ellas hagan los tribunales.

Además, el propio límite referenciado al valor del buque –art. 5.1- será, en la práctica, una cuestión no tan sencilla de dirimir, requiriéndose una tasación del mismo, con el problema añadido de que el valor del buque puede haber variado desde el momento en que se produjo el primer embargo al momento de solicitarse el segundo.

7. LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO

El levantamiento del embargo se llevará a cabo en la práctica totalidad de los casos por la prestación de la garantía -contracaucción- suficiente. Ese es, precisamente, el supuesto general contemplado tanto en el art. 5 de C52 como en el art. 4 del C99.

Ambos artículos han sido redactados de modo casi idéntico, aunque, siguiendo con la tónica a la que nos estamos refiriendo recurrentemente en el presente análisis, la versión más reciente introduce matices y supuestos no contemplados en la anterior.

Partiéndose pues de la regla general mencionada, se incorporan como excepciones los créditos del art. 1 referentes a la propiedad o posesión del buque. En estos casos el tribunal “podrá” -es potestativo por tanto- permitir la explotación al poseedor que haya prestado suficiente garantía “o resolver de otro modo la cuestión de la operación del buque durante el período del embargo”.

Estamos nuevamente ante una remisión a los jueces y tribunales en el caso concreto que deberán, según su derecho nacional y criterio, tomar las medidas que estimen oportunas ante este particular supuesto.

En la misma línea, se remite a los tribunales estatales para la determinación de la cuantía, limitada en el caso del C99, como máximo, al valor del buque, novedad enormemente controvertida en la Conferencia Diplomática previa a la aprobación definitiva del texto por cuanto que permite la sustitución del buque embargado por una

garantía que no será superior al valor del buque, a excepción de que el crédito que genere el embargo fuese inferior¹⁰⁵².

Resulta, además, novedosa la alusión en el C99 a diferentes situaciones jurídico-prácticas a las cuales, si bien puede darse idéntica respuesta en aplicación del C52, alude expresamente la más reciente versión del Convenio.

Concretamente tendríamos, por un lado, el caso de un buque embargado en un Estado no parte que, pese a haber sido prestada garantía en un Estado que sí fuera parte, no hubiera sido liberado. El Convenio autoriza en estos supuestos a la devolución de la garantía prestada.

Sensu contrario, un buque que efectivamente hubiese sido liberado por haberse prestado la garantía en dicho Estado no parte, dará derecho a la cuantía prestada en concepto de garantía en un Estado parte que exceda, junto con la primera, del menor de los siguientes valores: valor del buque o el del crédito origen del embargo.

8. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL SOBRE EL FONDO- CONTROVERSIAS PRINCIPALES

8.1. EN EL C52

En el proceso de elaboración del C52 volvió a hacerse palpable la diferencia entre los estados de *common law* y de *civil law* al respecto de la competencia judicial para conocer de la demanda principal. A pesar de que en un primer momento pareció imponerse la tesis británica de establecer una indisoluble relación entre el lugar de realización del embargo y la competencia sobre el fondo de la demanda posterior, la delegación francesa manifestó su incomodidad con esta medida. La aplicación incondicional del *forum arresti* chocaba frontalmente con los sistemas continentales de Derecho civil más reacios a aceptar normas competenciales de esta índole.

Ante las citadas discrepancias, manifestadas en la Conferencia de Amberes de 1947, se tomó la determinación de adoptar una solución intermedia, dando lugar a un sistema de *forum arresti*, pero limitado. La solución pasaba por que los tribunales del país en que se practicaba el embargo fueran competentes siempre y cuando sus tribunales justificaran su competencia de acuerdo con su normativa interna, a lo que se sumaba

¹⁰⁵² Conferencia Diplomática de Ginebra, marzo de 1999, citada en EMPARANZA, A. y MARTÍN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación...*, op. cit., p. 741.

una lista de supuestos concretos en los que se podría sustanciar igualmente la competencia, a saber:

- i. Cuando el demandante tuviera su residencia habitual o su centro de intereses en el Estado en que se hubiese practicado el embargo;
- ii. Si el crédito hubiera nacido en el estado en que se lleva a cabo el embargo;
- iii. Si el crédito nace durante el viaje en que se ha realizado el embargo;

A los que se añadiría, por la especial protección que en estos casos merece el deudor otros dos puntos:

- iv. Créditos derivados de abordaje
- v. Créditos derivados de salvamento

Ante la insistencia británica en su postura, en la Conferencia de Nápoles se optó por agregar, además de los citados puntos, otro propuesto por la delegación holandesa, el de la hipoteca o *mortgage*. Conformándose así una lista de 6 puntos de conexión alternativos para la determinación de la competencia, además del criterio general de atribución al *forum arresti*, simplemente con que el tribunal se considerara competente de acuerdo con su ley nacional.

Finalmente el art. 7¹⁰⁵³ fue redactado de la siguiente manera:

¹⁰⁵³ “ARTICLE 7

(1) The Courts of the country in which the arrest was made shall have jurisdiction to determine the case upon its merits if the domestic law of the country in which the arrest is made gives jurisdiction to such Courts, or in any of the following cases namely:

(a) if the claimant has his habitual residence or principal place of business in the country in which the arrest was made;

(b) if the claim arose in the country in which the arrest was made;

(c) if the claim concerns the voyage of the ship during which the arrest was made;

(d) if the claim arose out of a collision or in circumstances covered by article 13 of the International Convention for the unification of certain rules of law with respect to collisions between vessels, signed at Brussels on 23rd September 1910;

(e) if the claim is for salvage;

(f) if the claim is upon a mortgage or hypothecation of the ship arrested.

(2) If the Court within whose jurisdiction the ship was arrested has not jurisdiction to decide upon the merits, the bail or other security given in accordance with article 5 to procure the release of the ship shall specifically provide that it is given as security for the satisfaction of any judgment which may eventually be pronounced by a Court having jurisdiction so to decide; and the Court or other appropriate judicial authority of the country in which the claimant shall bring an action before a Court having such jurisdiction.”

(3) If the parties have agreed to submit the dispute to the jurisdiction of a particular Court other than that within whose jurisdiction the arrest was made or to arbitration, the Court or other appropriate judicial authority within whose jurisdiction the arrest was made may fix the time within which the claimant shall bring proceedings.

(4) If, in any of the cases mentioned in the two preceding paragraphs, the action or proceeding is not brought within the time so fixed, the defendant may apply for the release of the ship or of the bail or other security.

Artículo 7

1) Los Tribunales del Estado en el cual se haya operado el embargo serán competentes para resolver sobre el fondo del litigio:

- ya si dichos Tribunales son competentes en virtud de la ley Interna del Estado en que se ha practicado el embargo;

- ya en los casos siguientes que a continuación se expresan:

a) si el Demandante tiene su residencia habitual o su principal establecimiento en el Estado en el que se ha practicado el embargo;

b) si el crédito marítimo ha nacido en el Estado contratante del que depende el lugar del embargo;

c) si el crédito marítimo ha nacido en el curso de un viaje durante el cual se ha realizado el embargo;

d) si el crédito proviene de un abordaje o de circunstancias previstas por el artículo 13 del Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje, firmado en Bruselas el 23 de septiembre de 1910;

e) si el crédito ha nacido de una asistencia o de un salvamento;

f) si el crédito se haya garantizado por una hipoteca naval o un «mortgage» sobre el buque embargado,

2) Si el Tribunal dentro de cuya jurisdicción ha embargado el buque no tiene competencia para resolver sobre el fondo, la caución o la garantía que han de prestarse, de conformidad con el artículo V para obtener el levantamiento del embargo, deberá garantizar la ejecución de todas las condenas que se pronunciaren ulteriormente por el Tribunal competente para resolver sobre el fondo, y el Tribunal o cualquier otra Autoridad judicial del lugar del embargo fijará el plazo dentro del cual el Demandante deberá entablar una acción ante el Tribunal competente,

3) Si las convenciones de las Partes contienen, ya una cláusula atributiva de competencia a otra jurisdicción, ya una cláusula arbitral, el Tribunal podrá fijar un plazo dentro del cual el embargante deberá entablar su acción sobre el fondo del asunto.

(5) This article shall not apply in cases covered by the provisions of the revised Rhine Navigation Convention of 17 October 1868.

- 4) En los casos previstos en los dos párrafos precedentes, si la acción no se ha entablado en el plazo señalado, el Demandado podrá pedir el levantamiento del embargo o la liberación de la caución prestada
- 5) Este artículo no se aplicará a los casos previstos por las disposiciones del Convenio revisado sobre la navegación del Rhin, del 17 de octubre de 1868.

Esta redacción definitiva merece algunas consideraciones.

En primer lugar, cabe destacar, en el art. 7.1 la referencia a “los Tribunales del Estado en el cual se haya operado el embargo”, a diferencia del art. 5 que remite a la autoridad judicial “dentro de cuya jurisdicción haya sido embargado el buque”. Vemos que en la redacción del art. 7 no se produce intromisión alguna en las reglas nacionales referentes a la competencia específica de los tribunales o la elección de tribunal.

Por otro lado se hace necesario señalar que se articula toda la regulación en base al Estado en el cual se haya operado el embargo. Operado, que no solicitado. Inmediatamente surge la cuestión de qué sucedería en caso de que se presente caución para liberar el buque antes de que éste sea efectivamente detenido. ¿Opera entonces el art. 7 otorgando competencia a los tribunales del lugar del embargo? Entendemos que, efectivamente, la prestación de caución previa a la detención del buque hace inaplicable el art. 7.1.

Sin embargo, ante esta respuesta se puede plantear un problema adicional, en el caso de que el demandante rechace la caución ofrecida, forzando así que la jurisdicción competente siga siendo aquella en que se produjo el embargo, por serle más favorable.

A. Listado de puntos de conexión alternativos del artículo 7.1

a. Residencia habitual o principal establecimiento del demandante

Al margen de lo indeterminado de los términos “residencia habitual” y “principal establecimiento” del demandado nos enfrentamos a un precepto no muy común en las legislaciones que determinan la competencia judicial internacional.

El *favor debitoris* que inspira tradicionalmente la gran mayoría de las normas de competencia judicial¹⁰⁵⁴ se obvia en este precepto optando más por un favorecimiento

¹⁰⁵⁴ Así, el considerando 15 del RBI-bis: “Las normas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado. La competencia judicial debe regirse siempre por este

del demandante/acreedor, en línea con las disposiciones que al efecto se hacen en defensa de partes más débiles en el proceso, caso paradigmático sería el de los consumidores.

Autores como ÁLVAREZ RUBIO¹⁰⁵⁵ se muestran igualmente escépticos sobre lo pertinente de esta regulación puesto que, considerando que este criterio “no revela proximidad o vínculo razonable entre el litigio y el tribunal designado como competente” podría incluso calificarse como “foro exorbitante”. Llama la atención del citado autor además que se incluya un punto de conexión de índole personal en un artículo en que no se incluyen más puntos que sigan este criterio.

b. Créditos nacidos en el Estado contratante/embargante

Podemos considerar que existe una laguna en la formulación de este punto de conexión por cuanto que el “lugar de nacimiento del crédito” no incorpora una definición autónoma en el propio texto convencional, lo que complica notablemente la aplicación práctica del mismo, hasta el punto de que algunos autores consideran “imposible determinar dónde y cuándo ha nacido el crédito con base en las propias disposiciones del Convenio”¹⁰⁵⁶ que deberá ser determinado de manera diferenciada respecto de cada uno de los créditos que dan lugar al embargo preventivo.

c. Créditos nacidos durante el viaje en que se produce el embargo

Una vez más estamos ante una regulación que incurre en un problema básico de aplicación, por lo indeterminado que puede resultar el término “viaje”, resultando razonable en este punto la aplicación, por analogía, la interpretación que a tal efecto se hace en el CPH26 -art. 5 que remite, a su vez, al art. 2 del mismo texto-.

d. Crédito procedente de abordaje u otras circunstancias contenidas en el art. 13 del Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Abordaje (Bruselas, 1910).

principio, excepto en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión. Respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las normas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción.”

¹⁰⁵⁵ ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Los foros de competencia judicial internacional en material marítima*, Gobierno Vasco, Vitoria, 1994.

¹⁰⁵⁶ BERLINGIERI, F., ofrece una lista con criterios en relación a los diferentes créditos, en BERLINGIERI, F., *Berlingieri on arrest of ships...*, op. cit. p. 282.

En este precepto se mezclan por tanto dos concepciones de abordaje, la del art. 13 CLC y la del propio C52 recogida como crédito marítimo en el art. 1.1.a.

En línea con lo comentado en páginas precedentes, la regulación del CLC extiende, de forma expresa, la competencia sobre el fondo a los tribunales designados en el C52 a los supuestos de “reparación de los daños y perjuicios que un buque cause, ya por ejecución u omisión de una maniobra, ya por inobservancia de los Reglamentos, bien a otro buque, bien a las cosas o personas que se encuentren a bordo de ambos, aunque no haya habido abordaje”.

e. Crédito nacido de salvamento

Se entenderá “salvamento” en los términos comentados de la lista de créditos del art. 1.

f. Hipoteca o *mortgage*

Del mismo modo se extenderá para estos casos la explicación al respecto realizada respecto de este crédito del art. 1.1.

B. Autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad encuentra su reflejo en el Convenio a través de la inclusión del art. 7.3 que establece la pauta de que el tribunal que conozca del embargo preventivo establecerá, en función de su normativa aplicable, los plazos para la presentación de la demanda sobre el fondo ante el órgano jurisdiccional o arbitral designado. Ha de entenderse por tanto que el acuerdo atributivo de competencia primará frente a los restantes foros establecidos en el artículo.

Sin embargo, no existe una regulación en lo referente a las concretas cuestiones procedimentales de esta *prorrogatio fori*. Ante la inexistencia de requisitos formales en el texto del Convenio pueden leerse opiniones contradictorias en la doctrina.

Mientras que algunos autores consideran que la validez de la sumisión deberá valorarse de acuerdo con las normas internas aplicables al caso¹⁰⁵⁷, otros rebaten dicha tesis por cuanto que sostiene que la validez simplemente no queda supeditada a “la

¹⁰⁵⁷ MORA CAPITÁN, B., *El embargo preventivo...*, op. cit., p. 388. Cita el 22.2 de la LOPJ, así como los artículos 17 de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988, que corresponderían al 23 del Reglamento 44/2001.

observancia de una determinada forma o ritual, y ninguna ley interna podrá establecer requisitos adicionales a los previstos en el respectivo Convenio”¹⁰⁵⁸.

En cualquier caso, si la demanda no se plantease en el plazo establecido a tal efecto por el tribunal que decreta el embargo, ante el tribunal que resulte competente, el demandado podrá solicitar el levantamiento del embargo y, en su caso, la devolución de la caución prestada. Adicionalmente el demandante correría con los gastos ocasionados al buque embargado así como todas las costas del proceso.

C. Supuestos en los que exista un convenio arbitral

Otra cuestión a plantear es la de la competencia del órgano jurisdiccional ante una cláusula de sumisión a arbitraje, reconocidas como hemos visto en el art. 7.3, para adoptar la propia medida cautelar.

El C52 permite, a este respecto, la sumisión de la controversia principal a arbitraje, si bien, como hemos establecido recurrentemente en el presente estudio, la competencia para adoptar la medida cautelar recalará en todo caso en un órgano jurisdiccional estatal, de acuerdo con el art. 1.2. Asimismo, de acuerdo con la lógica a la que nos hemos referido en el capítulo precedente, la adopción de la medida cautelar por parte del órgano jurisdiccional estatal correspondiente no condicionará la validez del convenio arbitral.

8.2. EN EL C99

Mientras que en las conferencias en las que se discutió el C52 el tira y afloja entre las asociaciones británica y francesa resultó en una solución de compromiso que no resultó plenamente satisfactoria para ninguno de los bloques, en la Conferencia de Lisboa del CMI para la elaboración del nuevo Convenio pareció retomarse la tesis británica en el sentido de establecer un sistema que dando prioridad a la autonomía de la voluntad, consolidaba el *forum arresti* como punto de conexión para la determinación de competencia sobre el fondo -distanciándose así del C52- en ausencia del ejercicio de la citada posibilidad de las partes.

El texto adoptado, también a través del art. 7, fue finalmente el siguiente:

Artículo 7. Competencia para conocer del fondo del litigio.

¹⁰⁵⁸ ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Los foros...*, op. cit., p.

1. Los tribunales del Estado en que se haya practicado un embargo o se haya prestado garantía para obtener la liberación del buque serán competentes para resolver sobre el fondo del litigio, a menos que válidamente las Partes acuerden o hayan acordado someter el litigio a un tribunal de otro Estado que se declare competente o a arbitraje.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, los tribunales del Estado en que se haya practicado un embargo o se haya prestado garantía para obtener la liberación del buque podrán declinar su competencia si la ley nacional les autoriza a ello y el tribunal de otro Estado se declara competente.

3. Cuando un tribunal del Estado en que se haya practicado un embargo o se haya prestado garantía para obtener la liberación del buque:

No tenga competencia para resolver sobre el fondo del litigio; o

Haya declinado su competencia de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo.

Ese tribunal podrá de oficio, y deberá a instancia de parte, fijar un plazo para que el acreedor entable la demanda ante un tribunal de justicia competente o ante un tribunal arbitral.

4. Si no se entabla la demanda dentro del plazo fijado de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo, se decretará a instancia de parte la liberación del buque embargado o la cancelación de la garantía prestada.

5. Si se entabla la demanda dentro del plazo fijado de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo o, de no haberse fijado ese plazo, si se entabla la demanda ante un tribunal competente o un tribunal arbitral de otro Estado, toda resolución definitiva dictada en ese procedimiento será reconocida y surtirá efecto con respecto al buque embargado o a la garantía prestada para obtener la liberación del buque, a condición de que:

Se haya comunicado la demanda al demandado con suficiente antelación y se le ofrezcan oportunidades razonables para defenderse; y

Ese reconocimiento no sea contrario al orden público.

6. Ninguna de las disposiciones del párrafo 5 del presente artículo limitará otros posibles efectos que la ley del Estado en que se haya practicado el

embargo del buque o se haya prestado garantía para obtener su liberación, reconozca a una sentencia o a un laudo arbitral extranjeros.

La apreciación que podemos hacer a primera vista es que, nuevamente, la redacción es significativamente más clara en sus términos que su predecesora. Se consagra el principio de *forum arresti* para conocer sobre el fondo, estableciendo sin embargo - como no ocurría en su antecesor- este como regla general, prescindiendo de los citados requisitos del C52.

Asimismo, se alude, además del lugar en el que se produjo el embargo, a aquel en el que se hubiese prestado la garantía para obtener la liberación del buque.

Estas dos alternativas eran tres en el origen del proyecto -en la conferencia de Lisboa- en el que se incorporaba, además, la garantía prestada para evitar el embargo del buque. Sin embargo, esta alternativa fue descartada por estimarse que podría propiciar una situación de *forum shopping* a favor del propietario del buque deudor.

A consecuencia de esta omisión, el demandante podría verse tentado a rechazar en cualquier caso una garantía para que no se embargue el buque con tal de que se juzgue el fondo en la jurisdicción que a éste le resulte más apropiada, lo que genera, paradójicamente, un nuevo escenario de potencial *forum shopping* en este caso a favor del demandante, una muestra más del *favor creditoris* al que nos hemos referido.

No obstante, el mismo 7.1 establece claramente la subordinación del *forum arresti* al foro elegido por las partes -incluido arbitraje-, lo que evita, en cierta medida, el aludido riesgo de *forum shopping*.

A. Autonomía de la voluntad – acuerdos atributivos de competencia

Con todo, nos encontramos nuevamente ante la cuestión de cómo determinar la validez del acuerdo atributivo de competencia. A diferencia de su predecesor, el C99 incorpora expresamente la fórmula “a menos que válidamente las Partes acuerden o hayan acordado someter el litigio a un tribunal de otro Estado que se declare competente o a arbitraje”, sin establecer, en todo caso, un criterio autónomo de determinación de la validez del mismo, lo que nos sitúa en idéntica tesitura.

Con todo, entiende la doctrina¹⁰⁵⁹, se deben considerar incluidos únicamente los acuerdos expresos, quedando la determinación de los requisitos concretos regulada por

¹⁰⁵⁹ ESPINOSA CALABUIG, R., “¿Podía España ratificar el Convenio de Ginebra...”, op. cit., p. 288.

la *lex fori* del lugar en el que se sustancie la controversia, tribunal Estatal o arbitral -sin perjuicio de las reservas a las que nos referido en relación la regulación del C52, plenamente vigentes entendemos en relación con su sucesor-.

Sobre este particular, el Derecho europeo vigente -y por lo tanto norma de aplicación preferente en los Estados miembros-, a través del art. 25 RBI-bis establece una serie de requisitos¹⁰⁶⁰ autónomos, remitiendo, en todo caso, al Derecho nacional para decidir sobre la validez material del acuerdo en aplicación de la norma interna.

Existiendo este acuerdo atributivo de competencia, válido en virtud de lo antedicho, el 7.2 insta a los tribunales del *forum arresti* a declinar su competencia a favor de los tribunales designados en el acuerdo, eso sí, respetando dos condiciones.

La primera, que esta declinatoria esté permitida por su ley nacional, lo que no plantea demasiados problemas.

La segunda puede resultar algo más controvertida, puesto que a pesar de que se hace expresa mención al arbitraje en el sub-epígrafe anterior, parece obviarse en este caso aludiendo a que “el tribunal de otro Estado se declare competente”. En una interpretación literal del precepto parece estar refiriéndose exclusivamente a órganos jurisdiccionales de otro Estado, lo que cerraba la puerta a aceptar la declinatoria a favor

¹⁰⁶⁰ Artículo 25

1. Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.
2. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.
3. El órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro a los que el documento constitutivo de un trust haya atribuido competencia serán exclusivamente competentes para conocer de una acción contra el fundador, el trustee o el beneficiario de un trust si se trata de relaciones entre estas personas o de sus derechos u obligaciones en el marco del trust.
4. No surtirán efecto los acuerdos atributivos de competencia ni las estipulaciones similares de documentos constitutivos de un trust si son contrarios a las disposiciones de los artículos 15, 19 o 23, o si excluyen la competencia de órganos jurisdiccionales exclusivamente competentes en virtud del artículo 24.
5. Un acuerdo atributivo de competencia que forme parte de un contrato será considerado como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato. La validez del acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato.

de un tribunal arbitral. No obstante, la expresa alusión a arbitraje del 7.1 descarta, a nuestro entender, esta limitación.

En definitiva, el sistema establecido por el art. 7.2 adolece, en opinión de algunos autores¹⁰⁶¹, de notables dificultades procesales a la hora de llevarlo a la práctica por cuanto que, por un lado, no resulta probable que el tribunal del Estado del embargo se inhiba a favor de otro tribunal indeterminado y siendo, a juicio de dichos autores, complejo conocer que un órgano jurisdiccional situado en otro Estado contratante se ha declarado competente.

Las dificultades se ven acentuadas por el hecho de que el texto carece de una verdadera norma de atribución de competencia ni de cooperación judicial entre los diferentes tribunales implicados lo que, en la práctica, conllevará la necesidad de que el demandante deba obtener el documento que acredite la competencia del tribunal “alternativo” para eludir la competencia del *forum arresti*.

Estas derivadas procesales pueden acarrear, en la práctica, que los aparentes avances en la regulación no sean, a fin de cuentas, tales.

B. Plazo para interponer la demanda

Sin perjuicio de las consideraciones al respecto que haremos en el apartado dedicado al Derecho español, el C99, en su art. 7.3 introduce una remisión al tribunal del *forum arresti*, determinando que “podrá” de oficio o “deberá” a instancia de parte, fijar un plazo para que se entable la demanda principal.

