

**¿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)\***

**M<sup>a</sup> Jesús Elvira Benayas\*\***

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS “ANTI-SUIT INJUNCTIONS”. CONCEPTO Y PROBLEMAS GENERALES QUE PLANTEAN EN RELACIÓN CON LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS EN MATERIA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. III. SENTENCIA DEL TJCE, ASUNTO C-159/02, DE 27 DE ABRIL DE 2004. IV. LAS ORDENES INHIBITORIAS CUANDO EXISTE UNA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A LOS TRIBUNALES DE UN ESTADO. V. CONCLUSIONES

## **I. INTRODUCCIÓN**

Recientemente el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la incompatibilidad de una medida propia de los sistemas de “common law”: las anti-suit injunctions o medidas antiproceso. Esta decisión, sin embargo, no abarca todos casos en las que suelen utilizarse las mismas y, por tanto, tiene un alcance limitado.

Por ello es preciso rastrear por la jurisprudencia del Tribunal para, en la medida de lo posible, dar una respuesta más completa a una herramienta harto compleja como son las medidas “anti-suit”.

## **II. LAS “ANTI-SUIT INJUNCTIONS”. CONCEPTO Y PROBLEMAS GENERALES QUE PLANTEAN EN RELACIÓN CON LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS EN MATERIA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.**

Las “anti-suit injunctions” son medidas propias de los ordenamientos procesales pertenecientes a la tradición de “common law”<sup>1</sup>. Mediante éstas el juez que conoce o que

---

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación SEC 2003-01077/JUR, financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

\*\* Profesora de Derecho Internacional Privado en la Universidad Autónoma de Madrid

puede conocer de un litigio informa a la parte demandada que su jurisdicción es la que está en mejor posición para adoptar una correcta resolución en el conflicto planteado entre las partes. Junto a dicha indicación, el tribunal le sugiere que si hubiese iniciado un proceso en otro Estado lo concluya o si tuviese intención de iniciarlo renuncie a ello. De no respetar dicha “sugerencia”, la resolución judicial que contiene la “injunction”, se refuerza con la advertencia de que el incumplimiento conllevará la aplicación de sanciones, que pueden ser pecuniarias, ya que, en tal caso, se considera que la parte receptora de dicha orden ha incurrido en desacato al tribunal (contempt of court<sup>2</sup>).

---

<sup>1</sup> En este trabajo centraremos nuestro análisis en la práctica británica. Junto a ésta se encuentra el modelo norteamericano. La diferencia fundamental entre éstas se encuentra en el modo en el que se valoran las distintas condiciones para su adopción y en el uso de estas medidas. Mientras que los tribunales británicos las utilizan generosamente, pese a la constante referencia a la conveniencia de su uso residual, los tribunales norteamericanos sólo acuden a ellas cuando no existe otra medida igual de efectiva y menos agresiva que una medida “anti-suit”, únicamente para proteger un interés público (“strict standard”), excluye su uso en ciertas materias (Concretamente excluyen los procesos en materia laboral, marítima o de seguros. Véase, en este sentido, L.F. DEL DUCA./ G.A. ZAPHIRIOU, “United States”, en AA.VV., Declining Jurisdiction in International Private Law: Reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law, Athens, August 1994, ed. J.J. Fawcett, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 424) y sólo se adoptará cuando exista una cláusula de sumisión a tribunales con los que el litigio tenga, además, una conexión suficiente (entre otras la Sent. US Supreme Court, de 10 marzo 1947, en el asunto Gulf Oil Corporation v. Gilbert que puede consultarse en: [http:// laws.findlaw.com/330/501.html](http://laws.findlaw.com/330/501.html)) y Sent. US Court of Appeals (1<sup>st</sup> Circuit), de 31 de octubre de 1991, en el asunto R.H. Howe v. Goldcorp Investment Ltd *et al.* American International Law Cases, 3<sup>rd</sup> Serie (1990-1991), vol. 8, ed. Oceana, 1993, pp. 135 y ss).

En relación con la práctica en otros Estados del “common law”, véanse los Informes Nacionales contenidos en AA.VV. Declining Jurisdiction..., cit. *supra*. Estos optan bien por uno u otro modelo, bien por la combinación de ambos. En este sentido, véase, por ejemplo, la Sent. English High Court, Queen’s Bench Division, Commercial Court, de 31 de julio de 1997, en el asunto Akai PTY Ltd v. People’s Insurance Company Ltd, International Litigation Procedure (en adelante, ILP), 1999, pp. 24 y ss. En ella se defiende la decisión de adoptar una “anti-suit” para proteger una cláusula de sumisión a los tribunales ingleses incorporada en un contrato celebrado entre una sucursal australiana de una empresa japonesa y una empresa de Singapur que opera en Australia a través de intermediarios. Aquella medida se requiere con el fin de paralizar un proceso iniciado en Australia. En ella se combinan ambos modelos: del inglés emplean las reglas que determinan los requisitos para adoptar las “anti-suit” (“Aérospatiale test”); del norteamericano incorporan los límites a aquellas reglas (“balancing of convenience test”, que se centra, básicamente, en su uso restrictivo y compatible con la “comity”).

Sobre la posibilidad de que estas medidas sean también utilizadas, en otros sistemas, por ejemplo, en el español, véase, entre otros, F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional, Mc Graw Hill, 1996, pp. 58-59; o en el alemán, M. LENENBACH “Antisuit injunctions in England, Germany and the United States: Their Treatment under European Civil Procedure and the Hague Convention”, Loyola Los Angeles International & Comparative Law Journal, 1998, pp. 303 y ss.

<sup>2</sup> Esta sanción se adjunta a la orden de hacer o no hacer dictada por el tribunal más como un medio de protección de la administración de justicia que como una mera sanción pecuniaria. En todo caso primaría la naturaleza pública de ésta. Más patente es esta naturaleza cuando la sanción que se establece para el supuesto de incumplimiento es la de prisión.

Véase, entre otros, M. CHESTERMAN, “Contempt in the Common law, but not the civil law”, International Comparative Law Quarterly, (en adelante ICLQ), 1997, pp 521-560 (esp., p. 557). En él se analiza el modo en el que esta medidas operan en un ordenamiento (concretamente, el francés) que no posee mecanismos similares.

Los supuestos en los que pueden adoptarse estas medidas pueden clasificarse según se trate un “alternative forum case” o de un “single forum case”, es decir, de un supuesto de conflicto positivo de competencias o de un supuesto en el que sólo un tribunal debe conocer de un determinado asunto. En el primer caso, la “anti-suit” puede ampararse bien en la protección de la competencia establecida por las partes mediante una cláusula de sumisión a una jurisdicción concreta, con exclusión de cualquier otra o al arbitraje (“obligation based”), bien en el hecho de que existan entre los tribunales propios y el litigio ciertas conexiones, que haría conveniente que sólo aquellos pudiesen resolver éste (“convenience based”) por tratarse del “more appropriate forum”<sup>3</sup>, “natural forum”, “forum conveniens”<sup>4</sup> o por razones de justicia<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Para establecer éste se utilizan los tests elaborados en la doctrina del “forum non conveniens” a partir de la Sent. House of Lords, de 19 noviembre de 1986, asunto *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd (The Spiliada)*, Lloyd’s Law Report (en adelante Lloyd’s LR), 1987, vol. 1, pp. 1 y ss. Sobre los elementos que se consideran en este test y los problemas que se plantean en su aplicación, véase, entre otros, J. WILSON, “Anti-suit injunctions”, Journal of Business Law, sep. 1997, p. 427.

Junto a ésta véase la Decisión del Privy Council, de 14 de mayo 1987, en el asunto *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Lee Kui Jak* (nosotros hemos utilizado el texto publicado en Westlaw Internacional ALL-RPTS Y1987 A.C. 871”). En ella se establece otro de los test utilizados para la determinación del “more appropriate forum”. Sobre el contenido y aplicación judicial de dicho test, véase la Sentencia de la House of Lords, de 2 de abril de 1998, en el asunto *Airbus v. Patel*, International Legal Materials, 1998, pp. 1083-1085.

Téngase en cuenta, además, en lo relativo a la evolución de la jurisprudencia y la variación en la concreción y valoración de los requisitos necesarios para adopción de “anti-suit”, A. REUS, “Judicial Discretion: A Comparative View of the Doctrine of Forum non conveniens in the United States, the United Kingdom and Germany”, Loyola Los Angeles International & Comparative Law Journal, 1994, pp. 479-481.

En relación con Estados Unidos, véase, el asunto *Cargill Inc v. Hartford Accident & Indemnity Co*, 531 F. Supp 710 (D. Minn. 1982), citado en G.B. BORN/D. WESTIN, International Civil Litigation in United States Courts: commentary & materials, Kluwer, Deventer, 1992, pp. 323-326 (esp. p. 325).

<sup>4</sup> En este sentido, entre otros, A.V. DICEY/ J.H.C. MORRIS, The Conflicts of Laws, vol. I, Sweet & Maxwell, Londres, 2000, pp. 416 y ss (§§ 12-059 y ss).

Y, en relación con la segunda de las diferencias, ésta se manifiesta en el contenido de la decisión judicial. En el caso del “forum conveniens”, el tribunal resuelve sobre su competencia y sobre la incompetencia de cualquier otro tribunal, e indirectamente, sobre la conveniencia de éste de inhibirse. Por su parte, si se trata de aplicar la doctrina del “forum non conveniens” el tribunal inglés decide sobre su incompetencia, sin referencia alguna al tribunal que debería ser competente, lo que implica, en primer lugar, la suspensión, para, con posterioridad, inhibirse.

En el primer caso, existe una más que probable contravención de las reglas de cortesía internacional, de “comity” porque un tribunal extranjero se entromete en los asuntos de otro Estado. Sobre el concepto y alcance de la “comity” véanse las consideraciones que posteriormente se harán en este mismo trabajo.

<sup>5</sup> En este sentido, véanse, por ejemplo, la Sentencia *Queen’s Bench Division (Admiralty Court)*, en el asunto “*Al Battani*” de 6 abril 1993, Lloyd’s LR, 1993, vol. 2, pp. 219 y ss; o Sent. *English Court of Appeal*, de 3 de octubre de 1997, en el asunto *BMG Trading Ltd v. A.S. McKay and Azsco Shipping Company*, ILP, 1998, pp. 691 y ss.

En el primer supuesto existe un contrato para el transporte de ciertas mercancías desde el puerto de Alejandría al de Hamburgo. Una de las partes afirma que existía un acuerdo verbal para someter las diferencias que pudiesen surgir en relación con dicho contrato, extremo que, sin embargo, es negado por la otra parte. Se hace constar, además, que el derecho aplicable a éste será el Derecho egipcio. Sin embargo, en

Tradicionalmente, la jurisprudencia inglesa ha utilizado este elemento para la adopción de las “anti-suit”, mientras que la práctica norteamericana, por influencia de la escocesa, ha optado por el “forum non conveniens”. No obstante, ambos han pasado a ser abordados uniformemente con motivo del proceso de expansión progresiva de éste último.

Existen, sin embargo, importantes diferencias entre ambos. De entre ellas cabe destacar la relativa a la carga de la prueba y al contenido de la decisión del tribunal. Así, por ejemplo, en relación con la carga de la prueba, mientras que en el “forum conveniens” la parte que se niega a la competencia de los tribunales ingleses es la que debe probar la existencia de un foro más apropiado para conocer del litigio, en el “forum non conveniens” es la parte que defiende la competencia de los tribunales ingleses quien debe probar la conveniencia de estos frente al demandado que, en su caso, deberá probar la injusticia que supondría su conocimiento, así como la inconsistencia del foro. En otras palabras, que la competencia de los tribunales distintos a los ingleses es “vexatious “ o “oppressive” – que

---

el momento de presentar la demanda, el demandante acude a los tribunales ingleses para que conozca del litigio “por razones de justicia”.

Por su parte, en el segundo, existen conexiones cualitativamente relevantes con Ucrania. Así, entre otras, en ella se encuentra el material probatorio necesario, la mayor parte de los testigos, y los posibles terceros a los que podría afectar el litigio. Igualmente, el derecho que sería el aplicable es el ucraniano. Todos estos elementos conducirían a entender que los tribunales de Ucrania son los competentes, son el “more appropriate forum”. Sin embargo, al igual que en el anterior caso, el demandante acude a los tribunales ingleses para que conozcan del asunto “por razones de justicia”.

En ambos casos fue admitida la competencia de los tribunales ingleses por estas “razones de justicia”. Estas se materializan en: la especialización de la justicia inglesa. Esta circunstancia lo que supone una mayor rapidez en la resolución del litigio, frente a la previsible lentitud de la justicia extranjera; la existencia de documentación en un idioma extranjero que sería necesario traducir, con el incremento económico y temporal que ello supondría; o la posibilidad de que el demandado no disfrutase de una tutela equivalente a la que le dispensaría el ordenamiento inglés.

Como puede deducirse, no es ésta una cuestión pacífica pues permite el uso de estas medidas no como meras garantías de los particulares. Ello es así por dos motivos: en primer lugar, porque la prueba de la existencia de motivos para su adopción altera la carga de la prueba pues grava a la parte que defiende que Inglaterra es un “forum non conveniens”; y, en segundo lugar, porque se prefiere proteger a la parte que se encuentra en Inglaterra en detrimento de la que se encuentra en el extranjero. Véase, en este sentido, entre otros, P. KAYE *Private International Law of Tort and Product Liability*, ed. Dartmouth, 1991, p. 28.

Se ha denunciado que los tribunales ingleses utilizan las “anti-suit” como mecanismos de protección de sus jurisdicciones especializadas en materia marítima, de seguros o de arbitraje. Así, el Derecho inglés vincula la existencia de un interés público a los supuestos en los que existan intereses económicos que derivan de que Inglaterra sea uno de los centros de los procesos con elemento extranjero. No en balde, Estados Unidos descarta la aplicación las “anti-suit” a estas materias porque gozan de una protección específica.

La existencia de estos intereses económicos “influye” en la apreciación chauvinista por parte de los tribunales ingleses que se consideran en una posición de superioridad frente a otras jurisdicciones menos especializadas. En este sentido, A.G. SLATER, “Forum non conveniens: A view From The Shop Floor”, *Law Quarterly Review* (en adelante LQR), 1988, pp. 562-563.

