

Anti-suit injunctions en arbitraje: retos prácticos y fundamentación teórica¹

Anti-suit injunctions in arbitration: practical challenges and theoretical grounding

ÁLVARO ALARCÓN DÁVALOS²

ESTHER PÉREZ LA ORDEN³

CARLOS FERRER MOYA⁴

- 1 Fecha de recepción: 11 de junio de 2024. Fecha de aceptación: 20 de noviembre de 2024. Received: June 11, 2024. Accepted: November 20, 2024. Artículo de reflexión. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v24n1.07>
- 2 Asociado principal del equipo de Resolución de Conflictos en Deloitte Legal en España. Es licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y tiene un máster en Derecho Mercantil del Centro de Estudios Garrigues. Además, realizó una estancia de investigación en la Universidad de Harvard. Es miembro del Colegio de Abogados de Madrid desde 2011 y Mediador inscrito en el Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia en España. Se incorporó a Deloitte Legal en 2011, y a lo largo de su carrera profesional, Álvaro ha trabajado como abogado en procedimientos judiciales y de arbitraje, tanto en derecho civil como mercantil. Es experto en asesoramiento jurídico a empresas en asuntos extrajudiciales y judiciales. Está especializado en litigios bancarios y ha asesorado a los mayores bancos de España. Es Mediador inscrito en el Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia en España y autor de varios artículos en prensa sobre temas de Derecho Civil, además de ser ponente en conferencias externas relacionadas con los MASC (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos). Contacto: aalarcondavalos@deloitte.es. Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0001-6288-7992>
- 3 Asociada Senior en Deloitte Legal España con más de 11 años de experiencia nacional e internacional, y un profundo conocimiento en el campo del litigio y la resolución alternativa de disputas, incluyendo arbitraje y mediación. Esther es licenciada en Derecho y Economía por la Universidad de Zaragoza y posee varios diplomas, uno en Estudios Europeos y otro como Mediadora Civil y Mercantil. Es Mediadora inscrita en el Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia en España. Contacto: eperezorden@deloitte.es. Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0009-7495-2067>
- 4 Asociado en Deloitte Legal en Madrid en el departamento de resolución de disputas. Entre sus labores, se encarga de asesorar a empresas en litigios complejos tanto a nivel nacional como internacional. Competencia demostrada en entornos multiculturales y bilingües, con un marcado carácter internacional en el ejercicio de la abogacía debido a su cualificación como abogado tanto en Madrid, como en Nueva York. Contacto cferrermoya@deloitte.es. Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0007-1768-4137>

RESUMEN

En este artículo se realiza un estudio de la figura de las *anti-suit injunctions* desde un punto de vista tanto práctico como teórico. Por un lado, se da respuesta a las principales cuestiones que pueden surgir a la hora de solicitar la emisión de una *anti-suit injunction* (entre otras, a qué tribunal acudir, cuáles son los requisitos para que el tribunal las emita o qué sanciones puede acarrear su incumplimiento). Y, por otro lado, se realiza un análisis teórico de dos posturas doctrinales que, si bien llegan a la misma conclusión de que los árbitros tienen poder para dictar este tipo de órdenes, lo hacen sobre una fundamentación jurídica diferente.

Palabras clave: Anti-Suit Injunctions, estudio práctico, tribunal competente, requisitos, sanciones, poder de los árbitros, soberanía estatal.

ABSTRACT

The object of this article is the analysis of the anti-suit injunctions from both a practical and theoretical point of view. On the one hand, it addresses the main issues that may arise when requesting the issuance of an anti-suit injunction (such as whether it is more appropriate to approach the arbitral tribunal or the state court, what the requirements to issue an anti-suit injunction are, or what sanctions may result from non-compliance with the injunction). On the other hand, it provides a theoretical analysis of two doctrinal positions that, while concluding that arbitrators have the power to issue such orders, do so based on different legal grounds.

Key words: Anti-Suit Injunctions, practical study, competent court, requirements, sanctions, arbitrators' power, state sovereignty.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional tiene su base en la voluntad de las partes involucradas en someter sus controversias a un tribunal arbitral, apartándose así de forma voluntaria de la jurisdicción doméstica convencional.

Sin embargo, en ocasiones puede darse la situación de que una de las partes, aun habiendo firmado un acuerdo arbitral, intente posteriormente desvincularse de este y, de forma interesada y oportunista, opte por presentar una demanda ante un tribunal doméstico; ya sea una vez iniciado el proceso arbitral, o incluso antes. Esta acción no solo va en contra del convenio arbitral

y de los principios del arbitraje, sino que también puede minar la autoridad del tribunal arbitral establecido.

Ante este riesgo, surge la necesidad de una herramienta eficaz que permita detener un eventual procedimiento judicial doméstico para perpetuar el arbitraje como un mecanismo efectivo de resolución de disputas.

Las *anti-suit injunctions* o medidas anti jurisdiccionales ("ASI"), son precisamente ese recurso indispensable que protege el arbitraje frente a la injerencia de los tribunales domésticos. De este modo se asegura, o al menos se pretende asegurar, que las partes respeten el acuerdo arbitral y la resolución de sus controversias en el foro inicialmente pactado.

