

**ARBITRAJE, MEDIDAS CAUTELARES Y CONVENIO DE BRUSELAS**  
**(A propósito de la Sentencia del TJCE de 17 de Noviembre de 1998**  
**en el asunto *Van Uden c. Deco Line*)\***

Fernando GASCÓN INCHAUSTI  
*Profesor Ayudante de Derecho Procesal (UCM)*

y  
Miguel GÓMEZ JENE  
*Profesor Ayudante de Derecho Internacional Privado (UNED)*

**1. ORIGEN DEL ASUNTO Y CUESTIONES PLANTEADAS AL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMUNITARIO.**

1. En marzo de 1993, la sociedad Van Uden Maritime BV (demandante), con sede social en Rotterdam (Países Bajos) y la *Kommanditgesellschaft* in Firma Deco-Line (demandada), con sede social en Hamburgo (Alemania) celebraron un contrato denominado "*slot/space charter agreement*", conforme al cual Van Uden debía poner a disposición de Deco-Line un espacio de carga en los buques que aquélla explotara en determinadas líneas marítimas. Por su parte, Deco-Line se comprometía a pagar un flete, calculado según las tarifas convenidas entre las partes. El contrato de referencia contenía una cláusula compromisoria por la cual ambas partes acordaban someter las diferencias que pudieran surgir de su ejecución a un órgano arbitral.

Debido a que la demandada no satisfizo el pago de algunas facturas, la demandante inició el procedimiento arbitral. Al mismo tiempo, ante la falta de diligencia de la demandada en el nombramiento de los árbitros y los problemas de tesorería que el impago de dichas facturas le ocasionaba, presentó una demanda de medidas provisionales ante el Presidente del *Rechtbank* de Rotterdam. En el marco de este procedimiento, Deco-Line propuso la excepción de incompetencia del juez, que fue rechazada al amparo del artículo 24 del Convenio de Bruselas en relación con los artículos 126.3 (competencia judicial en virtud del domicilio del demandante) y 1022.2 (competencia judicial para adoptar medidas cautelares en apoyo a un procedimiento arbitral) de la Ley de Enjuiciamiento Civil holandesa.

Como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la demandada ante el *Gerechtshof te 's Gravenhage*, se anuló el auto dictado en primera instancia. A su vez, la demandante interpuso recurso de casación contra esta última resolución ante el *Hoge Raad*, quien elevó las correspondientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la aplicabilidad de los artículos 1.4, 5.1, y 24 del Convenio de Bruselas en este contexto. En concreto, se esperaba del Tribunal una respuesta a tres grandes cuestiones: la posibilidad de adoptar medidas cautelares en apoyo de un arbitraje al amparo del Convenio de Bruselas; los diversos títulos de competencia para adoptar medidas cautelares en

---

\* Publicado en *Tribunales de Justicia*, 1999-4, pp. 303-318.

virtud del mismo Convenio; y el concepto de “medidas provisionales o cautelares” que cabe deducir de su artículo 24.

## **2. LA POSIBILIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES EN APOYO DE UN ARBITRAJE EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 24 DEL CONVENIO DE BRUSELAS.**

2. Como es bien sabido, el Convenio de Bruselas limita su radio de acción a determinadas materias, que él mismo define como “civiles y mercantiles”. No obstante, el artículo 1 del CB, en su segundo párrafo, recoge una serie de materias que, aun teniendo naturaleza civil y mercantil, quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación material del Convenio, básicamente, por su carácter no patrimonial<sup>1</sup>. Además, y también como excepción a las materias de naturaleza civil y mercantil que se benefician de la regulación convencional, incluye el último inciso de este párrafo al *arbitraje*.

Aun partiendo de esta clara premisa normativa, en el supuesto de autos que ahora se comenta, el TJCE ha entrado a considerar si las medidas cautelares solicitadas a un juez estatal en el marco de un procedimiento arbitral podrían adoptarse sobre la base del artículo 24 CB, sin perjuicio de la exclusión operada por el 1.4.

De modo general, la cuestión planteada admite dos razonamientos opuestos, que fueron precisamente los sostenidos ante el TJCE por quienes participaron en el procedimiento. Por un lado, tal y como argumentaban la parte demandada y los gobiernos alemán y británico, debería sostenerse que, puesto que las medidas cautelares cuya adopción se pretende bajo el marco convencional están intrínsecamente vinculadas al arbitraje –y por tanto forman parte de la aplicación del procedimiento arbitral–, no pueden llevarse a cabo desde la base del artículo 24 (ni de ningún otro precepto convencional). Desde esta perspectiva, sería absolutamente irrelevante que la materia objeto del litigio estuviera comprendida en el ámbito de aplicación del Convenio.

Por el contrario, tanto la demandante como la Comisión defendieron la aplicabilidad del texto convencional basándose, principalmente, en la naturaleza de la materia que las medidas solicitadas venían a proteger; de tal suerte que si los derechos e intereses tutelados cautelarmente, a la espera del laudo arbitral, eran susceptibles de inclusión en el ámbito material del CB, también lo serían las medidas cautelares, con independencia de que éstas se llevaran a cabo en el marco de un procedimiento arbitral.