Por todo ello, algunos Estados ha considerado que estas medidas, no sólo sirven para proteger intereses propios, fin éste legítimo, sino que, además, pueden emplearse para atacar determinadas políticas de otro Estado.

serán analizados con más detalle posteriormente- o vulnera el derecho a no ser demandado ante un tribunal distinto al elegido por las partes.

Por la complejidad que entrañan, estas medidas han despertado gran interés en la doctrina -tanto la de tradición de “common law” como de derecho civil<sup>6</sup>- dada la multiplicidad de problemas que generan. Si bien las cuestiones principales surgen en relación con su función original de paralizar o prohibir el inicio de un proceso<sup>7</sup> –así como el reconocimiento y ejecución que se adoptan a su amparo- también resulta destacable aquellas vinculadas a la obtención de prueba<sup>8</sup> o con su notificación en un Estado distinto al que las adoptó<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Además de las cuestiones que se debaten en torno a la coexistencia de ambas en el Convenio de Bruselas y su compatibilidad o no con éste, como veremos posteriormente, también existe interés en otros foros por el modo de crear mecanismos aceptables para ambas tradiciones. Así, véanse, por ejemplo, la Resolución de Instituto de Derecho Internacional, “Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* et aux “anti-suit injunctions”: principes directeurs”, Sesión de Brujas, de 25 de agosto al 2 de septiembre de 2003, en Revue Critique de Droit international privé (en adelante RCrDipr), 2003-4, p. 805; y la Resolución 1/2000 de la International Law Association, elaborada en la Conferencia celebrado en Londres (2000) que contiene los “Principles on Declining and referring jurisdiction in civil and commercial matters”. Dicha Resolución puede consultarse en la página web: [www.ila-hq.org](http://www.ila-hq.org), accediendo al Comité “International Civil and Commercial Litigation”.

Respecto al significado e implicaciones de la primera, véase L. COLLINS, “The Institut de droit international and anti-suit injunctions”, en AA.VV., Festschrift für Erik Jayme, Vol. I., Sellier. European Law Publishers, 2004, pp. 131 y ss.

<sup>7</sup> Aunque poco numerosos también son destacables los problemas que generan estas medidas vinculadas a procesos en los que se invoca, o puede invocarse, la inmunidad de jurisdicción y ejecución. Véase, en este sentido, la Sent. England and Wales Court of Appeals (Civil Division), 14 noviembre 2002, en el asunto Sabah Shipyard (Pakistan) Ltd v. Islamic Republic of Pakistan, Lloyd’s LR, 2003-2, pp. 571 y ss. Asimismo, como comentario a la misma y a otras, véase G. WILKES, “Private International Law: enforcing anti-suit injunctions against sovereign status”, ICLQ, 2004, pp. 512 y ss.

<sup>8</sup> En este supuesto la “anti-suit” opera como una prohibición de aportación de prueba a un proceso en el extranjero. Así, cuando un tribunal extranjero solicita a una parte o un testigo la aportación de una determinada prueba éstos pueden alegar la existencia de un obstáculo legal que impide la cooperación en ese proceso concreto. Véase, en este sentido, la Sent. US District Court of the District Court of Columbia, (sin fecha), 1984, en el asunto Laker Airways v. Sabena, en American International Law Cases, 2<sup>nd</sup> Serie, vol. I, pp. 393 y ss (esp. pp. 412, n.p.p. 81; y, más detalladamente, p. 417).

<sup>9</sup> Sobre los problemas que plantean las “anti-suit injunctions” en relación con la notificación de las mismas véase, entre otros, M. REQUEJO ISIDRO, Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (antisuit injunctions), Universidad de Santiago de Compostela, 2000, y M.J. ELVIRA BENAYAS, “Las “anti-suit injunctions” y la cooperación judicial internacional entre los miembros de la Comunidad Europea: Convenio de Bruselas de 1968 y Convenios de notificación”, Revista del Poder Judicial, n° 58, 2000, pp. 59 y ss.

Téngase en cuenta, además, la Sent. OLG Düsseldorf, de 10 enero 1996, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (en adelante EuZW), 1996, pp. 351-352. Pese a que, como veremos más adelante, en ésta el problema que se plantea es el de la notificación en Alemania de una “anti-suit” y su compatibilidad o no con su orden público. En este asunto existía una cláusula de sumisión a los tribunales ingleses que es ignorada y se inicia un proceso judicial en Alemania.

En el planteamiento de esta resolución existen algunos elementos ciertamente confusos. En primer lugar, en ella se establece que cabe rechazar la notificación de una “anti-suit” por la Autoridad Central alemana, ignorando que esta medida se remite directamente al interesado y que, en ningún caso, se hace llegar

Contrariamente a lo pudiera pensarse, la pertenencia a la tradición del “common law” del Estado receptor no excluye la posibilidad de conflicto ya que, como se indicó anteriormente<sup>10</sup>, las condiciones para su adopción y los criterios jurisprudenciales para su concesión no son idénticos. En el presente comentario, centraremos nuestro análisis en los problemas relacionados con su adopción y eficacia en el ámbito de la Comunidad Europea. Más concretamente, en la cuestión relativa a la compatibilidad de éstas con el Convenio de Bruselas de 1968<sup>11</sup>—y de igual forma con el Reglamento que lo sustituye<sup>12</sup>—.

---

a la autoridad judicial. Los tribunales ingleses no utilizan los cauces ordinarios de la cooperación en materia de notificación porque consideran que la notificación de una “anti-suit” es un acto puramente privado, es decir, un acto que no requiere de ciertas formalidades exigibles a un acto público. Por tanto, no cabe en ningún caso que para notificar una “anti-suit” se solicite la cooperación de la Autoridad Central u otra autoridad del Estado requerido, único supuesto en el que puede invocarse la negativa a la notificación (art. 13 del Convenio de La Haya de 1965 sobre notificación de documentos judiciales y extrajudiciales) cuando ésta afecte a la soberanía o a la seguridad nacional. Es probable que tras este erróneo planteamiento pueda encontrarse la jurisprudencia en torno a los “punitive damages”, a los que sí es aplicable el art. 13 del Convenio porque su notificación se tramita a través de las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido. En relación con esta sentencia, y sin apartarse de la aplicación del art. 13 del Convenio de La Haya, véase H.P. MANSEL, “Grenzüberschreitenden Prozeßführungsverbote (antisuit injunctions) und Zustellungsverweigerung”, EuZW, 1998, pp. 335 y ss.

<sup>10</sup> Véase la nota núm. 1 del presente trabajo.

<sup>11</sup> Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (DOCE núm. C 189, de 28 julio de 1990).

Los problemas a los que aquí haremos referencia también se han producido, aunque en menor cantidad, en relación con el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988 (BOE, 20 octubre 1994; corr. de errores, 10 enero 1995), en adelante Convenio de Lugano.

Véanse, entre otros, A. BRIGGS, “Anti-european teeth for choice of court clauses”, Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly (en adelante Lloyd’s MCLQ), 1994, pp. 158 y ss; R. FENTIMAN, “Antisuit injunctions and the Brussels Convention”, Cambridge Law Journal, 2000, pp. 45 y ss; T.H. HARTLEY, “Anti-suit injunctions and the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention”, ICLQ, enero 2000, pp. 167 y ss; A.S. BELL, “Anti-suit injunctions and the Brussels Convention”, LQR, 1994, pp. 204 y ss; CHERSHIRE/ NORTH’S, Private International Law, (P.M. North/ J.J. Fawcett ed. ), ed. Butterworths, 1992, p. 251; P. KAYE, Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments, Professional Books Limited, 1987, p. 218; G. HOGAN, “The Brussels Convention, forum non conveniens and the Connecting Factors Problems”, European Law Review, 1995-5, p. 476; H. GAUDEMET-TALLON, “Le “forum non conveniens”, une menace pour la convention de Bruxelles. (A propos de trois arrêts anglais récentes)”, Revue Critique de Droit international privé (en adelante, Rcrdipr), 1991, pp. 491 y ss; M.E. WILSON, “Let go of that Case! British anti-suit injunction against Brussels Convention Members”, Cornell International Law Journal, 2003, pp. 207 y ss.; M. LENENBACH, “Antisuit injunctions...”, cit., supra, pp. 257 y ss; A.F. LOWENDFELD, “Forum shopping, antisuit injunctions, negative declarations and related Tools of International Litigation”, American Journal of International Law, 1997, pp. 91 y ss; S. BERTI, “Englische Anti-suit injunction in europäischer Zivilprozessrecht- A Flourishing Species or a Dying Breed?”, en AA.VV., Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr, T.M.C. Asser Press, 2000, pp. 33 y ss; C. AMBROSE, “Can Anti-suit injunctions survive european community law?”, ICLQ, 2003, pp. 401 y ss; J. W. KERWIN, “A Choice of Law Approach for International antisuit injunctions”, Texas Law Review, 2003, pp. 927 y ss; En este sentido, T.C. HARTLEY, “Comity and the Use of Antisuit injunctions in International Litigation”, American Journal of Comparative Law (en adelante, AJCL), 1987, p. 506; J. HARRIS, “Restraint

No obstante, debe tenerse en cuenta que estas medidas podrían generar algunas dudas sobre su compatibilidad con normas procesales comunitarias como es el caso del Reglamento (CE) 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judicial y extrajudiciales en materia civil o mercantil<sup>13</sup> o las que pudieran plantearse en el marco del Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003<sup>14</sup> (en adelante, Reglamento de familia). No obstante, en este último caso, son trasladables las consideraciones que se hagan en relación con el Convenio de Bruselas y el Reglamento 44/2001 sobre el funcionamiento de la litispendencia comunitaria (art. 19 del Reglamento de familia).

Es cierto que la incidencia de las medidas “anti-suit” en el ámbito del Derecho de familia no es comparable a lo que ocurre en el marco de las relaciones patrimoniales. No obstante, creemos de interés hacer siquiera una mera referencia a las resoluciones en las que se incluyen toda vez que existe una norma comunitaria que, en su caso sería aplicable y que genera idénticas dudas sobre la compatibilidad de estas medidas con aquélla<sup>15</sup>.

---

of foreign proceedings- the view from the other side of the fence”, *Civil Justice Quarterly* (en adelante, CJO), octubre, 1997, p. 283; A. GARDELLA/L. G. RADICATI DI BROZOLO “Civil Law, Common Law and Market Integration: The EC Approach to Conflicts of Jurisdiction”, *AJCL*, 2003, pp. 611 y ss (esp. pp. 623-628).

En la doctrina española, entre otros, véanse, R. CARO GÁNDARA, “Forum non conveniens y Convenio de Bruselas: quiebras de un modelo de atribución de competencia judicial internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional* (en adelante, REDI), 1995-1, pp. 55 y ss; y F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, “¿Cabén reducciones teleológicas o “abuso de derecho” en las normas sobre competencia judicial internacional?”, *REDI*, 1995-2, pp. 121 y ss.

En relación a las “anti-suit injunctions” y el Convenio de Lugano, véanse, entre otras, la Sent. High Court, de 23 junio 1992, en el asunto *Aiglon Ltd and L’Aiglon SA v. Gau Shau Ltd*, *Lloyd’s LR*, 1993, pp. 164 y ss; y Sent. Court of Appeal (Civil Division), 3 julio 2003, en el asunto *Welex A.G. contra Rosa Maritime Ltd* (“The Epsilon Rosa”), *Lloyd’s LR*, 2003-2, pp. 509 y ss.

En ambos casos existía una cláusula de sumisión al arbitraje en Londres pero se plantearon sendas demandas judiciales según los criterios de competencia contenidos en el Convenio de Lugano. En la resolución del asunto “The Epsilon Rosa” se hace mención al paralelismo existente entre ésta y los que se generan en el marco del Convenio de Bruselas (§ 52). Véase el comentario al mismo D. ALTARAS, “The Epsilon Rosa”, *Arbitration*, 2004, pp. 56-62.

<sup>12</sup> Reglamento (CE) 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*, núm. L, 16 enero 2001; corr. de errores, *DOCE*, núm. L 307, de 24 de noviembre; *DOCE*, núm. L 176, 5 julio 2002; modificado *DOCE*, num. L 225, 22 agosto 2002. Además, téngase en cuenta la modificación de los anexos I, II, III y IV del mismo por los Reglamentos 1937/2004 del Consejo, de 9 de noviembre (*DOCE* núm. L 334, 10 noviembre 2004) y 2245/2004 de la Comisión, de 27 de diciembre de 2004 (*DOCE* núm. L 381, 28 diciembre 2004).

No es gratuita esta advertencia toda vez que ya existen resoluciones británicas en las que se ha adoptado medidas antiproseso y se ha vinculado su compatibilidad o no a lo dispuesto en dicho Reglamento. En este sentido, véase la Sentencia Queen’s Bench División (Comercial Court), 17-20 de marzo y 16 abril de 2003, en el asunto *Evalis S.A contra SIAT et al*, *Lloyd’s LR*, 2003-2, pp. 377 y ss.

<sup>13</sup> *DOCE*, núm. L 160, 30 junio 2000.

<sup>14</sup> *DOCE* núm. L 338, 23 diciembre 2003.

<sup>15</sup> También por su carácter “excepcional” debemos destacar la adopción de una medida “anti-suit” en un

Como advertencia previa debemos señalar que, hasta el momento, en las resoluciones con las que contamos no se han aplicado normas procesales comunitarias. Sin embargo, el supuesto de hecho estaría incluido dentro del ámbito material del mencionado Reglamento 2201/2003. Se trata de demandas de divorcio que se presentan en más de un Estado –uno de los cuales es Inglaterra- .