A la hora de estudiar las ASIs pueden surgir numerosas cuestiones: ante qué órgano arbitral o jurisdiccional solicitar la ASI, cómo afectan a la soberanía estatal, los requisitos para su emisión o las consecuencias de su incumplimiento, entre otras.

En este artículo se responderán todas esas cuestiones y se analizarán los extremos más controvertidos que giran en torno a esta figura jurídica con expresa referencia a diferentes posturas doctrinales.

2. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

2.1. DEFINICIÓN DE LAS ASIS

Se denomina ASI a la orden que emite un tribunal (arbitral o judicial) que prohíbe a una persona (física o jurídica) comenzar o continuar un litigio en una jurisdicción diferente a la del tribunal que emite la orden. En la práctica, la ASI puede obligar al destinatario a abstenerse de iniciar el procedimiento, a desistir de la demanda ya interpuesta o, simplemente, a solicitar la suspensión del litigio hasta que se resuelva el procedimiento paralelo.⁵

En el contexto de un arbitraje, se trata en definitiva de garantizar la efectividad del procedimiento. El profesor Emmanuel Gaillard⁶ concluye que si negamos la potestad de los tribunales arbitrales para emitir este tipo de órdenes se desvirtúa al arbitraje como mecanismo de resolución de disputas.⁷

5 Simon Chapman KC, "Inside arbitration: ASIs to the rescue using anti-suit injunctions to protect an arbitration agreement", *Herberth Smith Freehills*, sección *Insights*. 25 de febrero de 2021, <https://www.herbertsmithfreehills.com/insights/2021-02/inside-arbitration-asis-to-the-rescue-using-anti-suit-injunctions-to-protect-an>

6 Emmanuel Gaillard fue socio y cabeza del departamento de arbitraje internacional en Shearman & Sterling LLP; profesor en la Universidad de París y miembro de la ICCA.

7 Emmanuel Gaillard, "Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators" en *International Arbitration 2006: Back to Basics?* ed. Por Albert Jan Van den Berg con la asistencia de la Corte Permanente de la Haya (Holanda: Kluwer Law International, 2007), 242.

2.2. ORIGEN Y RAZÓN DE SER DE LAS ASIS

La ASI es una figura propia del sistema anglosajón basada en equidad que se remonta al siglo XIX.⁸ Esta figura surgió con el objetivo principal de evitar que las partes iniciaran litigios en jurisdicciones extranjeras que contradijeran la decisión del tribunal que la emite o, de algún modo, entorpecer los procedimientos del tribunal doméstico.⁹

Históricamente, los tribunales de equidad (Corte de Cancillería) en Inglaterra jugaron un papel crucial en el desarrollo de las ASIs. En un primer momento, el derecho anglosajón estaba administrado por los tribunales del rey y la equidad funcionaba como un sistema independiente que ofrecía soluciones para aquellas injusticias que no podían ser solventadas conforme a derecho.¹⁰

La interposición de múltiples demandas en diferentes jurisdicciones sobre el mismo asunto era considerada como una conducta contraria a los principios de equidad y, para evitarlas, la Corte de Cancillería prohibió este comportamiento por medio de las ASIs. Con el tiempo, el uso de esta medida se expandió para abordar las complejidades de los litigios internacionales, especialmente en casos donde la existencia de procedimientos paralelos en diferentes jurisdicciones podría conducir a sentencias contradictorias, fallos inejecutables, mayores costes o *forum shopping*.¹¹

A pesar de que en 1875 la Corte de Cancillería fue disuelta y su jurisdicción transferida a la División de Cancillería de la Alta Corte, en la actualidad los remedios basados en equidad continúan siendo una realidad y principalmente competencia de la referida División de Cancillería de la Alta Corte.¹²

8 *Bushby v Munday* (1821) 5 Madd 297) es uno de los primeros casos que consta en los que se emitió una ASI es

9 Mattieu Dhenne, "Anti-suit or anti anti-suit injunctions? That is the question", *Kluwer Patent Blog* (2020), <https://patentblog.kluweriplaw.com/2020/12/15/anti-suit-or-anti-anti-suit-injunctions-that-is-the-question/>

10 Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales, "The English legal system".

11 Jorge L. Contreras, "The anti-suit injunction – a transnational remedy for multijurisdictional SEP litigation", en "Cambridge Handbook of Technical Standardization Law – Competition, Antitrust and Patents", ed. Por Jorge. L Contreras (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), 451-451.

12 "Introduction to the Chancery Division", Courts and Tribunals Judiciary, <https://www.judiciary.uk/courts-and-tribunals/business-and-property-courts/chancery-division/the-work-of-the-chancery-division/introduction-to-the-chancery-division/>

2.3. A QUIÉN VAN DIRIGIDAS LAS ASIS

Al contrario de lo que se podría considerar, estas órdenes no van dirigidas a otro tribunal, sino a la persona que acude al foro distinto del que emite la ASI. En este sentido, resulta vital destacar la naturaleza *in personam* de estas órdenes¹³, tal y como hacemos a continuación.