El carácter potestativo que parece desprenderse de la literalidad del precepto ha sido, sin embargo, puesto en tela de juicio por la doctrina¹⁰⁶², por cuanto que puede comprometer la seguridad jurídica.

La no presentación de la demanda en plazo operará como presupuesto para el levantamiento de la medida y, en su caso, como causa que indica que nos encontramos ante un embargo injustificado lo que genera a favor del embargado el derecho a ser indemnizado por las eventuales pérdidas que le hubiera supuesto la detención del buque.

C. Reconocimiento de resoluciones

¹⁰⁶¹ ALCÁNTARA GONZALEZ, J.M., “El nuevo...”, op. cit.

¹⁰⁶² CARBALLO PIÑEIRO, L., “Convenio internacional...”, op. cit., p. 323.

Especial atención merecen asimismo los puntos 5 y 6 del presente artículo por introducir una novedad respecto del CB52 en el sentido de extender el campo de aplicación del texto al reconocimiento y ejecución de sentencias sobre el fondo del asunto en el estado en que se practicó el embargo.

El punto 5, por su parte, establece que “toda resolución definitiva dictada en ese procedimiento será reconocida y surtirá efecto con respecto al buque embargado o a la garantía prestada para obtener la liberación del buque”, introduciéndose adicionalmente, una serie de condiciones para que opere este mecanismo. Se trata por un lado, de garantizar el derecho de audiencia y contradicción al demandado y, por otro lado, del respeto al orden público del Estado en el que se insta el reconocimiento.

Se incluyen, adicionalmente, una serie de salvedades a tal reconocimiento, cuales son la colisión de la sentencia con el orden público del estado embargante o los casos en que se aprecie indefensión del demandado. De este modo se completa un precepto que, como vemos, introduce una muy amplia regulación de DIPr, siempre respetando, como expresamente indica el art. 7.6, la legislación interna en relación con el reconocimiento de resoluciones extranjeras.

Esta última puntualización nos sitúa en el ámbito de aplicación del RBI-bis y su régimen de reconocimiento y ejecución dentro del la UE, a la que nos referiremos de manera monográfica a continuación.

VI.

RÉGIMEN JURÍDICO DE ORIGEN INTERNO – PERSPECTIVA DE DERECHO ESPAÑOL

La aproximación a la regulación del embargo preventivo de buques, si bien intrínsecamente internacional en su regulación general, tendrá, como hemos indicado en las páginas precedentes, un importante componente de Derecho interno de los Estados parte en los instrumentos internacionales referidos para completar las numerosas cuestiones para las que, implícita o explícitamente estos remiten a Derecho nacional.

En aras, por tanto, a ofrecer una perspectiva completa en relación con la materia, no podemos desconocer la realidad, en este caso, que ofrece el Derecho español cuya regulación en materia marítima ha sufrido, además, cambios recientemente que justifican sobradamente el análisis de dicha regulación.

En este sentido, y sin perder de vista la vocación internacional-privatista del presente estudio, deberemos referirnos inevitablemente a cuestiones más propias del Derecho procesal que, a menudo, son precisamente aquellas que los Convenios sobre embargo preventivo han dejado en manos de la legislación del *forum arresti*.

Concretamente, cuestiones como la calificación en Derecho español de esta figura internacionalmente denominada “embargo preventivo” generarán dudas entre la doctrina procesalista por cuanto que, adelantamos, no existe una plena identidad entre la figura contemplada en los Convenios y la que típicamente ha recogido la legislación española.

Nos encontramos, en definitiva, ante una medida de naturaleza cautelar, figura que no desconoce nuestro ordenamiento, naturalmente, pero cuya regulación general difiere a menudo de la específicamente recogida en los Convenios sobre embargo preventivo y en la legislación nacional marítima, la LNM fundamentalmente. Deberemos, por tanto, referirnos a las peculiaridades que ofrece esta regulación especial respecto de la general,

Adicionalmente aludiremos a una cuestión controvertida y de enorme interés para el estudio jurídico, como es la posición de los Convenios sobre embargo preventivo en el sistema de fuentes de la UE, y, además, concretamente, la potencialmente irregular ratificación por parte de España, como Estado miembro, del C99.

En efecto, como hemos visto, el Convenio regula cuestiones de competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones, cuestiones para las que la

UE es exclusivamente competente lo que pone en tela de juicio la posibilidad de ratificación de dicho instrumento por parte de un Estado miembro en los términos a los que haremos alusión en las próximas páginas.

1. CONTEXTO - EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA DEL SISTEMA DE FUENTES EN DERECHO ESPAÑOL

En relación al sistema de fuentes en Derecho español debemos distinguir una serie de fases hasta llegar a la situación actual. Partiendo de la situación con el Código de Comercio hasta la actualmente vigente LNM la legislación española ha pasado por una serie de hitos a los que nos debemos referir someramente en aras a situar la situación actual.

1.1. LA REGULACIÓN PRIMITIVA DEL CÓDIGO DE COMERCIO

La articulación jurídica que realiza este texto en relación con el embargo, en general, de buques se llevaba a cabo en el art. 584 en relación con los arts. 690.4, el 755.11, el 789.3, el 795, el 809.4 y el 811.10.

Sin embargo, el citado art. 584 se limita a establecer las condiciones para el embargo ejecutivo, estableciendo una distinción entre créditos privilegiados y no privilegiados¹⁰⁶³. Asimismo, marcando una diferencia adicional con respecto a la figura objeto del presente estudio, excluye la posibilidad de embargo de buques *ready to sail*.

El resto de los artículos citados se refieren a otros supuestos de embargo ejecutivo, por fuerza mayor, por orden del gobierno y supuestos similares, que, a fin de cuentas no interesan a efectos de referirnos al embargo preventivo. Por tanto, se puede afirmar que no existe regulación concretamente referida al embargo preventivo de buques en este texto.

1.2. CONVIVENCIA DE LOS CONVENIOS Y LA LEC

A. Primera etapa: C52 y LEC

¹⁰⁶³ Subordinada igualmente a la regulación del CPH 93 y, por lo tanto, de escasa repercusión.

Una primera etapa fue la de la coexistencia del C52 con la Ley 2/1967 sobre embargo preventivo de buques¹⁰⁶⁴, ley elaborada para adaptar el Convenio a la normativa española, y la LEC 1881.

Se consideró necesaria la elaboración de la Ley 2/1967 por no existir mecanismos de recepción de tratados en aquel momento, lo que ha de ser valorado positivamente, y además daba respuesta a las cuestiones sobre las que el C52 remitía a la legislación nacional de los Estados parte.

La necesidad de esta legislación, se justificada en su exposición de motivos por cuanto que “el Convenio de Bruselas de diez de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, al ser ratificado por España, impone sus normas como Ley nacional; mas para que tenga plena efectividad es preciso acomodar las disposiciones procesales con el fin de que el embargo preventivo de buques en aseguramiento de créditos marítimos pueda autorizarse con la rapidez necesaria. La presente Ley se limita a establecer las especialidades que a tal fin son necesarias, o sea los requisitos para que el embargo se produzca, las garantías que han de adoptarse para evitar toda pretensión infundada y los límites de la oposición.”

Aunque cuestionada su utilidad, precisamente por la afirmación de que el Convenio impone sus normas “como Ley nacional” que haría de aplicación pura y simplemente el Convenio sobre la normativa interna, lo cierto es que da solución a cuestiones no concretadas en el texto internacional.

Por un lado, establece expresamente la suficiencia de la simple alegación del crédito para poder decretar el embargo, en contra de las disposiciones generales de la LEC. Por otro, extiende la aplicación del régimen internacional a buques de pabellón de Estados no firmante en el Convenio, con la excepción del art. 2 del mismo, por la cual se puede embargar un buque de un tercer Estado, además de por los créditos del Convenio, por los establecidos en la legislación nacional.

B. Segunda etapa: vigencia simultánea de ambos Convenios

Una segunda etapa fue el periodo transitorio entre la vigencia de ambos textos convencionales. Desde el 14 de septiembre de 2011 hasta el 28 de marzo de 2012 se daba la singular circunstancia de que:

- a. Seguía en vigor la Ley 2/1967

¹⁰⁶⁴ Ley 2/1967, de 8 de abril, sobre embargo preventivo de buques. BOE N° 86, de 11 de abril de 1967, p. 4776.

- b. Seguía en vigor el C52
- c. Además, entraba en vigor internacional el C99, pero, puesto que no se había producido la denuncia del anterior, respecto de los buques parte en ambos Convenios.

Si bien la convivencia de ambos Convenios durante un periodo de tiempo no generó conflictos en la práctica¹⁰⁶⁵, la incorporación del régimen del C99 -modificando por tanto la LEC- en nuestro sistema, de manera apresurada a través del RDL 12/2011 recibió alguna críticas por parte de la doctrina al reflejar, según dichas fuentes¹⁰⁶⁶, una notable falta de rigor formal por parte del legislador.

C. Tercera etapa, Convenio vigente C99

La tercera etapa fue desde el 28 de marzo de 2012, día en que se encuentra plenamente vigente el C99, denunciado el C52 y derogada la Ley 2/1967 por el R.D.-Ley 12/2011, 26 agosto, por el que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico hasta la entrada en vigor de la LNM.

Por tanto, en dicho periodo acudiríamos a las normas de la LEC para encontrar el régimen de embargo preventivo, en general, que sería en todo caso de aplicación supletoria a lo establecido en el C99. La regulación general, contenida en el título sexto del libro tercero, establece un régimen algo diferente del de los Convenios -exigiendo, por ejemplo, acreditación documental del crédito para proceder al embargo-.

Con todo las disposiciones generales referidas se encontraban en una posición de subordinación respecto de las normas del C99 que en la práctica era de aplicación en todos los supuestos de embargo preventivo en España, bien directamente -a la generalidad de los buques- o bien a través de la remisión al mismo que realiza el RD 11/2012 por remisión del art. 8.6 del C99.

Esta disposición adicional era la única norma de producción interna que se refería, en este periodo transitorio has la vigencia de la LNM, de manera expresa al embargo preventivo de buques, con el siguiente texto:

¹⁰⁶⁵ CARBALLO PIÑEIRO, L., “Convenio internacional sobre...”, op. cit., p. 321.

¹⁰⁶⁶ ESPINOSA CALABUIG, R., “La desarmonización de la armonización europea, a propósito del Convenio de Ginebra de 12 de marzo de 1999 sobre embargo preventivo de buques y su relación con los Reglamentos Bruselas I y Bruselas I bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, N° 3, 2013, pp. 645-676, p. 651.

“Vigésima sexta

Embargo preventivo de buques

1. La medida cautelar de embargo preventivo de buques se regulará por lo dispuesto en el Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999, por lo dispuesto en esta disposición y, supletoriamente, por lo establecido en esta ley.

Lo dispuesto en el Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999 y en esta disposición se aplicará también a los buques que enarboles pabellón de un Estado que no sea parte en dicho Convenio.

2. Para decretar el embargo preventivo de un buque bastará que se alegue el crédito reclamado y la causa que lo motive. El tribunal exigirá en todo caso fianza en cantidad suficiente para responder de los daños, perjuicios y costas que puedan ocasionarse.

3. Hecho el embargo, la oposición sólo podrá fundarse en el incumplimiento de los requisitos previstos en el Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques.”

La alusión a la aplicación del C99 a buques de Estados no parte en el mismo, a todas luces redundante e innecesaria dado que la propia aplicación del C99 supone idénticas consecuencias, se justifica en el hecho de que España formulara con anterioridad a la entrada en vigor del C99, una reserva al mismo mediante la cual excluía “la aplicación de este Convenio en los casos de buques que no enarboles el pabellón de un Estado parte”.

La existencia de esta reserva tuvo su origen en la eterna promesa de elaboración de un texto definitivo de Ley General de Navegación Marítima¹⁰⁶⁷, llamada a regular dichos supuestos, pero que al no haberse aprobado todavía forzó a la inclusión de esta fórmula mediante la cual se dio la necesaria solución a un vacío legal que habría supuesto un problema en la determinación y aplicación de un régimen de embargo preventivo de buques a las embarcaciones de Estados no parte.

¹⁰⁶⁷ Capítulo I del título IX del anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima. Para extender la información se sugiere la lectura de VV.AA., *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de la Ley General de Navegación Marítima*, Gobierno Vasco, Vitoria, 2006, que en las pp. 710 y ss. trata la cuestión concreta del embargo preventivo de buques.

D. Statu quo: vigente C99 y entrada en vigor de la LNM

Por último, y a fecha de publicación del presente estudio, el régimen del embargo preventivo de buques en España se regirá:

- a. Para embargos preventivos de buques contemplados en el ámbito de aplicación del C99, primero y fundamentalmente por este y, supletoriamente, por la Ley de Navegación Marítima -a la que nos referiremos a continuación de forma monográfica- sobre la que prevalecerá en caso de producirse un conflicto.
- b. Para supuestos excluidos del ámbito de aplicación del Convenio - supuestos meramente nacionales o embargos de buques que enarbolen pabellón de Estados no parte del Convenio- la norma de aplicación preferente será, en este caso, la LNM.

En todo caso, la LEC quedará reducida a mera norma de aplicación supletoria para todas aquellas cuestiones que pudieren no estar reguladas en los citados textos de referencia.

2. LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA

Como señalábamos, la legislación interna española carecía de una regulación general en materia marítima, cuestión subsanada mediante la aprobación de esta Ley de navegación marítima cuyo preámbulo destaca numerosas cuestiones que justifican la elaboración de esta norma y sobre las que debemos necesariamente incidir antes de proceder al análisis de la concreta regulación que en ella se hace de la figura del embargo preventivo de buques.

Se trata, en primer lugar, de una norma con vocación de ser una norma completa, que contemple “todos los aspectos”¹⁰⁶⁸ del Derecho marítimo español¹⁰⁶⁹, lo que pasa,

¹⁰⁶⁸ Preámbulo LNM, punto I.

¹⁰⁶⁹ Aspectos a los que, naturalmente, no podemos referirnos de manera pormenorizada pero extensamente tratados en la doctrina española, vid., entre otros: EMPARANZA, A. y MARTÍN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2015; CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN, E. (dir.), *Comentarios a la Ley de navegación marítima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; AA.VV., *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid, 2015; DÍAZ RIBES, S., “El embargo preventivo de buques y el salvamento marítimo en la nueva Ley de Navegación Marítima”, *Diario La Ley*, 6482/2014, pp. 8-10; ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “La dimensión procesal internacional en la Ley de navegación marítima”; AA.VV., *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de la Ley General de Navegación Marítima*, Gobierno Vasco, Vitoria, 2006.

necesariamente por la coordinación con la vertiente internacional de una materia con un componente internacional muy significativo como es el Derecho marítimo.

Para cumplir dicho objetivo el legislador español enumera una serie de textos internacionales que sirvieron de referencia para elaboración de la Ley. Destacan entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar¹⁰⁷⁰ -CNUDM-, el Convenio SOLAS¹⁰⁷¹, las Reglas de York y Amberes sobre avería gruesa, remitiendo además expresamente a convenios como el Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo¹⁰⁷², el Convenio de Responsabilidad Civil de 1992¹⁰⁷³ o al Convenio BUNKERS¹⁰⁷⁴.

Asimismo, en relación con la materia objeto del presente estudio, el título IX de la ley, referido a “especialidades procesales” dedica el capítulo II en exclusiva al embargo preventivo de buques, remitiendo para ello de manera expresa al C99 como norma de referencia para la regulación de dicha figura en España, sirviendo la LNM para completar las estipulaciones del texto internacional.

Entre las cuestiones “a completar” el propio preámbulo destaca¹⁰⁷⁵ la determinación de la cuantía exigible a modo de caución para decretar el embargo, no determinada en el texto internacional¹⁰⁷⁶.

Dada la identidad, cuando no la remisión directa, entre las disposiciones del C99 y las de la LNM, procede en este punto realizar un análisis de los artículos de esta última tratando, en lo posible, de destacar únicamente aquellas cuestiones que supongan algún cambio o matiz respecto de las estipulaciones del Convenio de las que hemos dado buena cuenta a lo largo del presente capítulo.

Con la entrada en vigor de la LNM se produce, además, la derogación disposición final 26ª de la LEC introducida, como hemos señalado, como régimen transitorio hasta que se diera la plena vigencia del C99 y la denuncia del régimen anterior.

¹⁰⁷⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982.

¹⁰⁷¹ Convenio Internacional de Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1974.

¹⁰⁷² Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, 1989, hecho en Londres el 28 de abril de 1989.

¹⁰⁷³ Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos, 1992.

¹⁰⁷⁴ Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos para combustible de los buques (BUNKERS, 2001).

¹⁰⁷⁵ Preámbulo LNM, punto XI.

¹⁰⁷⁶ Sobre la caución en los Convenios, vid. supra pp. 382 y ss.

3. EL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES EN ESPAÑA – *STATU QUO*

Procede, como hemos expuesto, examinar de qué manera la legislación nacional de referencia -LNM- recoge las diferentes cuestiones cuya regulación en los Convenios sobre embargo preventivo hemos comentado profusamente a lo largo del presente capítulo.

En relación, concretamente, con el articulado de la LNM, el capítulo II al que nos referíamos recoge en los arts. 470 a 479 la cuestión del embargo preventivo de buques de manera monográfica.

3.1. PREVALENCIA DE FUENTES Y CONCRECIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE “EMBARGO PREVENTIVO”

A. Artículo 470 LNM. Naturaleza y regulación de la medida.

1. La medida cautelar de embargo preventivo de buques, tanto nacionales como extranjeros, se regulará por el Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999, por lo dispuesto en esta ley y, supletoriamente, por lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Dicha medida conllevará necesariamente la inmovilización del buque en el puerto donde se encuentre.
2. En ningún caso podrá solicitarse el embargo preventivo para asegurar la ejecución de una sentencia ya recaída o de un laudo arbitral ya dictado.
3. Las disposiciones previstas en este capítulo son de aplicación a las embarcaciones.

El art. 470 se encarga, primeramente, de establecer la citada prevalencia de fuentes, señalando que “la medida cautelar de embargo preventivo de buques, tanto nacionales como extranjeros”, se regulará por el C99, por lo dispuesto en la propia LNM y, supletoriamente por las disposiciones generales de la LEC.

Asimismo, delimita el concepto de “embargo preventivo” a supuestos que conlleven la inmovilización del buque –pudiendo esta inmovilización llevarse a cabo de diferentes maneras, ex. art. 476.

Con todo, la propia LNM establece una excepción a este requisito general, art. 473, que permite, en los supuestos de embargos “estrictamente nacionales”, la sustitución de

la citada inmovilización por “la anotación en el Registro de Bienes Muebles de la medida y, en su caso, de la prohibición de enajenar.”.

Este primer precepto se encarga también de establecer la necesaria diferencia entre embargo preventivo y embargo ejecutivo, siendo las disposiciones a las que nos referimos exclusivamente aplicables al primer supuesto, no pudiendo “solicitarse el embargo preventivo para asegurar la ejecución de una sentencia ya recaída o de un laudo arbitral ya dictado”.

No obstante, el art. 473 introduce un matiz sobre el que cabe detenerse en relación con la delimitación del embargo a embargos exclusivamente preventivos, por cuanto que para los supuestos estrictamente nacionales regulados en dicho precepto elimina la delimitación de embargo “preventivo”, refiriéndose únicamente a “embargos”, lo que puede generar la duda de la extensión del precepto a embargo ejecutivos en los supuestos regulados por dicho artículo, opción esta última descartada por la doctrina¹⁰⁷⁷ por el mero hecho de tratarse de una disposición inserta en un apartado dedicado exclusiva y excluyentemente al “embargo preventivo”.

B. El concepto de “embargo preventivo”

La consideración de la medida cautelar regulada por el C99 y ahora de manera expresa en la LNM y denominada de manera general “embargo preventivo” puede dar lugar a una reflexión¹⁰⁷⁸, más en el plano teórico que en la práctica procesal, respecto de su naturaleza jurídica que no puede ser obviada en aras a realizar un análisis riguroso de la referida figura.

Nos encontramos ante un instrumento procesal, denominado de manera idéntica en diferentes textos, la normativa interna española por un lado y la normativa internacional, plasmada en los Convenios de 1952 y 1999, por otro.

Con anterioridad a la LNM, que remite para la identificación de la figura al concepto desarrollado en la normativa convencional, teníamos lo que la LEC entendía por “embargo preventivo” y lo que debíamos entender por “embargo preventivo” de buques según los citados Convenios.

¹⁰⁷⁷ CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN, E., *Comentarios a la Ley de navegación...*, op. cit., p. 494; ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho Marítimo...*, op. cit., p. 476.

¹⁰⁷⁸ Sobre la situación previa a la entrada en vigor de la LNM y la comparación con las estipulaciones generales en Derecho procesal español: MORA CAPITAN, B. *El Embargo Preventivo...*, op. cit., pp. 129 y ss.

Partiendo de la base de que la versión en castellano del C52 no puede considerarse auténtica¹⁰⁷⁹, la denominación de embargo preventivo no podía ser tomada de forma literal, siendo ésta una traducción de los términos *arrest* en inglés o *saisie conservatoire* en francés, cuestión, como decimos, resuelta en el C99¹⁰⁸⁰ cuya versión oficial en castellano propone expresamente la fórmula “embargo preventivo”, adoptada en la LNM.

Queda clara por tanto la intención del legislador de denominar a esta figura del modo en que lo ha hecho, subsistiendo aun dudas sobre la aplicabilidad de las normas generales previstas en la LEC para “embargos preventivos” cuya naturaleza jurídica no es idéntica a la de los embargos preventivos, de buques, a los que se refiere la norma introducida en la LEC y, por remisión, la normativa convencional. Se trata en todo caso, como hemos defendido, de un debate superado en la práctica con la plena vigencia de la LNM.

C. Buques y “embarcaciones”

A diferencia del C99 -o de su predecesor- la LNM se refiere en el art. 470.3 no solo a buques sino que hace extensivo el ámbito de aplicación de la norma a “embarcaciones”, definidas en el art. 57 de la misma ley como todo “vehículo que carezca de cubierta corrida y el de eslora inferior a veinticuatro metros, siempre que, en uno y otro caso, no sea calificado reglamentariamente como unidad menor en atención a sus características de propulsión o de utilización.”

Algunos autores simplifican la cuestión al acotar el concepto de buque o embarcación a vehículos que además de, naturalmente, flotar, estén concebidos para “la destinación del vehículo a la navegación”¹⁰⁸¹ y tengan capacidad para transportar personas o bienes, con finalidad comercial, o no. Esta última característica extiende la aplicación de la ley a embarcaciones de recreo como yates.

Dado que el C99 no establece definición a semejanza de la Ley española, debemos atender a esta para delimitar el concepto. A consecuencia de ello, entenderemos, el régimen del Convenio no será de aplicación a “embarcaciones”, cuyo potencial embargo

¹⁰⁷⁹ Solo tienen tal consideración las versiones en inglés y francés.

¹⁰⁸⁰ Considera en su artículo 17 igualmente oficiales las versiones en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso.

¹⁰⁸¹ MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo preventivo...”, op. cit., p. 8.

estará regido en todo caso por la LNM que amplía, de esta manera, de manera notable el ámbito de aplicación de la norma internacional.

Quedarán excluidos, en todo caso, los embargos referidos a artefactos navales y plataformas fijas -arts. 58 y 59 LNM-.

3.2. COMPETENCIA

El art. 471 introduce los criterios de competencia, dotando de competencia para decretar el embargo al tribunal que tuviera competencia sobre el fondo o al del puerto en el que esté o se espera que arribe el buque.

