



Competencia judicial internacional de los tribunales españoles para la adopción de medidas cautelares *inaudita altera pars* en apoyo de un arbitraje CCI

Auto de la AP de Oviedo 12 abril 2019 (1)

Dado que la competencia de los tribunales españoles sobre la obligación de garantía es única y no está exceptuada por un convenio arbitral, ni siquiera *prima facie*, nada impide que una parte solicite la suspensión de la ejecución de la garantía, si estima que hay causas ajenas a la relación causal, amparadas en la propia nulidad de la garantía, tales como falsedad documental o cualquier otra circunstancia que afecte propiamente a la eficacia de la obligación de garantía.



Sixto A. Sánchez Lorenzo

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada

Árbitro internacional

1. El Auto n.º 46/2019 de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Sexta de 12 abril 2019 aborda la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para la adopción de medidas cautelares *inaudita altera pars* en apoyo de un procedimiento de arbitraje administrado por la CCI, presuntamente con sede fuera de España. En el año 2015, la compañía israelí Imaproject Israel Ltd celebró con otra compañía Israelí, Alstom Israel Ltd, un contrato para la construcción de una planta

de energía termo-solar en Israel. Para garantizar su obligación de pago, Imaproject gestionó un aval a primer requerimiento a favor de Alstom, que fue suscrito con la sucursal del Banco de Sabadell de Oviedo. La garantía se sometía a las «Reglas Uniformes para la Ejecución de Garantías, Publicación n.º 758 de la CCI». En dichas reglas se establece como ley aplicable la del domicilio de la sucursal del garante (art. 34) y la sumisión a los tribunales de dicho lugar (art. 35). Imaproject, por su parte, «ha iniciado los trámites» para interponer una demanda arbitral ante la CCI por incumplimiento de contrato por parte de Alstom, en la que, entre otros extremos, se solicita la suspensión de la ejecución del aval, que es precisamente la medida que se solicita ante el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, ante el requerimiento de pago realizado por Alstom a la entidad bancaria.

2. El Juzgado de Primera Instancia de Oviedo declina su competencia al estimar que no existe norma jurídica en el sistema que pueda fundarla, afirmación que, obviamente, la Audiencia Provincial pone en tela de juicio. Para justificar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, la Audiencia va a aplicar de forma exclusiva el sistema interno contenido en la LOPJ (art. 22), sin referencia alguna al Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis).

Conviene recordar, en primer término, que la competencia judicial internacional para adoptar medidas cautelares en apoyo del arbitraje no queda afectada por la exclusión del arbitraje en la letra d) del art.1.2º del Reglamento «Bruselas I bis», tal y como ha señalado la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de noviembre de 1998 (As. C-391/95: «*Van Uden*», ECLI :EU:C:1998:543). Es cierto que la mayor parte de las normas de competencia del Reglamento solo se aplican cuando el domicilio del demandado se encuentra en un Estado miembro, y que el caso litigioso oponía a dos compañías israelíes. Para medir el alcance de esta circunstancia, es preciso, sin embargo, precisar el doble título que habilita la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia cautelar.

En primer lugar, los tribunales españoles son competentes para adoptar medidas cautelares siempre que tengan competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto. Cuando la controversia ha sido sometida a arbitraje, la competencia cautelar de los tribunales españoles no podría fundarse, en principio, en esta posibilidad, como señala la propia sentencia del TJCE en el asunto *Van Uden*:

«Procede señalar que, cuando las partes han sustraído válidamente un litigio derivado de un contrato, a la competencia de los tribunales estatales para atribuirlo a un órgano arbitral, no existen, en el sentido del Convenio, tribunal estatal competente para conocer del fondo del litigio. De ello se deduce que una parte de tal contrato no tiene la posibilidad de solicitar la adopción de medidas provisionales o cautelares ante un tribunal estatal competente, en virtud del Convenio, para conocer sobre el fondo» (ap. 24) (2).