3. Estos argumentos no eran nuevos, pues ya habían sido objeto de consideración doctrinal antes de que se planteara el contencioso ante el Tribunal de Luxemburgo e, incluso, con anterioridad a la sentencia *Marc Rich c. Impianti*<sup>2</sup>. Esta

---

<sup>1</sup> Informe JENARD, *DOCE* núm. C 189, 27.7.90, pág. 131.

<sup>2</sup> Asunto C-190/89, *Marc Rich and Co. AG c. Società Italiana Impianti PA*, Rec. 1991-I, págs. 3855-3904. En este asunto se planteó por primera vez ante el TJCE el alcance de la exclusión del arbitraje del ámbito material del CB.

última resolución constituye el referente jurisprudencial imprescindible en este contexto, aunque las diferentes conclusiones entonces mantenidas por el TJCE dieron pie al mantenimiento de la profunda divergencia doctrinal sobre el modo de entender la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Convenio de Bruselas.

El origen de tales divergencias se hallaba, fundamentalmente, en la coexistencia de dos teorías enfrentadas para medir la aplicabilidad del texto convencional a estos supuestos vinculados a la esfera arbitral. Así, a partir de la “teoría de la exclusión amplia o material” se sustentaba que cualquier procedimiento judicial que fuera instrumental a un arbitraje estaría excluido del ámbito material del Convenio<sup>3</sup>. En cambio, la “teoría de la exclusión estricta o formal” justificaría la aplicación del CB a estos contenciosos, al entender que dicha exclusión afecta únicamente al arbitraje como tal<sup>4</sup>.

Los defensores de la inclusión de las medidas cautelares en el ámbito convencional<sup>5</sup> –acogiéndose a la “teoría estricta”– se basaban en los mismos argumentos que en el supuesto de autos defendían la demandante y la Comisión –naturaleza de los derechos que las medidas cautelares venían a proteger como criterio determinante para medir la exclusión–. De hecho, esta interpretación ha llegado a ser acogida en alguna ocasión por la jurisprudencia<sup>6</sup>.

Sin embargo, aquel sector que negaba el recurso al texto comunitario<sup>7</sup> se fundaba –de la misma forma que en este supuesto la demandada y los gobiernos

---

<sup>3</sup> Cfr. YOUNG, "Arbitration and the European Communities' Judgments Convention", en ROSE (Ed), *International Commercial and Maritime Arbitration*, Londres, 1988, págs. 81-83 (sin embargo, *vid.* pág. 91); DARMON, "Conclusiones al asunto Marc Rich & Co. AG c. Società Italiana Impianti P.A. (C-190/89)", Rec. 1991, págs. 3873 y sigs.

<sup>4</sup> Véase, en este sentido, SCHMITTHOFF, "Arbitration and EEC Law", *Common Market Law Review*, 1987, pág. 155; BONELL, "Le corti inglesi e i contratti commercial internazionali: English law and jurisdiction über alles?", *Diritto del commercio internazionale*, 1989, págs 338-339; SCHLOSSER, "The 1968 Brussels Convention and Arbitration", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1989, págs. 545-562; FERNÁNDEZ ROZAS, "Artículo 56", *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 36/1988, de 5 de diciembre*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Madrid, 1991, pág. 820.

<sup>5</sup> Véase, SCHLOSSER, "Einsstweiliger Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im Dienste der Schiedsgerichtbarkeit", *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, 1986, pág. 260. Sin embargo, MEIER, si bien duda de la aplicación del Convenio para determinar la competencia judicial, se inclina a favor del reconocimiento/ ejecución de estas medidas de acuerdo con las coordenadas que establece el Convenio ("Besondere Vollstreckungstitel nach dem Lugano-Übereinkommen", en SCHWANDER (Ed.), *Das Lugano-Übereinkommen. Europäisches Übereinkommen über die gerechliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, geschlossen in Lugano am 16. September 1988*, St. Gallen, 1990, pág. 160, nota 8).

<sup>6</sup> Así, por la *Cour d'appel* de Bruselas, en Sentencia del 28 de noviembre de 1979, *Journal des Tribunaux*, 1980, págs. 511-513. En este asunto, el citado tribunal acordó adoptar medidas cautelares sobre la base del artículo 24 en apoyo a un procedimiento arbitral cuyo tribunal todavía no se había constituido. De modo anecdótico, cabe señalar que, en esta ocasión, se desestimó la posibilidad de elevar una cuestión prejudicial sobre este particular al Tribunal de Justicia.

<sup>7</sup> LASCHETT, "Schiedsgerichtsbarkeit und einstweiliger Rechtsschutz", *Zeitschrift für*

alemán y británico— en el sentido amplio que la exclusión del arbitraje debería tener en el marco convencional. Es decir, todo contencioso planteado ante la jurisdicción estatal que fuera, a su vez, instrumental de un procedimiento arbitral, debería entenderse excluido del ámbito de aplicación material del CB.