Artículo 471. Competencia.

1. Será competente para decretar el embargo preventivo de un buque, el tribunal que tenga competencia objetiva para conocer de la pretensión principal o el del puerto o lugar en que se encuentre el buque o aquel al que se espera que el buque arribe, a elección del actor que solicita la adopción de la medida cautelar. No obstante, si el buque no llegara al puerto esperado, el tribunal de dicho puerto perderá su competencia.
2. Cuando ordenado el embargo preventivo de un buque, sea otro tribunal español el competente para conocer el fondo del asunto, se mantendrá la medida acordada siempre que la demanda se interponga dentro del plazo fijado por el juez en función de las circunstancias del caso.

Se establece por tanto la competencia del tribunal competente para conocer la demanda principal para conocer del embargo, si bien no de forma exclusiva, pudiendo ser decretado, además, por el tribunal del lugar en el que se encuentre el buque o en el que se espere que llegue.

Esta última consideración será, como hemos señalado, la principal diferencia entre el precepto español y la norma convencional, la inclusión de la posibilidad de solicitar el embargo en el puerto en el que se espere que llegue el barco, aclarando una alternativa no expresamente recogida en el C99 y que podría generar ciertas dudas. Adicionalmente el legislador aclara que de no producirse la entrada en el puerto esperado la competencia decaerá.

A. Órgano judicial competente

Respecto de la competencia objetiva en la jurisdicción española persisten dudas en la doctrina¹⁰⁸² sobre la concreta competencia para decretar este tipo de medidas.

Por un lado, la competencia para conocer sobre el fondo será, en general, de los juzgados de lo mercantil -ex. art. 86 ter LOPJ¹⁰⁸³-, si bien cuestiones como los créditos relativos a reclamaciones salariales de la tripulación serán conocidos por los Juzgados de lo Social -ex. art. 2.a de la Ley reguladora de la jurisdicción social¹⁰⁸⁴-.

Asimismo, otros créditos pueden recaer en el ámbito competencial de los Tribunales de lo contencioso administrativo. Concretamente¹⁰⁸⁵, créditos por asistencia, salvamento y remolque que hayan dado lugar a expediente administrativo y cuya resolución, en vía administrativa, por el Ministerio de Defensa haya sido objeto de recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional. Igualmente, determinados créditos por daños al medio ambiente, por remociones, o por derechos y gravámenes de puertos, canales, muelles, radas y otras vías navegables pueden derivar la competencia a estos mismos tribunales.

Por último, en determinados supuestos la competencia podría recaer en los Juzgados de primera instancia.

Este sería el caso, primeramente, de determinados créditos que sobre los que podría cuestionarse su encaje en la categoría de “pretensiones relativas a la aplicación del Derecho marítimo” del citado art. 86 LOPJ¹⁰⁸⁶.

Por otro lado, dado que la redacción del precepto otorga competencia al tribunal del lugar en el que se encuentre -o se espere el buque-, independientemente de que tenga o no competencia sobre el fondo, esto extendería esta competencia, igualmente a los Juzgados de primera instancia de dicho lugar.

¹⁰⁸² CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN, E., *Comentarios a la Ley de navegación...*, op. cit., p. 503.

¹⁰⁸³ Artículo 86 ter.

(...)

2. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:

(...)

c) Aquellas pretensiones relativas a la aplicación del Derecho marítimo.

¹⁰⁸⁴ Artículo 2. Ámbito del orden jurisdiccional social.

Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan:

a) Entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición, con la salvedad de lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; y en el ejercicio de los demás derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo.

¹⁰⁸⁵ MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo preventivo...”, op. cit., p. 21.

¹⁰⁸⁶ Ibid.

B. Requisitos y plazos para la presentación de la demanda principal

Las diferentes situaciones que establece la LNM dan lugar, igualmente, a diferentes soluciones en relación con la necesidad y los plazos para la presentación de la demanda principal una vez solicitado y obtenido el embargo.

- a. Si el actor elige el foro del lugar de situación del buque, la demanda principal deberá ser presentada ante el tribunal -español- competente en el plazo fijado por el juez. La fijación de dicho plazo dependerá entonces de la norma procesal general contenida en la LEC respecto de las medidas cautelares, fijado en 20 días desde la adopción de la medida.
- b. Idéntico plazo entendemos debe aplicarse en los supuestos en los que el que adopte la medida sea el competente sobre el fondo.
- c. En caso de que el tribunal competente, de acuerdo con el art. 7 del Convenio, no sea un tribunal español, la propia LNM en su art. 479 establece un plazo de entre 30 y 90 días, a fijar por el tribunal embargante, para acreditarse el inicio del procedimiento principal.

C. Autonomía de la voluntad y arbitraje

Mención aparte merecen las cuestiones relativa a la posibilidad de que la competencia para dirimir la controversia haya sido determinada por las partes a través de una cláusula de elección de foro o un convenio arbitral, posibilidad contemplada y aceptada expresamente por el art. 474 LNM.

Artículo 474. Embargo preventivo y sometimiento a jurisdicción extranjera.
Procederá también el embargo preventivo de un buque a los efectos de obtener una garantía aunque, en virtud de la existencia en el contrato u otro documento de una cláusula de arbitraje o de una cláusula de jurisdicción, el crédito marítimo por el que se solicita el embargo deba someterse al conocimiento de una jurisdicción extranjera o de un tribunal arbitral.

La obligación, y el plazo, para la presentación de la demanda principal en este caso estará determinada por la aplicación directa del art. 7.3 del C99 que indica que el tribunal que otorgue la medida “podrá de oficio, y deberá a instancia de parte, fijar un plazo para que el acreedor entable la demanda ante un tribunal de justicia competente o ante un tribunal arbitral.”

Entendemos que, por analogía, los plazos no deberían diferir de los “más de 30 y menos de 90 días” a los que hacíamos alusión en los supuestos en los que la competencia sobre el fondo recayera sobre un órgano jurisdiccional no español en virtud de las estipulaciones del C99.

3.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA

Artículo 472. Embargo por créditos marítimos.

1. Para decretar el embargo preventivo de un buque por crédito marítimo que se define en el artículo 1 del Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, bastará que se alegue el derecho o créditos reclamados, la causa que los motive y la embargabilidad del buque.

2. El juez exigirá en todo caso garantía en cantidad suficiente para responder de los daños, perjuicios y costas que puedan ocasionarse. Esta fianza podrá ser de cualquiera de las clases que reconoce el Derecho, incluido el aval bancario.

Una vez fijada esa garantía, que como mínimo será del 15 por ciento del importe del crédito marítimo alegado, el tribunal podrá revisar su cuantía, de oficio o a instancia de parte, en atención al porte y a las dimensiones del buque, al coste derivado de la estancia del buque en el puerto, a su precio de mercado por día, a si está o no sujeto a línea regular, a si está o no cargado, así como a sus compromisos contractuales.

El art. 472 establece, en línea con la normativa convencional, la mera alegación del crédito marítimo y la causa que lo motive se considera suficientes requisitos para lograr el embargo a lo que se añade un requisito adicional, no contenido en el art. 3 del Convenio, como es la embargabilidad del buque, estableciendo, además, una caución obligatoria a presentar por parte del solicitante del embargo.

Procede a continuación realizar un análisis individualizado, por un lado, de la concurrencia de los presupuestos “clásicos” para la adopción de medidas cautelares – *periculum in mora*, *fumus boni iuris* y caución- a las que la LNM añade el citado requisito adicional, de la “embargabilidad” del buque.

3.4. PRESUPUESTOS PROCESALES PARA ADOPTAR LA MEDIDA

A este respecto, la figura del embargo preventivo de buques, como hemos visto al referirnos a las normas de origen convencional, recibe un tratamiento procesal diferente a los citados presupuestos generales, como expresamente recoge el art. 476 LNM, sin perjuicio de la remisión que hace el C99, en su art. 2.4, según el cual “el procedimiento relativo al embargo de un buque o al levantamiento de ese embargo se regirá por la ley del Estado en que se haya solicitado o practicado el embargo.” Esto obligará a tomar en consideración tanto la LNM como la LEC para dar cuerpo a una figura netamente procesal como la presente.

Artículo 476. Tramitación procesal de la medida de embargo.

Se presumirá que en el embargo de buques concurren el peligro por mora procesal y la urgencia de que tratan los artículos 728, 730.2 y 733.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

a. *Periculum in mora*

Respecto de la primera, tanto la regulación de la LNM como la del C99 responden a una misma necesidad -coincidiendo también con la LEC- y parten de un idéntico principio, que no es otro que el aseguramiento de los bienes necesarios para poder recurrir a una eventual ejecución, llegado el caso, tratándose siempre de un presupuesto “ínsito a la propia internacionalización de la actividad marítima”¹⁰⁸⁷.

Aunque no existe disparidad entre este fundamento entendido según el C99 o según la normativa española, debe considerarse siempre que el riesgo al adoptar este tipo de medidas en relación con un buque será significativamente mayor por el simple hecho de la movilidad de los mismos.

Conviene, en todo caso, reparar en la naturaleza de la presunción establecida por el art. 476, resultando relevante determinar si se trata de presunciones *iuris tantum* o *iuris et de iure*. En atención a la pretendida agilidad de la medida y a su carácter intrínsecamente *ex parte*, nos decantamos por la segunda de las opciones¹⁰⁸⁸ ya que entender que cabe prueba en contrario supondría dar la posibilidad al embargado de alegar que no se cumplen los requisitos, contraviniendo el citado espíritu de la medida.

b. *Fumus boni iuris*

¹⁰⁸⁷ Vid. cita 1018.

¹⁰⁸⁸ De la misma opinión ALBORS, E. y PORTALES, J. en EMPARANZA, A. y MARTÍN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación...*, op. cit., p. 738.

La apariencia de buen derecho plantea sin embargo más interrogantes, por cuanto que, como hemos visto, el régimen del Convenio, recogido también en la LNM, reduce los requisitos en relación con la acreditación de la deuda a la mera alegación del crédito, sin necesidad de aportarse elemento de prueba adicional, constituyéndose como excepción a la norma general en Derecho español que requiere la acreditación documental de los créditos para proceder al embargo preventivo.

Si bien se trata de una diferencia comprensible en atención a la recurrentemente citada movilidad del objeto del embargo -el buque-, algunos autores¹⁰⁸⁹, descartan esta interpretación -de origen anglosajón- del concepto “alegar”, decantándose por entender que deben aplicarse de las disposiciones de la LEC, concretamente el art. 732.2.3º, que exige “justificación” del crédito.

Esta posición doctrinal choca, no obstante, con el criterio mayoritario¹⁰⁹⁰ que acepta de manera general la mera alegación como suficiente, incluso para aquellos supuestos -como los embargos estrictamente nacionales- a los que no se aplica el Convenio sino la norma española.

c. Caución

En relación con la caución, la LEC, en su art. 728.3 dispone, como regla general, la obligación de prestar caución para “responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado”.

No era así el caso del la LEC 1881 -en la que sí aparece la caución en su art. 1402 pero limitada a determinados supuestos-, razón por la cual se introdujo este requisito como obligatorio para los embargos preventivos de buques en la ya derogada Ley 2/1967¹⁰⁹¹. La disposición adicional vigésimo sexta de la LEC volvía a insistir en esta misma idea de exigencia de fianza para la concesión del embargo.

En la misma línea, la LNM, adoptando en su art. 472 la regulación contenida en el art. 1.2 de la Ley 2/1967, establece que el juez “exigirá en todo caso garantía en cantidad suficiente para responder de los daños, perjuicios y costas que puedan ocasionarse”.

¹⁰⁸⁹ CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN, E., *Comentarios a la Ley de navegación...*, op. cit., p. 507.

¹⁰⁹⁰ ALBORS, E. y PORTALES, J. en EMPARANZA, A. y MARTÍN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación...*, op. cit., p. 736; MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo preventivo...”, op. cit., p. 10.

¹⁰⁹¹ Derogada por el RD 12/2011, citado supra.

Asimismo, en relación con la naturaleza de la caución, establece la propia LNM que “esta fianza podrá ser de cualquiera de las clases que reconoce el Derecho, incluido el aval bancario.” Si bien el citado aval será en la práctica la opción más habitual, el precepto abre el catálogo de garantías a todo tipo de garantías personales y reales¹⁰⁹².

De esta manera completa la regulación del C99 estableciendo la posibilidad -que no la obligación- de solicitar “garantía de la clase, por la cuantía y en las condiciones que determine el tribunal para responder de los perjuicios que puedan irrogarse al demandado como consecuencia del embargo”.

Debe repararse, sin embargo, en que el art. 472 LNM establece esta garantía para “decretar el embargo preventivo de un buque por crédito marítimo que se define en el art. 1” del C99, lo que no hace extensivo el requisito, siquiera en el plano teórico, al resto de supuestos.

Entendemos, no obstante, que a efectos prácticos, por aplicación del citado precepto o la legislación general contenida en los artículos comentados de la LEC, el resultado será idéntico, exigiéndose en todo caso esta garantía en los embargos preventivos que se soliciten en cualquier situación¹⁰⁹³.

Asimismo, en relación con el momento de presentación de la garantía, el art. 737 de la LEC establece que “la prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada”.

Respecto de la cuantía, la LNM establece que esta no podrá ser inferior al 15% del crédito reclamado. Este criterio empleado por el legislador ha generado algunas reservas en la doctrina¹⁰⁹⁴ por la posible generación de un efecto “*forum shopping paradise*”, lo que generaría, en la práctica, que el embargante, pudiendo elegir, se decantara por aquel que estableciera una caución menor.

Asimismo, no parece razonable en opinión de otros¹⁰⁹⁵ vincular la cuantía simplemente a un elemento como el importe del crédito -lo que, por otro lado, abre la posibilidad de embargo a acreedores con deudas de pequeña cuantía a los que les sería negado, de facto, el derecho de embargo si se establecieran por ley cauciones de importe más elevado-, por lo que debe valorarse positivamente los criterios específicos que establece la LNM en aras a que el órgano jurisdiccional establezca una caución

¹⁰⁹² MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo preventivo...”, op. cit., p. 12.

¹⁰⁹³ Ibid., p. 12.

¹⁰⁹⁴ ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho Marítimo...*, op. cit., p. 481.

¹⁰⁹⁵ ALBORS, E. y PORTALES, J. en EMPARANZA, A. y MARTÍN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación...*, op. cit., p. 739.

proporcionada y razonable, en relación con los costes -enormes en la práctica, lo que refuerza el efecto persuasivo de una medida como el embargo preventivo en estos casos- de inmovilización del buque en puerto.

Concretamente deberá tenerse en cuenta -art. 472.2- “el porte y a las dimensiones del buque, al coste derivado de la estancia del buque en el puerto, a su precio de mercado por día, a si está o no sujeto a línea regular, a si está o no cargado, así como a sus compromisos contractuales.”

No obstante, parte de la doctrina¹⁰⁹⁶ considera que en la práctica, por cuanto que la determinación de la caución deberá incorporarse en el auto que acuerde la medida, será difícil a pesar de los criterios que establece la Ley la determinación de los perjuicios que el embargo puede general al embargado, a pesar de lo cual, estas mismas fuentes consideran el límite del 15% adecuado en aras a dotar de seguridad jurídica a la norma, siendo además, una cantidad acorde a numerosa jurisprudencia de los tribunales españoles¹⁰⁹⁷.

En línea con lo controvertido de la formulación del artículo debe valorarse positivamente la posibilidad que ofrece la propia LNM -mismo art. 472.2- de que los órganos jurisdiccionales revisen o modifiquen el importe.

d. Supuestos de embargo indebido – responsabilidad del acreedor

Las anteriores referencias a la fianza que debe presentar el embargante nos obliga a realizar algunas consideraciones respecto de las posibles situaciones que deriven en responsabilidad por parte del acreedor, a las que hará frente, primeramente, con la citada garantía.

A este respecto, el C99 en su art. 6.2 establece el marco general, remitiendo al *forum arresti* para determinar el alcance de dicha responsabilidad, para la que introduce dos causas -que no constituyen lista cerrada-: que se trate de un embargo ilícito o no justificado o que se haya prestado una garantía excesiva. Remite, además, a la legislación nacional correspondiente para determinar esta responsabilidad.

Artículo 6

(...)

¹⁰⁹⁶ MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo preventivo...”, op.cit., p. 13.

¹⁰⁹⁷ Concretamente: STS de 19 de abril de 2006 (RJ 2006, 5120), FD. 2.º y 4.º; SAT Barcelona (Sala 3.ª) de 19 de noviembre de 1986 (RGD , 1987, págs. 2695 a 2699), FD. 6.º; SAP Valencia (Sección 8.ª) de 8 de abril de 2000 (AC 2000, 1413), FD. 3.º; y AAP Las Palmas (Sección 4.ª) de 10 de marzo de 2006 (JUR 2006, 160660), FD. 2.º.

2. Los tribunales del Estado en que se haya practicado un embargo serán competentes para determinar el alcance de la responsabilidad del acreedor, cuando hubiere incurrido en ella, por la pérdida o el daño causados por el embargo de un buque, en particular, pero no exclusivamente, los que se hubieren causado:
 - a) Por ser ilícito o no estar justificado el embargo; o
 - b) Por haberse pedido y prestado una garantía excesiva.
3. La responsabilidad en que, en su caso, hubiere incurrido el acreedor a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo se determinará por aplicación de la ley del Estado en que se haya practicado el embargo.
4. Si un tribunal de otro Estado o un tribunal arbitral tuviere que resolver sobre el fondo del litigio de conformidad con el artículo 7, la sustanciación del procedimiento relativo a la responsabilidad del acreedor a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo podrá suspenderse hasta que recaiga decisión sobre el fondo.
5. La persona que haya prestado una garantía en virtud de las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo podrá en cualquier momento solicitar al tribunal su reducción, modificación o cancelación.

En relación con la legislación española, a la que remite el Convenio, deberemos atender, primeramente, a lo establecido en la LEC, que en su art. 742 se refiere a la revocación de la medida cautelar –por prosperar el referido trámite de oposición a la misma- como causa generadora de responsabilidad para el embargante.

De este modo, deviniendo firme el auto que estime la oposición, “se procederá, a petición del demandado y por los trámites previstos en los arts. 712 y siguientes, a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, hubiera producido la medida cautelar revocada “requiriéndose el pago al embargante y “procediéndose de inmediato, si no los pagare, a su exacción forzosa.”.

Al margen de este supuesto, la desestimación de la demanda sobre el fondo podría producir, en virtud del art. 745 LEC, idénticos efectos. Según dicho precepto, deviniendo firme la sentencia absolutoria “se alzarán de oficio por el Letrado de la Administración de Justicia todas las medidas cautelares adoptadas y se procederá conforme a lo dispuesto en el arts. 712 y siguientes respecto de los daños y perjuicios

que hubiere podido sufrir el demandado.” Idénticas consecuencias se derivarían de la renuncia o desistimiento por parte del demandante-embargante.

D. El concepto de “embargabilidad” del buque

La LNM rehúsa dotar de contenido autónomo al concepto de embargabilidad, remitiendo -ex. art. 475- al C99 en los siguientes términos:

Artículo 475. Buques embargables.

Todo buque respecto al cual se alegue un crédito marítimo podrá ser embargado en los términos y con el alcance del Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques.

Deberemos, por lo tanto, referirnos al art. 3 del C99, lo que supone una novedad de significativa relevancia respecto del régimen del C52 con la que se pretende¹⁰⁹⁸ fundamentalmente es evitar el embargo de un buque que no sea propiedad del deudor, salvo que lo justifique la naturaleza del crédito -dotado de carácter privilegiado o supuestos de hipoteca naval-.

En definitiva, el buque “embargable” será, en términos generales, aquel que ha generado el crédito, pero no exclusivamente¹⁰⁹⁹, pudiendo ser embargable, además de a. en los supuestos en los que coincida deudor propietario/armador en el momento que nace el crédito y en el momento del embargo, b. cuando exista una hipoteca sobre el buque, un litigio sobre la propiedad o posesión del mismo o cualquier otro crédito de naturaleza privilegiada.

En relación con otros buques propiedad del deudor –a los que nos hemos referido como “*sister ships*”¹¹⁰⁰-, el embargo de estos está contemplado por el C99, siempre y cuando dicho buque, en el momento de practicarse el embargo, fuese propiedad del deudor, del mismo modo que fuese propietario, arrendatario a casco desnudo o fletador del *offending ship* -salvo créditos sobre propiedad y posesión del buque, reservados únicamente para el buque generador del crédito-. Se trata, con todo, de una posibilidad que si bien debe ser valorada positivamente, ha sido superada nuevamente, por la

¹⁰⁹⁸ ALBORS, E. y PORTALES, J. en EMPARANZA, A. y MARTÍN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación...*, op. cit., p. 733.

¹⁰⁹⁹ ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho Marítimo...*, op. cit., p. 477.

¹¹⁰⁰ Sobre la cuestión y su regulación en los Convenios, vid. supra pp. 385 y ss.

realidad que elude este tipo de embargos a través de las extraordinariamente frecuentes sociedades de un solo buque -o *single ship companies*¹¹⁰¹-.

Por otro lado, en relación con las repercusiones prácticas de este requisito, en virtud de la literalidad del art. 472.1 la embargabilidad del buque no será apreciada de oficio por el tribunal sino que deberá ser alegada por el solicitante del embargo, estableciéndose la presunción *iuris tantum*¹¹⁰² de que se cumplen los citados requisitos, debiendo probarse, en su caso, lo contrario, por el demandado en el trámite de oposición correspondiente.

E. La lista de créditos

La lista de créditos que generan el derecho a embargar será, por remisión y como regla general, la lista de créditos del C99. Deben realizarse, no obstante, algunas matizaciones, para las que deberemos analizar este artículo conjuntamente con el 473 LNM.

Artículo 473. Embargo por otros créditos.

1. El embargo de buques españoles que se encuentren materialmente dentro de la jurisdicción española practicado a solicitud de personas que tengan su residencia habitual o su establecimiento principal en España, o de quien hubiere adquirido el crédito que se ventila por cesión o subrogación de ellas, podrá ser acordado tanto por créditos marítimos como por cualesquiera otros derechos o créditos contra el deudor al que pertenezca el buque o buques cuya traba se solicita.

Los buques españoles también podrán ser embargados por el órgano administrativo competente conforme a lo previsto en la normativa específica que resulte de aplicación.

2. En los embargos a que se refiere el apartado anterior, la inmovilización podrá ser sustituida, a juicio del órgano jurisdiccional o administrativo competente, por la anotación en el Registro de Bienes Muebles de la medida y, en su caso, de la prohibición de enajenar.

¹¹⁰¹ MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo preventivo...”, op. cit., p. 16.

¹¹⁰² ALBORS, E. y PORTALES, J. en EMPARANZA, A. y MARTÍN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación...*, op. cit., p. 737.

3. El embargo de los buques que enarbolan pabellón de un Estado que no sea parte en el Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999, se regirá por las disposiciones de dicho Convenio, con la salvedad de que podrán ser embargados tanto por créditos marítimos como por cualesquiera otros créditos.