En consecuencia, la única posibilidad competencial vendría dada por la aplicación del art. 35 del Reglamento, que permite solicitar ante los tribunales de un Estado miembro medidas cautelares previstas en la Ley de dicho Estado. Cabe plantearse en qué medida el art. 35 del Reglamento es una norma de competencia directa o simplemente consiste, como parece más verosímil, en una norma

habilitante que finalmente depende de que los tribunales competentes de cada Estado miembro se consideren competentes para la adopción de la medida cautelar en aquellos casos en que no tengan competencia sobre el fondo, con la salvedad de que tales normas se basen en un criterio de proximidad suficiente. En tal caso, y esta es la interpretación más razonable, el art. 35 del Reglamento no puede separarse de lo dispuesto en el art. 22 sexies de la LOPJ que atribuye competencia estrictamente cautelar a los tribunales españoles cuando se trate de medidas cautelares sobre bienes o personas que se encuentren en España (3) . Pero en el caso que nos ocupa, dado que el domicilio de ambas partes se encuentra en Israel, no cabría en puridad recurrir al art. 35 del Reglamento, sino exclusivamente al art. 22 sexies de la LOPJ. En cualquier caso, no habría un tratamiento muy distinto de la cuestión en supuestos europeos o extra-europeos.

El caso planteado, sin embargo, no encaja en el análisis general. La competencia cautelar de los tribunales españoles se refiere más bien a la primera posibilidad, esto es, en razón de su competencia judicial internacional sobre el fondo. El objeto de la medida cautelar es la suspensión de la ejecución de una garantía o aval autónomo, y esta cuestión no está, como veremos, sometida a arbitraje, sino que es competencia única de los tribunales españoles. La constitución de una garantía autónoma y su ejecución constituye una materia y una obligación independientes de la relación causal (el contrato de construcción), no solo en términos mercantiles, sino procesales. Al incorporar a la garantía las Reglas Uniformes de la CCI, las partes se habían obligado, por referencia, a través de una cláusula atributiva de competencia que cumple las condiciones de validez formal contempladas en el art. 25 del Reglamento «Bruselas I bis». Este precepto se aplica, con independencia del domicilio de las partes, siempre que la cláusula atribuya competencia a los tribunales de un Estado miembro. Este es, precisamente, el caso planteado: las controversias relativas a las obligaciones asumidas en la garantía o aval autónomo fueron sometidas a los tribunales españoles, que tiene competencia única en virtud del art. 25 del Reglamento «Bruselas I». Como tribunales internacionalmente competentes para conocer del fondo, los tribunales españoles, en virtud del mismo precepto, son internacionalmente competentes para adoptar medidas cautelares. Tal singularidad hace inaplicable en este punto la doctrina *Van Uden*, pues la medida cautelar se refiere a un objeto conexo con el procedimiento arbitral, pero cuya competencia sustancial no cae en manos de los árbitros, sino de los tribunales españoles, ante los que se podría plantar un procedimiento principal sobre la ejecución de la garantía, paralelo al procedimiento arbitral sobre la relación causal.

3. La solución de la competencia judicial internacional, resuelta en la forma señalada, deja abierta aún la cuestión de la competencia territorial interna y, en particular, la competencia de los tribunales españoles en razón de la vinculación de la medida cautelar a un procedimiento principal de naturaleza arbitral. La Audiencia invoca, como no podía ser menos, el art. 722 LEC, que habilita la competencia de los tribunales españoles en apoyo de procedimientos arbitrales pendientes en España o en el extranjero, o incluso *ante causam*. Aunque la dicción del art. 722 LEC parece legitimar únicamente a quienes ya sean parte en el procedimiento arbitral abierto en el extranjero, una lectura conforme al art. 11.3º Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante LA) da a la razón a la doctrina y a la jurisprudencia que admiten con normalidad la posibilidad de adopción por los tribunales españoles de medidas cautelares *ante causam*, aun cuando el procedimiento arbitral en el extranjero no se haya iniciado (4) . Por lo demás, la competencia de los tribunales españoles por

sumisión no puede justificar una excepción sobre la base de una competencia exclusiva de los tribunales españoles.