Para evitar la multiplicidad de litigios, los tribunales ingleses adoptan una medida anti-proceso para que se paralice el pendiente en otro Estado. El asunto típico es el resuelto por la Court of Appeal, en 1988 en el asunto *Hemain contra Hemain*<sup>16</sup>, que ha dado lugar a que cuando se adopta una “anti-suit” en un proceso de divorcio se haga referencia a una “*Hemain injunction*”<sup>17</sup>:

Dos nacionales franceses, con residencia habitual en Inglaterra deciden plantear demanda de divorcio. Previamente se habían separado y el esposo se encontraba en Francia. La esposa presenta demanda de divorcio ante los tribunales de Inglaterra. El esposo, por su parte, inicia un proceso con el mismo objeto ante los tribunales franceses. Ante esta situación, la esposa solicita de la justicia británica que se adopte una medida para evitar que continúe el proceso planteado ante los tribunales franceses por considerar que se ha planteado de forma abusiva, con la sola intención de perjudicarla. Los tribunales ingleses consideran que, en efecto, concurren las circunstancias necesarias para adoptar una “anti-suit injunction”: el proceso extranjero puede calificarse como “vexatious y oppressive”<sup>18</sup>; y que se había iniciado con la intención de perjudicar a la otra parte y no de obtener una resolución judicial. Se advierte de que tales medidas deben ser adoptadas con sumo cuidado para evitar posibles perjuicios a las partes. En el presente asunto, se consideró que no

---

proceso relativo a la sucesión de un nacional saudí, con residencia habitual en Inglaterra y bienes situados en Arabia Saudí. Se inician dos procesos, uno en Inglaterra y otro el Arabia Saudí relativo a los bienes inmuebles allí situados. En este sentido, véase la Sent. High Court of Justice Chancery Division, 2 octubre 2003, en el asunto *Lesley June Al-Bassam v. Abdullah Saleh Al-Bassam*, que puede consultarse en Westlaw Internacional, 2003 WL 22187660. En la misma el tribunal inglés valora como uno de las circunstancias para la adopción de la “anti-suit” la posibilidad de que el demandado en Inglaterra pudiera ser privado de una ventaja legítima que le dispensase el ordenamiento saudí y la compatibilidad, en su caso, de esta decisión con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6.1.).

<sup>16</sup> Hemos utilizado un resumen de la misma puesto que la Resolución original no ha sido posible consultarla en Westlaw Internacional, 1988 WL 624003.

Téngase en cuenta, además, la Sent. House of Lords, de 23-25 febrero y 2 de abril de 1987, en el asunto *De Dampierre contra De Dampierre*, Westlaw Internacional, 1987 WL 493276. Existen además otros asuntos similares. Se hace mención de los mismos J. COPSON, “The attitude of the English Court to conflict of jurisdiction in divorce and related financial proceedings”, Family Law Quarterly, 2000, pp. 186-188.

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, la Sentencia de la High Court of Justice Family División Principal Registry, de 5 de agosto de 2002, en el asunto *Anthony David B. contra Patricia B.*, Westlaw Internacional, 2002 WL 31784684 8 (Fam Div), § 44: “A “Hemain” injunction is a particular type of what is generally know as a “anti-suit injunction”.

<sup>18</sup> Sobre el significado de estos adjetivos volveremos más adelante.

adoptar la en beneficio de la esposa era más perjudicial que el hecho de que afectara a un demandado localizado en otro Estado.

Tampoco se abordarán los problemas específicos que plantean las “anti-suit injunction” en relación con el arbitraje. Este está expresamente excluido tanto en el Convenio de Bruselas como en el Reglamento 44/2001 (art. 1.4 del Convenio de Bruselas y 1.2.d) el Reglamento 44/2001<sup>19</sup>).

No obstante, debe advertirse que en muchos de los asuntos que se mencionan en el presente comentario existe una cláusula arbitral que se ignora y que la “injunction” se adopta con el fin de protegerla frente al uso de los criterios de competencia previstos en el Convenio de Bruselas<sup>20</sup>. En este caso, el tratamiento que se dispensa es similar al supuesto

---

<sup>19</sup> Véase, además, la Sent. TJCE de 25 de julio de 1991, en el asunto March Rich and Co AG c. Società Italiana Impiati PA, en Competencia judicial internacional y reconocimiento judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, ed. Mc Graw Hill, 1999, § 63, pp. 313 y ss. En ella, además de plantearse la cuestión de si el arbitraje está incluido o no en el ámbito material del Convenio se adoptó por los tribunales ingleses una “injunction” para evitar que el demandado continuase con un litigio iniciado ante los tribunales italianos, haciendo caso omiso a la existencia de una cláusula arbitral. Véase, D.T. HASCHER, “Recognition and Enforcement of Judgments on the Existence and Validity of an Arbitration Clause under the Brussels”, Arbitration Internacional, 1997, pp. 33 y ss.

En lo que respecta a los asuntos resueltos por los tribunales ingleses en relación con la adopción de “anti-suit injunction”, cláusulas arbitrales y Convenio de Bruselas, véanse, entre otras la Sent. Court of Appeal, 17 mayo 1994, en el asunto Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v. Pagnan SpA (The “Angelic Grace”), Lloyd’s LR, 1995-1, p. 96; Sent. Queen’s Bench Division (Commercial Court), 17 enero 1996, en el asunto Toepfer International GmbH v. Molino Boschi Srl (en adelante Toepfer v. Molino), ILP, 1996, pp. 510 y ss; Sent. High Court, 4 noviembre 1996, en el asunto Union de Remorquage et de Sauvetage SA v. Lake Averytie, citada en European Case Law on the Judgments Convention, (P. Kaye ed.) ed. Wiley, 1998, § 13, p. 154; y Sent. Queen’s Bench Division (Commercial Court), 20 diciembre 1996, en el asunto Toepfer International GmbH v. Società Cargill France (en adelante Toepfer v. Società), Lloyd’s LR, 1997-2, pp. 98 y ss (esp. p. 110). En el primero el Lord Justice Millett señala: “I cannot accept the proposition that any Court would be offended by the grant of an injunction to restrain a party from invoking a jurisdiction which he had promise out to invoke and which it vas its own duty to decline”.

Téngase en cuenta, además, la Sent. OLG Düsseldorf, de 10 enero 1996, cit., supra.

<sup>20</sup> Véanse, entre otros, P. KAYE, “The Judgments Convention and Arbitration: Mutual Spheres of Influence”, Arbitration International, 1991, pp. 289 y ss; B. AUDIT, “Arbitration and the Brussels Convention”, Arbitration International, 1993, pp. 1 y ss; R. THOMAS. “The Arbitration Exclusion in the Brussels Convention 1968: An English Perspective”, Journal of International Arbitration, 1990-3, pp. 43 y ss; H. van HOUTTE, “May Court Judgments that Disregard Arbitration Clauses and Awards be Enforced under the Brussels and Lugano Convention?”, Arbitration International, 1997, pp. 85 yss; S. CLAVEL, “Anti-suit injunctions et arbitrage”, Revue d’Arbitrage, 2001, pp. 669 y ss J.C.FERNÁNDEZ ROZAS “Mesures adressées aux parties et au tribunal arbitral”, en AA.VV., The Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, E. Gaillard (ed), 2005.

Asimismo, téngase en cuenta los asuntos Angelic Grace, cit., supra, p. 96; Toepfer v. Società, cit., supra, p. 110. En la primera sentencia, el Lord Justice Millett señala: “I cannot accept the proposition that any Court would be offended by the grant of an injunction to restrain a party from invoking a jurisdiction which he had promise out to invoke and which it vas its own duty to decline”.

en el que existe una cláusula de sumisión. En ambos casos, los tribunales británicos plantean la cuestión de si prevalece el art. 17 sobre el 21 del Convenio o si, por el contrario, éste predomina sobre aquél. No obstante, si existe una cláusula arbitral, se zanja la cuestión con el hecho de que sea materia excluida del Convenio<sup>21</sup> –o del Reglamento-. Esto significa que, en principio, para la resolución de los conflictos de competencia que puedan surgir del incumplimiento de esta cláusula se estará a lo previsto en normas convencionales que se refieran al arbitraje<sup>22</sup>. Consecuentemente, para su protección serán utilizables los mecanismos de protección que prevean los ordenamientos nacionales<sup>23</sup>.

Sin embargo, la afirmación anterior debe matizarse tras la Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1998, en el asunto *Van Uden Maritime v. Firma Deco-Line*<sup>24</sup>. En ésta se resuelve la cuestión de si las medidas cautelares que protegen un proceso arbitral están incluidas o no dentro del Convenio. La respuesta es afirmativa.

Para ello el Tribunal distingue entre el arbitraje y la naturaleza de los derechos protegidos por dichas medidas<sup>25</sup>. En este caso, considera que “el objetivo de las medidas provisionales no es aplicar un procedimiento arbitral, sino que se adoptan paralelamente a tal procedimiento y están destinadas a apoyarlo”, es decir, estas medidas, aunque vinculadas al arbitraje sean separables de aquél<sup>26</sup> y, por tanto, su inclusión o no en el

En el mismo sentido, véase, la Sent. Queen`s Bench Division (Commercial Court), 11-12 octubre y 6 noviembre 2000, asunto *Navigation Maritime Bulgare v. Rustal Trading Ltd and Others (The “Ivan Zagubanski”)*, *Lloyd`s LR*, 2002-1, pp. 106 y ss.

<sup>21</sup> Véanse, entre otros, los asuntos ya citados “*Angelic Grace*”, *Toepfer v. Société y Union de Remorquage et de Sauvetage SA v. Lake Averytie*.

Por ejemplo, en el asunto *Union de Remorquage* se descart   el uso de los arts. 21 y 22 alegando que, incluso en el supuesto de que se ignorase la cláusula de sumisión al arbitraje, los tribunales ingleses serán el “forum conveniens”, lo que supondría que cualquier otro tribunal sería incompetente y debería declinar la competencia.

Téngase en cuenta, además, la Sent. Queen`s Bench Division (Commercial Court) 29 de octubre 1999, en el asunto *Gilkes contra Venizelos ANESA et al*, *ILP*, 2000, pp. 487 y ss.

<sup>22</sup> Concretamente, téngase en cuenta el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (*BOE*, 11 julio 1977), del que son parte, entre otros, todos los Estados contratantes del Convenio de Bruselas y Estados Unidos.

Establece el referido art. II. 3 que: “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”.

<sup>23</sup> Sin embargo, como en este caso la “anti-suit” no puede considerarse como una medida apropiada para tutelar la “jurisdicción arbitral” pues debe utilizarse este mecanismo específico, más eficaz y menos conflictivo, como, por ejemplo, un proceso por incumplimiento contractual.

<sup>24</sup> Véase el texto en *Competencia judicial internacional...*, cit., *supra*, pp. 549 y ss.

<sup>25</sup> En este sentido, véase    33. En este mismo sentido, véanse, las Sents. TJCE, de 27 de marzo de 1979, en el asunto *J. De Cavel c. L. De Cavel*, *Competencia judicial internacional...*, cit., *supra*,    15, pp. 65 y ss (esp. fundamento núm. 8) y de 26 de marzo de 1992, en el asunto *M. Reichert y otros c. Dresdner Bank AG*, *Competencia judicial internacional...*, cit., *supra*, pp. 341 y ss (esp. pfo. 32).

<sup>26</sup> En otras palabras, la medida cautelar est   incluida en el Convenio si no est   “  ntimamente vinculada” con

Convenio deberá considerarse con independencia de aquél.

Un supuesto especial en el que aunque existe una cláusula de arbitraje se plantea la aplicación del Convenio es el que se produce en las que podríamos denominar “situaciones asimétricas”. Sirvan como ejemplo de las mismas las Sentencias de la High Court, Queen’s Bench Division (Commercial Court), de 15 de mayo de 1996 y de la Court of Appeal, de 12 de julio de 1996, en el asunto Phillip Alexander Securities and Futures Limited v. Bamberger, Theele, Kefer, Riedel, Franz y Gilhaus<sup>27</sup>. En ellas se entrecruzan procesos judiciales, laudos arbitrales y “anti-suit injunctions” que termina por producir una situación de bloqueo en la que ni el laudo arbitral inglés será reconocido en Alemania, ni la resolución que allí pueda dictarse será reconocida en Inglaterra porque, en ambos casos, se considera que el reconocimiento sería contrario al orden público.

### **III. SENTENCIA DEL TJCE, ASUNTO C-159/02, DE 27 DE ABRIL DE 2004<sup>28</sup>.**

#### **1. Planteamiento General**

El conflicto entre “anti-suit” y normas procesales comunitarias (en el presente caso, Convenio de Bruselas, aunque trasladable a la situación planteada por el Reglamento 44/2001) se ha materializado en la cuestión prejudicial presentada ante el Tribunal de Justicia y aceptada en el asunto C- 159/02<sup>29</sup> (en adelante Turner c. Grovit) y resuelta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 27 de abril de 2004. En ella se plantea una cuestión que ha sido abordada desde hace tiempo en la jurisprudencia, principalmente, británica<sup>30</sup> enfrentada al resto de los Estados miembros.

---

el arbitraje. En relación con el nexo existente entre materias incluidas y excluidas del Convenio, véase, la Sent. TJCE, de 31 de marzo de 1982, en el asunto C.H.W. c. G.J.H., Competencia judicial internacional..., cit., *supra*, pp. 127 y ss (pronunciamiento 1º).

<sup>27</sup> Véase el texto de las mismas en ILP, 1997, pp. 73 y ss.

<sup>28</sup> Esta resolución no ha sido aún publicada. No obstante, puede consultarse en <http://europa.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>

<sup>29</sup> Petición de decisión prejudicial presentada mediante resolución de la House of Lords, de fecha 13 de diciembre de 2001, en el asunto entre Gregory Paul Turner contra Felix Fareed Ismail Grovit y otros, DOCE núm. C 169. 13 julio 2002.

<sup>30</sup> Además de los asuntos ya mencionados “Angelic Grace” y Toepfer v. Société, véanse, las sentencias Queen’s Bench Division (Commercial Court), 27 noviembre 1989, en el asunto S. & W. Berisford plc. And NGI International Precious Metals Inc. v. New Hampshire Insurance, Lloyd’ LR., 1990-1, pp. 454 y ss; Queen’s Bench Division (Commercial Court), 24 enero 1990, en el asunto Arkwright Mutual Insurance Co v. Bryanstons Insurance Co, Lloyd’s LR, 1990-2, pp. 70 y ss. En ésta última el Juez Hobhouse puso de manifiesto que “The Convention leaves no room for the applications of any discretionary jurisdiction by the court of this country. The availability of such a discretion would destroy the framework of Convention and create lack of uniformity in the interpretation and implementation of the Convention”. Y, por último, la Sent. Irish High Court, 12 diciembre 1997, asunto Intermetal Group Limited & Trans-world (Steel) Limited v. Worslade Trading Limited, ILP, 1998, pp. 746 y ss. En ella el tribunal irlandés declina su competencia mediante la técnica del “forum non conveniens” a favor de los tribunales rusos, pese a que el Convenio de Bruselas era aplicable.