Distinguiremos en este punto diferentes situaciones en atención a la tipología del crédito y la nacionalidad de las partes, a las que serán de aplicación las disposiciones de uno u otro texto.

a. En supuestos de créditos marítimos, la posibilidad de proceder al embargo quedará determinada por la lista¹¹⁰³ del C99, siendo este el que regirá el embargo.

b. En supuestos “estrictamente nacionales”, en los que tanto el buque tenga pabellón español, se encuentre bajo jurisdicción española y el embargo sea solicitado por un nacional español, el catálogo de créditos alegables para solicitar el embargo se amplía, además de los créditos marítimos del C99, a “cualesquiera otros derechos o créditos contra el deudor al que pertenezca el buque o buques cuya traba se solicita”. Por lo que a la, ya de por sí, extensa lista del C99 debemos sumarle créditos como, por ejemplo, aquellos contemplados por la legislación fiscal o aduanera en garantía de cobro de tributos, aranceles o sanciones¹¹⁰⁴.

c. Asimismo, los embargos de buques de Estados no parte del Convenio, si bien estarán sometidos -por remisión- a las disposiciones del mismo, no estarán limitados a esa lista de créditos marítimo, pudiendo ser embargados, como sucede en el supuesto “estrictamente nacional”, por “cualesquiera otros créditos”.

d. Los buques españoles, cuando el embargante no sea español, se regirán por idénticas condiciones que las mencionadas en el punto a.

3.5. NOTIFICACIÓN Y EJECUCIÓN DEL EMBARGO PREVENTIVO

Artículo 477. Ejecución del embargo.

1. Acordado el embargo, el tribunal dará traslado de la resolución por el medio más rápido al capitán marítimo del puerto en que se encuentre el buque o al que se espera que arribe, quien adoptará las medidas necesarias para la detención y

¹¹⁰³ Comentada supra pp. 360 y ss.

¹¹⁰⁴ ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho Marítimo...*, op. cit., p. 479.

prohibición de salida del buque. A tal fin, dicha Administración Marítima podrá retirar y retener la documentación del buque, así como recabar la colaboración de la Autoridad Portuaria, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de las entidades públicas dedicadas a la vigilancia de costas, quienes vendrán obligados a prestar la colaboración requerida con arreglo a sus respectivas atribuciones.

2. Lo dispuesto en este capítulo no afecta a los derechos o facultades que, con arreglo a la legislación administrativa y a los convenios internacionales aplicables, correspondan a las Administraciones públicas y portuarias para retener un buque o impedir de otro modo que se haga a la mar dentro de su jurisdicción.

Artículo 478. Notificación del embargo.

Una vez acordado y verificado el embargo, y garantizada la traba, se notificará al capitán o al consignatario del buque, con entrega de copia de la demanda formulada y del auto que lo acuerda.

Decretado el embargo, con forma de auto¹¹⁰⁵, la LNM ha incorporado los arts. 477 y 478 en los que se establece la obligación de dar traslado del mismo al capitán marítimo del puerto de arribada -presente o esperable- del buque para que este tome las medidas oportunas para inmovilizar la nave.

Dichas medidas pasarán por “retirar y retener la documentación del buque” o “recabar la colaboración de la Autoridad Portuaria, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de las entidades públicas dedicadas a la vigilancia de costas, quienes vendrán obligados a prestar la colaboración requerida con arreglo a sus respectivas atribuciones.”

Cabe recordar en este punto que, como hemos señalado, para los buques españoles en supuestos estrictamente nacionales, la inmovilización podrá ser sustituida por la anotación del embargo o la prohibición de enajenar en el Registro de Bienes Muebles - art. 473.2 LNM-.

Llevados a cabo dichos trámites procederá la notificación al capitán o consignatario del buque de la demanda que genere el embargo preventivo.

¹¹⁰⁵ Como establecen las reglas generales para medidas cautelares de la LEC, concretamente el artículo 735.

3.6. LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO – LIBERACIÓN DEL BUQUE

No existe, sobre este particular, una previsión específica a este respecto en la LNM, por lo que debemos entender aplicables, por un lado, las disposiciones que a tal efecto introduce el C99 a través de su art. 4¹¹⁰⁶ y los preceptos correspondientes que la LEC contempla al respecto.

Como hemos visto, el art. 4 C99 establece la obligación general de liberar el buque una vez prestada “garantía bastante en forma satisfactoria”, salvo que se trate de embargos derivados de controversia relativa a la propiedad o a la posesión del buque - art. 1.1.s C99- o controversias entre los copropietarios del buque acerca de su utilización o del producto de su explotación -art. 1.1.t C99-, en cuyo caso “el tribunal podrá autorizar a la persona en posesión del buque a seguir explotándolo, una vez que esta persona haya prestado garantía suficiente, o resolver de otro modo la cuestión de la operación del buque durante el período del embargo”.

No existiendo acuerdo entre las partes corresponderá al tribunal determinar su cuantía -nunca superior al valor del buque-, para lo que resulta obligada la alusión al Derecho nacional.

La LEC, por su parte recoge esta posibilidad en el art. 746, que, en este caso, toma como referencia el crédito alegado y la cuantificación de la futura sentencia a diferencia del Convenio que establece el límite en función del valor del buque.

Artículo 746. Caución sustitutoria.

1. Aquél frente a quien se hubieren solicitado o acordado medidas cautelares podrá pedir al tribunal que acepte, en sustitución de las medidas, la prestación por su parte de una caución suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare.

2. Para decidir sobre la petición de aceptación de caución sustitutoria, el tribunal examinará el fundamento de la solicitud de medidas cautelares, la naturaleza y contenido de la pretensión de condena y la apariencia jurídica favorable que pueda presentar la posición del demandado, También tendrá en cuenta el tribunal si la medida cautelar habría de restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave y desproporcionado respecto del aseguramiento que aquella medida representaría para el solicitante.

¹¹⁰⁶ Analizado supra pp. 396 y ss.

Los efectos de la presentación de la contracautión requerida deberán ser tomados, igualmente, del texto del Convenio, en ausencia de regulación específica sobre este particular en la LNM.

3.7. OPOSICIÓN AL EMBARGO

Nos encontramos ante una nueva laguna, tanto en el Convenio como en la LNM, que deja la determinación de las condiciones para oponerse al embargo a lo previsto en la ley procesal nacional correspondiente, que en nuestro caso será la LEC a través de los arts. 739-742.

Someramente, las disposiciones citadas establecen un plazo de 20 días para que el demandado pueda ejercer su derecho de oposición -en medidas acordadas *ex-parte*, supuesto típico del embargo preventivo de buques- una vez le sea notificado el embargo.

En relación con las causas de oposición, si bien en la Ley 6/1967 -en línea con el C52- se recogían expresamente una serie de causas de oposición, la LEC, a través del art. 740, ofrece un amplio margen al embargado por cuanto que “podrá esgrimir como causas de aquélla cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas efectivamente acordadas, sin limitación alguna”.

Entiende la doctrina¹¹⁰⁷ serán causas válidas -si bien se trataría en todo caso de una lista abierta en atención a la literalidad del art. 740 LEC- que a. el crédito alegado no cumpla con las condiciones de crédito marítimo de los recogidos por el Convenio, en los supuestos que así lo requieran; b. el buque embargado no sea embargable, en aplicación del criterio al que hemos hecho alusión anteriormente¹¹⁰⁸; c. el demandante de la medida no haya prestado la caución correspondiente o d. que la contracautión - para liberar el buque- ya hubiese sido prestada en otro foro con relación al mismo crédito. No serían causas de oposición, así lo entiende la doctrina¹¹⁰⁹, cuestiones como la falta de legitimación activa o pasiva o la alegación de la prescripción del crédito.

¹¹⁰⁷ ALBORS, E. y PORTALES, J. en EMPARANZA, A. y MARTÍN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación...*, op. cit., p. 744.

¹¹⁰⁸ Vid. *supra* pp. 428

¹¹⁰⁹ MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo preventivo...”, op. cit., p. 24.

VII.

CONVENIOS SOBRE EMBARGO PREVENTIVO Y DERECHO
EUROPEO

1. LA “REGLA DE ESPECIALIDAD”

Como se ha podido ver, el Derecho marítimo es un campo jurídico singular por la extraordinariamente compleja variedad de situaciones que regula a la que se ha de sumar el carácter intrínsecamente internacional de las mismas y la extrema movilidad del elemento principal que regula, el buque. Para hacer frente a las variadas cuestiones que plantea se requiere de una regulación convencional muy atomizada y específica.

Es por esto que a la hora de solucionar cuestiones derivadas de la concurrencia de varias normas se recurra al denominado criterio de especialidad, según el cual primarán las regulaciones más específicas sobre las que regulan materias más generales.

El citado criterio de especialidad tendrá su origen, en Derecho europeo, en el CB68, más concretamente en su art. 57¹¹¹⁰ que en su versión original consagraba, si bien de manera notablemente escueta el principio *lex specialis derogat generalis*.

“El presente Convenio no afectará a los Convenios en que los Estados contratantes fueren o llegaren a ser parte y que, en materias particulares, regularen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de resoluciones”

Dadas las dudas que suscitaba la escueta redacción del precepto, no aclarándose si debía regir, por ejemplo, de forma supletoria ante las eventuales lagunas que pudieran existir en los convenios especiales, el Convenio de Adhesión de 1978¹¹¹¹ introdujo una redacción algo más completa, además de un criterio interpretativo autónomo para todos los Estados miembros, en los siguientes términos, en su art. 25:

“1. El artículo 57 del Convenio de 1968 se sustituirá por las disposiciones siguientes:

¹¹¹⁰ Redacción original 1968: “El presente Convenio no afectará a los Convenios en que los Estados contratantes fueren o llegaren a ser parte y que, en materias particulares, regularen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de resoluciones”.

¹¹¹¹ En la elaboración del Convenio de adhesión de 1978 se planteó la posibilidad, finalmente desechada, de introducir una sección específica relativa a la competencia judicial internacional en materia marítima. Sin embargo se optó por encauzar estas cuestiones a través del artículo 57, que con la nueva redacción dotaba a los Convenios particulares de gran aplicabilidad.

“Artículo 57: El presente Convenio no afectará a los Convenios en que Estados contratantes fueren o llegaren a ser parte y que, en materias particulares, regularen la competencia judicial, e reconocimiento o la ejecución de las resoluciones.

El presente Convenio no prejuzgará la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regularen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones y que estén o estuvieran contenidas en los actos de las instituciones de las Comunidades Europeas o en las legislaciones armonizadas en ejecución de dichos actos.”

1. Con el fin de asegurar su interpretación uniforme, el párrafo primero del artículo 57 se aplicará de la siguiente manera: a) El Convenio de 1968 modificado no impedirá que un tribunal de un Estado contratante que fuere parte en un convenio relativo a una materia particular pudiera fundamentar su competencia en dicho convenio, aunque el demandado estuviere domiciliado en un Estado contratante no parte en tal convenio. El tribunal que conociere del asunto aplicará, en todo caso, el artículo 20 del Convenio de 1968 modificado. b) Las resoluciones dictadas en un Estado contratante por un tribunal que hubiere fundado su competencia en un convenio relativo a una materia particular serán reconocidas y ejecutadas en los demás Estados contratantes con arreglo al Convenio de 1968 modificado. Cuando un convenio relativo a una materia particular en el que fueran parte el Estado de origen y el Estado requerido establecieren las condiciones para el reconocimiento o la ejecución de resoluciones se aplicarán dichas condiciones. En todo caso, podrán aplicarse las disposiciones del Convenio de 1968 modificado relativas al procedimiento de reconocimiento y ejecución de resoluciones”

Mediante esta nueva redacción se incorporan interesantes matices, entre los que destaca¹¹¹² la consideración, a partir de ese momento, de las normas de competencia contenidas en los convenios especiales como parte del propio CB68, y por tanto parte del bloque de normativa convencional aplicable por todos los estados contratantes del

¹¹¹² Como apunta ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Los foros de competencia judicial...”, op. cit. p. 254.

mismo¹¹¹³. Así lo entendían, entre otros, el Informe *Schlosser*, según el cual “si dichos acuerdos establecen reglas de competencia directas o exclusivas, el juez del Estado de origen deberá observar únicamente éstas”¹¹¹⁴.

Con todo, no podía extraerse la conclusión de que este principio operara de forma automática sin mayores consideraciones respecto de todos los convenios particulares, deviniendo esencial comprobar la operatividad de dicho criterio frente a éstos en atención, sobre todo, a la jurisprudencia aludida.

Descartándose la posibilidad de elaborar una lista de convenios -como sí plantea el vigente RBI-bis en sus arts. 69 y 76- se dejaba la puerta abierta a posibles interpretaciones doctrinales. En este sentido destacan sendos informes -Informe Jenard e Informe *Schlosser*¹¹¹⁵- en los que se citaba, precisamente, como convenio especial en C52 cuya naturaleza de convenio especial a efectos de aplicación de la regla de especialidad está fuera de toda duda, confirmada además, como veremos, por la jurisprudencia del TJUE.

1.1. EL NUEVO ARTÍCULO 71 Y *STATU QUO* DE LA CUESTIÓN.

El legislador introdujo la norma contenida en el art. 57 CB68 en el nuevo art. 71 RBI -idéntico en lo fundamental el RBI-bis-.

Artículo 71 (RBI-bis)

1. El presente Reglamento no afectará a los convenios en que los Estados miembros sean parte y que, en materias particulares, regulen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones.

2. Con el fin de asegurar su interpretación uniforme, el apartado 1 se aplicará como sigue:

a) el presente Reglamento no impedirá que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que sea parte en un convenio relativo a una materia particular pueda fundamentar su competencia en dicho convenio, aunque el demandado esté domiciliado en un Estado miembro que no sea parte en tal convenio. El órgano jurisdiccional que conozca del asunto aplicará, en todo caso, el artículo 28 del presente Reglamento;

¹¹¹³ En la línea del Abogado General en las conclusiones sobre el asunto *Tatry*, cit., punto 9.

¹¹¹⁴ Informe del Professor P. Schlosser sobre el Convenio..., op. cit., p. 175.

¹¹¹⁵ Cit. supra pp. 174 y 175.

b) las resoluciones dictadas en un Estado miembro por un órgano jurisdiccional que haya fundado su competencia en un convenio relativo a una materia particular serán reconocidas y ejecutadas en los demás Estados miembros con arreglo al presente Reglamento.

Cuando un convenio relativo a una materia particular en el que sean parte el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido establezca las condiciones para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, se aplicarán dichas condiciones. En todo caso, podrán aplicarse las disposiciones del presente Reglamento relativas al reconocimiento y la ejecución de resoluciones.”

Al margen de la calificación jurídica del texto europeo como “reglamento”, que nos sitúa en un escenario con nuevas reglas del juego -dado que dejará de tratarse de una relación entre convenios, regida por la Convención de Viena de 1969-, la principal diferencia en la literalidad del precepto, respecto de la versión del CB68, radica en la eliminación del concepto “o llegaren a ser parte”.

La supresión de dicho concepto, clara manifestación de la creciente actividad legislativa de la Unión en materia de Derecho procesal internacional¹¹¹⁶ limita por tanto el espectro de aplicación del art. 71 a los convenios de los que los Estados miembros ya fueran parte, como es el caso del C52 sobre embargo preventivo, lo que fue calificado por la doctrina como “una indudable ventaja”¹¹¹⁷ sobre la norma del antiguo art. 57 dado que “a diferencia de este último no intenta resolver las colisiones que puedan originar los convenios que en el futuro puedan ratificar los Estados miembros”.

De esta manera se evitan problemas como el descrito a partir del momento de vigencia de los citados reglamentos, correspondiendo a la UE la adopción de futuros textos convencionales -art. 81 TFUE- que afectaran a materias de cooperación judicial o la autorización, en su caso, a los Estados miembros para que las ratificaran individualmente.

No obstante, y sin perjuicio de las consideraciones respecto de las suspicacias generadas en torno a la posibilidad de España de ratificar el nuevo Convenio sobre embargo preventivo de buques -a las que nos referiremos posteriormente-, deviene

¹¹¹⁶ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries...*, op. cit., p. 1049.

¹¹¹⁷ GARAU SOBINO, F., en PÉREZ-LLORCA et. al. (Coords.), *Comentario al Reglamento (UE)...*, op. cit., p. 1072.

indispensable siquiera una somera aproximación al modo en que opera el art. 71 para los casos de colisión, con la necesaria alusión a la jurisprudencia europea.

En la última y actualmente vigente redacción¹¹¹⁸ -RBI-bis- el precepto se ha mantenido inalterado respecto de su antecesor, estableciéndose, por un lado la regla general de preferencia de la norma especial sobre la general del punto 1 -en los términos que veremos a continuación- haciéndose alusión posteriormente a la problemática derivada de los conflictos con convenios que contengan: a. normas de competencia judicial internacional directa o b. convenios que contengan reglas sobre reconocimiento y ejecución.

A pesar del notable interés jurídico de la segunda cuestión, centraremos, por lo relevante para el concreto objeto del presente estudio, el análisis, primeramente, en la regla general del art. 71.1 RBI-bis y posteriormente en las situaciones de colisión entre dicho Reglamento y los convenios que contengan normas sobre competencia judicial, como es el caso de los Convenios sobre embargo preventivo.

1.2. INTERPRETACIÓN DE LA NORMA GENERAL DEL ART. 71.1

Debemos referirnos necesariamente al propio texto del RBI-bis, concretamente a su exposición de motivos, que establece en diferentes considerandos lo que debemos entender como principios inspiradores del Reglamento y que servirán como límite a una interpretación excesivamente amplia de la regla de especialidad del art. 71, no pudiendo dicho precepto en ningún caso “conducir a resultados menos favorables para el mercado interior que los que se pueden conseguir mediante la aplicación de las disposiciones del Reglamento 1215”¹¹¹⁹.

Concretamente nos estamos refiriendo a cuestiones como el alto grado de previsibilidad, la seguridad jurídica, la buena administración de justicia o la confianza recíproca en la UE, entre otros.

La alusión a dichos principios constituirá la base para las resoluciones del TJUE que establecerán las matizaciones fundamentales respecto de esta “regla general” a las que nos vamos a referir a continuación. Se da la circunstancia, además, de que la primera de las resoluciones, según un criterio estrictamente cronológico, se refiere, precisamente, a

¹¹¹⁸ Sobre el artículo 71 en el RBI-bis, vid., además de los citados en la doctrina española: DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.). *The Brussels I Regulation...*, op. cit. pp. 563 y ss; MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private...*, op. cit., pp. 1045 y ss.

¹¹¹⁹ GARAU SOBINO, F., en PÉREZ-LLORCA et. al. (Coords.), *Comentario al Reglamento (UE)...*, op. cit., p. 1080.

la relación entre el CB68 y el C52, lo que nos permitirá enlazar la cuestión con caso específico del embargo preventivo de buques.

A. El asunto “*Tatry*”¹¹²⁰

Asunto *Tatry* -resumen del caso-.

El litigio se refiere a la reclamación por daños en la mercancía, por parte de los propietarios de la misma diferenciados en tres grupos en función de los diferentes puertos de destino de la mercancía, contra los armadores del buque “*Tatry*”.

Resultando irrelevante a efectos del presente análisis el *iter* procesal completo en el que se cruzarían diferentes procedimientos en diferentes Estados, interesa poner el foco en la cuestión prejudicial, planteada por la *Court of Appeal* británica –uno de los Estados ante los que se sustanciaron procedimientos- en relación, precisamente, con la compatibilidad de la regla de litispendencia del art. 21 del CB68 en los casos en los que la competencia del tribunal haya sido determinada no por el instrumento europeo sino por el convenio específico, en este caso el C52.

Corresponde por tanto al Tribunal posicionarse por una de las dos siguientes alternativas¹¹²¹ respecto de la interpretación del art. 57 del CB68: si, “cuando un Estado contratante es también parte contratante de otro Convenio relativo a una materia particular, que contiene reglas sobre la competencia judicial, dicho Convenio especial excluye siempre, salvo excepciones expresas, la aplicación del Convenio de Bruselas” o, si por el contrario “dicho Convenio especial sólo excluye la aplicación de lo dispuesto en el Convenio de Bruselas en los casos que regula y no en los que no regula”, en clara alusión a la ausencia de regulación concreta en materia de litispendencia y conexidad en el C52.

Esta última será la posición adoptada por el Tribunal¹¹²², determinando que “cuando un Convenio especial contiene determinadas reglas de

¹¹²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 1994, C-406/92, “*Tatry*”, ECLI:EU:C:1994:400.

¹¹²¹ Sentencia *Tatry* párrafo 22.

¹¹²² *Ibid.* párrafos 25 y ss.

competencia, pero no incluye ninguna disposición sobre la litispendencia y la conexidad, se aplican los arts. 21 y 22 del Convenio de Bruselas”.

En definitiva, de acuerdo con la citada resolución, se confirmaba la vigencia del criterio de especialidad, siempre y en todo caso limitado a las cuestiones que expresamente se regulen en la norma especial, siendo de aplicación supletoria para todo lo demás la norma europea correspondiente.

El criterio establecido por el tribunal podría extrapolarse, por tanto, a otras cuestiones al margen de la litispendencia a la que se refiere el caso. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a cuestiones como las reglas sobre verificación de la competencia o el procedimiento de reconocimiento y ejecución. Debemos entender que del mismo modo que ocurría en *Tatry* con las reglas relativas a la litispendencia, no contenidas en el C52, en las citadas materias se aplicaría de manera supletoria la norma correspondiente contenida en el CB68 -o, de igual modo como veremos, en los Reglamentos RBI y RBI-bis-.

B. Asuntos “*Nürnberger Allgemeine Versicherung*”¹¹²³ (2004), “*TNT Express Nederland*”¹¹²⁴ (2010) y “*Nickel & Goeldner Spedition*”¹¹²⁵ (2014)

Al margen de la citada resolución respecto del C52, la jurisprudencia europea ha referido a la cuestión que nos ocupa en sendas resoluciones relativas, en este caso, al Convenio CMR¹¹²⁶, cuyo criterio es sin duda extrapolable a la cuestión general de la compatibilidad de los diferentes textos y, por ende, a la concreta materia del embargo preventivo.

Sin querer entrar en excesivas disquisiciones sobre las particularidades de los casos que dieron lugar a las cuestiones prejudiciales de origen -por cuanto que, como decíamos, se refieren a cuestiones ajenas al presente estudio- las citadas sentencias se refieren a la relación entre el Convenio CMR y la norma europea de referencia -CB68 en el primer caso y RBI en las dos restantes-.

¹¹²³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de octubre de 2004, C-148/03, “*Nürnberger Allgemeine Versicherung*”, ECLI:EU:C:2004:677.

¹¹²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 4 de mayo de 2010, C-533/08, “*TNT Express Nederland*”, ECLI:EU:C:2010:243.

¹¹²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de septiembre de 2014, C-157/13, “*Nickel & Goeldner Spedition*”, ECLI:EU:C:2014:2145.

¹¹²⁶ Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, firmado en Ginebra el 19 de mayo de 1956.

El Convenio CMR, como sucede con los Convenios sobre embargo preventivo, contiene una regla de competencia judicial directa, en la que, además y de manera análoga también a los Convenios sobre embargo, establece la preferencia del *prorrogatio fori* sobre los foros alternativos del art. 31.

En la primera de las resoluciones aludidas, el tribunal, en sus conclusiones reitera el criterio establecido en *Tatry* -sentencia que, además, cita- redundando en la idea de que “el art. 57, ap. 2, letra a), del Convenio de Bruselas debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional de un Estado (...) puede fundamentar su competencia en un Convenio especial en el que también es parte el primer Estado y que establece normas específicas en materia de competencia judicial (...).”

Al Reglamento Bruselas I y su art. 71 se referirán la segunda y tercera de las resoluciones aludidas –siendo la primera de ellas ampliamente comentada en la doctrina¹¹²⁷–.

Interesa ver de qué manera se aplica idéntica lógica, en este caso, al RBI-bis y a su nuevo -si bien no novedoso- art. 71, por cuanto que suponen la interpretación vigente del art. 71 a fecha de publicación del presente estudio.