Por lo que se refiere a la competencia territorial, la aplicación de los arts. 723 y 724 LEC suscitan algunos problemas interpretativos. En principio, se diría que procede aplicar lo dispuesto en el art. 724 LEC y en el art. 8.3º LA, de forma que si se encuentra pendiente el procedimiento arbitral en el extranjero (circunstancia que no está clara *in casu*) serían competentes los tribunales del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, del lugar en que las medidas deban producir su eficacia. Esta regla de competencia territorial se acomoda a aquellos casos en que los tribunales españoles carecen de competencia sobre el fondo (art. 35 del Reglamento «Bruselas I bis» y art. 22 sexies de la LOPJ), pero es discutible cuando los tribunales españoles, como ocurre en este singular caso, son competentes sobre el fondo en virtud de una regla del propio Reglamento «Bruselas I» (aunque en la práctica la competencia de los Juzgados de Oviedo hubiera podido afirmarse por ambas vías). No obstante, la norma de competencia del art. 25 del Reglamento, al igual que en muchos otros casos, actúa no solo como norma de competencia judicial internacional, sino como norma de competencia territorial interna en su caso. De ahí la fórmula empleada: «han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro». De conformidad con este precepto, los Juzgados de Oviedo son internacional y territorialmente competentes para conocer del fondo de las obligaciones de garantía por voluntad de las partes, y dicha competencia debería extenderse a la adopción de medidas cautelares vinculadas con dicha obligación. Para ello, conviene no olvidar que el art. 724 matiza: «salvo lo que prevean los Tratados». Una interpretación coherente del propio Reglamento con la LEC aconseja recurrir, pues, a la misma regla prevista en el art. 723 para las medidas *ante causam*, y en este especial caso establecer la competencia territorial de los tribunales de Oviedo, por ser los competentes para conocer de las obligaciones de garantía.

4. Otra cuestión de interés consiste en analizar la solución del caso según el modelo de arbitraje comercial internacional en materia de medidas cautelares. El modelo español de arbitraje parte de un principio de competencia compartida entre los tribunales y los árbitros en lo que se refiere a la adopción de medidas cautelares en apoyo del arbitraje (art. 11.3º y 23 LA y art. 6.4º del Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional hecho en Ginebra el 21 abril 1961). Ello hace que la competencia de los tribunales españoles, frente a los árbitros, dependa en realidad de la voluntad del solicitante de la medida cautelar, con independencia de que se haya iniciado o no el procedimiento arbitral. Otros sistemas, sin embargo, establecen con carácter general la competencia exclusiva de los árbitros para adoptar medidas cautelares una vez que se ha constituido el tribunal arbitral (momento que coincide generalmente en dichos sistemas con el inicio del procedimiento arbitral). Los tribunales de justicia únicamente intervienen en aquellos casos en que no resulte factible la adopción de medidas cautelares por los árbitros [secc. 44 (5) de La Ley inglesa de Arbitraje de 1996]. A este planteamiento responde *ab initio* el sistema francés, en la medida en que los jueces únicamente están habilitados para adoptar medidas cautelares *ante causam* (art. 1.449 CPC), esto es, antes de que se constituya el tribunal arbitral y, en consecuencia, pueda adoptar él mismo tales medidas (5). Es cierto que este criterio se exceptúa cuando se trata de medidas cautelares que implican la ejecución sobre bienes, como el embargo preventivo (art. 1468 CPC) (6), pero el modelo francés plantea una interesante cuestión: Si tenemos en cuenta la jurisprudencia del