4. Aunque la sentencia del TJCE sobre el citado asunto *Marc Rich c. Impianti* parecía corroborar la tesis de la exclusión *amplia* del arbitraje<sup>8</sup>, no llegó a silenciar las divergencias doctrinales sobre este particular<sup>9</sup>, debido a los términos parcialmente contradictorios en los que se redactó. En efecto, el TJCE introdujo en sus considerandos dos baremos contrapuestos para medir el alcance del artículo 1.4. Por un lado, manifestó que “*las partes contratantes tuvieron la intención de excluir en su integridad la materia arbitral, incluso los procedimientos incoados ante los*

---

*Zivilprozessrecht*, 1986, pág. 276; SANDROCK y NÖCKER, "Einstweilige Massnahmen internationaler Schiedsgerichte: blosse Papiertiger?", *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit*, Vol. 1, 1987, pág. 88.

<sup>8</sup> En contra del criterio entonces adoptado por el Tribunal, VLAS, "The EEC Convention on jurisdiction and judgments of 27 september 1968", *Netherlands International Law Review*, 1992, pág. 389; HAAS, "Der Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit vom Anwendungsbereich des EuGVÜ", *IPRax*, págs. 293-296.

En cambio, a favor de la interpretación realizada, THOMAS, "The arbitration exclusion in the Brussels Convention 1968: an english perspective", *Journal of International Arbitration*, Vol. 7/Nº 3, 1990, pág. 49 y págs. 51-52; KAYE, "The Judgments Convention and Arbitration: Mutual Spheres of Influence", *Arbitration International*, Vol. 7/Nº 3, págs. 294-295; BRIGGS, "The Brussels Convention", *Yearbook of European Law*, 1991, págs. 528-529; HASCHER, "Note à l'arrêt 190/89, Marc Rich and Co. c. Società Italiana Impianti PA", *Revue de l'arbitrage*, 1991, pág. 708; VOLKEN, "Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (1991)", *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 1992, pág. 240; TAGARAS, "Arrêt de la Cour (Plenum), 25 juillet 1991, affaire C-190/89 - Marc Rich", *Cahiers de droit européen*, 1992, pág. 669; VOLKOVITSCH, "When is litigation arbitration? A Comment on Marc Rich & Co. A.G. v. Società Italiana Impianti P.A.", *Ius Arbitrale Internationale. Essays in Honor of Hans Smit*, *The American Review of International Arbitration*, Vol. 2, 1991, pág. 517; WEIGAND, "Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit und das EuGVÜ", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1992, pág. 533; MONACO, "Compétence arbitrale et compétence selon la Convention communautaire de 1968", *Etudes de Droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenbahn, Bâle/Frankfurt, 1993, p. 594; AUDIT, "Arbitration and the Brussels Convention", *Arbitration International*, Vol.9/Nº.1, 1993, pág. 4; HILL, *The Law relating to international commercial disputes*, Lloyd's of London Press LTD, Londres, 1994, pág. 65; AHRENDT, *Zuständigkeitsstreit im Schiedsverfahren*, Tubinga, 1996, págs. 183-184.

En la doctrina española llama la atención la postura de AMORES CONRADÍ y SERRA CALLEJO, quienes observan pros y contras en ambos criterios por lo que conminan a una revisión del Convenio de Bruselas en este punto ("Arbitraje y Convenio de Bruselas (a propósito de la Sent. T.J.C.E. de 25 de julio de 1991, Asunto C-190/89: Marc Rich and Co. AG c. Società Italiana Impianti PA)", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1991, pág. 93).

<sup>9</sup> Así, a favor de la exclusión, véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, 1996, pág. 205; GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (Artículo 24 del Convenio de Bruselas)*, Granada, 1998, págs. 214-215. En cambio, en contra véase MERKT, *Les mesures provisoires en Droit International privé*, Zurich, 1993, pág. 91; AUDIT, "Arbitration...", *cit.*, págs. 14-15.

*Tribunales estatales*"<sup>10</sup>. Por otro, sentenció en líneas posteriores que "*para determinar si un litigio está incluido en el ámbito de aplicación del Convenio, únicamente debe tenerse en cuenta el objeto de dicho litigio*"<sup>11</sup>.

En virtud del primer inciso, el Tribunal parecía asumir una interpretación amplia sobre la exclusión del arbitraje del ámbito material del CB, a partir de la cual bastaría constatar la instrumentalidad del supuesto con la esfera arbitral para negar la aplicabilidad del texto. Dicha interpretación hubiera sido perfectamente coherente con la lógica del sistema que instaura el CB para determinar su ámbito de aplicación y habría estado plenamente justificada, pues debe advertirse que, a diferencia del resto de materias que se enumeran en el segundo párrafo del artículo 1, el arbitraje no es una materia en sí, sino un particular método o sistema de resolución de conflictos.