Pese a que será la primera vez que el Tribunal se pronuncie sobre esta cuestión, no es, sin embargo, la primera vez que accede al Tribunal. En efecto, la pregunta sobre la compatibilidad entre las “anti-suit” y el Convenio de Bruselas fue anteriormente propuesta por el asunto C- 24/02, Marseille Fret SA c. Seatrano Shipping Company Ltd:

En noviembre de 2000, Marseille Fret, con domicilio social en Marsella (Francia), demanda ante los Tribunales de Marsella a Seatrano Shipping Company Ltd, con domicilio en Limassol (Chipre), con el fin de que se condene a éste al pago de daños y perjuicios e intereses por los daños económicos producidos con anterioridad por Seatrano y que en 1999 ya dieron lugar a que se dictara un laudo por un tribunal de Londres.

El 20 de marzo de 2001 Seatrano se dirige a la High Court of Justice (Reino Unido) y solicita que se adopte una “anti-suit” injunction para que Marseille desistiera de la demanda interpuesta ante el Tribunal de Commerce de Marsella, con la advertencia de que si así no lo hiciera será sancionada según lo previsto por las leyes británicas.

En tales circunstancias, Marseille decidió desistir. Seatrano se opuso u mediante reconvencción le reclamó una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por abuso de procedimiento.

En tales circunstancias, el Tribunal de Commerce de Marsella suspendió el procedimiento y planteó cuatro cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, de las que destacaremos las siguientes:

“(..)

---

Sobre la compatibilidad de utilizar el “forum non conveniens”/ “forum conveniens” en supuestos en los que es aplicable el Convenio de Bruselas, la Court of Appeal Británica ha planteado ante el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial (Asunto C-281/02, Andrew Owusu c. N.B. Jackson et al). La resolución original que dio origen a la misma es de 5 de julio de 2002 y puede consultarse en la página del tribunal de justicia en la información relativa a la jurisprudencia nacional en aplicación del Convenio de Bruselas (art. 2) núm. 2002/17. Por el momento, en sus Conclusiones, el Abogado General Léger, de 14 de diciembre de 2004, considera que “el Convenio de Bruselas se opone a que un órgano de un Estado contratante –cuya competencia se determine en virtud del Art. 2 de dicho Convenio- renuncie de manera discrecional a ejercer dicha competencia, basándose en que un órgano jurisdiccional de un Estado contratante sería más adecuado...”. Sobre esta misma cuestión - aunque la comparación sobre la compatibilidad de esta medida se realiza respecto del Reglamento 44/2001 - puede consultarse la Sent. High Court of Justice Chancery Division, 25 mayo 2004, en el asunto DSM Anti-Infectives BV, DSM Anti-Infectives Sweden AB v. Smithkline Beecham Plc, Smithkline Beecham Corp, [Westlaw International](#) 2004 WL 1174240.

Ténganse en cuenta, además, R. CARO GÁNDARA, “Forum non conveniens y Convenio de Bruselas...” y F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, “¿Caben reducciones teleológicas...”, citados anteriormente.

*¿Existe alguna posibilidad, por pequeña que sea...*

2) ¿Puede el juez inglés, mediante el procedimiento de anti suit injunction, pretender prohibir que se recurra a otro juez comunitario que podría, no obstante, ser competente con arreglo al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, recogido en el Reglamento (CE) n. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000?

3) ¿Puede el juez inglés, mediante ese procedimiento, privar al resto de los jueces comunitarios de la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia, cuando dicha facultad parece derivarse de las disposiciones del capítulo II del Reglamento (CE) n. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000?

4) ¿Se ajusta el hecho de obligar a un nacional comunitario, bajo la amenaza de las sanciones penales previstas en el procedimiento inglés de anti suit injunction, a desistir de una acción autónoma ya iniciada ante un órgano jurisdiccional francés al principio fundamental del derecho a la tutela judicial, tal como está protegido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas?”.

No hubo respuesta a estas interrogantes. La cuestión fue rechazada mediante Auto y archivada por entender el Tribunal que las cuestiones prejudiciales habían sido planteadas por un órgano no facultado para ello y que, por tanto, el Tribunal era “manifiestamente incompetente” para resolver sobre las mismas<sup>31</sup>.

Con el fin de una mejor comprensión de la complejidad de la convivencia de las “anti-suit” y el Convenio de Bruselas creemos importante abordar dos cuestiones:

- A. La posibilidad de que los tribunales ingleses adopten “órdenes inhibitorias contra demandados” que eviten el inicio o la continuación de un proceso iniciado en otro Estado.
- B. Compatibilidad de estas medidas con el Convenio de Bruselas.

#### ***A) Adopción órdenes inhibitorias***

La cuestión principal que surge cuando intentamos analizar las “anti-suit

---

<sup>31</sup> Véase Auto de 22 de marzo de 2002, Repertorio de Jurisprudencia, 2002, pp. I-3383 y ss. En los apartados 12 y 13 del mismo se señala que:

“12. Los tribunaux de commerce franceses no aparecen mencionados en el artículo 2, número 1, del Protocolo ni en el artículo 37 del Convenio. Además, de los autos del asunto principal se desprende que la resolución de remisión se dictó en el marco de un procedimiento en primera instancia.

13. De ello se deduce que, en el asunto principal, el tribunal de commerce de Marseille no está facultado para plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del Convenio”.

injunctions” en relación con el Convenio de Bruselas es la de su compatibilidad o no con el sistema diseñado por éste, toda vez que Irlanda y Reino Unido son parte del mismo y, conforme a sus Derechos internos, sería posible adoptarlas<sup>32</sup>.

En efecto, la Sección 37 (1) de la Supreme Court Act de 1981 británica habilita a sus tribunales para que adopten cuantas medidas estimen oportunas cuando lo consideren justo y conveniente<sup>33</sup>. Entre otros motivos, se valora como justa y conveniente la adopción de las “anti-suit” cuando se ignora la existencia de una cláusula de sumisión a los tribunales británicos o al arbitraje en Inglaterra pues se presume que el inicio de un proceso en otro Estado no tiene como objetivo una mejor resolución del conflicto sino gravar la posición de la contraparte. En otra palabras cuando el proceso en el extranjero es calificado por los tribunales ingleses como “vexatious or oppressive”<sup>34</sup>.

Se entiende que el proceso es “vexatious” cuando el demandante utiliza el proceso para alcanzar objetivos no estrictamente procesales o realiza una utilización abusiva de un derecho que produciría una ruptura en el equilibrio existente entre las partes, que puede manifestarse en una sobrecarga de una parte<sup>35</sup> o en la obtención de una ventaja ilegítima, es decir, que lleve aparejada una desventaja de la otra parte<sup>36</sup>, con independencia de que el demandante pretenda o no un determinado resultado (“oppressive”<sup>37</sup>).

<sup>32</sup> Debemos indicar que las medidas “anti-suit” pueden tener un carácter provisional o definitivo. En el primer caso, podría predicarse su naturaleza cautelar. Así existirían dos cauces para su “conexión” con el Convenio de Bruselas: 1. considerar que son medidas procesales ajenas al Convenio de Bruselas y que no quedan afectadas por el mismo; y, 2. considerar que son medidas cautelares. En este caso debería valorarse la posibilidad de que pudiesen adoptarse al amparo del art. 24 del Convenio, 31 del Reglamento. Para ello deberían identificarse con la definición dada por el Tribunal de Justicia como aquellas medidas “que están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho para salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al Juez que conoce del fondo del asunto”. En este sentido, Sent. TJCE, de 27 de marzo de 1979, en el asunto J. De Cavel c. L. De Cavel, Competencia judicial internacional, cit., supra, pp. 65 y ss (esp. fundamento núm. 8) y de 26 de marzo de 1992, en el asunto M. Reichert y otros c. Dresdner Bank AG, Competencia judicial internacional..., cit., supra, pp. 341 y ss (esp. fundamento núm. 32).

<sup>33</sup> Section 37 (1) de la Supreme Court Act 1981: “The High Court may be order (...) grant an injunction (...) in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so”. (subrayado nuestro)

<sup>34</sup> Entre otras, véase, la Sent. High Court, de 15 julio 1993, en el asunto Georgios Panayiotou v. Sony Music Entertainment (U.K.) Limited, ILP, 1994, p. 247, fundamento núm. 15, en la que se cita como antecedente la Sent. House of Lords, de 22 enero 1981. en el asunto Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation Inc. Ltd, Lloyd’s LR, 1981-1, pp. 253 y ss..

<sup>35</sup> Véase, en este sentido, entre otras muchas, la Sent. US of Appeals (11<sup>th</sup> Circuit), de 15 de agosto de 1996, en el asunto O.D. Magnin v. Teledyne Continental Motors, ILP, 1998, pp. 275 y ss. Esta sentencia se refiere al uso del “forum non conveniens” por los Tribunales norteamericanos porque el litigio presenta vínculos sustantivos con Francia. Ello conduce a que el demandante imponga al demandado una carga considerada excesiva.

<sup>36</sup> Véase, la Sent. House of Lords, 12-14, 20 a 22 de febrero de 1973, en el asunto The Atlantic Star, Lloyd’ LR, 1973-2, pp. 197 y ss (esp. pp. 203 y 205), pp. 202-203.

<sup>37</sup> Debe tenerse en cuenta que el elemento subjetivo de la intencionalidad en la producción de estos resultados es irrelevante. Lo esencial es el dato objetivo de utilizar un foro distinto del “natural forum”. Así, téngase en cuenta el asunto Airbus v. Patel, cit. supra, p. 1080.

No obstante, en principio, deben considerarse, además, otras dos circunstancias: que tal medida, en el supuesto concreto, no sea contraria a la cortesía internacional o “comity”<sup>38</sup>; y, en segundo lugar, que no exista una medida igualmente eficaz y menos “agresiva” que la “injunction”.

El concepto de “comity” o cortesía internacional que utilizan los tribunales de Estados de “common law” fue elaborado por la Corte Suprema de Estados Unidos en la Sentencia de 3 junio 1895, en el asunto *Hilton v. Guyot*<sup>39</sup> y reiterada por decisiones posteriores:

“Comity, in legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But is the recognition which one nation allows within its territory to legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens, or of other persons who are under the protection of its laws” (...)

Consiste pues, en el respeto de las facultades que un Estado despliega dentro de su territorio. Así, se considera que un acto es contrario a la “comity” cuando suponga una intromisión en los asuntos de otro Estado. La pregunta que debemos responder es si las “anti-suit” son o no compatibles con aquélla. En este sentido, se ha señalado que la orden que incluyen relativa a la suspensión o no inicio del proceso tiene naturaleza personal, es decir, el destinatario de la misma es un sujeto privado, una parte, presente o futura, del proceso y no un órgano judicial extranjero<sup>40</sup>, por lo que no debe, inicialmente, ser considerada incompatible.

---

Sin embargo, algunos autores sí consideran que deben valorarse elementos como la utilización de las reglas de competencia para crear obstáculos al normal desarrollo del proceso, en la búsqueda de una judicial más gravosa para la otra parte, de privar al adversario de una ventaja legítima o en provocar una dilación innecesaria en el proceso. Entre otros, véanse T.C. HARTLEY, “Comity...”, cit., *supra*, p. 491; S. MALES., “Comity and anti-suit injunctions”, *Lloyd’s MCLQ*, 1998, p. 546; y A. BRIGGS/P. REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, ed. LLP, Londres/Hong Kong, 1997, p.272.

<sup>38</sup> En este sentido, S. MALES, “Comity...”, cit., *supra*, p. 550.

<sup>39</sup> Nosotros hemos utilizado el texto que aparece en: <http://laws.findlaw.com/US/159/113.html>

<sup>40</sup> Si bien formalmente este argumento debe considerarse correcto, sus consecuencias materiales están muy lejos de ser compatibles con la citada cortesía. La razón que se invoca para demostrar dicha incompatibilidad es que para adoptarla el juez que decide sobre su conveniencia no se limita a valorar su competencia para adoptar esta medida cautelar sino que verifica la competencia de un tribunal extranjero y lo hace desde su propio ordenamiento, ignorando, por tanto, si existe un interés distinto al propio digno de tutela. Así, a pesar de que se califica como una medida *in personam*, el resultado que se alcanza es el mismo que si se utilizase una inhibitoria internacional. Así, lo que indirectamente se consigue es que tribunales competentes para conocer de un asunto y a los que una de las partes han acudido para solicitar su tutela, dejen de conocer aquél en de un tribunal extranjero. En este sentido, T.C. HARTLEY, “Comity...”, cit., *supra*, p. 506; y J. HARRIS, “Restraint...”, cit., *supra*, p. 283.

No obstante, debe recordarse que para adoptarlas el tribunal que lo hace “valora” la competencia del tribunal de otro Estado, al que considera en peor situación bien por la falta de vínculos entre éste y el litigio, bien por la existencia de una cláusula de sumisión, ya sea a la jurisdicción de otro Estado, ya sea al arbitraje<sup>41</sup>. De lo que hasta aquí se ha dicho sobre la compatibilidad de las “anti-suit injunctions” con la cortesía internacional cabría extraer la conclusión de que, en ningún caso podrían utilizarse aquellas medidas. Sin embargo, la “comity” es sólo un elemento que se tiene en cuenta a la hora de adoptar o no una de estas medidas<sup>42</sup>. Esto significa que, por una parte, ésta que puede verse desplazada porque exista un interés que se considere predominante sobre el del Estado extranjero, como es el caso, ya referido, de que se intente evitar la aplicación de normas que amparan ciertas políticas estatales.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que existen diferencias en cuanto a valor que se reconoce a la “comity” en la decisión sobre la “anti-suit”, ya que depende del modo en que se valore la incidencia de ésta. Así, mientras que los tribunales norteamericanos valoran independientemente las condiciones necesarias para la adopción de una “anti-suit”<sup>43</sup>, los tribunales ingleses lo hacen de forma conjunta considerando que todos los elementos que deben tenerse en cuenta poseen un mismo peso específico<sup>44</sup>.

En el supuesto de que la medida pudiera adoptarse, debe considerarse, además, que no quepa utilizar otro medio igualmente eficaz y menos problemático para alcanzar los objetivos perseguidos por aquéllas. No obstante, en la práctica, en la mayor parte de los asuntos se ha puesto de manifiesto la existencia de otras alternativas que podrían haberse utilizado para la resolución de un conflicto positivo de competencias igualmente válidas y

---

<sup>41</sup> En este sentido, T.C. HARTLEY, “Comity...”, cit. *supra*, p. 506 y J. HARRIS, “Restraint...”, cit., *supra*, p. 283.