Si bien se asienta el principio de aplicación preferente del convenio especial sobre el general, considerándose incluso que con el cumplimiento de del primero se da igualmente cumplimiento al segundo, la aportación fundamental de estas resoluciones pasa por introducir un nuevo elemento según el cual esta relación entre ambos textos requiere igualmente que el texto específico ofrezca una solución compatible con el espíritu del Reglamento en el sentido de que las disposiciones del mismo “presenten un alto grado de previsibilidad, faciliten una buena administración de justicia y permitan reducir al máximo el riesgo de procedimientos paralelos y además garanticen, en condiciones al menos tan favorables como las previstas en el mencionado Reglamento, la libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil y la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión (*favor executionis*).¹¹²⁸”

¹¹²⁷ Entre otros, además de los anteriormente citados: ALVAREZ RUBIO, J.J., “La regla de especialidad como cauce para superar los conflictos normativos entre el derecho comunitario y los convenios internacionales en materias especiales”, *Diario La Ley*, nº 7499 de 29 de octubre de 2010; MASEDA RODRIGUEZ, J., *Revista española de Derecho internacional*, vol. 62, Nº1, 2010, pp. 210-214; KUIJPER, P. J., “The changing status of private international law treaties of the Member States in relation to Regulation No. 44/2001. Case No. C-533/08, *TNT Express Nederland BV v. AXA Versicherung AG*, *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 38, Nº 1, 2011, pp. 89-104.

¹¹²⁸ Resolución asunto *TNT Express Nederland*, núm. 56.

Vemos por tanto que, asentado sin lugar a dudas la plena vigencia de la regla de especialidad, el TJUE en sus resoluciones ha introducido un elemento adicional, como es el del “necesario equilibrio entre el principio de literalidad y el principio de coherencia del sistema”¹¹²⁹.

Existen, no obstante, voces que cuestionan esta interpretación restrictiva del art. 71 del TJUE basada en el “espíritu del Reglamento”¹¹³⁰ por cuanto que tiene su fundamento en la exposición de motivos¹¹³¹ de dicho texto, a la que debe atribuírsele un valor meramente interpretativo que en ningún caso debe prevalecer sobre el articulado.

A mayor abundamiento, entienden dichos autores, ni los citados considerandos se refieren expresamente al art. 71, ni dicho artículo introduce de manera expresa alusión alguna a este criterio interpretativo, omisión que alimenta un debate jurídico que, a juzgar por las citadas resoluciones del TJUE, no parece tener mayor recorrido puesto que, como afirman los propios autores, resulta en unas consecuencias más teóricas - como mero criterio “programático”¹¹³²- que prácticas en relación con la aplicación de los Convenios.

Bien es cierto que, en todo caso, el elemento de coherencia del sistema introduce un componente interpretativo que produce un margen de discrecionalidad judicial en la aplicación de la “regla de especialidad” que puede generar, paradójicamente, en la práctica un componente de inseguridad que no puede ser ignorado.

C. Convenios que contengan reglas de competencia directa del artículo 71.2.a

Vemos que el propio RBI-bis, sin perjuicio de los matices interpretativos a los que hemos hecho alusión, introduce de forma inequívoca la aplicabilidad de las normas sobre competencia, reconocimiento y ejecución contenidas en convenios específicos dentro de su marco de aplicación.

A través del primer punto del art. 71.2, el RBI-bis -como lo hacía su predecesor en idénticos términos- amplía el ámbito de aplicación del principio por cuanto que no impide “que un tribunal de un Estado miembro que fuere parte en un convenio relativo a una materia particular, pudiera fundamentar su competencia en dicho convenio, aunque

¹¹²⁹ GARAU SOBINO, F., en PÉREZ-LLORCA et. al. (Coords.), *Comentario al Reglamento (UE)*..., op. cit., p. 1082.

¹¹³⁰ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private...*, op. cit., pp. 1052-1053.

¹¹³¹ Concretamente, en los considerandos nº 6, 11, 12, 15, 16 y 17.

¹¹³² MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private...*, op. cit., p. 1053.

el demandado estuviere domiciliado en un Estado miembro no parte en tal convenio”, siempre y cuando el tribunal competente compruebe de oficio su competencia en virtud del art. 28 del propio Reglamento.

2. REGLA DE ESPECIALIDAD Y CONVENIOS SOBRE EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES

Como hemos visto, tanto el C52 como su sucesor introdujeron en su art. 7 una norma de competencia judicial internacional que atribuía competencia sobre el fondo al foro en el que se llevara a cabo el embargo *-forum arresti-*, lo que situaba a este texto ante un potencial conflicto con la aplicación de las reglas de competencia de los Reglamentos en los términos descritos.

La relevancia de la materia marítima para algunos Estados se pondría, además, de manifiesto, con ocasión de la adhesión del Reino Unido a la UE. Como muestra de ello, la delegación británica en las sesiones de discusión acerca del citado art. 57 del CB68 mostró su exigencia de poder mantener vigente el *forum arresti* que contemplaba el CB52.

Sin embargo, el hecho de que el CB52 no contará inicialmente con la ratificación de la totalidad de los Estados miembros ponía en tela de juicio la pretendida uniformidad, dado que obligaba a los no firmantes del CB52, naturalmente, a aplicar el régimen general del CB68 para los supuestos de embargo preventivo.

En aras a lograr dicha uniformidad se formulaba una recomendación a los Estados miembros de la de que se adhirieran al C52, creándose además un régimen transitorio hasta que esto ocurriera.

Este régimen transitorio se articuló mediante la incorporación de art. 36 en el Convenio de Adhesión de 1978¹¹³³ que modificaba el art. 57 CB68 -o el 54bis en el Convenio de Lugano de 1988- adaptándolo a la regulación contenida en los art. 1, 3 y 7 del C52, en los siguientes términos:

Artículo 36

¹¹³³ Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (firmado el 9 de octubre de 1978 (78/884/CEE).

Durante los tres años siguientes a la entrada en vigor del Convenio de 1968 en Dinamarca e Irlanda, respectivamente, la competencia en materia marítima en cada uno de esos Estados se determinará no sólo con arreglo a las disposiciones de dicho Convenio, sino también con arreglo a los puntos 1 a 6 del presente artículo. Sin embargo, estas disposiciones dejarán de ser aplicables en cada uno de esos Estados cuando el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de embargo preventivo de buques, firmado en Bruselas el 10 de mayo de 1952, entrare en vigor con respecto a cada uno de ellos.

1. Una persona domiciliada en un Estado contratante podrá ser demandada por un crédito marítimo ante los tribunales de uno de los Estados antes mencionados más arriba cuando el buque al que se refiriere el crédito o cualquier otro buque de su propiedad hubiere sido objeto de embargo judicial en el territorio de este último Estado en garantía del crédito, o hubiere podido ser objeto de embargo pero se hubiere prestado fianza u otra garantía, en los casos siguientes:

- a) si el demandante estuviere domiciliado en ese Estado;
- b) si el crédito marítimo hubiere nacido en ese Estado;
- c) si el crédito marítimo hubiere nacido en el curso de un viaje durante el cual se hubiere practicado o hubiere podido practicarse el embargo;
- d) si el crédito proviniera de un abordaje o un daño causado por un buque, por ejecución u omisión de una maniobra o por inobservancia de los reglamentos, bien a otro buque, o bien a las cosas o personas que se encontraren a bordo de cualquiera de ellos;
- e) si el crédito derivare de auxilio o salvamento;
- f) si el crédito estuviere garantizado por una hipoteca naval u otra forma de garantía semejante sobre el buque embargado.

2. El acreedor podrá embargar el buque al que se refiriere el crédito marítimo o cualquier otro buque perteneciente a quien hubiere sido propietario del buque al que se refiriere el crédito cuando se hubiere originado el crédito marítimo. N^o obstante, cuando se tratare de los créditos previstos en las letras o), p), o q) del apartado 5, sólo podrá ser embargado el buque al que se refiriere el crédito.

3. Se reputará que los buques tienen el mismo propietario cuando todas las partes de la propiedad pertenecieren a una misma persona o a las mismas personas.

4. En el caso de fletamento de un buque con cesión de la gestión náutica, cuando el fletador fuere el único responsable de un crédito marítimo relativo a dicho buque, podrá el demandante embargar dicho buque o cualquier otro que perteneciere al fletador, pero no podrá ser embargado en virtud de tal crédito marítimo ningún otro buque perteneciente al propietario. La misma regla será de aplicación en los casos en que de un crédito marítimo respondiere una persona distinta del propietario.

5. Se entenderá por «crédito marítimo» la alegación de un derecho o de un crédito que tuviere una o varias de las causas siguientes:

- a) daños causados por un buque, sea por abordaje, sea de cualquier otro modo;
- b) pérdidas de vidas humanas o daños corporales causados por un buque o provenientes de la explotación de un buque;
- c) asistencia y salvamento;
- d) contratos relativos a la utilización o al arriendo de un buque mediante póliza de fletamento o de otro modo;
- e) contratos relativos al transporte de mercancías por un buque en virtud de una póliza de fletamento, de un conocimiento o de cualquier otra forma;
- f) pérdidas o daños a las mercancías y equipajes transportados por un buque;
- g) avería común;
- h) préstamo a la gruesa;
- i) remolque;
- j) pilotaje;
- k) suministro de productos o de material, cualquiera que sea el lugar en que se realizaren, hechos a un buque para su explotación o su conservación;
- l) construcción, reparaciones, equipo de un buque o gastos de dique;
- m) salarios del capitán, oficialidad o tripulación;

- n) desembolsos del capitán y los efectuados por los cargadores, fletadores o los agentes por cuenta del buque o de su propietario;
- o) la propiedad impugnada de un buque;
- p) la copropiedad de un buque o su posesión, o su explotación o los derechos a los productos de explotación de un buque en condominio;
- q) cualquier hipoteca naval y cualquier otra forma de garantía semejante.

6. En Dinamarca, la expresión «embargo judicial» incluirá, en lo relativo a los créditos marítimos mencionados más arriba en las letras o) y p), el «forbud», siempre que este procedimiento fuere el único admitido respecto de tal crédito en los artículos 646 a 653 de la Ley de enjuiciamiento civil («Lov om rettens pleje».)”

2.1. ALCANCE DEL ART. 7

Con todo, la plasmación práctica del C52 no estuvo exenta de problemas, destacando la controversia¹¹³⁴ surgida en relación con el “alcance global” del su art. 7¹¹³⁵ y hasta qué punto el conjunto del artículo debía primar sobre las estipulaciones generales del CB68.

El art. 7, recordemos, establece una regla de competencia judicial -a favor de los tribunales del *forum arresti*, salvo pacto a favor de otro tribunal- además de regular cuestiones de reconocimiento de las resoluciones dictadas por el tribunal competente sobre el fondo del litigio.

Existieron, con anterioridad a las resoluciones comentadas, tesis antagónicas, siendo defendida por algunos la aplicación en todo caso del convenio específico en virtud de la aplicación directa de la regla de especialidad del art. 57, mientras que otros abogaban por una interpretación más restrictiva.

Esta restricción operaría en el sentido de considerar como aplicables preferentemente los seis supuestos de la lista del art. 7 C52, no así la referencia a la ley nacional del Estado en que se practica el embargo. Esta tesis responde a la lógica de que una alusión

¹¹³⁴ Así lo pondrían de manifiesto, entre otros: ÁLVAREZ RUBIO, J.J., Los foros de competencia judicial..., op. cit. pág. 119; PHILIP, A., *Maritime Jurisdiction in the EEC*, Universiteteti Oslo, 1977; VERHEUL, J.P., “The Convention relating the arrest of sea going ships of 1952. Some questions”, *Netherlands International Law Review*, vol. 383, 1983, pp. 385 y 386; MORA CAPITÁN, B., *El embargo preventivo...*, op. cit. pág. 92.

¹¹³⁵ Referido a la competencia sobre el fondo de la controversia, vid. supra pp. 397 y ss.

a la normativa interna de un Estado no logra armonización legislativa alguna, sino más bien todo lo contrario.

A. Situación vigente

La jurisprudencia comentada del TJUE ofrece resortes para solucionar en gran parte el problema, siendo plenamente aplicables las reflexiones a las que nos hemos referido en las páginas anteriores a la situación de los Convenios sobre embargo preventivo de buques.

Esto es así por cuanto que, por un lado, no existen dudas sobre el carácter específico¹¹³⁶ de los citados textos respecto de la regulación general del Reglamento europeo y puesto que, como hemos señalado, los Convenios recogen normas de competencia judicial internacional directa, en términos análogos al CMR al que se refieren la mayoría de las resoluciones aludidas.

Con todo, la aplicación de la jurisprudencia comentada -particularmente las cuestiones referidas a la litispendencia- abriría la puerta a posibles abusos en tanto en cuanto podría acudir a tribunales de Estados no competentes en virtud de los Convenios sobre embargo preventivo, pero sí en virtud del RBI-bis, quedando cubierta esta primera demanda por las reglas de litispendencia de las que carecen los Convenios.

En aplicación, además, de la doctrina establecida por el TJUE podrían suscitarse otras cuestiones como, por ejemplo, las derivadas de acuerdos de elección de foro, cuya regulación en los Convenios dista mucho de ser completa, como sí lo es -sin perjuicio de la remisión que se hace al Derecho nacional de los Estados miembros para decidir sobre la validez material de los mismos- en los Reglamentos.

B. Reconocimiento y ejecución de la resolución sobre el fondo en el C99 v. RBI-bis

Cuestión que merece consideración independiente será la del régimen de reconocimiento y ejecución recogido por el art. 7.5 y 7.6 del C99 y la compatibilidad del mismo con el régimen de reconocimiento del RBI-bis.

Como hemos apuntado¹¹³⁷, el C99 establece un régimen relativamente completo según el cual, siempre y cuando se respete el orden público del Estado ejecutante y los Derechos de defensa del demandado, procede el reconocimiento de las resoluciones

¹¹³⁶ Como establecen los citados informes Jenard y Schlosser, cit.

¹¹³⁷ Vid. supra pp. 408 y ss.

sobre el fondo dictadas por los tribunales competentes de acuerdo con las citadas estipulaciones del propio Convenio.

Por otro lado, tras la entrada en vigor del RBI-bis y la simplificación del régimen de reconocimiento para el que no se exigen requisitos adicionales -como sí establece el C99- entendemos que, en atención al principio de coherencia al que nos venimos refiriendo deberá prevalecer el régimen del Reglamento sobre el del Convenio por cuanto que la norma europea establece una regla más favorable al funcionamiento del mercado interior, en los términos a los que nos venimos refiriendo¹¹³⁸, sin existir un consenso sobre la conveniencia a efectos prácticos de aplicar uno u otro sistema¹¹³⁹.

Cuestión diferente, que hemos adelantado previamente, será la de las dudas que ha generado la posibilidad de que los Estados miembros puedan ratificar -como han hecho España, Bulgaria, Estonia y Letonia- el C99.

3. POSIBILIDAD DE RATIFICACIÓN DEL CONVENIO DE 1999 SOBRE EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS.

Despejadas las dudas sobre las características y límites de la denominada regla de especialidad en relación con los convenios específicos, entre los que se encuentran los que son objeto del presente capítulo, debemos detenernos en otra cuestión no menos importante, derivada de la eliminación del concepto “o llegaren a ser parte” del CB68 a la que nos hemos referido anteriormente.

De esta manera el legislador europeo consolida la vigente tendencia a regular de manera uniforme para los Estados miembros un cada vez mayor número de cuestiones de naturaleza procesal e internacional-privatista.

Así, el art. 81 del TFUE -antiguo art. 65 TCE- establece que la “Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales.”

¹¹³⁸ Asunto *TNT Express Nederland*, cit., párrafo 49.

¹¹³⁹ Así lo entiende: ESPINOSA CALABUIG, R., “¿Podía España ratificar el Convenio de Ginebra...”, op. cit., p. 292.

Asimismo, en el Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia¹¹⁴⁰ se establece la competencia exclusiva de la Unión para obligarse en convenios internacionales que contengan normas de competencia judicial internacional o reconocimiento y ejecución de resoluciones, materias cubiertas por los reglamentos RBI y, actualmente, RBI-bis. Dicha competencia exclusiva quedará plasmada, además, en el art. 3 TFUE que, expresamente atribuye a la Unión competencias para “el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior” y para “la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.”

Como consecuencia de esta previsión legislativa europea, los Estados estarán limitados en su capacidad de negociar -y por supuesto ratificar- textos que afecten a las citadas materias¹¹⁴¹, como será el C99, ratificado por España tras la entrada en vigor del RBI-bis.

Debe quedar claro además que esta no es una disquisición meramente teórica, por cuanto que esta competencia exclusiva ha sido llevada a la práctica con la ratificación por parte de la UE de algunos textos en la materia como el propio Convenio de Lugano de 2007 o la Convención de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, amén de haber autorizado la ratificación por parte de los Estados de numerosas convenciones, algunos además, precisamente, en materia marítima¹¹⁴².

No existiendo dudas, a priori, sobre la plena validez de la ratificación de dichos textos, así como de la aplicabilidad del art. 71 RBI-bis a los mismos, subsisten las dudas respecto del C99, ratificado por España en mayo de 2002.

Dado que, como hemos visto, dicho C99 introduce, en su art. 7, reglas sobre competencia judicial internacional y sobre reconocimiento de resoluciones derivadas de las mismas resulta, a priori, evidente, la colisión con la competencia exclusiva de la Unión a la que nos estamos refiriendo.

¹¹⁴⁰ Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 7 de febrero de 2006, ECLI:EU:C:2006:81.

¹¹⁴¹ DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.). *The Brussels I Regulation...*, op. cit. p. 571; MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries...*, op. cit., p. 1049.

¹¹⁴² Textos como el Convenio “BUNKERS 2001” -Convenio Internacional sobre la responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos por combustible de los buques-.

De acuerdo con los argumentos expuestos, y atención a la fecha de ratificación por parte de España del C99 -posterior a la entrada en vigor del RBI-, entendemos¹¹⁴³, que dicha ratificación debería haber sido autorizada expresamente por la Unión o, en su defecto, haber sido ratificado por la misma.

Esta última opción requeriría, en todo caso, que el Convenio superara el “test de idoneidad”¹¹⁴⁴ que determinara si dicho texto es acorde a los objetivos de la Unión. La legislación armonizada europea debe ser entendida, por tanto, como un marco general -o mínimo común denominador- en el que, en su caso, los convenios específicos solo serán adoptados en tanto en cuanto no supongan una renuncia a ninguno de los mínimos referidos, mejorando, en su caso, dicho estándar.

En el caso concreto del embargo preventivo de buques nada parece indicar¹¹⁴⁵ que vaya a producirse una ratificación por parte de la UE en nombre propio -máxime cuando su antecesor, plenamente vigente, ha sido ratificado por la mayoría de los Estados miembros que, precisamente, reniegan de la última versión-.

¹¹⁴³ Así lo entiende la doctrina: ESPINOSA CALABUIG, R., “¿Podía España ratificar el Convenio de Ginebra...”, op. cit., pp. 282 y ss.

¹¹⁴⁴ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries...*, op. cit., p. 1051.

¹¹⁴⁵ ESPINOSA CALABUIG, R., “La desarmonización de la armonización europea...”, op. cit., p. 646.

CONCLUSIONES

1. Tutela cautelar jurisdiccional en la UE

El tratamiento armonizado de las medidas cautelares en la legislación europea, desde el primitivo art. 24 CB68 ha sufrido escasas variaciones en su literalidad. Con todo, algunas cuestiones, a través de las resoluciones del TJUE han sido matizadas y han sido reflejadas en el vigente RBI-bis.

Respecto del ámbito de aplicación material del art. 35 RBI-bis, sobre el que no existe una referencia expresa en el Reglamento, hemos defendido la plena vigencia de la tesis que pone el foco en la naturaleza de los derechos que la medida pretende salvaguardar, independientemente de la naturaleza del proceso principal del que es instrumental la medida en cuestión.

La noción de “medidas cautelares” representa, igualmente, una nueva oportunidad perdida para plasmar en el texto el criterio jurisprudencial del TJUE. El RBI-bis se limita a introducir a modo de ejemplo, determinadas medidas concretas a través del considerando 25 -en relación con las medidas de naturaleza probatoria-, que en absoluto constituyen una lista cerrada. Deberemos atenernos por lo tanto a la casuística concreta de cada supuesto, atendiendo a los recurrentes criterios de territorialidad y reversibilidad como elementos esenciales de la misma, siendo la función de la misma lo determinante a la hora de encuadrarla en el sistema del RBI-bis.

La competencia judicial internacional en materia cautelar en el RBI-bis perpetúa la línea establecida ya por el CB68 al no establecer una regla de competencia judicial completa que dote de previsibilidad al proceso cautelar en la entre Estados miembros. Nuevamente, una oportunidad que el legislador deja pasar para poner negro sobre blanco el criterio asentado a este respecto durante décadas de aplicación del CB68 y los Reglamentos posteriores.

En el debate criterio de remisión-criterio de competencia se mantiene, como hemos defendido -si bien no es cuestión completamente pacífica-, el criterio de remisión como más adecuado para el art. 35RBI-bis, que deberá ser observado siempre en relación con el criterio de conexión real que queda reflejado en el considerando 33 RBI-bis.

Con todo, el recurso, como ocurre con la noción de “medida cautelar”, a regular estas cuestiones en la exposición de motivos del Reglamento, y no en el articulado, es cuestión igualmente criticable.

La circulación de las resoluciones en el territorio de la Unión es, también, cuestión de enorme trascendencia en la reforma del RBI y una manifestación más de la tímida reforma que, en comparación con el texto de la Propuesta de 2010, se ha llevado a cabo por el legislador. La proyectada desaparición del *exequátur* no es, ni será, tal.

La situación vigente con el RBI-bis es, aunque lejos de una verdadera supresión, de relajación de las barreras entendidas como procedimientos previos al reconocimiento-ejecución. Subsisten sin embargo salvaguardas en forma de motivos de denegación del mismo, orden público, resoluciones inconciliables, conflictos en materia de seguros, consumidores o trabajadores. La cláusula de orden público, eliminada en la Propuesta, reflejaba una apuesta firme por la confianza recíproca que finalmente no ha sido adoptada.

En materia cautelar, destaca la expresa limitación que el art. 2.a y el considerando 33 -nueva muestra de una cuestionable técnica legislativa en cuestiones de notable relevancia- introducen en relación con las medidas cautelares, por cuanto que se limita la posibilidad de circulación de medidas cautelares a aquellas adoptadas por el tribunal competente sobre el fondo, excluyendo tanto las medidas adoptadas por el tribunal cautelar del concepto de resolución, como aquellas adoptadas sin dar audiencia al demandado *-ex-parte-*.

Esta última ha sido una exclusión muy criticada, por dar la espalda al criterio del TJUE en el párrafo 14 de la sentencia *Denilauler* -confirmado en un supuesto equiparable en *Italian Lether*- que, a nuestro entender, permite el reconocimiento y ejecución de este tipo de medidas.

Se pretende, justifica el legislador, evitar el *forum shopping* cautelar que produce la disparidad existente entre las diferentes normas procesales de los Estados miembros, si bien, paradójicamente, se conduce de este modo a un cierto *forum shopping* entre los foros concurrentes sobre el fondo, cuyas normas cautelares podrían determinar la elección por parte del demandante.

2. La armonización europea en materia cautelar – la Orden europea de retención de cuentas

Se trata, desde luego, de una figura cuya regulación es mejorable en términos de unificación legislativa. Cuestiones como el amplio margen de discrecionalidad otorgado a los tribunales, la indeterminación de la que adolecen determinados preceptos o las

constantes remisiones a los ordenamientos estatales no derivan en una interpretación uniforme de la norma a nivel de Estados miembros.