Sin embargo, el segundo inciso considerado se desvincula de la citada interpretación amplia, extrapolando al arbitraje los criterios de interpretación aplicables cuando se trata de dilucidar si una concreta materia forma parte del ámbito de aplicación convencional. Este segundo criterio, no obstante, lleva implícitamente aparejada una dificultad añadida, que el Tribunal dejó sin resolver: la determinación de lo que debe entenderse por *materia arbitral*.

Tampoco los informes oficiales al Convenio resultaban definitivos y unívocos a la hora de clasificar los distintos procedimientos judiciales en virtud de su grado de relación con un procedimiento arbitral. El Informe JENARD señala desde una perspectiva general que "*el Convenio no se aplicará... ni para determinar la competencia de los tribunales en los litigios relativos a un arbitraje,... ni tampoco por lo que se refiere al reconocimiento de resoluciones dictadas en relación con tales acciones*"<sup>12</sup>. Sin embargo, el Informe SCHLOSSER introduce un nuevo concepto para delimitar el alcance de la exclusión que estamos considerando, concepto que a la postre ha utilizado el TJCE para cimentar su sentencia. Se trata de la noción de "*procedimientos judiciales que sirven para la aplicación de un procedimiento de arbitraje*"<sup>13</sup>, que serían los únicos excluidos del ámbito material convencional.

**5.** Éstos eran los precedentes doctrinales y jurisprudenciales con que contaba el TJCE para dictar su resolución en el Asunto *Van Uden*. A partir de ahí, el Tribunal ha seguido el razonamiento del Abogado General en sus conclusiones<sup>14</sup> y, aun asumiendo que los autores del Convenio quisieron sustraer de su ámbito material la totalidad de la materia arbitral, se ha decantado por abordar esta concreta cuestión

---

<sup>10</sup> Fdto. 18, pág. 3901.

<sup>11</sup> Fdto. 26, pág. 3902. Inciso, este último, a partir del cual el Abogado General M. Léger basa su postura a favor de la inclusión de las medidas cautelares en apoyo a un arbitraje en el ámbito convencional comunitario.

<sup>12</sup> Informe JENARD, *cit.*, pág. 134.

<sup>13</sup> Informe SCHLOSSER, *DOCE* núm. C 189, 28.7.90, núm. marginal 64, pág. 203.

<sup>14</sup> Conclusiones que, por otro lado, han sido desarrolladas teniendo en cuenta únicamente criterios doctrinales franceses.

desde la perspectiva del objeto del litigio. En este aspecto, la sentencia *Van Uden* pretende ser a la vez desarrollo y concreción de la sentencia *Marc Rich c. Impianti*, e intenta dar respuesta a las demandas doctrinales que solicitan una apertura del texto a determinadas acciones judiciales vinculadas a los procesos arbitrales<sup>15</sup>. Para ello institucionaliza una peligrosa –por confusa– diferenciación para medir la aplicabilidad del texto comunitario en aquellos supuestos en que exista algún tipo de vinculación con el arbitraje.

En efecto, el TJCE ha basado el criterio de aplicación, fundamentalmente, en la distinción entre *procedimientos de aplicación* de un arbitraje y *procedimientos de apoyo* de un arbitraje. Los primeros quedan excluidos del ámbito convencional, mientras que los segundos, entre los que se incluye la adopción de medidas provisionales o cautelares, forman parte de su marco de acción.

El problema que plantea este criterio reside, claro está, en determinar cuándo estamos ante uno u otro: al fin y al cabo, los conceptos de *apoyo* y *aplicación* no son, en absoluto, excluyentes; al contrario, todo lo que *aplica* el procedimiento arbitral supone un *apoyo* para él, y viceversa, es difícil imaginar un *apoyo* cuya finalidad no consista en la *aplicación lato sensu* del sistema arbitral de resolución de controversias. A juicio de la sentencia, bastante parca en este punto (Fdto. 33), ostentarán la calificación de *procedimientos de aplicación* aquéllos cuyo objeto verse directamente sobre arbitraje y cuya resolución se revela indispensable para su desarrollo (el ejemplo más claro es el del procedimiento para el nombramiento de un árbitro). Estos procesos, en armonía con lo establecido en la sentencia *Marc Rich*, estarían excluidos del ámbito material del CB. En cambio, cuando el objeto del litigio no sea de modo directo una *cuestión* arbitral en sí, sino que lo integre una solicitud de tutela de derechos incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio, y además tal objeto no sea absolutamente indispensable para solventar posibles inconvenientes que trastornasen el normal devenir del arbitraje, parece que estaríamos ante un *procedimiento de apoyo* y, por lo tanto, el instrumento comunitario sería aplicable. Esto es lo que, a juicio del TJCE, sucede con las medidas provisionales o cautelares: que *apoyan*, pero *no aplican* (aunque el por qué de esto no resulte del todo claro, según se deduce de cuanto llevamos dicho).