TJUE, la competencia judicial internacional para adoptar medidas cautelares en apoyo del arbitraje se rige por el Reglamento «Bruselas I bis», y en este caso singular dicho Reglamento debe atribuir competencia para la adopción de dichas medidas a los tribunales de un Estado miembro competentes para conocer sobre el fondo, en la medida en que la ejecución de la garantía no queda afectada por las controversias sobre la relación causal sometidas a arbitraje. Por lo demás, si existe un convenio arbitral, el Reglamento «Bruselas I» no afecta a la potestad de que gozan los tribunales de los Estados miembros para evaluar el alcance de sus efectos negativos sobre su competencia judicial, como especifica el considerando 12 del propio Reglamento. En un caso como el presente, la medida cautelar no se incardina propiamente en una materia incluida en el convenio arbitral, sino en la suspensión de la ejecución de una garantía, para la que el órgano jurisdiccional sí tiene competencia sobre el fondo, pues tal materia no es alcanzada por los efectos del acuerdo arbitral. La cuestión, nada obvia a la luz de otras decisiones del TJUE como *West Tankers*, sería entonces en qué medida el órgano francés podría declinar su competencia cautelar al amparo de las normas internas que atribuyen a los árbitros la competencia cautelar exclusiva durante el procedimiento. La delimitación de la exclusión de la materia arbitral en el Reglamento «Bruselas I» ofrece en este caso tan singular una nueva perspectiva. En realidad, si las partes se hubiesen sometido a un tribunal francés conforme a las Reglas URDG-758 para resolver las controversias relativas a la obligación de garantía, no parece que dicho tribunal pudiera justificar su declinación de competencia cautelar en favor de los árbitros amparándose en la existencia en curso de un procedimiento arbitral cuyo objeto no se extiende a dicha garantía, sino que se circunscribe a la relación causal.

5. En efecto, las consideraciones procesales vertidas sobre la competencia se encuentran en realidad viciadas por una cuestión sustantiva que confiere al presente caso una enorme singularidad. El objeto del procedimiento arbitral no puede extenderse a la eficacia de la garantía a primera demanda, que es competencia de la jurisdicción española y no está cubierta por la cláusula de arbitraje relativa a la relación causal, a saber, el contrato de construcción. Esta ineficacia de la cláusula arbitral respecto de la ejecución de la garantía es tanto subjetiva como objetiva. En primer lugar, la garantía a primera demanda involucra asimismo a la entidad crediticia como garante, que no ha suscrito el acuerdo arbitral, que está amparada por una cláusula de sumisión a los tribunales españoles, y que no puede ser obligado como tercero a participar en el procedimiento arbitral (7). En segundo lugar, la obligación de garantía es independiente, y no accesoria, respecto de la relación contractual principal, como indica con claridad el propio artículo 5 de las Reglas URDG-758. Tal es su esencia y su naturaleza. El valor comercial de tales garantías es, precisamente, su independencia o autonomía de la relación causal, y su ejecutividad abstracta, que impide al deudor oponer motivos de oposición al pago vinculados al incumplimiento del contrato o relación causal. Por lo demás, exige una interpretación contenida de las cuestiones sometidas a arbitraje conforme al convenio arbitral contenido en el contrato de construcción, que debe cohonestarse con la sumisión a los tribunales españoles que rige la obligación autónoma de garantía. Esta independencia no solo separa procesalmente la ejecución de la garantía, sometida a los tribunales españoles, del incumplimiento del contrato de construcción, sometido a arbitraje. Afecta, asimismo, al principio de buen derecho y al *periculum in mora* como elementos sustantivos que justifican la medida.

En definitiva, es posible que *a priori* los tribunales españoles sean competentes para conocer de la