En primer lugar, de no ser así, nos encontraríamos con que un tribunal invadiría la competencia de otro. Esta situación sería aún más inaudita si fuera un árbitro el que le ordenara a un tribunal estatal, por ejemplo, abstenerse de conocer un asunto por no tener competencia. Lo expuesto conllevaría un choque directo entre la competencia del tribunal arbitral con la soberanía de los propios estados. De hecho, aun siendo las ASIs órdenes personales, existe un importante debate doctrinal sobre si estas infieren con la soberanía estatal.¹⁴

En segundo lugar, no sería posible sancionar a un tribunal estatal por desobedecer una ASI que ha emitido otro tribunal, mucho menos un tribunal arbitral, lo que haría que estas órdenes fueran inefectivas. En cambio, al tener un carácter personal, el tribunal puede sancionar al incumplidor con multas e incluso privación de libertad¹⁵, lo que fomenta la utilidad y efectividad de estas medidas.

Lógicamente, cuando el emisor de la ASI es un tribunal arbitral, las sanciones no pueden conllevar la privación de libertad. En estos casos, las sanciones tienden a tener un carácter tanto compensatorio como punitivo. Se pretende compensar los gastos en los que hubiera incurrido la otra parte para protegerse de las acciones legales en el foro extranjero (costes del procedimiento, abogados, etc.) y, además, penalizar por entorpecer el procedimiento arbitral.¹⁶

Cabe mencionar que los tribunales arbitrales tienen discrecionalidad para evaluar el incumplimiento de la ASI de la forma que consideren pertinente a la hora de dictar el laudo. Por ejemplo, en el caso *Maritime International*

13 Jokin Beltrán de Lubiano Sáez de Urabain, "Controlando al litigante rebelde", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* N.º 32, (2015): 75-98.

14 Julian D.M. Lew, "Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts To prevent Arbitration Proceedings" en "Anti-Suit Injunctions in International Arbitration" ed. Por Emmanuel Gaillard (Paris: International Arbitration Institute Institut pour l'Arbitrage International, 21 de noviembre de 2003), 26.

15 *Dell Emerging Markets (EMEA) Ltd v Systems Equipment Telecommunications Services SAL* [2020] EWHC 1384 (Comm), 2 de abril, 2020. La Alta Corte de Inglaterra y Gales dictó sentencia que condenaba a una parte a entre 8 y 18 meses de cárcel por incumplir una ASI.

16 Axel H. Baum, "Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts to Permit Arbitration Proceedings" *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*" ed. Por Emmanuel Gaillard (Paris: International Arbitration Institute Institut pour l'Arbitrage International, 21 de noviembre de 2003), 21.

Nominees Establishment (MINE) v. Guinea¹⁷ el tribunal ordenó a MINE "retirar inmediatamente y discontinuar permanentemente todos los litigios pendientes en los tribunales nacionales y no iniciar una nueva acción".¹⁸ Pues bien, el tribunal arbitral indicó a la parte afectada que el eventual incumplimiento con la ASI sería tenido en cuenta a la hora de dictar el laudo.

Por último, no podemos dejar de referir que el carácter personal de las ASIs permite negar que esta medida suponga una intromisión en la soberanía estatal. Por lo general, las ASIs se dictan en procedimientos que no fueron iniciados de oficio, sino en pleitos que derivan de relaciones estrictamente privadas en los que prima el principio dispositivo. En consecuencia, si una parte puede terminar el procedimiento cuando considere, significa que no existe un interés público tan importante que pueda ser vulnerado por medio de una ASI.¹⁹ Es decir, habida cuenta de que el demandante puede desistir del procedimiento en cualquier momento, una ASI implicaría la terminación del procedimiento dentro de los límites que permite la norma estatal.

2.4. SOLICITUD DE LA ASI AL TRIBUNAL ARBITRAL O AL TRIBUNAL JUDICIAL

Previo a analizar las ventajas e inconvenientes de acudir al tribunal arbitral o estatal, es preciso analizar antes si un tribunal arbitral tiene potestad para emitir una ASI. En este sentido, existe una concepción generalizada de que los tribunales arbitrales sí pueden emitir este tipo de órdenes; no obstante, la doctrina discrepa de manera profunda respecto de la base legal que permite a los tribunales arbitrales emitir este tipo de órdenes.

Más allá de las discusiones puramente teóricas, en la práctica, la cuestión que se plantea a la parte afectada es si acudir al tribunal arbitral o al tribunal judicial estatal. Para dar una respuesta más específica tendremos que estar al supuesto concreto, ahora bien, sí que podemos señalar los parámetros que serán decisivos para tomar una decisión.

Así, en primer lugar, tendremos que conocer si la *lex arbitri* y el reglamento de la institución correspondiente reconocen la potestad del tribunal arbitral para emitir este tipo de órdenes.²⁰ Las alternativas son tres: que la *lex arbitri* y el reglamento permitan al tribunal arbitral emitir este tipo de órdenes; que la *lex arbitri* no lo permita y el reglamento sí; y que la *lex arbitri* lo permita, pero el reglamento no. Pues bien, únicamente sería en el primer supuesto en el

17 *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, Award of 6 January 1988, 4 ICSID Rep, 1997.

18 *Id.* P. 69.

19 *Id.* Sáez de Urabain, "Controlando...": 75-98

20 Laurent Lévy, "Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators" en "Anti-Suit Injunctions in International Arbitration", ed. por Emmanuel Gaillard, (Paris: IAI International Arbitration Series N. ° 2, 2005), 121.

que podríamos entrar a valorar la conveniencia de acudir al tribunal arbitral, dado que, en los otros dos, más allá de lo conveniente o inconveniente, no sería posible que el tribunal arbitral emitiera estas órdenes.