6. Se trata de una conclusión de efectos prácticos muy importantes, pues amplía y consolida de forma clara el apoyo cautelar hacia el arbitraje en un ámbito económico tan relevante como es el comunitario; y en esta medida, ha de ser bienvenida<sup>16</sup>. Pero descansa, evidentemente, en una interpretación voluntarista que desborda con creces el tenor literal del artículo 24 CB: y es que este precepto condiciona su aplicación al dato de que “en virtud del presente Convenio, un

---

<sup>15</sup> En este sentido, *vid.* por todos, SCHLOSSER, "The 1968 Brussels Convention...", *cit.*, págs. 545-562.

<sup>16</sup> En semejante sentido, REQUEJO ISIDRO, “Sobre tutela cautelar y provisional y el arbitraje en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (comentario a la STJCE *Van Uden c. Deco Line*, as. C-391/95, de 17 de noviembre de 1998), *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1998 (en prensa).

Tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo”. En efecto, cuando existe un convenio arbitral, y más aún cuando el procedimiento arbitral ya está en curso, no puede sostenerse con propiedad que se cumple el requisito enunciado.

En realidad, el TJCE, en esta sentencia, parece conformarse con sostener de forma genérica la compatibilidad entre el artículo 24 CB y el arbitraje. Pero lo cierto es que no resuelve cuáles serán los requisitos generales que deberán darse para considerar incluido en el ámbito de aplicación convencional un supuesto análogo al de autos<sup>17</sup>.

En nuestra opinión, se pueden individualizar hasta tres factores: primeramente, la necesaria inclusión en el ámbito material de aplicación del CB de los derechos que se pretenden asegurar con las medidas provisionales o cautelares solicitadas; en segundo lugar, el presupuesto de aplicabilidad personal, es decir, el domicilio del demandado en el territorio Bruselas; finalmente, y si no se quiere que una interpretación literal del artículo 24 CB como la formulada en el párrafo anterior dé al traste con lo declarado por el TJCE, bastará verificar que *en abstracto* se da la competencia de los Jueces de algún Estado contratante para conocer sobre el fondo en virtud del Título II del CB. Reunidos estos tres requisitos, podrán adoptarse medidas cautelares en apoyo a un arbitraje en virtud del artículo 24 CB.

Ahora bien, ha de quedar claro que los enumerados son los requisitos para que, de modo genérico, se pueda fundar en el artículo 24 CB la solicitud de medidas cautelares pendiente un proceso arbitral. Pero, además, es preciso que, en el concreto Estado en que se pidan, esté asimismo admitida la posibilidad de que los órganos judiciales adopten medidas cautelares en apoyo de un arbitraje. Y éste es un extremo que en nada se ve afectado por la doctrina sentada en la presente Sentencia, que sólo habla de *compatibilidad* entre CB y arbitraje, pero no de *obligación* por parte de los Estados miembros de dispensar tutela cautelar para el arbitraje con independencia del concreto contenido de su legislación procesal sobre este particular. Esta cuestión tiene una especial incidencia en España, donde, como es sabido, a la vista del artículo 50 LA, no resulta en absoluto pacífica ni en doctrina ni en jurisprudencia la adopción de medidas cautelares estando un arbitraje pendiente<sup>18</sup>. De modo que, al menos en nuestro país, es posible que, aun invocados el artículo 24 CB y la Sentencia *Van Uden* para fundar una petición de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje, se vea ésta rechazada por un órgano jurisdiccional. La situación de indefinición cambiará, para mejor (al menos, para bien del arbitraje) de aprobarse el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil –actualmente tramitándose en Cortes–: y es que su artículo 724 instituye de forma clara e inequívoca la posibilidad de pedir y obtener medidas

---

<sup>17</sup> Véase, sobre este particular, ARTUCH IRIBERRI, "La solicitud de medidas cautelares ante el juez nacional de acuerdo al Convenio de Bruselas de 1968: Precisión de su significado y de las relaciones con un procedimiento arbitral en curso. Comentario a la sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1998, en el asunto C-391/95", *La Ley-Unión Europea*, 31 de diciembre de 1998, pág. 2.

<sup>18</sup> Por todos, cfr. CUCARELLA GALIANA, "Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la jurisprudencia reciente", *Tribunales de Justicia*, 1997-3, págs. 307-319.

cautelares en apoyo de un proceso arbitral, tanto si está pendiente en España (pfo. 1º) como si se sigue en país extranjero (pfo. 2º: en este último caso, con arreglo a los Convenios aplicables, entre los cuales está, tras la presente STJCE, el de Bruselas).

7. Por otra parte, la distinción entre *procedimientos de aplicación* y *procedimientos de apoyo* pretende imponerse como solución definitiva de los problemas de aplicación del Convenio a las cuestiones relacionadas con el arbitraje. Su indefinición, sin embargo, no deja de aportar cierta inseguridad jurídica –en el sentido de falta de previsibilidad– pues son varios los supuestos en que puede darse una fuerte yuxtaposición entre los criterios que sirven para delimitar ambos procedimientos.