Con todo, nos encontramos ante un procedimiento adaptado a los tiempos y de indudable utilidad, utilidad que se deriva de la celeridad con la que se puede llevar a la práctica y por el amplio alcance de las facultades de obtención de información y la sencilla obtención y ejecución directa y automática de la orden. La apuesta del legislador en este caso por una tutelar cautelar armonizada debe ser muy positivamente valorada, aunque se ciña a un ámbito material concreto.

En relación con las cuestiones criticables a las que nos hemos referido, aunque las remisiones al heterogéneo Derecho autónomo de los Estados miembros puede derivar en el surgimiento de situaciones de *forum shopping*, la propia existencia de la norma puede generar una corriente armonizadora, *motu proprio*, a nivel interno en aras a lograr una más fluida y uniforme aplicación de la medida.

En todo caso, las ventajas superan por mucho a los inconvenientes, destacando la no exigencia de intervención de abogado ni procurador salvo en determinadas situaciones, lo que siempre supondrá un acicate en la práctica para una norma que entendemos ofrece un notable equilibrio entre la facilidad de la adopción-ejecución requerida en estos casos para el acreedor y la garantía de los más elementales derechos de defensa del deudor.

La medida se configura además como una medida *ex-parte*, y no puede ser de otro modo, por cuanto que en caso contrario nos encontraríamos en un escenario equiparable en gran parte al RBI-bis.

En definitiva, en contra de aquellos que auguran una escasa repercusión práctica de la OERC¹¹⁴⁶ por las difícil convivencia de la Orden con las legislaciones nacionales o por las dificultades que el procedimiento pueda suponer para el acreedor -nótese que algunos autores consideran justamente lo contrario a este respecto-, entendemos que se trata de un instrumento necesario y llamado a ser relevante en la operativa diaria, siempre y cuando exista una voluntad real de implementarlo por parte de las autoridades estatales, que tienen desde luego la llave para dotar de efectividad real a la Orden.

¹¹⁴⁶ VILAS ÁLVAREZ, D., “El Reglamento...”, op. cit., p. 13.

En relación con el arbitraje y las OERCs, no existe una posición clara al respecto por parte de una doctrina que no puede más que hacer prospecciones sin ningún asidero jurisprudencial aún sobre la norma.

Frente a algunos autores¹¹⁴⁷ que, en una interpretación literal del Reglamento, niegan la mayor, interpretando que lo que propone el legislador es una exclusión general del arbitraje tanto en su vertiente *ante causam* -por cuanto que el texto se refiere a que el proceso principal se sustanciará ante un tribunal nacional- como en su vertiente de “título ejecutivo” -excluyéndose los laudos arbitrales del concepto de resolución-.

Respecto de las primeras, -que serían medidas cautelares *stricto sensu*- entendemos razonable la extrapolación de los criterios establecidos por el TJUE en *Van Uden* a las OERC en aras a la debida coherencia tanto en la aplicación como en la interpretación uniforme de los Reglamentos -OERC y RBI-bis-.

Ambas normas -art. 35 RBI-bis y Reglamento OERC- establecen la competencia sobre la cuestión principal de tribunales estatales de Estados miembros de manera expresa como requisito para la adopción de las medidas cautelares en cuestión. Este requisito queda sin embargo eclipsado en *Van Uden* en atención a que las medidas en cuestión no son medidas para aplicar un procedimiento arbitral, resultando determinante para su inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento la “naturaleza de los derechos cuya salvaguardia garantizan¹¹⁴⁸”. Dada la enorme similitud entre la fórmula empleada en el art. 35 RBI-bis y el Reglamento OERC entendemos que idéntico criterio puede ser empleado en ambos supuestos.

Visión, esta última, no compartida por otros autores¹¹⁴⁹ que sin embargo sí que ven la posibilidad de solicitar una OERC “ejecutiva” amparándose en un laudo que declare la deuda. En este caso, si bien la circulación de laudos queda fuera del RBI-bis, la equiparación que puede realizarse de entre laudo-resolución judicial en aplicación del Derecho nacional daría cobertura a la adopción de dichas medidas ex. art. 6.3 Reglamento OERC.

Concretamente en aplicación del Derecho español debemos remitirnos primeramente al art. 517 LEC en el que se establece claramente que los laudos tendrán aparejada ejecución en virtud de dicha ley. Todo ello en combinación, según jurisprudencia

¹¹⁴⁷ JIMÉNEZ BLANCO, P., “La orden europea...”, op. cit. p. 246.

¹¹⁴⁸ Sentencia *Van Uden*, cit., considerando 33, sentencia *Reichert*, cit., considerando 32.

¹¹⁴⁹ PORTILLO, T., DE PAZ, S., “Aspectos más significativos...”, op. cit., p. 4.

española¹¹⁵⁰, con los arts. 46.2 de la LArb¹¹⁵¹ en relación con los arts. 52 y siguientes de la LCJI parece no ofrecer dudas¹¹⁵² sobre la adecuación del laudo como resolución judicial a efectos de aplicación del art. 6.3 del Reglamento OERC.

Se trata, en todo caso de una cuestión abierta a la interpretación del TJUE cuyas repercusiones en la práctica no son en absoluto menores al tratarse de un Reglamento - OERC- de un enorme potencial, si bien aún no ha mostrado.

3. Efectos del Brexit en el objeto de estudio

El Reino Unido, fundamentalmente, pero también la UE se enfrentan a un reto legislativo sin precedentes en un proceso que, a fecha finalización del presente estudio, presenta más interrogantes que respuestas ante un acuerdo de retirada -adoptado en noviembre de 2018- cuya ratificación ha sido dinamitada por el nuevo primer ministro Johnson, con la consiguiente incertidumbre para los operadores jurídicos. El próximo proceso electoral adelantado podría, en todo caso, aclarar la cuestión a la que debe darse una solución definitiva con anterioridad a la finalización del “periodo de gracia” ofrecido por la UE hasta el 31 de enero de 2020.

En Derecho internacional privado en general, y en el ámbito de la cooperación en materia civil en particular, en un contexto global que tiende a la armonización, la salida del RU puede generar situaciones particularmente complejas.

Las derivadas en relación con la justicia cautelar de los diferentes escenarios de salida han sido tratadas en un artículo monográfico por el autor del presente estudio¹¹⁵³ - fundamentalmente en relación con el posible resurgimiento de la figura de las *anti suit injunctions*- y constituyen un terreno de estudio futuro de enorme interés cuando finalmente, se concrete la salida.

Como avance de esta línea de investigación futura, destaca el papel que pueda jugar la publicación -2 de julio de 2019- del texto definitivo del Convenio de La Haya sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en materia civil o mercantil¹¹⁵⁴ - firmado ya por Uruguay- como marco potencial de relaciones entre los 27 y el RU.

En todo caso, algunas consecuencias ya son palpables en relación con la hegemonía de Londres como centro mundial de resolución de controversias, con el surgimiento de

¹¹⁵⁰ Vid. Auto TSJ Cataluña 192/2016, de 19 de mayo de 2016, ECLI: ES:TSJCAT:2016:192A.

¹¹⁵¹ Ley 60/2003, de 26 de noviembre, de Arbitraje. BOE nº 309 de 26/12/2003.

¹¹⁵² PORTILLO, T., DE PAZ, S., “Aspectos...”, op. cit., p. 4.

¹¹⁵³ ORBEGOZO MIGUEL, X., “Brexit y Derecho Internacional...”, op. cit.

¹¹⁵⁴ <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=137>.

cortes comerciales europeas en las que el inglés opera como idioma vehicular -como la *Netherlands Commercial Court*¹¹⁵⁵-. Así, se pretende ofrecer al operador seguridad jurídica en relación con la legislación de DIPr aplicable al proceso y sobre todo en relación con la circulación de la resolución resultante del mismo.

El gran beneficiado será, en todo caso, el arbitraje en Reino Unido, que al operar al margen de la legislación europea mantendrá a buen seguro su papel predominante en la resolución de conflictos comerciales internacionales.

4. Arbitraje y Derecho europeo

La integración del arbitraje en la legislación armonizada de DIPr constituye quizá uno de los grandes retos para el legislativo europeo en la actualidad.

La plasmación final de la regulación del arbitraje en el nuevo RBI-bis hace borrón y cuenta nueva y viene a perpetuar un régimen de exclusión en términos análogos a la situación legislativa anterior, subsistiendo así muchos de sus puntos controvertidos y apartándose de los numerosos cambios que se debatieron en el periodo de reforma, entre los que cabe destacar preceptos de tanto calado en la práctica como el punto 4 del art. 29 en relación con la litispendencia -subsistiendo en teoría la posibilidad de recurrir al “torpedo italiano” a pesar del reforzamiento general de los acuerdos de elección de foro que introduce el RBI-bis-.

La principal aportación en el RBI-bis es introducida a través de un precepto con cuestionable valor normativo como un considerando –nº 12- sobre el que se desarrolla la exclusión genérica de arbitraje del art. 1.2 RBI-bis que trata además, la cuestión, con una excesiva ambigüedad, como hemos podido ver. Completa la regulación una referencia expresa a la primacía del citado CNY en el art. 73.

Las razones que justifican tan tímidos, cuando no inexistentes, pasos adelante en la materia responden a lógicas políticas cuyo análisis excede por mucho los objetivos del presente estudio. La prudencia del legislador, en todo caso, queda refrendada por la extraordinaria complejidad de una materia sobre la que, además, existen mecanismos convencionales -CNY fundamentalmente- o incluso de Derecho interno de los Estados que garantizan un funcionamiento pacífico del arbitraje.

5. Tutela cautelar y arbitraje en la legislación española

¹¹⁵⁵ <https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/default.aspx>.

Al referirnos al modelo español, influido en la generalidad de sus términos por la Ley Modelo UNICTRAL, hemos querido poner el acento en las cuestiones más controvertidas.

En relación con las medidas cautelares *ante causam* adoptadas por los órganos jurisdiccionales estatales, las dudas suscitadas por la interpretación literal del art.722 LEC quedaron superadas con la última versión de la LArb -art. 11.3-.

No obstante, esta misma facultad *ante causam* no puede extrapolarse a los árbitros en virtud de la legislación española, supuestos para los que deberemos recurrir a la capacidad cautelar de los jueces en auxilio del procedimiento arbitral -ex. art. 8 LArb-. Este recurso, en ningún caso, supone renuncia al arbitraje -no nacido aún-, en virtud de la literalidad del citado art. 11.3 LArb.

Por otro lado, la posibilidad de adoptar medidas cautelares -jurisdiccionales- en apoyo a procedimientos extranjeros es también cuestión resuelta y pacíficamente aceptada, teniendo refrendo incluso en la jurisprudencia.

La caución, como figura potestativa, del art. 23 LARb genera también algunos interrogantes. Hemos planteado diferentes aproximaciones interpretativas, siendo a nuestro juicio razonable entender que debe entenderse como una exigencia general que, en su caso, puede ser expresamente suprimida por el tribunal en atención a las concretas circunstancias del caso.

Hemos señalado además otra cuestión que consideramos uno de los grandes vacíos legales en la legislación arbitral española. Nos estamos refiriendo a los supuestos en los que el demandante resulte finalmente derrotado en el proceso principal y el demandado -perjudicado por la medida cautelar- deba recurrir a la vía jurisdiccional ordinaria -por haber cesado el tribunal arbitral en sus funciones con la emisión del laudo- para obtener, la indemnización que proceda por la adopción de una medida cautelar cuya necesidad ha quedado ya desvirtuada.

El contexto de inseguridad para el demandado vencedor en este caso es notable, dado que no existe, *a priori*, depositario de dicha caución que volverá a manos del demandante resultando indisponible para la efectiva restitución de los perjuicios para los que fue inicialmente depositada. Las soluciones propuestas por la doctrina son muy variadas y adolecen, en términos generales, de problemas de aplicación que no permiten establecer un criterio claro al respecto, si bien la opción menos imaginativa pasaría por

la consignación judicial de la caución por parte del tribunal arbitral con anterioridad a su disolución.

6. La LMU

Destaca al referirnos a la más reciente versión de la LMU la inclusión de la figura de los órdenes preliminares que, como hemos defendido, suponen la gran aportación de la reforma de dicho texto.

A través de este instrumento *ex-parte* expresamente introducido se garantiza que el desarrollo del proceso posterior no devenga intrascendente, lo que constituye la esencia misma de toda medida cautelar. Aunque el cuestionamiento de los derechos de defensa pondría en tela de juicio la adopción del instrumento se ha introducido un sistema de garantías adicionales que, a nuestro juicio, ofrece un equilibrio razonable entre la eficacia de la medida y los citados derechos. El deber de información reforzado, la caución obligatoria o la fijación de indemnización a la que se refiere el texto destacan en este sentido.

7. Arbitraje institucional

En el apartado de arbitraje institucional, someramente tratado, debemos situar el foco en dos cuestiones centrales, partiendo de la base de que actualmente la facultad para adoptar medidas cautelares está contemplada de manera general en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales.

Por un lado, destaca la no inclusión expresa de mecanismos de adopción de medidas *ex-parte* en los procedimientos arbitrales. Si bien hemos defendido que, salvo que sea expresamente excluido, podrá ser un mecanismo adoptable por los árbitros, se enfrenta en todo caso a las dificultades prácticas derivadas de la ejecución del mismo, sobre todo si la medida cautelar afecta a terceros ajenos al convenio arbitral.

Por otro lado, la generalización del arbitraje de emergencia en los diferentes reglamentos es algo que sin duda favorece la solución de controversias exclusivamente por vía arbitral, respetándose al máximo la voluntad de excluir los tribunales ordinarios pactada por las partes a través del convenio arbitral. Cabe señalar como contrapartida que nos encontramos ante un procedimiento que genera un coste adicional, no menor, al procedimiento.

8. El arbitraje de inversiones como línea de investigación futura

En este estudio hemos querido ofrecer una mirada, general, del arbitraje comercial internacional y de su dimensión cautelar, renunciando, por sus especificidades, a realizar un pormenorizado análisis de una derivada muy concreta de este arbitraje comercial internacional, como es el arbitraje de inversiones.

Se trata de un campo de estudio de enorme transcendencia práctica y no menor complejidad por cuanto que, de partida, combina cuestiones de Derecho internacional público y privado.

Con origen en el Convenio de Washington de 1965, el CIADI es desde luego la institución de mayor reconocimiento en esta materia -si bien no la única- e incorpora en su Reglamento de arbitraje, en línea con los reglamentos institucionales comentados, la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. En la misma línea que dichos reglamentos, la posibilidad de adopción de medidas *ex-parte* queda desterrada en la práctica.

Igual que en los procedimientos arbitrales “ordinarios”, el reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares es un tema con algunas incógnitas. Pudiendo, a priori, recurrirse al régimen del CNY para el reconocimiento de las resoluciones dictadas por el CIADI, la ejecución forzosa de medidas cautelares no gozará de la misma protección, resultando particularmente compleja ante Estados reacios a la ejecución voluntaria.

Sirva esta breve reflexión como prólogo a futuras incursiones en una materia cuya vertiente cautelar plantea interesantes cuestiones para el debate jurídico.

9. Marítimo – regulación convencional

La internacionalidad, intrínseca, del Derecho marítimo se plasma en la figura del embargo preventivo de buques como en pocas otras. Supone, además, una medida de extraordinaria repercusión práctica. Dichos motivos justifican sobradamente que hayamos optado por el análisis en profundidad de esta figura en el recorrido que el presente estudio pretende realizar de lo general a lo más específico. Se trata, además, de una figura cuyas normas reguladoras han sufrido importantes actualizaciones en los últimos años, tanto en su dimensión internacional como en la dimensión interna española.

En relación con la vertiente internacional-convencional suscita gran interés jurídico la concurrencia de los dos convenios internacionales a los que nos hemos referido, el más reciente de los cuales no ha cumplido su pretensión de sustituir al primero, vigente en gran número de Estados, situación análoga a lo sucedido con las Reglas de la Haya – Visby y el Convenio de Hamburgo de 1978 y de incierto desenlace.

En lo relativo a la pura comparación entre ambos Convenios, en términos generales se puede hablar de que el más reciente lleva a cabo una aclaración y actualización de los preceptos en un texto que no introduce cambios revolucionarios respecto de su predecesor.

La lista de créditos recibe la muy necesaria actualización. Se han introducido supuestos nuevos, las primas de seguro o cuestiones medioambientales. Sin existir una referencia directa al mismo, se ha equiparado casi hasta lo idéntico, la redacción a los créditos marítimo privilegiados del CPH93.

En la misma línea de ofrecer una mayor precisión y adecuación a la práctica del *shipping*, se puede destacar, por ejemplo, la inclusión de la hipoteca en el capítulo de buques embargables del art. 3, manteniendo esa tácita adopción de preceptos del CPH, y redundando en la reipersecutoriedad de ciertos créditos, aplicable al embargo preventivo, como necesario paso previo al ejecutivo. Las críticas al nuevo texto vienen, precisamente, de este cambio de rumbo hacia un texto más pensado en la ejecución posterior del embargo.

Con todo, esta aproximación al régimen internacional sobre privilegios marítimos e hipoteca es, precisamente, una de las más probables causas del fracaso del nuevo texto. La remisión que en el art. 3.1 se realiza a los créditos marítimos privilegiados como punto de conexión para solicitar el embargo ha sido acogida con evidente recelo por el grueso de los Estados con una presencia relevante en el *shipping*, mayoritariamente no partes del CPH 93.

Nos encontramos ante un texto que, paradójicamente, introduce cuestiones nuevas que han generado suspicacias para la ratificación del mismo, pero lo hace de manera repleta a menudo de ambigüedades en su formulación, con constantes remisiones explícitas o implícitas a las normas internas de los Estados parte. El efecto armonizador del texto queda, de este modo, en entredicho.

Dado que no se prevén nuevas adhesiones al C99, en su versión actual, ni existe constancia oficial de que se esté trabajando en un nuevo texto o en las enmiendas a los

anteriores, el operador jurídico se ve abocado a convivir con esta incómoda realidad jurídica internacional.

10. El embargo preventivo de buques en el “nuevo” Derecho marítimo español

Tras años de trabajo y numerosos retrasos el gran código de Derecho marítimo español ha visto la luz en forma de Ley de Navegación Marítima.

Se trata de una reforma ambiciosa, llamada no solo a actualizar la legislación existente en España, sino también a coordinar sus disposiciones con el abundante Derecho internacional en materia marítima.

En materia cautelar, con los preceptos específicos sobre embargo preventivo de buques pone fin a unos años de notable caos legislativo en el que llegaron a estar vigentes ambos Convenios internacionales simultáneamente.

La regulación actual se asemeja casi literalmente a la del C99, al que remite para todos los embargos contemplados en el mismo.

Las contribuciones más notables en este sentido vendrán de la mano, primeramente, de la mera alegación como único requisito para la obtención del embargo hasta en supuestos estrictamente nacionales. Si bien esta no es una afirmación pacíficamente aceptada, nuestra interpretación de la Ley refrenda suficientemente este criterio.

Asimismo, completando el vacío al respecto del C99, en aplicación del mismo en España la caución será, en todo caso, obligatoria.

Destacan entre otras cuestiones no reguladas por el texto convencional y a las que se refiere nuestra norma interna, la ampliación de la lista de créditos que da acceso al embargo de embarcaciones en supuestos estrictamente nacionales o buques de Estados no parte en el Convenio.

11. Convenios sobre embargo preventivo y Derecho europeo

Ante la incontestable vigencia de la regla de especialidad establecida inicialmente por el art. 56 CB68, y plasmada en la actualidad en el art. 71 RBI-bis, respecto de los Convenios sobre embargo preventivo, hemos planteado algunas reservas sobre la posibilidad de ratificación por parte de España del C99.

El legislador europeo en la actualidad pretende regular de manera uniforme para los Estados miembros un cada vez mayor número de cuestiones de naturaleza procesal y de DIPr Las disposiciones sobre competencia judicial internacional que introduce el C99,

ratificado por España con posterioridad a la entrada en vigor del RBI generan algunas razonables dudas sobre la procedencia de dicha ratificación en presencia de los arts. 3 y 81 TFUE o el Dictamen 1/03 del TJUE al que nos hemos referido.

En atención a los argumentos expuestos entendemos que esta ratificación se produjo en términos contrarios al Derecho europeo, debiendo haber sido autorizada por las instituciones europeas o, en su defecto, aprobada en nombre propio por la UE.

Fuentes bibliográficas y documentales

I. LEGISLACIÓN

1. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UE

1.1. Derecho Institucional

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. Instrumento de ratificación de 12 de junio de 1985, BOE: 1 de enero de 1986.

Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Instrumento de ratificación del Reino de España en BOE de 13 de enero de 1994.

Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE n° 83 de 30 de marzo de 2010.

1.2. Convenios

Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOCE 299 de 31 de diciembre de 1972, pp. 32–42.

Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988.

Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007.

1.3. Derecho derivado

Directiva 98/26/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, DOCE de 11 de junio de 1998.

Reglamento (CE) n° 1206/2001 del consejo de 28 de mayo de 2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, DOCE n° 174 de 27 de junio de 2001.

Reglamento (CE) No 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOCE L 12 de 16/12/2001, pp. 1-23.

Reglamento (CE) No 2201/2003 del consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000.

Reglamento (CE) No 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, DOUE L 143, de 30/04/2004, pp. 15-39.

Reglamento (CE) N° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo, DOUE n° 399 de 30 de diciembre de 2006.

Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, DOUE n° 199, de 31 de julio de 2007.

Reglamento (CE) no 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE n° 177 de 4 de julio de 2008.

Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DOUE n° 351, de 20 de diciembre de 2012.

Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, DOUE n° 189.

Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1823 de la Comisión, de 10 de octubre de 2016, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el

cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, DOUE n° 283 de 19 de octubre de 2016.

1.4. Proyectos, dictámenes, trabajos preparatorios, informes.

Informe del Sr. P. Renard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOCE n° 189, de 28 de julio de 1990 (en Español).

Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (1999/C 376 E/01) COM(1999) 348 final.

Commission Staff Working Document, Annex to the Green Paper on improving the efficiency of the enforcement of judgments in the European Union: the attachment of bank accounts COM (2006) 618 final.

Libro Verde sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la unión europea: embargo de activos bancarios, COM (2006) 618 final.

Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States presented by Prof. Dr. Burkhard Hess Prof. Dr. Thomas Pfeiffer and Prof. Dr. Peter Schlosser (Munich). Versión definitiva, septiembre de 2007.

Libro Verde sobre la revisión del reglamento (ce) n° 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM (2009) 175 final.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n ° 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM (2009) 175 final.

Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Versión refundida), COM (2010) 748.

Proyecto de informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de

resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), COM(2010) 0748.

Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas, COM (2010), 348 final.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, COM (2011) 445 final.

2. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONVENCIONAL

Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, hecho en Bruselas el 10 de mayo de 1952.

Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), realizado en Ginebra a 19 de mayo de 1956.

Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958.

Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, BOE nº 21 de 24 de enero de 1968.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, BOE nº. 56 de 6 de marzo de 1970.

Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, firmado por España el 4 de diciembre de 1984.

Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999.

3. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, «Gaceta de Madrid» núm. 289, de 16 de octubre de 1885 (referencia BOE BOE-A-1885-6627).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889, (referencia BOE-A-1889-4763).

Ley 2/1967, de 8 de abril, sobre embargo preventivo de buques, «BOE» núm. 86, de 11 de abril de 1967.

Constitución española de 1978, «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 1985.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000.

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, «BOE» núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.

Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, «BOE» núm. 180, de 25 de julio de 2014.

Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, BOE nº 258, de 28 de octubre de 2015.

II. JURISPRUDENCIA

1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJCE de 14 de octubre de 1976, C-29/76 *Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1976:137.

STJCE de 27 de marzo de 1979, asunto 143/78, *De Cavel I*, ECLI:EU:C:1979:83.

STJCE de 6 de marzo de 1980, asunto 120/79, *De Cavel II*, ECLI:EU:C:1980:70.

STJCE de 21 de mayo de 1980, asunto C-125/79, *Denilauler*, ECLI:EU:C:1980:130.

STJE de 31 de marzo de 1982, asunto C-25/81, *C.H.W./G.J.H.*, ECLI:EU:C:1982:116.

STJCE de 15 de noviembre de 1983, asunto 288/82, *Duijnsee*, ECLI:EU:C:1983:326.

STJCE de 15 de mayo de 1990, asunto C- 365/88, *Hagen*, ECLI:EU:C:1990:203.

STJUE de 27 de junio de 1991, asunto C-351/89, *Overseas Union Insurance Limited*, ECLI:EU:C:1991:279.

STJCE de 25 de julio de 1991, asunto C-190/89, *Marc Rich*, ECLI:EU:C:1991:319.

STJCE de 26 de marzo de 1992, asunto C-261/90, *Reichert (II)*, ECLI:EU:C:1992:149.

STJCE de 13 de julio de 1995, asunto C-474/93, *Hengst Import/Campese*, ECLI:EU:C:1995:243.

Asunto C-99/95, *Saueressig c. Forbo-Krommenie*, retirada del registro 29 de abril de 1996.

STJCE de 17 de noviembre de 1998, asunto C-391/95, *Van Uden*, ECLI:EU:C:1998:543.

STJCE de 27 de abril de 1999, asunto C-99/96, *Mietz*, ECLI:EU:C:1999:202.

STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, ECLI:EU:C:2000:164.

STJCE de 13 de julio de 2000, asunto C-412/98, *Group Josi*, ECLI:EU:C:2000:399.

STJUE de 14 de noviembre de 2002, C-271/00, *Steenbergen*, ECLI:EU:C:2002:656.

STJUE de 9 de diciembre de 2003, asunto C-116/02, *Gasser*, ECLI:EU:C:2003:657.

STJUE de 27 de abril de 2004, asunto C-159/02, *Turner*, ECLI: EU:C:2004:228.

STJCE de 28 de abril de 2005, asunto C-104/03, *St. Paul Dairy*, ECLI:EU:C:2005:255.

STJCE de 15 de febrero de 2007, asunto C-292/05, *Eirini Lechouritou*, ECLI:EU:C:2007:102.

STJCE de 28 de abril de 2009, asunto C-420/07, *Apostolides*, ECLI:EU:C:2009:271.

STJUE de 10 de febrero de 2009, asunto C-185/07, *Allianz*, ECLI: EU:C:2009:69.

STJUE de 2 de abril de 2009, asunto C-394/07, *Gambazzi*, ECLI: EU:C:2009:219.

STJUE de 4 de mayo de 2010, asunto C-533/08, *TNT Express Nederland*, ECLI: EU:C:2010:243.

STJUE de 15 de julio de 2010, asunto C-256/09, *Purruker*, ECLI: EU:C:2010:665.

STJUE de 18 de octubre de 2011, asunto C-406/09, *Realchemie Nederland*, ECLI: EU:C:2011:668.

STJUE de 6 de septiembre de 2012, asunto C-170/11, *Lippens*, ECLI: EU:C:2012:540.

STJUE de 15 de noviembre de 2012, asunto C-456/11 *Gothaer*, ECLI: EU:C:2012:719.

STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-332/11, *ProRail*, ECLI: EU:C:2013:87.

STJUE de 23 de octubre de 2014, asunto C-302/12, *Lithuanian Airlines*, C-302/12, ECLI:EU:C:2014:2319.

STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto C-536/13, *Gazprom*, ECLI: EU:C:2015:316.

STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-681/13, *Diageo Brands*, ECLI:EU:C:2015:471.

STJUE de 9 de septiembre de 2015, asunto C-4/14, *Bohez*, ECLI: EU:C:2015:563.

STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-379/17, *Società Immobiliare Al Bosco*, ECLI: EU:C:2018:806.

STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-337/17, *Feniks*, ECLI: EU:C:2018:805.

Asunto *K.H.K.*, (pendiente de resolución), C-555/18, Conclusiones del Abogado General , ECLI :EU:C:2019:652.

2. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

STC 66/1984 de 6 de junio

SAT Barcelona de 19 de noviembre de 1986

STC 39/1995 de 13 de febrero

SAP Castellón, nº 312/1998, de 4 de julio de 1998

SAP Valencia de 8 de abril de 2000

AAP Las Palmas de 10 de marzo de 2006

STS de 19 de abril de 2006

STC 159/2008 de 12 de diciembre

Auto AP Madrid 98/2009 de 8 de junio de 2009

Auto TSJ Cataluña 192/2016 de 19 de mayo de 2016

STC 1/2018 de 11 de enero

STS de 19 de abril de 2006

3. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Cour de Casation, chambre civile (1er Ch), de 11 de diciembre de 2001, “*Virgin Atlantic*”, N° de pourvoi: 00-18547. (Francia)

Sandisk Corporation v Koninklijke Philips Electronics NV and others: CHD de 27 de febrero de 2007, [2007] EWHC 332 (Ch). (Reino Unido)

National Navigation Co. c. Endesa Generación S.A. Court of Appeal [2009] EWCA Civ 1397, “*The Wadi Sudr*”, de 17 de diciembre de 2009. (Reino Unido)

Chinmax Medical Systems Inc., v. Alere San Diego, Inc., Corte del Distrito Sur de California, caso 10cv2467 WQH, de 27 de mayo 2011. (EEUU)

Yahoo! Inc. V. Microsoft Corporation, Corte de Distrito Sur de Nueva York, 21 octubre 2013. (EEUU)

NYK Bulkship (Atlantic) NV (Respondent) v Cargill International SA (Appellant) (“*The Global Santosh*”) UKSC 20, resolución de 11 de mayo de 2016. (Reino Unido)

Sharp Corporation v. Hisense USA Corporation, Civil Action No. 2017-1648 (D.D.C. 2017) Corte del Distrito de Columbia, 13 de noviembre de 2017. (EEUU)

III. DOCTRINA

1. MONOGRAFÍAS

AA.VV., *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*. Suiza. Editions Helbing & Lichtenhahn, 1993.

AA.VV., *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid, 2015.

AA.VV., *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje*, CIMA, Madrid, 2016.

AA.VV., *L'immobilisation forcé des navires*, Colloque de Bordeaux 20, 21 et 22 octobre 1988, Association française du droit maritime, 1988.

AA.VV., *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de la Ley General de Navegación Marítima*, Gobierno Vasco, Vitoria, 2006.

ALVAREZ RUBIO, J.J., *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima*, Gobierno Vasco, Vitoria, 1993.

- *Derecho Marítimo y Derecho Internacional Privado*, Gobierno Vasco, 2000.

ALONSO LEDESMA, C., *Los privilegios marítimos*, Civitas, Madrid, 1995.

ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho Marítimo (Ley 14/2014 de Navegación Marítima)*, Civitas, Madrid, 2015.

BAHUREL, C., BERNARD, E. y HO-DAC, M. (dirs.), *Le Brexit, enjeux régionaux, nationaux et internationaux*, Bruylant, Bruselas, 2017.

BARIATTI, S., *Cases and materials on EU private international law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2011.

BEAUMONT, P., DANOV, M., TRIMMINGS, K., YÜKSEL, B. (Eds.), *Cross-border Litigation in Europe*. Hart Publishing, Oxford, 2017.

BERGER, K.P., *Private Dispute Resolution in International Business. Negotiation, Mediation, Arbitration*, 3ª edición, vol. II, Wolters Kluwer, 2015.

BERLINGIERI, F., *Berlingieri on arrest of ships, a commentary on the 1952 and 1999 arrest conventions*, 4ª edición, Lloyd's Shipping Law Library, London, 2006.

BOGDAN, M. (ed.), *The Brussels Jurisdiction and Enforcement Convention – an EC Court Casebook*, Kluwer Law International, 1996.

BONOMI, A., *Diritto Internazionale private e cooperazione giudiziaria in material civile*, Gianppichelli, Torino, 2009.

BORN, G.B., *International Arbitration, cases and materials*, 2ª ed., Wolters Kluwer, 2015.

BORRÁS, A., *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantill: una reflexión preliminar española*. Seminario celebrado en Tarragona 30-31 de mayo de 1997, Marcial Pons, 1998.

BRIGGS, A., *Civil Jurisdiction and Judgements*, 6ª edición, Routledge, Oxon, 2015.

BUCHER, A. y BONOMI, A., *Droit international privé*, 3ª edición, Helbing Lichtenbhan, Basilea, 2013.

BYRNE, P., *The EEC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements*, Round Hall Press, Dublín, 1990.

CACHARD, O., *Droit international privé*, 6ª edición, Bruylant, Bruselas, 2017.

CALVO CARAVACA, A. L. (Ed.). *Comentario el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Ed. Universidad Carlos III, Madrid, 1994.

CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *Litigación internacional en la Unión Europea I*. Aranzadi, CizurMenor, 2017.

CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN, E., *Comentarios a la Ley de navegación marítima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

CAMPUZANO DÍAZ, B., CZEPELAK, M., RODRIGUEZ BENOT A. y RODRIGUEZ VAZQUEZ, A. (eds.), *Latest developements in EU Private International Law*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011.

CARR, I. y STONE, P., *International Trade Law*, 5ª edición, Routledge, Oxon, 2014.

COLLINS, L., *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

CORBAL FERNÁNDEZ, J. E. et al. (dirs.), *Práctica Procesal Civil*, Bosch, Madrid, 2014.

CONSOLO, C. y DE CRISTÓFARO, C., *Il diritto processuale civile internazionale*. Kluwer Ipsoa, 2006.

DASHWOOD, A., HACON, R. J. y White, Robin C.A.. *A guide to the Civil Jurisdiction and Judgements Convention*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987.

DE LEVAL, G. Y CANDELA SORIANO, M. (coord.), *Espace judiciaire européen. Acquis et enjeux futurs en matière civile*. Larcier, Bruselas, 2007.

DICKINSON, A. y LEIN, E. (Ed.). *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Civil Europeo, Vol. I, Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

DICEY, MORRIS & COLLINS. *The Conflict of Laws*, 15ª edición, Sweet & Maxwell, 2017.

DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*. Sexta edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

EIZAGUIRRE, J.M. (coord.), *El Derecho del transporte marítimo internacional, I*, Jornadas sobre transporte marítimo europeo, Gobierno Vasco, Donostia, 1993.

- *XVI Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, Gobierno Vasco, Donostia, 2008.

EMPARANZA, A. y MARTÍN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (Eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea –Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues-*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

FENTIMAN, R., *International Commercial Litigation*, 2ª ed., Oxford, 2015.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. (et. al) (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Atelier Editorial, Barcelona, 2001.

FRANZINA, P. y LEANDRO, A., *Il sequestro conservativo di conti bancari*, Giuffré, Milán, 2015.

FRANZINA, P. (ed.), *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion I/13*. Intersentia, Cambridge, 2017.

FUENTES CAMACHO, V., *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Eurolex, Madrid, 1996.

GAILLARD, E. (ed.), *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI series on international arbitration N° 2, Nueva York, 2005.

GABALDÓN GARCÍA, J.L. Y RUIZ SOROA, J. M., *Manual de Derecho de la navegación marítima*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

- *Derecho internacional privado*, 4ª edición, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2017.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Medidas cautelares de proceso civil extranjero*, (Art. 24 del Convenio de Bruselas), Comares, Granada, 1998.

- *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Cedecs, Madrid, 1999.

GAUDEMET-TALLON, H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Competence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1993.

GAUDEMET-TALLON, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5ª edición, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2010.

GOLDEN, J. y LAMM, C., *International Financial Disputes. Arbitration and Mediation*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

GÓMEZ JENÉ, M., *Arbitraje comercial internacional*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2018.

GOÑI ETCHEVERS, J.L., *Temas de Derecho marítimo*, Aranzadi, 2016.

GOTHOT, P., y HOLLEAUX, D., *La Convención de Bruselas de 27 septiembre 1968 (Competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE)*, La Ley, Madrid, 1986.

GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, Bruselas, 2014.

GUINCHARD, S. (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Droits interne et de l'Union Européenne, 8ª edición, Dalloz, 2014.

HARTLEY, T. C., *International Commercial Litigation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

HESS, B., REQUEJO ISIDRO, M. et. al., *An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on*

the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law, informe del Max Plank Institute para la Comisión Europea, 11 de septiembre de 2017.

HINOJOSA SEGOVIA, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2ª edición, Grupo Difusión, Madrid, 2008.

JIMÉNEZ CONDE, F., *Ley de enjuiciamiento civil : respuestas a 100 cuestiones polémicas*, SEPIN, Pozuelo de Alarcón, 2002.

KENNET, W., *Enforcement of judgements in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

KRAMER, X. E. y VAN RHEE, C.H., *Civil Litigation in a Globalising World*, TMC Asser Press, The Hague, 2012.

LAZIĆ, V. y STUIJL S. (eds.), *Brussels Ibis Regulation, Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*, Asser Press, La Haya, 2017.

LEIN, E. (ed.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2012.

MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.). *Brussels I Regulation, European Commentaries on Private International Law*. Sellier, 2007.

- *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2016.

MAŃKO, R., *Europeanisation of civil procedure, towards common minimum standards?*, EPRS-European Parliamentary Research Service, junio 2015.

MERKT, O., *Les mesures provisoires en droit international privé*, Zurich, 1994.

MANDARAKA-SHEPPARD, A., *Modern Maritime Law*, 3ª edición, Informa Law from Routledge, Oxon, 2013.

MONTERO AROCA, J. et. al., *Derecho Jurisdiccional*, Vol. I, 22ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MONTERO AROCA, J. et. al., *Derecho Jurisdiccional*, Vol. II, 22ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MORA CAPITAN, B. *El Embargo Preventivo de Buques*, J.M. Bosch, Barcelona, 2000.

MOSCONI, F. y CAMPIGLIO, C., *Diritto internazionale privato e processuale*, 5ª edición, Woters Kluwer, 2011.

MOSIMANN, O. L., *Anti-Suit Injunctions in International Commercial Arbitration*, Eleven Law, 2010.

MURRAY, C. y otros. *The Law and Practice of International Trade*, 12ª edición, Sweet and Maxwell, 2012.

NEWMAN, L.W. y ONG, C., *Interim measures in international arbitration*, Juris, 2014.

NIBOYET, M. L. y DE LA PRADELLE, G., *Droit international privé*, 4ª edición, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 2013.

NIOCHE, M., *La decision proviso ire en droit international privé européen*, Bruylant, Bruselas, 2012.

NUYTS, A. (Coord.). *Actualités en Droit international privé*, Bruylant, Bruselas, 3ª ed., 2014.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (Dir.), *Justicia civil en la Unión Europea, evaluación de la experiencia Española y perspectivas de future*, Dykinson, Madrid, 2017.

PELLISÉ, C. (Ed.). *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*. Marcial Pons, Madrid, 2014.

PÉREZ-LLORCA et. al. (Coords.), *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

PTASHENCHUK, O., *International Conventions Relating to Arrest of Ships*, Lambert Academic Publishing, Saarbrücken, 2012.

POCAR, F. et. al., *Recasting Brussels I*, CEDAM, Padova, 2012.

POUDRET, J.F. y BESSON, S., *Comparative Law of International arbitration*, Sweet & Maxwell, Londres, 2008.

REQUEJO ISIDRO, M., *Proceso en el extranjero y medidas antiproceto (antisuit injunctions)*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000.

RUBINS, N., *Provisional measures in investment arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

RUIZ ABOU-NIGM, V., *The Arrest of Ships in Private International Law*, Oxford International Private Law Series, Oxford, 2011.

SÁNCHEZ LORENZO, S. y MOYA ESCUDERO, M. (Ed.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003.

SENÉS MONTILLA, C., *La orden europea de retención de cuentas: aplicación en Derecho español del Reglamento (UE) núm. 655/2014, de 15 mayo de 2014*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

STORME, M. (ed.), *Procedural Laws in Europe. Towards Harmonisation*, Maklu, Antwerp-Apeldoorn, 2003.

STONE, P., *EU private international law. Harmonization of laws*, Elgar European Law, Cheltenham/Northampton, 2006.

NUYTS, A. y WATTÉ, N., *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruyillant, Bruselas. 2005.

VAN DEN BERG, A. (ed.), *New horizons in international commercial arbitration and beyond*, Kluwer Law International, 2005.

- *International arbitration, the coming of a new age?*, Kluwer Law International, 2013.

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª edición, Thomson Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

WEBSTER, T.H. y BÜHLER, M.W., *Handbook of ICC arbitration: Commentary, Precedentes, Materials*, 4ª ed., Sweet & Maxwell – Thomson Reuters, London, 2018.

YEŞİLIRMAK, A., *Provisional measures in international commercial arbitration*, Kluwer Law International, 2005,

2. CAPÍTULOS EN REVISTAS Y OBRAS COLECTIVAS

ALCÁNTARA GONZALEZ, J.M., “El nuevo régimen jurídico del embargo preventivo de buques. Los secretos del Convenio de Ginebra de 1999”, *Diario La Ley*, Nº 8097, Sección Tribuna, 4 Jun. 2013.

ANTÓN JUÁREZ, I., “La orden europea de retención de cuentas ¿Adiós a la dificultad que plantea el cobro de la deuda transfronteriza en la UE?” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Nº 1 marzo 2017, pp. 5-48.

ALISTE SANTOS, J. T., “Un Código Procesal Civil para Europa: el Derecho Romano como elemento para la construcción de un proceso europeo común”, *Diario La Ley* N° 6966, 2008.

ALVAREZ RUBIO, J.J., “La regla de especialidad como cauce para superar los conflictos normativos entre el derecho comunitario y los convenios internacionales en materias especiales”, *Diario La Ley*, n° 7499 de 29 de octubre de 2010.

- “El nuevo Derecho Privado Europeo y sus repercusiones en el Derecho Civil Vasco” en *El derecho civil vasco del siglo XXI De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco-Eusko Lege Biltzarra, Gasteiz, 2016.

- “La dimension procesal internacional en la Ley de navegación marítima”,

ARENAS GARCÍA, R., “La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento 44/2001: de Van Uden a West Tankers y sus consecuencias”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 2, N°. 2, 2009, pp. 401-428.

- “Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas I: de la regulación actual a la regulación proyectada”, *Diario La Ley*, n°7601, Sección Tribuna, 31 Mar. 2011.

- “Del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I-bis”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV ,2013, pp. 377-382.

ARENAS GARCÍA, R. y ORÓ MARTÍNEZ, C., “La propuesta de revisión del Reglamento 44/2001: algunos pasos en la dirección correcta”, blog de la Universidad Autónoma de Barcelona, 10 de diciembre de 2010.

AUSTIN, N. y HANDLEY, D., “<GLOBAL SANTOSH> - Supreme Court overrules Court of Appeal in favour of charterers” *Clyde&Co, Insight*, 6 de julio de 2016.

BIAGIONI, G., “L’abolizione dei motivi ostativi al riconoscimento e all’esecuzione nella proposta di revisione del regolamento Bruxelles I”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 4 2011, pp. 971-986.

BORDACHAR URRUTIA, R., “Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia”, *Derecho y Ciencias Sociales*, n° 13, octubre 2015, pp. 71-91.

BORRÁS, A., “Hacia la supresión del exequátur en Europa”, *Cuadernos de derecho judicial*, ISSN 1134-9670, n° 4, 2001 (Ejemplar dedicado a: Cooperación jurídica internacional en materia civil : el Convenio de Bruselas, pp. 15-52.

- “La comunitarización de Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz - Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak*, nº 1, 2001, pp. 285-318.

BOULARBAH, H., “Les mesures provisoires en droit commercial international: développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et de Lugano”, *Revue de droit commercial belge*, 1999, pp. 604-610.

BROWN, C., “The Enforcement of Interim Measures Ordered by Tribunals and Emergency Arbitrators in International Arbitration”, en VAN DEN BERG, A. (ed.), *International arbitration, the coming of a new age?*, Kluwer Law International, 2013, pp. 279-291.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “Aproximación a la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje”, *Diario La Ley*, 18 de marzo de 2004.

CADET, F., “Le nouveau règlement Bruxelles I ou l’itinéraire d’un enfant gâté”, *Journal du Droit International*, nº3, 2013, pp. 765-790.

CALVO CARAVACA, A.L., “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho*, nº 21, 2003, pp. 49-69.

- “Medidas cautelares y arbitraje privado internacional”, *Diario La Ley*, nº 6128, año XXV, 16 de noviembre de 2004.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Medidas cautelares y comercio internacional”, *Cuadernos de derecho judicial*, nº 18, 2004, pp. 409-591.

- “Armas legales contra la crisis económica. Algunas respuestas del Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 1, marzo 2013, pp. 38-102.

- “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis”. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, nº 1 2015, pp.55-78.

CARBALLO PIÑEIRO, L., “Convenio internacional sobre embargo preventivo de buques: de 1952 a 1999 e implementación en España”, *Revista española de Derecho internacional privado*, vol. LXIV (2012), nº 2, pp. 320-323.

CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, F.J., “La tutela cautelar de los derechos en el arbitraje”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, enero 2013.

CÁMARA LAPUENTE, S., “El hipotético «código civil europeo»: ¿por qué, cómo y cuándo?”, *jornadas sobre European Contract Law*, 14 y 15 de marzo de 2002.

CAMILLERI, S.M., “Recital 12 of the Recast Regulation: a new hope?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, octubre 2013, pp. 899-916.

CORRALES ELIZONDO, A., “El embargo preventivo de buques”, *Revista General de Marina*, tomo 206, enero de 1983.

CASTELLO, J.E., “Arbitral ex-parte interim relief: the view in favor”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 58, nº 3, 2003.

CASTILLO DE LA TORRE, F., “Interim measures in community courts: recent trends”, *Common Market Law Review*, nº 44, 2007, pp. 273-353.

COLLINS, L. y DHAR, S., “Remedies - Interim Measures” en GOLDEN, J. y LAMM, C., *International Financial Disputes. Arbitration and Mediation*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 404-415.

COLLINS, L. “Provisional and protective measures in international litigation”, *Recueil des cours, collected courses of the hague academy of international law*, vol. 234, 1992, pp. 9-238.

CONSOLO, C., “La tutela sommaria e la Convenzione di Bruxelles: la circolazione comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 0035-6174, 1991.

- “Avoiding the Risk of Babel after Van Uden and Mietz: Perspectives and Proposals”, *Zeitschrift für Zivilprozeß international: Jahrbuch des internationalen Zivilprozeßrechts*, vol.6, 2001, pp. 49-63.

CORDÓN MORENO, F., “La orden europea de retención de cuentas en un proceso seguido en España, ¿naturaleza cautelar o ejecutiva?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69/2, julio-diciembre 2017, Madrid, pp. 301-308.

CUNIBERTI, G., “La ejecución de las medidas provisionales y cautelares extranjeras en materia civil y mercantil en Europa”, *Diario La Ley*, nº 7601, Sección Tribuna, 31 marzo 2011.

CUNIBERTI, G y RUEDA, I., “Abolition of Exequatur - Addressing the Commission's Concerns”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 75, nº 2, 2011, pp. 286-316.

DEBATTISTA, C., “Who risks arrest? On or off hire?”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1/2017.