En la actualidad el poder del tribunal arbitral para emitir ASIs es reconocido en los reglamentos de las principales instituciones, tales como la International Corte Internacional de Arbitraje ("ICC")²¹, el Centro Internacional de Arbitraje de Singapur ("SIAC")²², el Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong ("HKIAC")²³, la Cámara de Comercio de Estocolmo ("SCC")²⁴ o la Corte de Londres de Arbitraje Internacional ("LCIA").²⁵ Para asegurarnos de que el tribunal arbitral pueda tener el poder para emitir estas órdenes lo conveniente es que las partes sean previsoras y tengan en cuenta la ley del procedimiento y el reglamento de la institución a la hora de redactar los detalles del convenio arbitral.

Como se ha anticipado, otro factor que debe tenerse en cuenta es el momento en el que se precise la emisión de la ASI. Si se requiere antes de que se haya constituido el tribunal arbitral o, incluso, antes de que se hubiera iniciado cualquier fase el arbitraje, el solicitante tendrá que valorar la posibilidad de designar un árbitro de emergencia²⁶ o acudir directamente a los tribunales de la sede del arbitraje.

En cambio, si nos encontramos en fases más avanzadas del procedimiento arbitral, la parte podrá decidir ante qué órgano solicitar la ASI, teniendo en cuenta que siempre podrá optar por acudir a los tribunales nacionales incluso cuando el tribunal arbitral esté constituido, habida cuenta del mayor poder sancionador que tienen estos frente a los tribunales arbitrales.

Por último, deberán tomarse en consideración los propios intereses de la parte. Así, aunque la opción del tribunal arbitral pueda ser en ocasiones más costosa, garantiza la confidencialidad del asunto, posiblemente es una alternativa más ágil y suele ser un órgano más especializado y que está más familiarizado con los hechos litigiosos que los tribunales nacionales.

En definitiva, se trata de una cuestión que depende de muchos factores y, sobre todo, de los intereses concretos del solicitante.

21 Artículo 28.1, Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 1 de enero de 2021. (Francia).

22 Artículo 30.1, Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur, 1 de agosto de 2016. (Singapur).

23 Artículo 23.1, Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong, 1 de junio de 2024. (Hong Kong).

24 Artículo 37, Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, 1 de enero de 2017. (Suecia).

25 Artículo 25, Reglamento de la Corte de Londres de Arbitraje Internacional, 1 de enero de 1998. (Reino Unido).

26 La mayoría de los reglamentos permiten la posibilidad de nombrar un árbitro de emergencia. A modo de ejemplo, cabe citar el reglamento de la LCIA, art. 9B.

2.5. EL PAPEL DEL PRINCIPIO *KOMPETENCE KOMPETENCE* EN LAS ASIS

Los motivos que llevan a una de las partes signatarias del convenio arbitral a acudir a la jurisdicción nacional pueden ser varios, pero ninguno con el suficiente peso como para concluir que es una actuación ajustada a derecho. A grandes rasgos podemos distinguir entre aquel que acude a la jurisdicción doméstica porque el convenio arbitral no es -o considera que no es- válido y aquel que, aun sabiendo que la disputa ha de someterse a arbitraje, acude a la jurisdicción doméstica con el único fin de torpedear el procedimiento arbitral.

Para aquellos más ajenos al arbitraje puede parecer sorprendente, pero lo cierto es que es irrelevante si el convenio arbitral es válido o no -con ciertos matices que se explicarán a continuación-, dado que esta es una cuestión que ha de ser resuelta por el propio tribunal arbitral.

En virtud del principio *kompetence kompetence*, es el propio tribunal arbitral el que tiene el poder para resolver si el convenio arbitral es válido y, por consiguiente, si es competente para entrar a resolver el fondo de la disputa. En otras palabras, el tribunal arbitral tiene la competencia de decidir si es competente. Se trata de un principio básico del arbitraje consolidado en la legislación internacional²⁷ esencial para poder asegurar la eficacia de este mecanismo de resolución de disputas. Por tanto y, como se indicaba con anterioridad, es indiferente si el convenio arbitral es válido ya que se trata de una cuestión que no le compete resolver a la jurisdicción doméstica.

De hecho, estas mismas reglas de derecho internacional establecen que el tribunal al que acude alguna de las partes para que resuelva sobre un asunto que es objeto de convenio arbitral remitirá a las partes al arbitraje. Ahora bien, aquí entra en juego el matiz que adelantábamos con anterioridad: "a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible".²⁸

27 Artículo 23, Reglamento de Arbitraje de la CNUMDI, 9 de diciembre de 2021. (Austria): *"El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, así como acerca de toda excepción relativa a la existencia o a la validez de un acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria, Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, artículo 16.1: "El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria."*

28 Artículo 8.1, Ley Modelo de la CNUMDI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 4 de diciembre de 2006. (Estados Unidos).

La cuestión que se nos plantea ahora es qué alcance tiene la revisión del convenio arbitral por parte del tribunal estatal y cómo puede ser esta revisión compatible con el principio de *kompétence kompetence*.