En este punto, no cabe olivdar que algún ordenamiento jurídico de nuestro entorno ofrece la posibilidad de reconocer un laudo arbitral extranjero siguiendo cauces diferentes: bien instando el reconocimiento del propio laudo, o bien solicitando el reconocimiento de la resolución judicial que lo declare ejecutable en el propio Estado en que se dictó<sup>19</sup>.

Teniendo en cuenta la presente sentencia, ¿podría aplicarse el CB para reconocer la sentencia judicial extranjera que, a su vez, haya declarado ejecutable el laudo arbitral? En principio, parece sostenible considerar esta actuación como *apoyo*, lo que permitiría sostener la aplicación del CB<sup>20</sup>, aunque es igual de admisible su

---

<sup>19</sup> Es el caso del ordenamiento jurídico alemán, tal y como ha sido consagrado jurisprudencialmente: BGH, *Urteil* del 27.3.1984 - IX ZR 24/83, *IPRax*, 1985, págs. 157-158; *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1984, págs. 557-558; y BGH, *Urteil* del 10.5.1984 - III ZR 206/82, *IPRax*, 1985, págs. 158-159; *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1984, págs. 644-647, con nota de MEZGER, págs. 647-650.

Sobre este particular, *vid.* SCHLOSSER, "Doppelexequatur zu Schiedssprüchen und ausländischen Gerichtsentscheidung?", *IPRax*, 1985, págs. 141-144; SCHÜTZE, "Zulässige Zwangsvollstreckung aus einem New Yorker Exequatururteil", *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1984, págs. 734-736.

<sup>20</sup> En este sentido, aunque a partir de otros criterios, véase, SCHLOSSER, "The 1968 Brussels Convention...", *cit.*, págs. 552-553; BONASSIES, "Arbitrage et droit communautaire", *L'Europe et le Droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, pág. 23; GAVALDA, "Arbitration in EC law", *Ius Arbitrale Internationale. Essays in Honor of Hans Smit, The American Review of International Arbitration*, 1992, pág. 238; AMORES CONRADI y SERRA CALLEJO, "Arbitraje y Convenio de Bruselas...", *cit.*, pág. 92; HASCHER, "Recognition and Enforcement of Arbitration Awards and the Brussels Convention", *Arbitration International*, Vol 12/Nº 3, 1996, pág. 246; BORGES, *Das Doppelexequatur von Schiedssprüchen*, Berlín, 1997, pág. 235-247, esp. pág. 247.

En cambio, en contra, véase, GEIMER y SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, Munich, 1997, pág. 60; GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, París, 1993, pág. 30; BAJONS, "Die neue europäische Zuständigkeitsordnung: Grundstruktur und Anwendungsbereich", en BAJONS, MAYR, ZEILER, (Eds.), *Die Übereinkommen von Brüssel und Lugano. Der Einfluss der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen auf den österreichischen Zivilprozess*, Viena, 1997, pág. 37.

Como antecedentes jurisprudenciales en contra de esta opción *vid.*: Landgericht (LG) de Hamburgo, *Beschluss* del 24.4.1979 - 5 O 112/79, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1979, pp. 493-494; Corte di Appello de Milán, Sentencia del 29.1.91, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1991, págs. 1040-1043; Asunto Arab Business Consortium International Finance and

conceptuación como *aplicación*. En efecto, en este supuesto concreto, los perfiles que sirven para delimitar uno u otro procedimiento se muestran especialmente difusos, por lo que ambas categorías parecen, *prima facie*, afectadas. Estaríamos ante un *procedimiento de aplicación*, puesto que podría mantenerse que el objeto del litigio versa sobre materia arbitral –reconocimiento del laudo–: el Convenio, entonces, no se aplicaría. De la misma forma, y partiendo del criterio de la naturaleza de los derechos que la sentencia viene a reconocer, podría sostenerse que se trata de un *procedimiento de apoyo*, lo que fundaría el recurso al CB.

Este ejemplo, a nuestro juicio, pone de relieve que la nueva clasificación consagrada por el TJCE adolece de importantes carencias para abarcar todos los supuestos que, de algún modo, aparecen vinculados al arbitraje: no parece, en definitiva, que estemos ante un criterio de interpretación efectivo. A tal fin, resultará especialmente útil el recurso a los informes oficiales al CB, que expresamente recogen ciertos supuestos que han de considerarse excluidos del ámbito material convencional. Pero, para los supuestos dudosos, la solución que entendemos más adecuada consistirá en determinar con cuál de los dos posibles tipos de procedimiento se presenta una mayor vinculación.

Así, y para resolver la cuestión del “doble *exequatur*” de los laudos, la calificación más adecuada es la de *procedimiento de aplicación*: lejos de ser un procedimiento paralelo que tenga como objetivo básico colaborar con la institución arbitral, estamos ante un procedimiento determinante para llegar al resultado final recogido en el laudo. Además, el hecho de que el procedimiento judicial que mayor similitud refleja con el que estamos considerando –resoluciones judiciales que registren laudos arbitrales–, se halle expresamente sustraído del ámbito convencional<sup>21</sup>, sirve como referente analógico para sostener esta postura.