DE CASTRO ARAGONÉS, J.M., y DE LARRUCEA, J. R., “El embargo preventivo de buques. La nueva regulación del Convenio de Ginebra de 12 de marzo de 1999 y el Derecho español”, *Diario La Ley*, 17742/2011, pp. 7-12.

DE GÖTZEN, E., “Cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil: ¿Dónde estamos y hacia dónde nos dirigimos?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 309-340.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Integración Europea y Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 2, 1997, pp. 413-445.

- “Integración europea y Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año nº1, nº2, 1997, pp. 413-446.

- “El arbitraje y el Reglamento Bruselas I a la luz de la sentencia *Gazprom*” entrada de blog de 13 de mayo de 2015: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2015/05/el-arbitraje-y-el-reglamento-bruselas-i.html>.

- “El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley*, año XXXIV, nº 8013, 31 de enero de 2013.

DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., “Arbitraje, medidas cautelares, caución y una paradoja”, *Justicia*, año 2014, pp. 199-235.

DÍAZ RIBES, S., “El embargo preventivo de buques y el salvamento marítimo en la nueva Ley de Navegación Marítima”, *Diario La Ley*, 6482/2014, pp. 8-10.

DICKINSON, A., “Provisional measures in the “Brussels I” review: disturbing the status quo?” *Journal of Private International Law*, vol. 6, nº 3 2010, pp. 519-564.

- “The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast) ('Brussels I bis' Regulation)”, <http://papers.ssrn.com>, 2011.

DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “La orden europea de retención de cuentas”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, nº. 4 (octubre-diciembre, 2014), pp. 243-256.

DUTSON, S. y HOWARTH, M., “After West Tankers: rise of the foreign torpedo?”, *Arbitration*, nº 75, 2009, pp. 334-348.

ELVIRA BENAYAS, 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*, nº. 9, junio 2005.

- “Diligencias preliminares, medidas de aseguramiento de pruebas y Reglamento Bruselas I ¿Una cuestión cerrada?” *La Ley Unión Europea*, nº 19, Octubre 2014.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “BREXIT: algunas reflexiones desde el Derecho internacional.” *Revista española de Derecho internacional*, vol. 68, 2-2016, pp.19-22.

ESPINOSA CALABUIG, R., “La desarmonización de la armonización europea, a propósito del Convenio de Ginebra de 12 de marzo de 1999 sobre embargo preventivo de buques y su relación con los Reglamentos Bruselas I y Bruselas I bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, nº 3, 2013, pp. 645-676.

- “¿Podía España ratificar el Convenio de Ginebra de 12 de marzo de 1999 sobre embargo preventivo de buques?”, *Anuario de Derecho marítimo*, nº 30, 2013, pp. 276-293.

- EIDENMÜLLER H., FAUST F., CHRISTOPH GRIGOLEIT, H., JANSEN, N., WAGNER G., ZIMMERMANN R.; RODRÍGUEZ ROSADO, B. (trad.), “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo: cuestiones valorativas y problemas legislativos”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 62, nº 4, 2009, pp. 1461-1522.

FAIRÉN GUILLÉN, V., “El proceso cautelar en la Convención de Bruselas de 1968”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 1996, pp. 1648-1654.

FACH GÓMEZ, K., “El futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado”. *Revista española de Derecho internacional*, vol. 69, 1-2017, pp. 295-302.

FENTIMAN, R., “Arbitration and the Brussels Regulation”, *Cambridge Law Journal*, vol.66, nº 3 2007, pp. 493-495.

FERACI, O., “L’abolizione dell’*exequatur* nella proposta di revision del Regolamento n.44/2001: quale destino per I motive di rifiuto del riconoscimento e dell’*esecuzione delle decisioni*?”, *Rivista di diritto internazionale*, nº 3 2011, pp. 832-843.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Arbitraje y justicia cautelar”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, pp. 23-60.

- “El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: cónica de un desencuentro”, *La Ley Unión Europea* nº 9, noviembre 2013.

- “Comentario a la STJUE de 13 de mayo de 2015, Asunto C-536/13, Gazprom”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2015, pp. 255-264.

- “Aproximación teleológica a la tutela cautelar en el proceso civil y en el arbitraje”, *Diario La Ley*, nº 8897, de 10 de enero de 2017.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº1, marzo 2017, pp. 82-97.

FONT I MAS, M., “El Reglamento 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67/1, enero-junio 2015, pp. 329-356.

GARAU SOBRINO, F., “¿Qué Derecho internacional privado queremos para el siglo XXI?” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, nº 2, octubre 2012, pp. 140-158.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., y SÁNCHEZ, S., “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 48, octubre-diciembre 2013, pp. 9-35.

GASCÓN INCHAUSTI, F., “Nuevo marco para la adopción de medidas cautelares en el arbitraje internacional, la sentencia “Van Uden” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 1999, pp. 2044-2045.

GAUDEMET-TALLON, H. Y KASSEDJIAN, C., “La refonte du règlement Bruxelles I”, *Revue trimestrielle de droit européen*, enero-marzo 2013, pp. 435-454.

GIARDINA, A., “Provisional measures in Europe: some comparative observations”, *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt am Main, pp. 499-508.

GÓMEZ JENÉ, M., “Arbitraje, medidas cautelares y Reglamento Bruselas I”, *La Ley Unión Europea*, 31 de marzo de 2011, pp. 6-10.

- “Anti-suit injunction en forma de laudo arbitral (a propósito de la sentencia *Gazprom* del TJUE)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2015, vol. 7, nº 2, pp. 440-447.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “El proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en material civil y

mercantil”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº L.II-2, julio 2000, pp. 662-669.

HARTLEY, T.C., “The Brussels I Regulation and arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 63, octubre 2014, pp 843–866.

HEINZE, C., “Internationaler einstweiliger Rechtsschutz”, *Recht der internationalen Wirtschaft (RIW)*, 2003, pp. 922 y ss.

HEINZE, C., “Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation”. *Max Planck Law Research Paper* nº 11/5, 2011.

HESS, B., “The Brussels I Regulation: recent case law of the Court of Justice and the Commission’s proposed recast”. *Common Market Law Review*, vol. 49, nº 3 2012, pp-1075-1112.

HOBÉR, K., “Interim Measures by Arbitrators, Arbitral Provisional Measures: The Actual Practice”, *International Arbitration 2006: Back to Basics?* ICCA International Arbitration Congress, pp. 721-750.

HONORATI, C., “Medidas provisionales y revisión del Reglamento Bruselas I: una oportunidad perdida para mejorar la regulación”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, nº11, 2011, pp. 207-227.

IRIARTE ÁNGEL, J.L., “La armonización del Derecho Internacional Privado en la Unión Europea”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho – Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, año 4, nº9, 2006, pp. 45-74.

IGLESIAS VÁZQUEZ, M.A., “Globalización, globalización jurídica, Global Law y Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº1, pp. 215-235.

JIMÉNEZ BLANCO, P., “La orden europea de retención de cuentas: avances y limitaciones”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, XIV-XV, 2014-2015, pp. 243-275.

JIMENO BULNES, M., “La cooperación judicial civil en la Unión Europea: instrumentos procesales y últimos avances”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 7, 2005, pp. 5-20.

KESSEDJIAN, C., “Note on provisional and protective measures in private international law and comparative law”, *Hague Conference on Private International Law, preliminary document n° 10*, octubre 1998.

- “Le Règlement Bruxelles I révisé: Much ado about... what?”, *Europe: actualité du droit communautaire*, vol. 23, n° 3, 2013, pp. 5-9.

- “Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001”. *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.47, n°1 2011, pp. 117-130.

KRAMER, X. E., “The Dutch Kort Geding Procedure in an International Perspective: A Comparative View on Provisional Measures and Private International Law”, *Deventer: Kluwer*, 2001. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1122344>

- “Current gaps and future perspectives in European private international law: towards a code on private international law?”, *Parlamento Europeo*, PE 462.476, 2012.

- “Cross-border Enforcement in the EU: Mutual Trust versus Fair Trial? Towards Principles of European Civil Procedure”, *International Journal of Procedural Law*, 2-2011, pp. 202-230.

KRUGER, T., “The anti-suit injunctions in the European Judicial Space: Turner v. Grobit”, *International and Comparative law quarterly*, 2004, pp. 1030-1040.

KUIJPER, P. J., “The changing status of private international law treaties of the Member States in relation to Regulation No. 44/2001. Case No. C-533/08, TNT Express Nederland BV v. AXA Versicherung AG”, *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 38, n° 1, 2011, pp. 89-104.

KUIPERS, J. J., “The Right to a Fair Trial and the Free Movement of Civil Judgments”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2010, pp. 23-51.

LA CHINA, S., “Due novità (d’antica data!) nel campo del diritto processuale civile internazionale marittimo: le Convenzioni di Bruxelles del 10 maggio 1952”, *Foro It.*, v/1978, pp. 253-264.

LÓPEZ CHOCARRO, I., “La orden Europea de retención de cuentas bancarias; breve análisis del Reglamento (UE) n.o 655/2014 del Parlamento Europeo ante su inmediata aplicación a partir del día 18 de enero de 2017”, *LA LEY mercantil*, n° 32, de enero de 2017.

LEHMANN, M., “Derecho Privado europeo. ¿Un derecho opcional?”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 320, 2011, pp. 3-12.

LOPES PEGNA, O., “Il regime di circolazione delle decisioni nel Regolamento (UE) n° 1215/2012 (“Bruxelles I-bis”)”, *Rivista di diritto internazionale*, n°4 2013, pp. 1206-1220.

LÓPEZ AZCONA, A., “La europeización del derecho civil: crónica de un proyecto inconcluso”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 8, febrero 2018, pp. 475-542.

LÓPEZ DE ARGÚMEDO PIÑEIRO, A., “Medidas cautelares en el arbitraje internacional y nacional”, *Diario La Ley*, nº 5046, 2000.

- “Spain is no longer problematic when it comes to interim relief”, *Global Arbitration Review*, nº4, 2008.

LÓPEZ ESCUDERO, M., “La Unión Europea ante la crisis económica y financiera”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 39 (mayo/agosto) 2011, pp. 353-366.

LORCA NAVARRETE, A.M., “Problemas prácticos y teóricos que plantea la adopción de medidas cautelares en el modelo de arbitraje UNCITRAL/CNUDMI”, *Diario La Ley*, nº 6434, año XXVIII, 22 de enero de 2007, ref. D-19, pp. 1576-1581.

MAGRO SERVET, V., “La adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral en la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje, en relación con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, *Diario La Ley*, nº 6000, año XXV, de 20 de abril de 2004, pp. 1850-1857.

MAHLER, G. Y RODGER, B. J., “Provisional and Protective Remedies: The British Experience of the Brussels Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, Nº 48, 1999, pp. 302-339.

MARTÍN DIZ, F., “Protección procesal del crédito transfronterizo en la Unión Europea: propuesta de orden de embargo de activos bancarios”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 30, mayo-agosto 2008, pp. 381-418.

MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo preventivo de buques”, *Revista de Derecho mercantil*, nº 305, julio-septiembre, 2017.

MASEDA RODRÍGUEZ, J., “Comentario STJUE de 4 de mayo de 2010, asunto C 533/08, TNT Express Nederland BV c. AXA Versicherung AG”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 62, nº 1, 2010, pp. 210-214.

MERLIN, E., “Le misure provvisori e cautelari nello spazio giudiziario europeo”, *Rivista di diritto processuale*, vol. 57, 2002, pp. 759-804.

MIQUEL SALA, R., “La futura orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2012), vol. 4, nº 2, pp. 217-247.

- “¿Un futuro instrumento opcional europeo para el contrato de seguro?”, *InDret* 2-2015, http://www.indret.com/pdf/1140_es.pdf.

MIRÓ GILI, M., “La decisión del «árbitro de emergencia». Su contenido, ejecutabilidad y ejecución”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, 16/2013, pp. 37-56.

MONDRAGÓN LÓPEZ, O., “Medidas cautelares ex parte en arbitraje internacional: la reforma del artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez* 12-2005, pp. 100-103.
<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1480/documento/foro10.pdf?id=2077>

NIELSEN, P.A., “The new Brussels I Regulation”, *Common Market Law Review*, vol. 50, nº2 2013, pp. 503-528.

NISI, N., “Il provvedimenti provvisori e cautelari nel nuovo regolamento Bruxelles I-bis”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 1 marzo 2015, pp. 128-141.

NUYTS, A., “Le règlement communautaire sur l’obtention des preuves: un instrument exclusif?”, *Revue critique de droit international privé*, 2007, pp. 53 y ss.

- “La refonte du règlement Bruxelles I”, *Revue critique de droit international privé*, nº1 2013, pp. 1-64.

MURPHY, S. D., “Negotiation of Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgements”, *The American Journal of International Law*, abril 2001, pp. 418-421.

ORBEGOZO MIGUEL, X., “Brexit y Derecho Internacional Privado: acuerdos de elección de foro y reactivación de las *antisuit injunctions*”, en ARENAS GARCÍA, R., FERNÁNDEZ AMOR, F. y GÓRRIZ LÓPEZ, C. (eds.), *Regulación de la actividad económica en el ámbito internacional y libertad de establecimiento, Cuestiones societarias, fiscales, de Derecho de la competencia, Derecho privado y arbitraje*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2019.

ORTEGO PÉREZ, F., “Las medidas cautelares en el arbitraje (reflexiones sobre la potestad cautelar de los árbitros)”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2005.

ORTOLANI, P., “Anti-suit injunctions in support of arbitration under the Recast Brussels I Regulation”, *Max Plank Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, Working Paper Series*, Working Paper 6, 2015.
Disponible en:
https://www.mpi.lu/fileadmin/mp/medien/research/Pietro_Orotolani_WPS_2015-1.pdf

OBERHAMMER P., “The Abolition of Exequatur”, *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, vol. 30, nº 3, 2010, pp. 197-203.

PAULINO PEREIRA, F., La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne: bilan et perspectives". *Revue critique de droit international privé*, nº1 2010, pp. 1-36.

PASCUAL VIVES, F., "La Unión Europea y el arbitraje de inversión en el CETA y el TTIP", *Revista española de Derecho internacional*, vol. 69, 1-2017, pp. 287-294.

PERALES VISCASILLAS, P., "Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la Ley Modelo de la CDNUDMI", *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2, 2007, pp. 415-451.

PLAZA PENADES, J., "Algunas consideraciones sobre el futuro código civil europeo", en PRATS ALBENTOSA, L. et. al., *Derecho patrimonial europeo*, Aranzadi, 2003.

POCAR, F. "Révision de Bruxelles I et ordre juridique international: quelle approche uniforme?", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, nº 3, 2011, pp. 591-600.

PORTILLO, T., DE PAZ, S., "Aspectos más significativos del Reglamento (UE) no 655/2014, de 15 de mayo de 2014, relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en material civil y mercantil", *Actualidad Civil* n.º 2, 1 de febrero de 2017.

QUERZOLA, L., "Il nuovo sistema delle misure provvisorie e cautelari nel reg. 1215 del 2012", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 67, nº 4 2013, pp. 1479-1490.

QUIRÓS DE SAS, A., "El nuevo régimen del embargo preventivo de buques en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 31/2012, pp. 137-141.

RAPALLINI, L.E., "Arbitraje internacional y toma de medidas cautelares", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 2, nº 3, 2014, pp. 275-285.

RADICATI DI BROZOLO, L.G., "Arbitration and the Draft Revised Brussels I Regulation: seeds of Home Country Control and of Harmonisation?", *Journal of Private International Law*, vol. 7, nº 3, 2011, pp. 423-460, p. 436.

REQUEJO ISIDRO, M., "Sobre tutela cautelar y provisional y el arbitraje en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (Comentario a la STJCE - Pleno _ de 17 de noviembre de 1998: Asunto C-391/95, Van Uden/Deco Line)", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1998, pp. 85-97.

- “Medidas antiproceso: Turner v. Grovit, final discutible de un debate”, *Revista española de Derecho internacional privado*, 2004, pp.854-860.
 - “Comentario de STJUE de 27 de abril de 2004, *Turner*”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1-2005, pp.854-860.
 - “West Tankers: the Advocate General’s opinion”, *European Legal Forum*, nº 5, 2008, pp. 250-256.
 - “Las ordenes antisuit en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *La Ley*, 2009 nº 7165.
 - “West Tankers: otra vez no a las antisuit injunctions”, *Arbitraje*, vol. II, nº2 2009, pp.429-437.
 - Comentario de sentencia: STJUE de 10 de febrero de 2009, asunto C-185/07, *West Tankers*, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXI 2009, pp. 186-189.
 - “El DIPr y el Derecho Procesal Civil Europeo en la jurisprudencia del TJUE”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. XV (2015), pp. 55-89.
 - “La ejecución sin exequátur. Reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I bis, capítulo III”, *Revista española de Derecho internacional*, vol. 67/2, julio-diciembre 2015, pp. 49-82.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A., “Review of the Brussels I Regulation: Complete abolition of exequatur?”, *Latest developments in EU private international law*, 2011, pp. 153-174.
- “La orden europea de retención de cuentas”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 38, septiembre-diciembre 2015, pp. 145-160.
 - “Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la regorma del Reglamento Bruselas I”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, marzo 2014, pp. 330-347.
- ROSENDE VILLAR, C., “Principales novedades del Reglamento núm. 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 11, noviembre 2014, pp. 27-57.
- “A vueltas con las anti-suit injunctions. Comentario de la sentencia del del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015, asunto *Gazprom*”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 6 2015, pp. 45-56.

SÁNCHEZ LORENZO, S., “¿Hacia un código civil europeo?”, en MOYA ESCUDERO, M., y SÁNCHEZ LORENZO, S. (coords.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Dykinson, 2003.

- “Antisuit injunctions y reconocimiento de laudos arbitrales anulados: una liaison dangereuse”, *Arbitraje*, vol. II, nº1, 2009, pp.15-27.

SÁNCHEZ POS, M.V., “Del juez al árbitro de emergencia. El impacto de la Ley Modelo en la progresiva atribución de la tutela cautelar a los árbitros en la legislación cautelar española y en otras legislaciones estatales”, *Arbitraje*, vol XI, nº2, 2018, pp. 403-442.

SANDRINI, L. “Coordination of substantive and interim proceedings”, en POCAR, F. et. al., *Recasting Brussels I*, CEDAM, Padova, 2012.

SANTACROCE, F.G., “The emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision?”, *Arbitration International*, vol. 31, nº 2, junio de 2015, pp. 283–312.

SEATZU, F., “La proposta per la riforma del Regolamento “Bruxelles I” e i provvedimenti provvisori”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 2, octubre 2011, pp.170-177.

SENÉS MONTILLA, C., “La orden europea de retención de cuentas: una apuesta decidida para la tutela cautelar del crédito en asuntos transfronterizos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69/2, julio-diciembre 2017, pp. 309-316.

SILVESTRI, C., “Recasting Brussels I: il nuovo Regolamento n.1215 del 2012”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 67 (2) 2013, pp. 677-698.

SIMSIVE, P., “Indirect Enforceability of Emergency Arbitrator’s Orders”, *Kluwer Arbitration Blog*, 15 de abril de 2015 <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/04/15/indirect-enforceability-of-emergency-arbitrators-orders/#comment-429316>.

STAMPA CASAS, G., “El juez de apoyo al arbitraje: nombramiento judicial de árbitros, práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 102, 2006, pp. 177-198.

STANDLER, A., “From the Brussels Convention to Regulation 44/2001: Cornerstones of a European law of civil procedure”, *Common Law Market Review*, vol. 42, nº 6, 2005.

SCHWARTZ, I.M., “Interim and emergency relief in arbitration proceedings”, *Dispute Resolution Journal*, febrero-abril, 2008, pp. 56-62.

TASSEL, Y., “Doit-on craindre l’application de la Convention de Bruxelles sur la saisie conservatoire de navire?”, *ADMA*, Tomo X.

TSIKRIKAS, D., “The European dimension of provisional measures”, *Revue Hellénique de Droit International*, 2008, pp.699-710.

VAN GERVEN, W., “Harmonization of private law: Do we need it?”, *Common Law Market Review*, vol. 41, n°2, 2004.

VAN HOUTTE, H., “Ten Reasons Against a Proposal for *Ex Parte* Interim Measures of Protection in Arbitration” *Arbitration International*, vol. 20, n° 1, marzo 2004, pp. 85–96.

VAN LOON, H., “Towards a global Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil or Commercial Matters”, *Collection of papers Faculty of Law*, Niza, n° 82, año LVIII , 2019, pp. 15-37.

VASANI, S., “The Emergency Arbitrator: Doubling as an Effective Option for Urgent Relief and an Early Settlement Tool”: *Kings & Spalding, News and Insight*, 8 de mayo de 2015: <https://www.kslaw.com/blog-posts/the-emergency-arbitrator-doubling-as-an-effective-option-for-urgent-relief-and-an-early-settlement-tool>

VASANI, S., “The emergency arbitrator – an effective option for urgent relief”, *Young Arbitration Review*, abril 2015, pp. 4-7.

VERDÍAS MEZZERA, M.M., “Legge Ferenda. La necesidad de dar un efecto útil – y formal– a las órdenes emitidas por “árbitros de emergencia””, *Arbitraje*, vol. XII, n° 1, 2019, pp. 181–201.

VERNADAKI, Z., “Civil Procedure Harmonization in the EU: Unravelling the Policy Considerations”, *Journal of Contemporary European Research*, 9 (2), pp. 297-312.

VILAS ÁLVAREZ, D., “El Reglamento por el que se crea la Orden Europea de Retención de Cuentas y Mercantiles: claves de su elaboración”, *LA LEY mercantil*, n° 6, 1 de septiembre de 2014.

VIRGÓS SORIANO, M., “¿Es el arbitraje internacional eficiente?”, *diario Cinco Días*, 16 de julio de 2014.

WERBICKI, R.J., “Arbitral interim measures: fact or fiction?”, *Dispute Resolution Journal*, noviembre 2002, pp. 62-70.

ZEGARRA MULÁNOVICH, Á., “Génesis y consolidación de las "Mareva injunctions" del derecho inglés”, *Anuario de Derecho marítimo*, n.º. 20, 2003, pp. 173-232.

3. INFORMES, PROPUESTAS Y TRABAJOS PREPARATORIOS

- Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Versión refundida), COM (2010) 748.
- “Informe Schlosser”, sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio de Bruselas, en DOCE C 59 (OJEC por tratarse de la versión inglesa) de 5 de marzo de 1979, pp. 71 y ss.
- “Informe Jenard”, del Sr. P. Jenard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOCE C 189 de 28 de julio de 1990 pp. 122-180.
- “Informe Heidelberg”, study JLS/C4/2005/03 Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States presented by Prof. Dr. Burkhard Hess Prof. Dr. Thomas Pfeiffer and Prof. Dr. Peter Schlosser (Munich). Versión final septiembre de 2007.
- “Informe Pocar”, informe explicativo del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007, DOUE 2009/C 319/01.
- UNCITRAL Grupo de Trabajo II (Arbitraje) 43º período de sesiones, 8 de agosto de 2005, A/CN.9/WG.II/WP.138 (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V05/871/26/PDF/V0587126.pdf?OpenElement>)
- UNCITRAL Grupo de Trabajo II (Arbitraje) 44º período de sesiones, 5 de diciembre de 2005, A/CN.9/WG.II/WP.141 (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V05/907/61/PDF/V0590761.pdf?OpenElement>)
- UNCITRAL, Asamblea General, 112ª sesión plenaria, 11 de diciembre de 1985, resolución 40/72: [https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/ID/V05/871/26/PDF/V0587126.pdf?OpenElement)

ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/485/59/IMG/NR048559.pdf?OpenElement.