solicitud de suspensión de la ejecución del aval como medida cautelar vinculada a un procedimiento arbitral. Esta es la cuestión que resuelve adecuadamente, aunque con fundamentos jurídicos discutibles, la Audiencia Provincial. Otra cosa es que el tribunal español deba conceder dicha medida para garantizar la solución de un arbitraje basado en el presunto incumplimiento contractual del beneficiario de la garantía y en un convenio arbitral que *prima facie* no puede resolver sobre la obligación de garantía y su ejecución sin resultar *ultra o extra petita*. Si la garantía autónoma es ejecutable sin que puedan oponerse motivos causales, no puede existir un buen derecho, sino un abuso, cuando se pide la suspensión de la ejecución al amparo de un procedimiento arbitral que debe limitarse a resolver las cuestiones que afectan a la relación causal, esto es, al contrato de construcción. Un laudo arbitral final eventualmente favorable al obligado por la garantía podría ser ejecutado fácilmente en Israel sobre los bienes del demandado. Incluso la solicitud de un embargo preventivo, que computara las cantidades abonadas en virtud de la garantía, tendría mucho más sentido en dicho país que en España, lugar donde la ejecución del laudo no parece razonable. En suma, la medida cautelar consistente en suspender la ejecución de la garantía autónoma pretende básicamente que el demandante en el procedimiento arbitral se libere de una obligación abstracta que, por definición, es independiente del incumplimiento y el propio resultado del procedimiento arbitral relativo a la relación causal, y que debe resolver, en cuanto al fondo, el tribunal español. Semejante pretensión vulnera los postulados sustanciales de buen derecho que deben amparar cualquier solicitud de medidas cautelares.

Dado que la competencia de los tribunales españoles sobre la obligación de garantía es única y no está exceptuada por un convenio arbitral, ni siquiera *prima facie*, nada impide que una parte solicite la suspensión de la ejecución de la garantía, si estima que hay causas ajenas a la relación causal, amparadas en la propia nulidad de la garantía, tales como falsedad documental o cualquier otra circunstancia que afecte propiamente a la eficacia de la obligación de garantía. Pero en tal caso, se trataría de una medida cautelar *ante causam* que tendría una breve vigencia de veinte días, pues el solicitante estaría obligado por el art. 730.2º LEC a presentar la demanda sobre el fondo de la eficacia de la garantía ante el propio tribunal español, que el único competente en virtud de la sumisión realizada por las partes.

(1) *Vid.* el resumen de esta decisión en la «Selección de las resoluciones más destacadas dictadas recientemente por nuestros Tribunales», *infra*.

[Ver Texto](#)

(2) *Vid.* R. Arenas García, «Medidas cautelares *ante causam* y sometimiento a arbitraje en el extranjero: problemas y soluciones», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. III, 2010/2, p. 514; *Id.*, «La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento 44/2001: de *Van Uden* a *West Tankers*», *ibid.*, vol. II, 2009/2, pp. 410-411. Por otra parte, esta posibilidad exige resolver la cuestión de la eficacia extraterritorial limitada de las medidas cautelares adoptadas de conformidad con el art. 35 del Reglamento, que se circunscribe al territorio del Estado en que se adoptan [considerando 33 y art. 2 a)

del Reglamento]. Si la medida está destinada a producir efectos en un procedimiento arbitral cuya sede se encuentra en otro Estado miembro, es preciso proceder a una interpretación extensiva favorable a su eficacia extraterritorial, como si se hubiese pronunciado por un tribunal competente sobre el fondo (*vid.* M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2018, pp. 319-320).

[Ver Texto](#)

- (3) *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson-Reuters, 2018, pp. 96-97.

[Ver Texto](#)

- (4) *Vid.* para más detalles R. Arenas García, «Medidas cautelares...», *loc. cit.*, pp. 254-255.

[Ver Texto](#)

- (5) El mismo criterio sigue el modelo de arbitraje en la OHADA (art. 13 del Acta Uniforme sobre Derecho de arbitraje; art. 10.5º del reglamento de Arbitraje de la Corte Común de Justicia y Arbitraje)

[Ver Texto](#)

- (6) Para algunos autores este sería el caso asimismo del sistema inglés o italiano y, con ciertas vacilaciones, el estadounidense [*cf.* *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard y J. Savage eds.), La Haya, Kluwer Law International, 1999, n.º 1.334, p. 716, nota 80ª].

[Ver Texto](#)

- (7) *Vid.* más en detalle sobre esta cuestión L. Carrillo Pozo, «Litigación multiparte y garantías autónomas: alteración de los criterios de competencia judicial internacional», *Revista de Derecho procesal*, nºs 1-3, 2001, pp. 100-108.

[Ver Texto](#)