<sup>42</sup> Véanse, entre otros, R.W. RAUSHENBUSH, “Antisuit injunctions and international comity”, *Virginia Law Review*, 1985, pp. 1039 y ss (esp. pp. 1064-1067) y S.R. SWANSON, “The vexatiousness of a vexation rule: International Comity and antisuit”, *George Washington Journal of International Law and Economics*, 1996, pp. 1 y ss.

<sup>43</sup> Téngase en cuenta G.B. BORN/D. WESTIN, *International Civil Litigation...*, cit., *supra*, p. 257. Además, sobre la práctica de los tribunales norteamericanos en esta materia, véase S.R. SWANSON, “The vexatiousness of a vexation rule: international comity and antisuit”, *George Washington Journal of International Law and Economics*, 1996, pp. 1 y ss.

Por otra parte, resulta muy interesante, a nuestro juicio la Sentencia de la Court of Appeals (5<sup>th</sup> Circuit), de 14 de febrero de 1996, en el asunto *Kaepa Inc v. Achilles Corporation*. Puede consultarse el texto de la misma en: [www.ca5.uscourts.gov:8081/ISYSQuery.42A3.tmp/1/doc](http://www.ca5.uscourts.gov:8081/ISYSQuery.42A3.tmp/1/doc). En ella puede observarse el debate que existe en cuanto a su alcance y aplicación, en la decisión adoptada por la mayoría y el voto particular del juez E.M. Gaza.

<sup>44</sup> Esto permite que la “compensación de insatisfacciones”, es decir, es posible compensar la infracción de la “comity” que supone la adopción de una “anti-suit” con el hecho de que un tribunal extranjero haya ignorado la competencia de los tribunales ingleses. A este respecto, véase, S. MALES, “Comity...”, cit. *supra*, p. 550.

más aceptables cuando es necesaria la producción de efectos en otro Estado<sup>45</sup>.

En relación con los mecanismos que pueden utilizarse en situaciones similares a las de las “anti-suit”, debe tenerse en cuenta la diferencia que existe, muy a grandes rasgos, entre los ordenamientos procesales continentales y los del “common law”. Mientras que en los primeros los únicos mecanismos de solución de los conflictos positivos de competencia son la litispendencia<sup>46</sup> y la conexidad<sup>47</sup>, y en algunos casos, a la negativa de reconocimiento de aquellas resoluciones extranjeras que hayan ignorado la existencia de un litigio semejante y paralelo temporalmente en otro Estado, que deben ser utilizados por el juez de forma imperativa, en los segundos estos sólo son algunos de los posibles medios utilizables. Así, encontramos la acción por incumplimiento contractual, en los supuestos en los que exista cláusula de sumisión a una jurisdicción o al arbitraje<sup>48</sup>; el uso de normas de bloqueo<sup>49</sup>; o el planteamiento de una declaración negativa de responsabilidad<sup>50</sup>. Cabe,

---

<sup>45</sup> Sobre dichas alternativas, véanse, en este sentido, los ejemplos que se citan en J.J. FAWCETT, “General Report”, Declining Jurisdiction..., cit. supra, pp. 28 y ss; W. PEEL, “Exclusive jurisdiction agreements: purity and pragmatism in the conflict of law”, Lloyd’s MCLQ, 1998, pp. 206 y ss.

<sup>46</sup> Sobre el paralelismo existente entre los requisitos y finalidad exigidos en las situaciones de litispendencia y en aquellas que puede adoptarse una “anti-suit injunction, véanse, entre otros, A.V. DICEY/J.H.C. MORRIS, The Conflicts of Laws, cit., supra, p. 396; y M. VIRGOS/F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, “El Convenio de Bruselas y las propuestas para su reforma”, en La revisión de los Convenios de 1968 y Lugano 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española (Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 mayo 1997), ed. A. Borrás, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 103-104.

<sup>47</sup> Sobre esta posibilidad, téngase en cuenta G.B. BORN/D. WESTIN, International Civil Litigation..., cit. supra, p. 246.

<sup>48</sup> Esta opción, si bien está más próxima al origen del litigio (el propio incumplimiento contractual), carece de las “ventajas” que ofrecen aquellas medidas. Así, con ella no se reduce la posibilidad de dobles procesos, sino que, justamente los fomenta: frente al incumplimiento de la cláusula de elección se levantará la ineficacia o la nulidad de la misma. Por otra parte, probablemente quien solicita la adopción de una medida para el cumplimiento de una cláusula contractual prefiera aquella que vaya acompañada de refuerzos para su mayor eficacia, o lo que es lo mismo, que contenga algún “aviso” dirigido a la parte que incumple.

<sup>49</sup> La utilización de éstas como alternativa a las “anti-suit” fue planteada en el asunto *Laker Airways v. Sabena*, cit. supra, pp. 412, n.p.p.81 y 420, n.p.p. 121.

Sin embargo, en este caso la alternativa procura las “ventajas” de la medida a evitar para lo cual debe tenerse en cuenta el alcance de ambas. Así, comprobaremos que mientras las normas de bloqueo tienen un alcance limitado sólo a ciertos supuestos, las “anti-suit” pueden adoptarse para una protección general del ordenamiento, lo que incluye supuestos inicialmente no previstos por aquellas. Esto supone que, incluso en el caso de utilizar una norma de bloqueo podrá adoptarse una “anti-suit” para tutelar supuestos que desbordan aquélla.

<sup>50</sup> Esta declaración sirve para que los órganos jurisdiccionales concreten los elementos fácticos de un proceso. Esta finalidad permite que otros tribunales puedan ser competentes para conocer de los elementos normativos del proceso. No obstante, debe tenerse en cuenta que esta medida tiene un carácter extraordinario y sólo se toma cuando exista una buena razón para ello. Para poder adoptar ésta se toman en consideración algunos de los elementos que ya hemos citado en relación con las “anti-suit”: la necesidad de que Inglaterra se considere el “appropriate forum”

No obstante, ésta no evita la duplicidad de procesos, más bien la consolida con la división de funciones entre los tribunales concurrentes. Esta declaración, además, tampoco sirve para proteger la propia jurisdicción o la aplicación de ciertas normas imperativas. Por tanto, tampoco pueden utilizarse como una

además, que los tribunales que valoran las medidas a adoptar para reducir un litigio que presenta conexiones con una pluralidad de jurisdicciones estatales confíen en que los tribunales de otro Estado ofrecerán una protección jurisdiccional equivalente y en que el Derecho que apliquen conducirá a una solución pareja a la que los propios tribunales hubiesen adoptado (fungibilidad de los servicios jurisdiccionales)<sup>51</sup>.

En último lugar, para evitar los efectos que motivan la adopción de una medida “anti-suit”, se puede optar por la negativa al reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera producida por un órgano jurisdiccional distinto de aquél calificado como “foro natural” o “foro conveniente o apropiado”. En este caso, no obstante, no cabría referirnos a una alternativa pues ambas medidas son compatibles y complementarias entre sí<sup>52</sup>, y, por tanto, no se excluye la utilización de dicha “injunction” ya que con ella evita que puedan dictarse resoluciones claudicantes, con lo que las “anti-suit” funcionarían como un filtro que elimina decisiones (extranjeras) ineficaces o parcialmente ineficaces, que repercute en una mejora en la Administración de justicia, pues no sólo las partes ven agilizado y abaratado su proceso en el extranjero, sino que, además, se imparte mejor justicia porque se evitan comportamientos oportunistas de quienes utilizan el proceso para alcanzar objetivos ajenos a él y, consecuentemente, se incrementa la posibilidad de que se dicten resoluciones eficaces.

Sin embargo, entre las alternativas expuestas sólo esta última cubre todos los supuestos en los que cabe adoptar una “anti-suit”. Las opciones anteriores, sólo lo hacen parcialmente y, además, su utilización no está exenta de problemas. Ello conduce a que quienes solicitan una medida para proteger la competencia de unos determinados tribunales prefieran a las “anti-suit”, pues, si bien conflictivas, son medidas simples y que dan de inmediato una respuesta a los solicitantes, a pesar de que las otras sean más compatibles

---

alternativa genérica de las “anti-suit”. Más bien todo lo contrario. En la práctica se utilizan las “anti-suit” para obtener declaraciones negativas de responsabilidad. En este sentido, J. WILSON, “Anti-suit injunctions”, cit., *supra*, p. 435.

<sup>51</sup> El problema que plantea esta alternativa es que si bien es deseable resulta, en la práctica, poco factible porque para ello sería necesario un marco de confianza que sólo encontramos en el marco creado por el Convenio de Bruselas. Véase, R. GEIMER, *Internationales Zivilprozeßrecht*, Otto Schmidt, Colonia, 1993, § 2686. Este autor afirma la existencia de este principio en el texto de Bruselas tomando como base los arts. 22 y 24 del mismo.

<sup>52</sup> Para ello debe tenerse en cuenta que en la resolución en la que se decide sobre aquélla se contiene un juicio anticipado sobre la reconocibilidad futura de cualquier resolución judicial dictada en el extranjero sobre el mismo asunto protegido por dicha “injunction”. Véase, en este sentido, J. HARRIS, “Restraint...”, cit., *supra*, p. 284.

Además, cabe señalar que una de las razones por las que las partes solicitan la adopción de estas medidas es provocar el efecto de cosa juzgada para así evitar el reconocimiento de la sentencia extranjera. En este sentido, véase, entre otros, L.J. SMITH, “Anti-suit injunction, forum non conveniens und International Comity”, *Recht der internationalen Wirtschaft* (en adelante, RIW), 1993, pp. 802 y ss. Asimismo, téngase en cuenta, el asunto “The “Angelic Grace”, cit., *supra*, p. 95.

con la “comity”<sup>53</sup>.

Todo lo hasta este momento expuesto nos lleva a afirmar que a pesar de los múltiples problemas que plantean estas medidas están tuteladas por las normas procesales británicas y que su uso es abundante. Es por ello que la siguiente cuestión que surge es si tales medidas son compatibles con el Convenio/Reglamento de Bruselas.

***B) ¿Son compatibles las “anti-suit injunctions” con el Convenio/Reglamento Bruselas?***

Los tribunales británicos para justificar la utilización de estas medidas en supuestos en los que se aplica el Convenio/Reglamento suelen utilizar, principalmente, dos argumentos<sup>54</sup>: 1. El Convenio no unifica todas las reglas procesales sino que permite que los Estados conserven todas aquellas que no estén prohibidas; y 2, que son un refuerzo a lo dispuesto en las normas comunitarias toda vez que, a) reducen la posibilidad del “forum shopping”<sup>55</sup>; b) obligan al cumplimiento de los acuerdos de sumisión (arts. 17 del Convenio

---

<sup>53</sup> La preferencia se justifica porque con estas medidas se evitan los problemas que plantean las otras alternativas tradicionales. En relación con estos problemas, las ventajas de su uso y la posibilidad de utilizar las “anti-suit” como fórmula para resolverlos, véase, J.J. FAWCETT, “General Report”, Declining Jurisdiction..., cit, supra, pp. 28-35. En este mismo sentido, S. MALES, “Comity...”, cit., supra, p. 550.

<sup>54</sup> Estos son mencionados en las Conclusiones del Abogado General, D. Ruíz-Jarabo, presentadas el 20 de noviembre de 2003 § 26.

<sup>55</sup> Según la definición contenida en las Conclusiones del Abogado General (Ruíz-Jarabo) al asunto C-440/97, en el asunto G.I.E groupe Concorde y otros contra Capitán del buque «Suhadiwarno Panja» y otros, presentadas el 16 de marzo de 1999, pfo. 16, npp. 11, que pueden consultarse en <http://europa.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>. Según éstas consiste en la “elección, por el demandante, de un foro en función de las ventajas que puedan derivarse del derecho material (o incluso del procesal) allí aplicado”. En este caso, la adopción de una medida “anti-suit” supondrá, por una parte, que el único tribunal que se considerará competente es aquél con el que el litigio presenta vínculos intensos y suficientes (extranjerías) que el “more appropriate forum”. Y, por otra parte, la conveniencia de esta medida vendrá respaldada por el hecho de que de no acudir a dicho tribunal el proceso podrá ser calificado como “vexatious or oppressive” y, por tanto, destinado a la ineficacia. Así, las “anti-suit” funcionarían como un filtro que elimina decisiones (extranjerías) ineficaces o que lo sean parcialmente, que repercute en una mejora en la Administración de justicia, pues no sólo las partes ven agilizado y abaratado su proceso en el extranjero, sino que, además, se imparte mejor justicia porque se evitan comportamientos oportunistas de quienes utilizan el proceso para alcanzar objetivos ajenos a él y, consecuentemente, se incrementa la posibilidad de que se dicten resoluciones eficaces.

Para ello debe tenerse en cuenta que en la resolución en la que se decide sobre aquélla se contiene un juicio anticipado sobre la reconocibilidad futura de cualquier resolución judicial dictada en el extranjero sobre el mismo asunto protegido por dicha “injunction”. Véase, J. HARRIS, “Restraint...”, cit., supra, p. 284.

Junto a la eficacia de estas medidas en el momento de desarrollo del proceso, cabe señalar que otra de las razones por las que las partes solicitan la adopción de estas medidas es provocar el efecto de cosa juzgada para así evitar el reconocimiento de la sentencia extranjera. Véase, entre otros, L.J. SMITH, “Anti-suit injunction...”, cit., supra, pp. 802 y ss. Asimismo, téngase en cuenta, entre otros, el asunto The “Angelic Grace”, cit., supra.

Es frecuente el uso de las “anti-suit” para evitar el “forum shopping” en aquellos supuestos en los que se plantea un litigio ante los tribunales norteamericanos con el objeto de conseguir ventajas extraprocesales (aplicación de normas que comprenden indemnizaciones más cuantiosas, uso del proceso para

y 23 del Reglamento, que, por otra parte, establece el carácter de “exclusivo” de tal competencia); y, c) sirven al mejor funcionamiento de la litispendencia (arts. 21 del Convenio y 27 del Reglamento), lo que, a su vez, repercute en la reducción de resoluciones que pudieran ser inconciliables.