Ahora bien, si identificamos el proceso de reconocimiento de una sentencia judicial que declare ejecutable el laudo con un *procedimiento de aplicación* habrá que convenir que la clasificación teórica que desarrolla el Tribunal para aclarar la vinculación del texto comunitario con el arbitraje posee una importancia muy relativa, pues el único *procedimiento de apoyo* imaginable sería el planteado en el caso de autos, es decir, la adopción de medidas cautelares. El TJCE construye así una doctrina *general* que, sin embargo, sólo resulta realmente operativa en un ámbito muy concreto.

### **3. LOS CRITERIOS DE COMPETENCIA PARA ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES SEGÚN EL CONVENIO DE BRUSELAS.**

8. La posibilidad de adoptar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral al amparo del Convenio de Bruselas constituye, sin lugar a dudas, la novedad más importante y que más destaca de la Sentencia *Van Uden*.

---

*Investment Co. c. Banque Franco-Tunisienne, Queen's Bench Division (Commercial Court)*, 14 de diciembre de 1995, [1996] Vol. 1, *Lloyd's Law Reports*, págs. 485-498 (esp. págs. 487-489).

<sup>21</sup> Informe SCHLOSSER, *cit.*, núm marginal 64, pág. 203.

Sin embargo, no es en absoluto la única de las cuestiones abordadas por el Tribunal de Justicia en relación con las medidas cautelares; al contrario, éste, a instancias del *Hoge Raad* neerlandés, también ha pretendido clarificar –con muy poco éxito, a nuestro juicio– dos cuestiones cruciales: la competencia para adoptar medidas cautelares en virtud del Convenio de Bruselas y lo que debe entenderse por “medidas provisionales o cautelares” a los efectos del artículo 24 CB.

Empezando por lo primero, nos recuerda el TJCE en la sentencia que son dos las posibles alternativas a la hora de adoptar medidas cautelares en aquellos procesos que tienen algún elemento internacional: bien acudir al Juez competente en virtud del CB para conocer del fondo, bien solicitar la medida a los Jueces del Estado en que resulte necesaria, aunque no se trate del Estado cuyos órganos jurisdiccionales estén llamados a resolver la controversia en cuanto al fondo.

### **3.1. La competencia del Juez de fondo.**

9. Al primero de los criterios se ve forzado a aludir el TJCE en respuesta directa a la primera de las cuestiones prejudiciales que se le habían formulado por el *Hoge Raad*<sup>22</sup>. El punto de partida del Tribunal en este particular no parece aportar ninguna novedad: no puede negarse que los Tribunales con competencia en virtud de alguno de los criterios del Título II del Convenio –en especial, los competentes en materia contractual al amparo del fuero del artículo 5.1 (lugar de cumplimiento de la obligación)– disponen de una competencia *genérica* que les permite no sólo conocer de una demanda en cuanto al fondo del asunto litigioso, sino también de la solicitud de una medida cautelar, ya que se trata de un punto de conexión suficiente por sí solo para fundar la adopción de la medida solicitada.

En otras palabras, el Convenio ha establecido en sus artículos 2 a 18 una serie de fueros (tanto el general del domicilio del demandado, como los especiales –incluidos los exclusivos– por razón de la materia) que constituyen criterios de conexión suficientes para que se pueda solicitar en ellos la tutela de los órganos jurisdiccionales frente a las personas domiciliadas en alguno de los

---

<sup>22</sup> “1) Cuando la obligación de pago derivada de un contrato debe cumplirse en un Estado contratante (de modo que, de conformidad con lo dispuesto en el número 1 del artículo 5 del Convenio de Bruselas, el acreedor puede demandar a su deudor en mora ante los órganos jurisdiccionales de dicho Estado con el fin de exigir en él la ejecución, incluso cuando el deudor reside en el territorio de otro Estado contratante), ¿son también competentes sin más requisitos los órganos jurisdiccionales del primer Estado para conocer de una demanda de medidas provisionales presentada por el acreedor contra su deudor con el fin de que, mediante resolución ejecutable con carácter provisional, se condene a éste al pago de la deuda que el Juez de medidas provisionales considere acreditada con un elevado grado de probabilidad, o está la competencia del Juez de medidas provisionales supeditada a otros requisitos, como por ejemplo, que la resolución que se le solicite surta (o pueda surtir) efectos en el Estado contratante del Juez que conozca del asunto?”

Estados contratantes del CB. A la inversa, los domiciliados en esos Estados – como la empresa *Deco-Line* del supuesto de autos– tienen, en principio, el derecho a que sólo se pueda solicitar judicialmente algo frente a ellos ante alguno de los Tribunales en que, en concreto, se actualicen las previsiones convencionales. Ahora bien, dentro de aquello que se puede solicitar a los órganos judiciales competentes ya no hace distinción el propio Convenio, lo que indefectiblemente permite entender incluidas a las medidas provisionales o cautelares. Así lo afirma con palmaria claridad el fallo de la Sentencia, en su apartado 1º: “El artículo 5, número 1, del Convenio (...) debe interpretarse en el sentido de que el tribunal competente en virtud de esta disposición es también competente para adoptar medidas provisionales o cautelares, sin que esta última competencia esté supeditada a otros requisitos”.