Pues bien, en este sentido, señalamos la postura del profesor Emmanuel Gaillard que sostiene que el papel del juez nacional debe limitarse a realizar una revisión "*prima facie*" del convenio arbitral.²⁹ Es decir, "*a primera vista*" o "*basado en una primera impresión*".³⁰

Estamos ante un estándar de revisión que conlleva que, si el tribunal nacional tiene la más mínima duda sobre la validez del convenio arbitral, ha de remitir a las partes al arbitraje para que sean los propios árbitros los que decidan si efectivamente el convenio en cuestión es válido o no.

Sentado lo anterior, los motivos que llevan a una parte a acudir a una jurisdicción diferente de la pactada tendrán sobre todo un impacto en la sanción que imponga el tribunal arbitral que, tal y como se ha indicado con anterioridad, goza de discrecionalidad al respecto.

3. LA AUTORIDAD DE LOS ÁRBITROS PARA EMITIR ASIS

Es innegable que ha existido cierta controversia acerca de las ASIs y, en concreto, sobre la base legal que permite a un tribunal arbitral emitir las ASIs. No obstante, en la actualidad es reconocido que los tribunales arbitrales tienen la capacidad de dictar este tipo de órdenes³¹, tal y como reflejan numerosas resoluciones arbitrales y las propias normas de derecho internacional.

No obstante, hay aspectos estrechamente ligados con la capacidad de los árbitros para emitir ASIs que han sido objeto de debate entre la doctrina. En concreto, Emmanuel Gaillard reseña los siguientes:

1. Si es inadecuado que un tribunal arbitral le diga qué hacer a un tribunal estatal.
2. Si la ASI emitida por un tribunal arbitral impide que un tribunal judicial pueda decidir sobre su propia competencia.
3. Si los tribunales arbitrales pueden llegar a ser imparciales a la hora de decidir sobre su propia competencia.³²

29 *Id.* Gaillard, "Anti-suit Injunctions...", 242.

30 Legal Information Institute, Cornell Law School, Wex Toolbox, definition of "*prima facie*".

31 Stephen M. Schwebel, "Anti-Suit Injunctions in International Arbitration—An Overview" en "Anti-Suit Injunctions in International Arbitration" ed. Por Emmanuel Gaillard (Paris: Institut pour l'Arbitrage International, 2003), 8.

32 *Id.* Gaillard, "Anti-suit Injunctions...", 240.

Las dos primeras cuestiones que enumera el profesor Gaillard giran en torno a un único extremo: la jurisdicción del tribunal arbitral para emitir las ASIs. En este sentido, académicos como Laurent Lévy, si bien aseguran que los árbitros pueden emitir ASIs, no conciben que dicha capacidad pueda justificarse en el mero hecho de que el tribunal arbitral tiene jurisdicción y los tribunales domésticos no.³³

3.1. RAZONES POR LAS QUE LA EMISIÓN DE UNA ASI PODRÍA SUPONER LA INTROMISIÓN EN LA JURISDICCIÓN DE OTRO TRIBUNAL

Esta postura radica en que el principio de *kompetence kompetence* permite al tribunal arbitral decidir sobre su propia competencia para resolver la disputa en cuestión, pero no decidir sobre la competencia de otro tribunal. Por tanto, rechaza que este principio sea suficiente para justificar la emisión de una ASI, dado que indirectamente se deniega la competencia de los tribunales nacionales. En palabras del autor "*la jurisdicción es algo que puede ser declarado, pero no algo que se pueda ordenar*".³⁴

Bajo la premisa de que los tribunales arbitrales no tienen la potestad para limitar la jurisdicción de los tribunales estatales, sería inadecuado ordenar a una parte desistir de la demanda interpuesta ante el tribunal estatal. Por consiguiente, esta postura sostiene que "[...] un tribunal arbitral no debe ordenar a una parte que retire una acción judicial, lo que equivaldría a privarle de sus derechos".³⁵ Lo que se pretende evitar con esta postura es que la ASI, en cierto modo, limite el derecho de la parte afectada de acceder a la justicia.

Es cierto que bajo el principio de *kompetence kompetence* los tribunales arbitrales son competentes para resolver sobre su competencia, pero no se puede obviar que los tribunales estatales también tienen competencia para decidir sobre su propia competencia.

En Europa esta cuestión está regulada por el Reglamento Bruselas I bis³⁶, y se planteó ante el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") que analizó la compatibilidad entre las ASIs emitidas por un tribunal judicial

33 Laurent Lévy, "Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators" en *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, ed. por Emmanuel Gaillard, IAI International Arbitration Series No. 2 (2005), 120.

34 *Id.* Lévy, "Anti-Suit Injunctions...", 120.

35 *Id.* Lévy, "Anti-Suit Injunctions...", 119.