Respecto del primer argumento, es cierto que el Convenio/Reglamento no unifica todas las reglas procesales. Esta circunstancia permite que los Estados puedan conservar aquéllas que se encuentren fuera del ámbito de aplicación del mismo. Sin embargo, ello no significa que éste deje de estar presente. En efecto, la incorporación de cualquier Estado al sistema establecido por el Convenio/Reglamento de Bruselas supone la aceptación de ciertos medios, en este caso de ciertos criterios para la determinación de la competencia judicial internacional, para la consecución de los fines contenidos en él. Por ello es necesario que para dar cumplimiento a las obligaciones asumidas, se imponga el desplazamiento de las normas nacionales en favor de las convencionales y, además, en el supuesto de que puedan utilizarse las normas nacionales, éstas estarán supeditadas a la consecución de los objetivos convencionales, es decir, a la consecución del “efecto útil” del Convenio/Reglamento<sup>56</sup>.

Este opera como un filtro para la aplicación del Derecho nacional cuando ésta pueda suponer que quede sin efecto lo dispuesto en una norma comunitaria o producta un efecto contrario a los principios establecidos por aquélla. En otras palabras, “(...) la aplicación de las normas de Derecho procesal interno del tribunal requerido no puede en ningún caso producir un efecto contrario a los principios establecidos en la materia, de forma expresa o implícita...”<sup>57</sup>.

---

obtener cierta información –pre-trial discovery of documents-...). Entre otras, véase la Sentencia de la House of Lords, de 20, 21 y 23 de octubre de 1980, en el asunto *Castanho v. Brown & Root (UK) Ltd and Others*, Lloyd’s LR, 1981-2, pp. 113 y ss. En este asunto se ejercita el poder implícito del tribunal “to prevent a party from obtaining by the use of its process a collateral advantage which it would be unjust for him to retain” (p. 118). Esta solución se mantiene aunque pueda considerarse que el ordenamiento procesal norteamericano prevé fórmulas mejores para alcanzar una decisión más justa. Así, la posibilidad de que se pueda utilizar el “pre-trial discovery” de un modo más amplio no es razón que se considere para considerar a los tribunales de Estados Unidos “more conveniens” pues la información obtenida a través de éste no es compatible con el ordenamiento británico. En este sentido, véase, por ejemplo, la Sent. House of Lords, de 6-7 mayo 1986, en el asunto *South Carolina Insurance Co. v. Assurantie Maatschappij de Zeven Provinciën* (en adelante, *South Carolina v. “Seven Provinces”*), Lloyd’s LR, 1986-2, p. 325. En él se señala que si bien es cierta la ventaja que ofrecen las normas procesales estadounidenses, ésta se neutraliza porque la prueba que se obtiene debe ser compatible con las reglas procesales del foro (“lawful”), lo que no ocurre en este caso

<sup>56</sup> Véase, en este sentido, la Sent. TJCE de 7 de marzo de 1995, en el asunto *Fiona Shevill y otros contra Presse Alliance SA*, Competencia judicial internacional..., cit., supra, pp. 429 y ss, pfo. 41.

<sup>57</sup> Véase, en este sentido, la Sent. TJCE 3 octubre 1985, en el asunto *P. Capelloni y F. Aquilini contra CJJ Pelkmans* (As. C-119/84), traducida y publicada en AA.VV., Competencia judicial internacional..., cit., supra, pp. 217 y ss (fundamento núm. 21). Ténganse en cuenta, además, las Sents. TJCE de 15 de noviembre de 1983, en el asunto *Ferdinand M.J.J. Duijnsteer contra Lodewijk Goderbauer* (As. C-288/82), traducida y publicada en AA.VV., Competencia judicial internacional..., cit., supra, p. 153, fundamento núm.

En relación con el segundo de los argumentos, el refuerzo que puede suponer a las normas comunitarias no ha sido abordado. No obstante, nos referiremos a él con posterioridad.

Sigamos con el primer argumento. Si el Convenio/Reglamento no unifica las normas procesales autónomas y éstas no afectan al efecto útil de aquél, cabría afirmar que las reglas internas para adoptar una “anti-suit” compatibles con los objetivos del Convenio de Bruselas. La respuesta de la mayoría de la doctrina aboga por la exclusión del Convenio de estas medidas. Y, en este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia.

## **2. Razones que justifican la incompatibilidad de las “anti-suit injunction” con el Convenio de Bruselas.**

Para fundamentar la incompatibilidad, el Tribunal ha sido muy parco (tal vez la razón haya que buscarla en que se ha ceñido estrictamente a la cuestión planteada con el fin de evitar abordar cuestiones polémicas que suscitan estas medidas). Efectivamente, en su sentencia de 27 de abril de 2004, el Tribunal de Justicia ha estimado que las “anti-suit” son incompatibles con el Convenio de Bruselas<sup>58</sup>. El Tribunal utiliza, principalmente, tres argumentos para justificar dicha incompatibilidad:

1º Estas medidas son contrarias al principio de confianza mutua que inspira el texto.

2º El Convenio posee sus propias medidas de profilaxis para evitar que coexistan varios procesos pendientes, con el fin de que no se dicten varias resoluciones que pudieran ser inconciliables y, por tanto, no reconocibles conforme al sistema creado por este texto.

3º Repercusiones que estas medidas pueden tener en el sistema de reconocimiento y ejecución previsto en el Convenio/Reglamento.

Por lo que se refiere al hecho de que estas medidas puedan ser contraria al principio

---

14; y Sent. TJCE 4 febrero 1988, en el asunto HLM Hoffmann contra A. Krieg (As. C-146/86), Competencia judicial internacional..., cit. supra., pp. 255 y ss, fundamento núm. 29.

<sup>58</sup> Muy crítico con esta decisión, A. BRIGGS, “Anti-suit injunction and Utopian Ideals”, LQR 2004, pp. 529 y ss. En este mismo sentido, veáanse, M. REQUEJO ISIDRO, “Medidas antiproseso: Turner v. Grovit, final discutible de un debate”, Diario La ley. Unión Europea, núm. 6051, 30 de junio de 2004; y H. MUIR WATT, “Nota a la Sent. Chambre of Lords, 13 diciembre 2001, en el asunto Turner v. Grovit”, RCrdipr, 2003, pp. 116 y ss. En ella se afirma: “Il est bien difficile de trouver des arguments convaincants pour repondre négativement à la Chambre des Lords dans le présente affaire » (p. 126).

A favor de la misma, entre otros, R. CARRIER, “Convention de Bruxelles: devoir de confiance”, Recueil Dalloz, 2004, núm. 27, pp. 1919 y ss; J. KRAUSE, “Turner/Grovit-Der EuGH Prozessführungsverbote für unvereinbar mit dem EuGVÜ”, RIW, 2004, pp. 541 y ss.

de confianza mutua, se entiende que, las “anti-suit injunctions” supondrían una injerencia en los asuntos internos de otro Estado (§ 27) ya que para su adopción se controla la competencia del otro tribunal afectado con el fin de valorar cual de los dos es el “more appropriate forum”, el “natural forum” o el “forum conveniens”. El Convenio/Reglamento sólo permite este control en supuestos tasados (arts. 19 y 20 del Convenio y 25 y 26 del Reglamento) y en el marco del reconocimiento y ejecución de resoluciones (art. 28 del Convenio y art. 35 del Reglamento)<sup>59</sup>.

La incompatibilidad del Convenio con las formulas mencionadas ya fue puesto de relieve en el Informe elaborado por el Prof. P. Schlosser<sup>60</sup>, explicativo del texto de adhesión de Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca (1978). En éste se indica que, a partir de la entrada en vigor del referido texto, estas técnicas habrán de ser abandonadas porque pudieran considerarse contrarias al Convenio de Bruselas<sup>61</sup>. Así, señala que “Cuando el Reino Unido se adhiera al Convenio, dicha práctica ya no podrá mantenerse en el marco del ámbito de aplicación del Convenio. Entonces, los tribunales de dicho país deberán reconocer las situaciones de litispendencia que se produzcan en los demás países de la Comunidad, incluso, planteadas de oficio”.

A ello se añade que tales medidas se adoptan en ejercicio de una cierta discrecional judicial<sup>62</sup> que choca frontalmente con los principios de proximidad, razonabilidad y previsibilidad/certeza de los criterios de atribución de competencia que inspiran al Convenio/Reglamento.

Por lo que se refiere al segundo de los argumentos, los mecanismos para evitar que pueden adoptarse decisiones inconciliables, el Convenio/Reglamento prevé, exclusivamente, dos: la litispendencia y la conexidad. Aceptar que puedan utilizarse otras herramientas propias de los ordenamientos nacionales, aunque su uso tenga una finalidad similar, supone una privación de eficacia de las medidas del Convenio/Reglamento (§ 30). Como recuerda el Abogado General Ruíz-Jarabo en sus “Conclusiones”: “La autonomía normativa de que disponen los Estados en materia procesal encuentra sus límites en el

<sup>59</sup> En este sentido, el Considerando 16 del Reglamento 44/2001 incide en este principio y su transcendencia para la libre circulación de resoluciones.

<sup>60</sup> Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, al Convenio relativo a la competencia judicial internacional 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 (DOCE, núm. C 189, de 28 de julio de 1990), apartado núm. 181, último párrafo.

<sup>61</sup> En el apartado 22 del citado Informe también se destaca la posibilidad de compatibilizar algunas particularidades de los ordenamientos de los Estados que se adhieren al Convenio de Bruselas. En este sentido, se mencionan los artículos 19 y 20 del Convenio, en relación con el modo en el que podrá realizarse el control de oficio de la competencia y el *modus operandi* tradicional de dichos ordenamientos.

<sup>62</sup> Sobre las posibilidades de control de la misma, véase, entre otras, la Sent. English Court of Appeal, de 16 de mayo 1997, en el asunto *New Hampshire Insurance Company v. Phillips Electronics North America Corporation*, ILP, 1998, pp. 256 y ss (esp. pp. 261 y 263).

respeto general al Convenio.

No obstante, los tribunales ingleses justifican la utilización de las “anti-suit” en supuestos en los que sería de aplicación el Convenio porque los mecanismos de la litispendencia y la conexidad no siempre tienen un funcionamiento óptimo<sup>63</sup>. Si bien es cierto que existen otros medios menos conflictivos para proteger la cláusula redactada al amparo de dicho artículo. Así, cabría la reclamación por los daños ocasionados por ignorar ésta, o el no reconocimiento de la resolución que se dicte por un tribunal distinto al designado<sup>64</sup>.

Por último, el tercero de los argumentos se sitúa ante la hipótesis de que tal medida pudiese ser adoptada conforme a los ordenamientos nacionales y quisiese hacerse efectiva en un Estado distinto del que la dictó. De admitir la incompatibilidad de la adopción de estas medidas con el Convenio/Reglamento, la consecuencia lógica es la de excluir la posibilidad de su reconocimiento y ejecución conforme sus reglas<sup>65</sup>.

Si bien el Tribunal es muy escueto en relación con este argumento éste puede ser completado<sup>66</sup>. En primer lugar, puede justificarse que la resolución dictada al amparo de

---

<sup>63</sup> Véanse, entre otras las Sents. English Court of Appeal, 11 noviembre 1993, asunto Continental Bank N.A. v. Aeokos compania Naviera SA and others, ILP, 1994, pp. 413 y ss; y Queen’s Bench Division (Commercial Court), 26 febrero 1997, asunto Banque Cantonale Vaudoise v. Waterlily Maritime Inc and others, Lloyd’s LR, 1997, vol. 2, pp. 347 y ss; y Sent. Outer House of the Court Session (Scotland), de 31 de marzo de 1995, en el asunto The Governor and Co of the Bank of Scotland v. S.A. Banque National de Paris, ILP, 1996, pp. 668 y ss.

En el primer asunto y en el Bank of Scotland, los tribunales griegos y franceses, respectivamente, ignoraron la existencia de la cláusula de sumisión y tuvo que adoptarse una “anti-suit” porque no se declararon de oficio incompetentes, conforme a lo previsto en el art. 21 del Convenio de Bruselas.

En relación con el asunto Continental Bank, véase A.S. BELL, “Anti-suit injunctions...”, cit., supra, pp. 204 y ss, muy crítica con los argumentos utilizados por el tribunal inglés.

Véanse, además, los asuntos ya citados Toepfer v. Molino; Toepfer v. Société y Union de Remorquage et de Sauvetage SA v. Lake Averytie. En los dos primeros, se afirma, que no concurre uno de los presupuestos para la aplicación de la litispendencia como es el de que ambos procesos tengan la misma naturaleza. Así, se considera que concurre, por una parte, un proceso cautelar, el de la adopción de la “anti-suit” con otro, un proceso declarativo. Faltaría, por tanto, una de las condiciones para la aplicación de los mecanismos de la litispendencia dado que no existiría identidad de *causa petendi*.

<sup>64</sup> En el caso del Reino Unido cabe, además, el uso de la Act de 1980 en la que, además de una norma de bloqueo se contienen “clawback statutes”. Estas disposiciones permiten recuperar cantidades abonadas y calificadas como “multas abusivas” satisfechas en un Estado extranjero.

<sup>65</sup> Sobre la reconocibilidad de estas medidas véase, entre otras, la Sent. English High Court, Queen’s Bench Division (Commercial Court), 26 febrero 1999, en el asunto First National Bank Association v. Compagnie Nationale Air Gabon, ILP, 1999, pp. 617 y ss.

<sup>66</sup> No obstante, cabe mencionar una curiosidad: la referencia a posibles contramedidas que pudiesen adoptarse como defensa de las “anti-suit”. En la práctica las únicas que conocemos son las adoptadas por los tribunales norteamericanos denominadas “anti-antisuit injunction” o “counterinjunction”. Estas se adoptan para neutralizar la adopción de una “anti-suit injunction”, en aquellos supuestos en los que, según su valoración, no est   justificada. Con esta medida se “atenua” el alcance de la declaración de exclusividad realizada por un

una “anti-suit” es incompatible con el orden público del Estado donde se pretende el reconocimiento (arts. 27.1 del Convenio y 34.1 del Reglamento).

Para fundamentar este argumento es necesario determinar cuál es el contenido del orden público. En primer lugar, cabe delimitar en negativo aquellos supuestos excluidos de esta norma. Así, se rechaza que dentro del orden público se contenga el control de las reglas de competencia conforme a las cuales se haya adoptado la decisión (arts. 28, pfo. 3º Convenio y 35.3 del Reglamento). Esto quiere decir, en principio, que los tribunales ingleses hayan ignorado las reglas de competencia directa establecidas en el Convenio, así como aquellas que se encargan de resolver los conflictos positivos de competencias - concretamente, las reglas de litispendencia -, no sería óbice para el reconocimiento.

No obstante, debe recordarse que el orden público siempre viene relacionado con un ordenamiento nacional concreto. Así se encontrarán comprendidas en aquél las reglas constitucionales y ordinarias, tanto sustantivas como procesales<sup>67</sup>. Lo que alcanza también a los Convenios internacionales, con una especial referencia al art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>68</sup>.

---

determinado Estado en materias que legítimamente deberían ser objeto de competencias concurrentes. Ello es así, no sólo porque existe un interés de un Estado (Estados Unidos) de proteger la aplicación de sus normas imperativas - ignorado en la adopción de la “anti-suit” en el Reino Unido -. Además, con éste se tutela a los particulares sometidos a la jurisdicción norteamericana ya que dar cumplimiento a aquélla significaría obligarles a vulnerar el Derecho de Estados Unidos. Véase, en este sentido, R. W. RAUSHENBUSH, “Antisuit injunctions and international comity”, *Virginia Law Review*, 1985, pp. 1039 y ss (esp. pp. 1065-1067).

Véase, en este sentido, la Sent. US District Court of the District Court of Columbia, 6 marzo 1984, en el asunto *Laker Airways v. Sabena*, cit., *supra*. En éste, el tribunal norteamericano señala la inexistencia de una razón que justifique la adopción de esta medida, ya que no está en peligro ninguna norma imperativa. En este caso, se entendió que el verdadero objetivo de la “anti-suit” era “to destroy the US District Court jurisdiction” (p. 412, n.p.p. 81).

<sup>67</sup> Cabe trasladar aquí las consideraciones sobre la excepción de orden público contenidas en el “Informe sobre el Convenio de Bruselas relativo a los procedimientos de insolvencia, de 23 de noviembre de 1995”, elaborado por M.VIRGÓS y E. SCHMIT, reproducido en *Derecho procesal civil europeo*, ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1996, pp. 499-500 (esp. párrafos 205-206).

<sup>68</sup> Sobre los problemas específicos que plantean las “anti-suit” con dicha norma véanse, entre otras, P. HAMMJE, “Droits fondamentaux et ordre public”, *RCrdipr*, 1997-1, p. 29; y C. THIELE, “Antisuit injunctions im Lichte europäischen Gemeinschaftsrechts”, *RIW*, 2002-5, pp. 383 y ss.

También a esta cuestión se refiere a Sentencia Queen’s Bench Division (Commercial Court), 17-18 y 27 de octubre 2000, en el asunto *OT Africa Line Leed v. Hijary and other (The “Kribi”)*, *Lloyd’s LR*, 2001-1, pp. 76 y ss. Ante la duda sobre la compatibilidad de las “anti-suit” y el Convenio Europeo, en esta sentencia se hace una interpretación para que la respuesta sea afirmativa para lo cual es necesario construir la “anti-suit” sobre la base de la no desprotección : “should be construed so as to exclude the power to grant an anti-suit injunction where it would have that effect” (p. 77).

La razón para la denegación del reconocimiento es que supone un ataque a la soberanía, a sus concepciones jurídicas fundamentales y a su noción de justicia<sup>69</sup>. En efecto, puede considerarse que existe un ataque a la soberanía porque los tribunales del Estado origen actuaron a fin de que los tribunales de otro Estado, el de destino, dejaran de ejercer su potestad jurisdiccional. Este hecho, a su vez, provoca que quien hubiese iniciado el proceso, o pudiese hacerlo, ante los tribunales del Estado de destino, deba renunciar a esta posibilidad, o asuma las consecuencias de no hacerlo (“contempt of court” y sanciones pecuniarias derivadas del desacato).

#### **IV. LAS ORDENES INHIBITORIAS CUANDO EXISTE UNA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A LOS TRIBUNALES DE UN ESTADO.**

Según la clasificación que hicimos al comienzo, la Sentencia de 27 de abril resolvería las cuestiones que plantean las “anti-suit” vinculadas a supuestos basados en la conveniencia de que ciertos tribunales deban conocer de un asunto (“convenient based cases”). Quedaría pendiente, no obstante, un importante conjunto de situaciones en las que son aplicables el Convenio o el Reglamento y que no han sido planteadas ni, por tanto, resueltas por la Sentencia. Son los supuestos en los que existe una cláusula de atribución de competencia a los tribunales ingleses y, pese a ello, se inicia un proceso en otro Estado (“obligation based”). En ellos se adopta una “anti-suit” con el fin de proteger una cláusula de sumisión a determinados tribunales<sup>70</sup>. Es decir, expresan la tensión existente entre los artículos 17 y 21 del Convenio (arts. 23 y 27 del Reglamento).

El conflicto surge porque se lleva al extremo la consideración de que la competencia creada por mor de la cláusula de sumisión tiene un carácter exclusivo<sup>71</sup> equiparable al de los artículos 16 del Convenio (art. 22 del Reglamento). La razón que se esgrime es que mediante el acuerdo de voluntades se crea un derecho a no ser demandado ante un tribunal

---

<sup>69</sup> Véase, en este sentido, la sentencia del Bundesgerichtshof, de 4 de marzo de 1994, ILP, 1994, pp. 703 y ss.

<sup>70</sup> Ya se hizo referencia a los supuestos en los que existan cláusulas de sumisión al arbitraje al comienzo de este trabajo.

<sup>71</sup> Tradicionalmente, se ha acudido al Derecho aplicable a tal cláusula, es decir, la *lex fori* para adoptar una “anti-suit”. En contra de esta solución, véase, A. BRIGGS, “The unrestrained reach of an anti-suit injunction: a pause for thought”, Lloyd’s MCLQ, 1997-1, pp. 94-95. Sostiene este autor que, en el caso de que exista una relación contractual previa motiva que para determinar la naturaleza de la competencia y la existencia de una posible infracción de la obligación asumida de someter las diferencias a unos tribunales concretos habrá de estarse a la *lex causae*. Si conforme a ésta existe una infracción de aquella obligación, entonces es posible adoptar una “injunction”.

Cuando los tribunales ingleses son los elegidos y el derecho inglés será el aplicable a la cláusula, entonces con el reconocimiento de la eficacia de ésta lo que se produce es la protección de un derecho contenido en las normas materiales inglesas. Véase, en este sentido, véase J. HARRIS, “Anti-suit injunctions – a home comfort”, Lloyd’s MCLQ, 1997, p. 419.

Téngase en cuenta, además, los asuntos *Continental Bank NA v Aeakos Compania Naviera SA*, y *Banque Cantonale Vaudois*, y *The Governor and Co of the Bank of Scotland*, citados anteriormente.

distinto del elegido por las partes (right to not be sued abroad)<sup>72</sup>, salvo que existan razones que justifique la posibilidad de acudir a un tribunal distinto del elegido inicialmente<sup>73</sup>.

Generalmente, la competencia del tribunal al que se someten las partes se ampara en la existencia de conexiones razonables y suficientes entre el litigio y el foro. Con esta exigencia se evita que el demandante pueda usar su derecho con el fin de situar al demandado en una peor posición para su defensa. Es por ello que el demandado podrá solicitar la adopción de una “anti-suit” cuando el proceso pueda ser calificado como “oppressive or vexatious”, es decir, cuando el demandante el proceso para alcanzar objetivos no estrictamente procesales (“vexatious”) o realiza una utilización abusiva de un derecho que produciría una ruptura en el equilibrio existente entre las partes, que puede manifestarse en una sobrecarga de una parte<sup>74</sup> o en la obtención de una ventaja ilegítima, es decir, que lleve aparejada una desventaja de la otra parte<sup>75</sup>, con independencia de que el demandante pretenda o no un determinado resultado (“oppressive”<sup>76</sup>).

Por lo que respecta al demandante, la adopción de una “anti-suit” tutela las expectativas de éste de acudir a unos concretos tribunales que resuelvan el eventual litigio.

<sup>72</sup> Sobre la existencia de este derecho, entre otros, véase, J. SCHÖDER, “The Right not to be Sued Abroad”, *Festschrift für G. Kegel*, Verlag W. Kohlhammer, 1987, pp. 523-548.

Téngase en cuenta, además, Sent. US Court of Appeals (1<sup>st</sup> Circuit), de 31 de octubre de 1991, en el asunto R.H. Howe v. Goldcorp Investment Ltd *et al.*, cit., *supra*, p. 141, pfo. 3<sup>o</sup>.

En este caso se considera que eludir la cláusula lleva aparejada la calificación de “oppressive” del proceso y, por tanto, justifica la adopción de la “anti-suit”. Así, entre otras, véase la Sent. Queen’s Bench Division (Admiralty Court), de 10 de mayo de 1996, en el asunto Bouygues Offshore SA v. Caspian Shipping Co and Others (n<sup>o</sup> 2), *Lloyd’s LR*, 1997-2, pp. 485 y ss (esp., p. 490). Ésta dispone: “where parties had chosen a jurisdiction then it could readily be inferred, in the absence of good reason, that it would be vexatious and oppressive to commence proceedings in a different jurisdiction...”.

Todo ello, salvo que se demuestre el cambio de circunstancia que justifiquen la posibilidad de acudir a un tribunal distinto del elegido.

<sup>73</sup> En relación con esta cuestión, debe destacarse la elaboración realizada por la jurisprudencia norteamericana a partir del asunto Gulf Oil Corporation v. Gilbert, cit., *supra*. En su apartado II, pfo. 3<sup>o</sup> se señala que: “unless the balance is strongly in favor of the defendant, the plaintiff’s choice forum should rarely be disturbed”.

<sup>74</sup> Véase, en este sentido, entre otras muchas, la Sent. US of Appeals (11<sup>th</sup> Circuit), de 15 de agosto de 1996, en el asunto O.D. Magnin v. Teledyne Continental Motors, *ILP*, 1998, pp. 275 y ss. Esta sentencia se refiere al uso del “forum non conveniens” por los Tribunales norteamericanos porque el litigio presenta vínculos sustantivos con Francia. Ello conduce a que el demandante imponga al demandado una carga considerada excesiva.

<sup>75</sup> Véase, en este sentido, la Sent. House of Lords, 12-14, 20 a 22 de febrero de 1973, en el asunto The Atlantic Star, cit., *supra*, pp. 202-203.

<sup>76</sup> Debe tenerse en cuenta que el elemento subjetivo de la intencionalidad en la producción de estos resultados es irrelevante. Lo esencial es el dato objetivo de utilizar un foro distinto del “natural forum”. Así, téngase en cuenta el asunto Airbus v. Patel, cit. *supra*, p. 1080.

Sin embargo, algunos autores sí consideran que deban valorarse elementos como la utilización de las reglas de competencia para crear obstáculos al normal desarrollo del proceso, en la búsqueda de una judicial más gravosa para la otra parte, de privar al adversario de una ventaja legítima o en provocar una dilación innecesaria en el proceso. Entre otros, véanse T.C. HARTLEY, “Comity...”, cit., *supra*, p. 491; S. MALES, “Comity...”, cit., *supra*, p. 546; y A. BRIGGS/P. REES, *Civil Jurisdiction*, cit., *supra*, p.272.

Así, esta tutela se ve reforzada en aquellos supuestos en los que existe una cláusula de sumisión a los tribunales (opera como un derecho (“as a right”)).

Con la adopción de una “injunction” en estos supuestos, se evita que la parte que incumple pueda beneficiarse del quebrantamiento del compromiso asumido a someter sus diferencias a unos tribunales concretos. En efecto, la conclusión de la cláusula de sumisión supone el establecimiento de un foro en el que las partes confían y, por tanto, en el que pueden prever la resolución de sus diferencias. La ignorancia de este compromiso lleva aparejada una ventaja procesal de la parte que contraviene lo pactado ya que esta puede iniciar el litigio en cualquier otro Estado, no necesariamente previsible para la otra parte, lo que le dará ciertas ventajas frente al adversario. Así, por ejemplo, la “alteración” del tribunal competente conlleva la modificación de las normas procesales aplicables, lo que no es indiferente cuando el régimen de prueba o con la posibilidad de obtener ciertas medidas cautelares, como pueden ser estas “injunctions”, varía de un ordenamiento a otro<sup>77</sup>.

Pero en este supuesto en el que la “anti-suit” tiene por finalidad proteger el acuerdo de sumisión ¿puede afirmarse que éstas son compatibles con el Convenio, y en mayor medida al Reglamento - que expresamente se refiere a la competencia creada por el mismo como exclusiva- cuando tienen por objeto proteger la cláusula de sumisión? En tal caso, ¿quedaría excluido el uso de la listispendencia o la conexidad para evitar la duplicación de los procesos previstos en el Convenio y el Reglamento?

Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia no se ha enfrentado directamente a esta cuestión el pronunciamiento en relación con la Sentencia del TJCE 9 diciembre 2004, asunto C-116/02 Gasser contra MISAT Srl sería extensible para la resolución de la cuestión planteada<sup>78</sup>.

Gasser, una empresa con domicilio en Austria, y MISAT, una empresa con domicilio en Italia, celebran un contrato por el cual la primera suministra ropa para niños a

---

<sup>77</sup> Véanse, en este sentido, las Sents. Court of Appeal, de 16 de febrero de 1984, en el asunto Metall und Rohstoff A.G. v. ACLI Metals (London) Ltd, Lloyd’s LR, vol. 1, 1984, pp. 603-604; y South Carolina v. “Seven Provinces”, cit., supra, pp. 317 y ss.

En ambos casos se tuvo en cuenta la posibilidad de utilizar fórmulas para la obtención de pruebas (“discovery” y “pre-trial discovery”) que diferían en los ordenamientos aplicables y que suponían una mayor o menor intromisión de las partes en la recopilación de ciertas informaciones. Evidentemente, como así se reconoce, el Derecho norteamericano, mucho más generoso, permite en mayor medida que el proceso se utilice torticeramente para obtener información del adversario que no podría conseguirse de otro modo, para utilizarla fuera del proceso.