36 Reglamento (UE) N.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, 12 de diciembre de 2012. (Unión Europea).

y dicho reglamento en el caso *Turner v. Grovit*³⁷, siendo su conclusión la que sigue:

*"Esta cuestión prejudicial, formulada por la House of Lords, debe servir para despejar toda duda sobre la validez, a la luz del Convenio de Bruselas, 2 de las comúnmente llamadas «anti-suit injunctions». Se trata de mandamientos judiciales por los que, so pena de incurrir en desacato, se prohíbe a una parte iniciar o continuar un procedimiento ante otro órgano jurisdiccional, aun extranjero. En el presente caso, el mandamiento tiene por objeto evitar que esa parte abuse del proceso introduciendo acciones vejatorias".*³⁸

En ese caso, se analizó si el carácter personal de las ASIs emitidas por un tribunal judicial evita que se interfiera con la soberanía de los estados miembros. El TJUE rechazó este argumento y concluyó que, aunque estas órdenes se dirijan a las partes, un tribunal judicial estaría indirectamente limitando la competencia de otro tribunal para resolver del asunto. Así lo refería en concreto:

*"No obstante, es innegable que, al prohibirse a un litigante, bajo amenaza de sanción, mantener una acción ante un órgano judicial determinado, se está privando a este último de la competencia para resolver ese litigio, inmiscuyéndose directamente en la soberanía de su poder jurisdiccional".*³⁹

En conclusión, el TJUE resolvió que las ASIs emitidas por un tribunal judicial son contrarias al reglamento Bruselas I bis dado que un tribunal de un Estado Miembro no puede cuestionar el ejercicio de jurisdicción de otro tribunal de otro Estado Miembro cuando se trate de un asunto que cae bajo el espectro de dicho reglamento.

En el mismo sentido, Lurent Lèvy se apoya en el caso *Turner v. Grovit* para sostener que cuando un tribunal arbitral declara su competencia, indirectamente limita la competencia de un tribunal estatal.⁴⁰ Este es pues, un caso relevante que recoge los argumentos que parte de la doctrina sostiene para concluir que las ASIs limitan la jurisdicción de otro tribunal pese a tener un carácter personal.

En esta línea, una ASI para interferir lo menos posible la competencia de otros tribunales, no debería ordenar al destinatario desistir del procedimiento incoado en el otro foro, debe limitarse a ordenar que solicite la suspensión.

37 Case C-159/02 *Turner v. Grovit*, [2004] I.L.Pr. 25, [2004].

38 *Id.* Página 1.

39 *Id.* Página 9.

40 *Id.* Lèvy, "Anti-Suit Injunctions...", 117.

Este planteamiento aparece igualmente más allá del ámbito europeo y, así, en el caso *E-Systems v. Iran*⁴¹ el Gobierno de Irán interpuso una demanda ante los tribunales de su país que caía bajo el paraguas del convenio arbitral, y el tribunal arbitral ordenó a la parte solicitar la suspensión de dicho procedimiento, no a desistir de la acción.

En conclusión, estos son los motivos por los que puede llegarse a cuestionar si un tribunal arbitral puede declarar que tiene jurisdicción sobre un caso y, de ser así, si este es motivo suficiente como para emitir una ASI.

3.2. RAZONES POR LAS QUE LA EMISIÓN DE UNA ASI NO PODRÍA SUPONER LA INTROMISIÓN EN LA JURISDICCIÓN DE OTRO TRIBUNAL

Como se ha indicado, resulta cuestionable si por medio de una ASI se limita a una parte su derecho de acceder a la justicia.⁴² El argumento del profesor Emmanuel Gaillard para rebatir esta postura es simple: si las partes acordaron resolver la disputa por medio de un arbitraje, estas han renunciado expresamente a su derecho a acudir a los tribunales estatales, por lo que de ningún modo se limita su derecho de acceso a la justicia.⁴³

Esta postura se consolida con base en las reglas de derecho internacional, ya mencionadas en este artículo⁴⁴, que disponen que un tribunal estatal tiene la obligación de remitir a las partes al arbitraje cuando estas así lo hubieran pactado. Es decir, si las propias reglas de derecho internacional privado obligan a los tribunales estatales a remitir a las partes al arbitraje, no es posible que una ASI -cuyo fin es remitir a las partes al arbitraje cuando así se haya pactado- limite el derecho de acceder a la justicia.

El mismo razonamiento se aplica para rebatir que las ASIs no interfieren con la competencia de los tribunales estatales para resolver su propia competencia. Si se trata de una cuestión que se ha sometido a arbitraje, los tribunales estatales no tienen competencia para resolver el fondo. Por tanto, resultaría imposible que una ASI -incluso indirectamente- limite a un tribunal estatal una competencia que nunca tuvo.⁴⁵

En este punto cabe aclarar que el caso *Turner v. Grovit* mencionado con anterioridad, en el que TJUE declaró que las ASIs son contrarias al reglamento Bruselas I bis, no aborda las ASIs dictadas por tribunales arbitrales. Esta cuestión se zanjó en el caso *Gazprom v. Lietuvos Respublika*.⁴⁶ En esta decisión,

41 Case No. 338, *E-Systems, Inc. v. Iran*, 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 51, 57 (1983).

42 *Id.* Página 7.

43 *Id.* Gaillard, "Anti-suit Injunctions...", 241.

44 Página 8 del presente artículo.

45 *Id.* Gaillard, "Anti-suit Injunctions...", 243.