Además de estos efectos relativos a la aplicación de ciertas normas procesales, la ignorancia de esta cláusula supone también la posibilidad de descartar un Derecho aplicable al fondo del litigio cuando éste no haya sido elegido por las partes. Ello también repercute en las expectativas del demandante pues éste, cuando plantea el litigio en el foro designado, espera la aplicación del Derecho de dicho foro.

<sup>78</sup> Véase, en este mismo sentido, P. STANLEY, “The ECJ has ruled that anti-suit injunctions can no longer be granted in conflicts over jurisdiction between member states”, Solicitor Journal, de 9 enero 2004.

la segunda. En abril de 2000, MISAT acude a los tribunales italianos para que se pronuncien sobre la conclusión del contrato, así como la existencia de daños y gastos que debía ser abonados por el comportamiento de Gasser.

En diciembre del mismo año, Gasser inicia un proceso ante los tribunales austriacos ante los que reclama el abono de las facturas impagadas por MISAT. Justifica la competencia de éstos por existir una cláusula de sumisión a los mismos. Dicha cláusula se inoportaba en las facturas giradas y no contestadas por MISAT. Asegura Gasser que según los usos comerciales en el sector tal comportamiento se considera como una aceptación. Añade que, en todo caso, el lugar de ejecución del contrato es Austria.

El tribunal austriaco suspendió el conocimiento del litigio hasta que los tribunales italianos se pronunciasen sobre su competencia judicial internacional. Esta decisión fue recurrida por Gasser quien alegaba, además, la lentitud de los procesos desarrollados en los países latinos.

La cuestión que el Oberlandesgericht de Innsbruck dirige al Tribunal de Justicia se centra en la relación entre los artículos 17 y 21 del Convenio de Bruselas. A nuestro juicio, el núcleo del problema se centra en las siguientes preguntas:

(...)

2) El órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la segunda demanda a efectos del artículo 21, párrafo primero, del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, ¿puede examinar la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la primera demanda, cuando tenga competencia exclusiva en virtud de un convenio atributivo de competencia de conformidad con el artículo 17 del Convenio de Bruselas, o bien debe proceder, a pesar del convenio atributivo de competencia, con arreglo al artículo 21 del Convenio de Bruselas?

3) La duración excesivamente larga (con absoluta independencia de la actitud de las partes) de los procesos judiciales en un Estado contratante, de modo que una parte puede sufrir perjuicios considerables, ¿puede justificar que el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la segunda demanda a efectos del artículo 21 del Convenio de Bruselas no actúe de la forma prevista en este artículo?

(...)

5) El órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la segunda demanda, ¿en qué circunstancias puede abstenerse, en su caso, de aplicar lo dispuesto en el artículo 21 del Convenio [de Bruselas]? (...)

Cierto es que en el supuesto mencionado no se adopta una medida “anti-suit”. No obstante, la situación y las cuestiones planteadas son características de aquellas situaciones en las que se solicita tal medida con el objetivo de proteger la eficacia de cláusulas de sumisión a unos determinados tribunales, y más concretamente, si en ellas se elige a los tribunales británicos.

El punto de partida está en recordar que para los tribunales ingleses la mayor parte de dichas cláusulas genera una competencia exclusiva<sup>79</sup> -y un derecho subjetivo, como indicamos anteriormente- y es ésta la que justifica que se adopten medidas para evitar que la parte incumplidora eluda sus compromisos. Como la litispendencia y la conexidad no siempre funcionan correctamente, es posible utilizar las “anti-suit”<sup>80</sup>. Ello significa que debe primar la voluntad de las partes (art. 17) sobre otros mecanismos para evitar la duplicidad de procesos (arts. 21 y 22)<sup>81</sup>. Este es el planteamiento que sostiene el Abogado General Léger en las Conclusiones a este asunto.

---

<sup>79</sup> Tradicionalmente, se ha acudido al Derecho aplicable a tal cláusula, es decir, la *lex fori* para determinar las consecuencias de la misma y, en el caso del derecho inglés, justificar la adopción de una “anti-suit”. En contra de esta solución, véase, A. BRIGGS, “The unrestrained...”, cit., *supra*, pp. 94-95. Sostiene este autor que, en el caso de que exista una relación contractual previa motiva que para determinar la naturaleza de la competencia y la existencia de una posible infracción de la obligación asumida de someter las diferencias a unos tribunales concretos habrá de estarse a la *lex causae*. Si conforme a ésta existe una infracción de aquella obligación, entonces es posible adoptar una “injunction”.

Cuando los tribunales ingleses son los elegidos y el derecho inglés será el aplicable a la cláusula, entonces con el reconocimiento de la eficacia de ésta lo que se produce es la protección de un derecho contenido en las normas materiales inglesas. Véase, en este sentido, véase J. HARRIS, “Anti-suit injunctions cit, *supra*, p. 419.

Téngase en cuenta, además, en relación con las cláusulas exclusivas de elección de foro el “Proyecto relativo a los acuerdos exclusivos de elección de foro”. Mayo 2004. Doc. Trav. N° 110 F (revisado), así como el “Informe al Anteproyecto” realizado por Masato Dogauchi et Trevor C. Hartley. Documento preliminar número 25. Marzo 2004. Ambos documentos pueden consultarse en la página de la Conferencia de La Haya: <http://www.hcch.net>.

Este proyecto se limita a las cláusulas exclusivas de competencia para eludir la regulación de la litispendencia y los problemas de conflicto positivo de competencia que se generarían. En este sentido, A. BORRÁS, “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial para la preparación de un Convenio sobre cláusulas exclusivas de elección de foro (1 a 9 de diciembre de 2003)”, *REDI*, 2003-2, pp. 1122 y ss (esp. 1125).

<sup>80</sup> Véanse, entre otros los asuntos *Continental Bank N.A v. Banque Cantonale y The Governor and Co of the Bank of Scotland v. S.A. Banque National de Paris*, antes citados.

En el primer asunto y en el *Bank of Scotland*, los tribunales griegos y franceses, respectivamente, ignoraron la existencia de la cláusula de sumisión y tuvo que adoptarse una “anti-suit” porque no se declararon de oficio incompetentes, conforme a lo previsto en el art. 21 del Convenio de Bruselas.

<sup>81</sup> Véase, entre otros, el asunto *The “Kribi”*, cit. *supra*, p. 90.

Para evitar que quien incumple lo pactado pueda beneficiarse alterando los tribunales competentes, cabe adoptar una “anti-suit” para proteger el derecho del demandante a no ser perturbado en su derecho. En este caso se considera que eludir la cláusula lleva aparejada la calificación de “opresive” del proceso y, por tanto, justifica la adopción de la “anti-suit”. Así, entre otros, véase el asunto *Bouygues Offshore SA v. Caspian Shipping Co and Others*, cit., *supra*, p. 490.

Según Léger, las competencias establecidas al amparo del art. 17 deben ser consideradas exclusivas<sup>82</sup>. En tal caso, nos encontraríamos ante una excepción a la aplicación del art. 21 del Convenio. Para ello se apoya en la interpretación que se hace de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Overseas<sup>83</sup>. Se ha entendido que en el Pronunciamiento 2º de la misma la mención “en particular, en su artículo 16” supone el reconocimiento de la existencia de competencias exclusivas distintas de las del art. 16 y protegidas del mismo modo. Por tanto, cuando exista una cláusula de sumisión ningún tribunal, excepto el elegido, pueda conocer del asunto. De acudirse a otro distinto, éste, de oficio, deberá inhibirse.

Siguiendo dicha interpretación, no entender la relación entre los artículos 17 y 21 en el sentido indicado lleva aparejadas dos consecuencias: 1. se estaría atacando al efecto útil del art. 17 (fundamento 63); y, 2. sería contrario a la seguridad jurídica (fundamento 65) puesto que el art. 17 “se dirige a garantizar la seguridad jurídica al permitir a las partes determinar el foro competente”. Se fija así una competencia previsible, próxima (por la voluntad de las partes) y razonable, es decir, una competencia coherente con el Convenio. Si se utilizase el art. 21 el tribunal que conoce en segundo lugar, generalmente, el competente según la cláusula, no sólo se estaría amparando la infracción del acuerdo, sino que, además, se estarían incentivando comportamientos abusivos porque permite a la parte que se considera “perdedora” dilatar la resolución que se presume será desfavorable.

Sin embargo, el Tribunal considera que la naturaleza exclusiva de la competencia generada al amparo del art. 17 no puede ser tratada del mismo modo que las del art. 16. Por ello entiende que existe esta diferencia: 1. Porque no está contemplada, expresamente, en el art. 19 lo que significa que no existe control de oficio (fundamento 52); y 2. porque tampoco está incluida en el control de la competencia del tribunal de origen prevista en el art. 28 y no es justificable su extensión (fundamento 54)<sup>84</sup>.

Por todo ello, concluye, el art. 21 opera y “debe ser interpretado en el sentido de que el juez requerido en segundo lugar y cuya competencia esté basada en la existencia de una cláusula de atribución de competencia debe suspender el proceso hasta que el juez requerido en primer lugar se declare incompetente”<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> Téngase en cuenta que en el según el art. 23.1 del Reglamento 44/2001 la exclusividad se presume salvo pacto en contrario entre las partes. Sin embargo, en nada cambia las afirmaciones que se harán a continuación porque esta “exclusividad” tampoco está contenida en el control de oficio de la competencia (art. 25) ni, tampoco, en reconocimiento (art. 35.1).

<sup>83</sup> Sent. TJCE de 27 de junio de 1991, As. C-351/89, Overseas Union Insurance Limited et al contra New Hampshire Insurance Company, Competencia judicial internacional..., cit., supra, pp. 305 y ss.

<sup>84</sup> Véase, en este mismo sentido, el fundamento 25 de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Turner.

<sup>85</sup> Para tomar en consideración otros aspectos interesantes de la mencionada sentencia, véanse los Comentarios a la misma de I. HEREDIA CERVANTES en Revista Jurídica de Cataluña, 2004-2, pp. 290 y ss; y H. AGUILAR GRIEDER en REDI, 2003-2, pp. 932 y ss.

Resulta, por tanto, que otro de los ámbitos donde tradicionalmente han operado las “anti-suit” tampoco se presenta como compatible a las normas comunitarias. En este último caso, para quienes han sostenido lo inadecuado del uso de aquéllas cuando existieran fórmulas de solución menos agresivas, el cauce apropiado sería el del incumplimiento contractual<sup>86</sup>, la reclamación por los daños ocasionados por ignorar ésta, o el no reconocimiento de la resolución que se dicte por un tribunal distinto al designado.

## **V. CONCLUSIONES.**

De todo lo anterior podemos concluir que en el marco de los procesos intracomunitarios cubiertos por los reglamentos 44/2001 y 2201/2003 no hay cabida para las medidas “anti-suit”. Y no lo hay porque las dos resoluciones mencionadas, contrarias a las razones que las justifican y a los efectos que producen abarcan todos los posibles campos de operaciones de las mismas, excluyen su uso dentro del ámbito de aplicación de los mismos.

Es cierto que con su uso se han obtenido correctas soluciones a problemas planteados en los que había un componente abusivo en mano de alguna de las partes. Sin embargo, no debe hurtarse el hecho de que las medidas antiproceso generan no pocos conflictos. Hemos apuntado a algunos problemas cuando Estados Unidos es el receptor de estas medidas. La conclusión a la que debemos llegar es que ni es la mejor de las soluciones posibles, ni es pacífico su uso y que, conviene, cuando el ordenamiento lo permita, de crear barreras para su eficacia. En este caso, la creación de medidas “anti-anti suit injunction”. Por ello nos sorprende, la apasionada defensa de estas medidas.

Es cierto que en el Reino Unido e Irlanda estas medidas han sido utilizadas como una suerte de seña de identidad patria. Sin embargo, esta defensa de la “identidad nacional” no sólo debemos encontrarla en una reafirmación de las instituciones procesales propias sino en un mecanismo eficaz para proteger intereses económicos.

En efecto, como ya se ha mencionado, detrás del uso de las “anti-suit injunctions” suele ampararse la protección de las “jurisdicciones especializadas” británicas (seguros, marítimo...). La exclusión de las mismas en el marco intracomunitario producirá, sin duda, en los aplicadores británicos inquietud y desconfianza. Inquietud porque ya empieza a perfilarse la posibilidad de su extensión a otro gran “interés” británico: el arbitraje. Como muestra un botón en el Congreso Internacional sobre arbitraje marítimo, celebrado en Londres los pasados 16 a 30 de abril de 2004, Sally-Ann Underhill and Nicholas Woo

---

<sup>86</sup> Véanse, entre otros, A. BRIGGS/P. REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, cit., *supra*, pp. 270-271. Téngase en cuenta, además, entre otros, el asunto, *The “Angelic Grace”*, cit, *supra*, pp. 96-97.

presentaron un trabajo con el título: “Are anti-suit injunctions Dead? The Effect of Turner v. Grovit on London Arbitration Clauses<sup>87</sup>” .

Y desconfianza porque los tribunales británicos tendrán que utilizar los cauces previstos en la normas comunitarias para resolver los conflictos positivos de competencia (litispendencia y conexidad) a lo que, tradicionalmente, han sido reacios.

Sin embargo, a nuestro juicio, el panorama dibujado tras los asunto Turner y Gasser debe ser valorado positivamente. Y ello, principalmente, porque despeja una confusa situación creada desde la incorporación del Reino Unido e Irlanda al sistema del Convenio de Bruselas, en relación con la cabida o no de estas medidas en su estructura.

---

<sup>87</sup>Téngase en cuenta, la Sent. Court of Appeal, de 23 de enero de 2004, en el asunto Royal Bank of Canada v. Cooperative Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank B.A, Lloyd's LR, 2004-1, pp.471 y ss. En ella puede observarse una actitud muy comedida por parte del tribunal británico.

Asimismo, véase N. WOO, “Anti-suit injunction and the fate of London Arbitration Clauses”, en [www.birketts.co.uk/news3.html](http://www.birketts.co.uk/news3.html) donde también reflexiona sobre la incidencia de las Sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos Turner y Gasser en los supuestos en los que exista una cláusula de sumisión al arbitraje en Londres.

Sobre esta misma cuestión versará la intervención de E. GAILLARD “Anti-suit injunction” en el Seminario “Contemporary Problems in International Arbitration” que se celebrará los días 10 y 12 de abril 2005 en Londres.