46 *Gazprom OAO v. Lietuvos Respublika*, STJUE 13.5.2015, C-536/13

el TJUE alcanzó la conclusión de que el reglamento Bruselas I bis no se opone al reconocimiento de una ASI dictada por un tribunal arbitral ya que este es un extremo expresamente excluido del reglamento. En concreto, el razonamiento es que una ASI sería asimilable a un laudo provisional y, la ejecución de los laudos arbitrales no se regula en Bruselas I bis, sino en la Convención de Nueva York. Por tanto, al ser este un aspecto ajeno a dicho reglamento no puede ser contrario a su contenido.⁴⁷

En conclusión, en lo que refiere a la Unión Europea, podemos concluir que las ASIs no están permitidas cuando resulte de aplicación un reglamento, como sucede cuando las emite un tribunal estatal. Sin embargo, la ASI que emite un tribunal arbitral, al no caer bajo el ámbito de aplicación de ningún reglamento, sí están permitidas, siendo esta, en cualquier caso, una controversia que no se plantea fuera del marco europeo.

3.3. PODER DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES PARA DICTAR UNA ASI

A pesar de las discrepancias comentadas, lo cierto es que existe una opinión consolidada de que los tribunales arbitrales sí pueden emitir ASIs. En concreto, hay consenso de que estas órdenes son, a fin de cuentas, medidas cautelares y los tribunales arbitrales tienen el poder para dictarlas.

Incluso los autores que afirman que en la medida que un tribunal arbitral reconoce su competencia limita la de los estados, están de acuerdo en que los tribunales arbitrales tienen el poder para emitir medidas cautelares enfocadas a proteger las garantías del procedimiento arbitral.⁴⁸

Esta potestad de los árbitros viene recogida en la mayoría de los cuerpos legales, tanto nacionales como internacionales:

- Artículo 17 de la Ley modelo de la CNUMDI⁴⁹;
- Artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUMDI⁵⁰;
- Artículo 46 de la Convención de Washington⁵¹;

47 *Gazprom OAO v. Lietuvos Respublika*, párr. 45.

48 Lévy, "Anti-Suit Injunctions...".

49 Artículo 17 Ley Modelo de la CNUMDI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 4 de diciembre de 2006. (Estados Unidos): "Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas."

50 Artículo 26.1, Reglamento de Arbitraje de la CNUMDI, 9 de diciembre de 2021. (Austria): "El tribunal arbitral podrá, a instancia de una de las partes, otorgar medidas cautelares."

51 Artículo 46, Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo de 1965. (Estados Unidos): "Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconventionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre

- Artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1071 que norma el arbitraje⁵²;
- Art. 23 de la Ley de Arbitraje 60/2003.⁵³

En consecuencia, más allá de si el principio de *kompetence kompetence* del tribunal arbitral infiere o no con la soberanía de los estados, a efectos prácticos, lo relevante es que las reglas aplicables -tanto procesales como sustantivas en función de si la medida afecta a un cuestión procesal o sustantiva- recoja la posibilidad de que el tribunal arbitral dicte medidas cautelares. Y, lo cierto es que, al menos en lo que se refiere a cuestiones procesales, los principales cuerpos normativos legales internacionales recogen esta posibilidad.

4. REQUISITOS PARA SOLICITAR UNA ASI

No existen unos requisitos concretos y definidos para solicitar la emisión de una ASI ante un tribunal arbitral. Como es lógico, estos vendrán determinados por el reglamento de la institución, la *lex arbitri* y la *lex causae*.

No obstante, con carácter general, son muy similares a los de las medidas cautelares. A modo de ejemplo, nos referimos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI cuyo artículo 26 establece los siguientes: i) necesidad: la solicitante debe demostrar que existe una amenaza de daño irreparable o que no puede ser adecuadamente reparado mediante una compensación monetaria; ii) proporcionalidad: el tribunal debe evaluar si el daño prevenido por la medida supera el potencial daño que podría causar a la parte contra la que se solicita la medida y iii) apariencia de buen derecho: la solicitante debe mostrar una probabilidad razonable de éxito en cuanto al fondo del caso (*prima facie*).

En el propio artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, así como en otras normas internacionales, observamos que el listado de requisitos para la adopción de las medidas cautelares aparece seguido de la coleccion "en la medida que el tribunal arbitral lo estime oportuno".⁵⁴ Esto se debe a que, por regla general, el tribunal arbitral cuenta con gran discrecionalidad para

que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro."

- 52 Artículo 47.1, Decreto Legislativo N.º 1071 que norma el arbitraje, 1 de septiembre de 2008. (Perú): "*Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.*"
- 53 Artículo 43, Ley 60/2003 de Arbitraje, 23 de diciembre de 2003 (España): "*Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante*"
- 54 Artículo 26.4, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, 9 de diciembre de 2021. (Austria).

valorar los requisitos aplicables al caso concreto a la hora de adoptar una medida cautelar y, en consecuencia, para emitir una ASI.⁵⁵

En definitiva, estas medidas son vitales para asegurar que los procedimientos arbitrales se desarrollen de manera justa y eficiente, protegen los derechos de las partes y preservan el estado de las cosas mientras se resuelve la disputa. La aplicación adecuada de las ASIs previene y limita la existencia de procedimientos paralelos y eventuales resoluciones contradictorias.

5. CONCLUSIÓN

Las ASIs son una herramienta compleja pero necesaria para el correcto funcionamiento del arbitraje. Si no existiera esta figura sería muy sencillo para las partes poner en jaque su eficacia.

En este artículo se han abordado muchas de las cuestiones que en la práctica surgen a la hora de plantearse la solicitud de una ASI. Ahora bien, como se ha indicado, no existe una respuesta correcta aplicable a todos los casos, habrá que atender a cada uno para valorar cuál es modo de proceder más conveniente. Como en cualquier asunto, entran en juego los intereses particulares del solicitante que actuará de una forma u otra en función de si prioriza costes, rapidez, la confidencialidad del procedimiento, el poder sancionador del tribunal, etc.

Las cuestiones teóricas analizadas en este artículo nos ayudan a conocer mejor el funcionamiento de esta figura jurídica, pero lo cierto es que existe consenso respecto de la capacidad de los tribunales arbitrales para dictar este tipo de medidas. Ahora bien, la potestad del tribunal arbitral vendrá condicionada por las reglas de la institución, así como por la *lex arbitri* y *lex causae*, por lo que está en manos de los abogados incorporar en los contratos un convenio arbitral que tenga en cuenta estos extremos para evitar en el futuro este tipo de inconvenientes.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS

- Chapman, Simon KC. "Inside arbitration: ASIs to the rescue using anti-suit injunctions to protect an arbitration agreement." *Insight Global*, 25 de febrero de 2021.
- Gaillard, Emmanuel. "Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators." En *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, editado por Albert Jan Van den Berg con

55 Mario Reggiardo Saavedra, Álvaro Cuba Horna, "Las medidas anti-proceso en el arbitraje peruano / Anti-suit injunctions in Peruvian arbitration", *THĒMIS-Revista de Derecho* N.º 77, (enero-junio 2020).

la asistencia de la Corte Permanente de la Haya, 242. Holanda: Kluwer Law International, 2007.

- Dhenne, Mattieu. "Anti-suit or anti anti-suit injunctions? That is the question." Kluwer Patent Blog, 2020.
- Contreras, Jorge L. "The anti-suit injunction – a transnational remedy for multi-jurisdictional SEP litigation." *Cambridge Handbook of Technical Standardization Law—Patent, Antitrust and Competition Law*, 17 de mayo de 2020.
- Beltrán de Lubiano Sáez de Urabain, Jokin. *Controlando al litigante rebelde*. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid N.º 32, 2015.
- Lew, Julian D.M. "Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts To prevent Arbitration Proceedings." En *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, editado por Emmanuel Gaillard, 26. París: International Arbitration Institute, Institut pour l'Arbitrage International, 21 de noviembre de 2003.
- Baum, Axel H. "Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts to Permit Arbitration Proceedings." En *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, editado por Emmanuel Gaillard, 21. París: International Arbitration Institute, Institut pour l'Arbitrage International, 21 de noviembre de 2003.
- Reggiardo Saavedra, Mario y Cuba Horna, Álvaro. "Las medidas anti-proceso en el arbitraje peruano / Anti-suit injunctions in Peruvian arbitration." *THĒMIS-Revista de Derecho* 77, enero-junio de 2020.
- Schwebel, Stephen M. "Anti-Suit Injunctions in International Arbitration—An Overview." En *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, editado por Emmanuel Gaillard, 8. París: International Arbitration Institute, Institut pour l'Arbitrage International, 21 de noviembre de 2003.

SITIOS WEB

- Courts and Tribunals Judiciary. "Introduction to the Chancery Division.", <https://www.judiciary.uk/courts-and-tribunals/business-and-property-courts/chancery-division/the-work-of-the-chancery-division/introduction-to-the-chancery-division/>
- Legal Information Institute, Cornell Law School, Wex Toolbox, definition of "prima facie".

JURISPRUDENCIA

- *Dell Emerging Markets (EMEA) Ltd v Systems Equipment Telecommunications Services SAL* [2020] EWHC 1384 (Comm) (2 de abril de 2020).

- *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, Award of 6 January 1988, 4 ICSID Rep. (1997).
- *Case C-159/02 Turner v. Grovit*, [2004] I.L.Pr. 25, [2004].
- Laudo provisional No. ITM 13-338-FT párr. 33.
- *Gazprom OAO v. Lietuvos Respublika*, STJUE 13.5.2015, C-536/13.

LEYES Y NORMAS

- *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, 18 de marzo de 1965. (Estados Unidos):
- *Ley 60/2003 de Arbitraje*, 23 de diciembre de 2003 (España):
- *Ley Modelo de la CNUMDI sobre Arbitraje Comercial Internacional*, 4 de diciembre de 2006. (Estados Unidos).
- *Decreto Legislativo N.º 1071 que norma el arbitraje*, 1 de septiembre de 2008. (Perú)
- *Reglamento (UE) N.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, 12 de diciembre de 2012. (Unión Europea).
- *Reglamento de Arbitraje de la CNUMDI*, 9 de diciembre de 2021. (Austria)
- *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, 1 de enero de 2021. (Francia).
- *Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur*, 1 de agosto de 2016. (Singapur).
- *Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong*, 1 de junio de 2024. (Hong Kong).
- *Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo*, 1 de enero de 2017. (Suecia).
- *Reglamento de la Corte de Londres de Arbitraje Internacional*, 1 de enero de 1998. (Reino Unido).