10. Hasta aquí, nada nuevo y que no pudiera deducirse de una interpretación sensata y razonable del Convenio<sup>23</sup>. Lo que, en cambio, llama poderosamente nuestra atención es que, a renglón seguido, en el apartado 2º del mismo fallo, nos diga el TJCE que lo anterior no es de aplicación si las partes han pactado la sumisión del fondo del litigio a arbitraje: “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 pueden adoptarse medidas provisionales o cautelares basándose en lo dispuesto en el número 1 del artículo 5 del Convenio de 27 de septiembre de 1968”.

El argumento dado por el TJCE para llegar a esta conclusión es, además de insuficiente, contradictorio con cuanto él mismo ha sostenido para admitir el apoyo a un proceso arbitral mediante medidas cautelares: “cuando las partes han sustraído válidamente un litigio derivado de un contrato, a la competencia de los tribunales estatales para atribuirlo a un órgano arbitral, *no existe en el sentido del Convenio, tribunal estatal competente para conocer del fondo del litigio*” (Fdto. 24). “En este supuesto –deduce el TJCE de lo anterior–, basándose en el Convenio, *un tribunal estatal sólo puede estar facultado para adoptar medidas provisionales o cautelares en virtud del artículo 24*” (Fdto. 25).

La solución a que llega el Tribunal sobre este punto nos parece sumamente desafortunada, una vez admitida la posible adopción de medidas cautelares en apoyo de un proceso arbitral en virtud del Convenio, y conduce a indudables

---

<sup>23</sup> Así lo ha reconocido de forma pacífica la doctrina: cfr., entre otros, BRIGGS-REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, Londres, 1993, pág. 227; DELAPORTE, “Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé”, *Travaux du comité français de droit international privé*, 1987-88, pág. 148; DI BLASE, “Provvedimenti cautelari e Convenzione di Bruxelles”, *Rivista di diritto internazionale*, 1987, pág. 10; GARCIMARTÍN, *El régimen...*, cit., pág. 43; GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares...*, cit., pág. 169; GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano*, cit., pág. 185; GOTHOT y HOLLEAUX, *La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968* (trad. de Pan Montojo), Madrid, 1986, pág. 124; KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Abingdon, 1987, pág. 1133; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, 5ª ed., Heidelberg, 1996, pág. 290.

problemas prácticos: ¿qué sucederá si precisamente el Tribunal competente en virtud del artículo 5.1 CB es el más adecuado o idóneo para adoptar las medidas cautelares necesarias? En realidad, si seguimos el razonamiento seguido por el Tribunal para admitir el apoyo cautelar al arbitraje, es totalmente irrelevante cuál sea el título competencial invocado para solicitar las medidas, pues lo que en verdad permite adoptarlas no es haber acudido al artículo 24, sino el hecho de que las medidas cautelares *apoyan*, pero *no aplican*, el procedimiento arbitral. El TJCE parece partir así de la base de que el Juez al que los árbitros le han “sustraído” la competencia para conocer del fondo no puede apoyar ese arbitraje adoptando medidas cautelares (presumiblemente, porque su exclusión también afecta a su capacidad para adoptarlas<sup>24</sup>), cuando nada hay en sus razonamientos anteriores, ni en la lógica general, que conduzca a tal conclusión, sino más bien a su contraria (lo normal es que el Juez previsto en general por el CB para conocer de la controversia se encuentre en condiciones de adoptar medidas cautelares). Sin olvidar tampoco que, en realidad, no puede nunca saberse cuál es el Juez “desplazado” por los árbitros: también podría haber sido el Juez del domicilio del demandado, o cualquier otro al que eventualmente podrían haberse sometido expresa o tácitamente las partes...

Además, como tendremos ocasión de poner de relieve más adelante, el artículo 5.1 –o cualquier otro fuero del Título II– y el artículo 24 CB no son alternativos y excluyentes, por la sencilla razón de que actúan en planos distintos: y es que el artículo 24 CB no constituye en sí una norma de competencia internacional (como el 5.1), sino una peculiarísima norma de remisión, remisión que precisamente podría entenderse operada en favor del artículo 5.1 CB (o de cualquier otro fuero convencional). En tal caso, el Tribunal a que se llegaría aplicando el artículo 24 CB sería el del artículo 5.1 CB: ¿negaría entonces el TJCE la adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje?

A nuestro juicio, esta confusión deriva de que el TJCE está cometiendo en su argumentación un importante error: identifica “Juez del artículo 5.1 CB” con “Juez que va a conocer del fondo (y sólo del fondo)”, cuando, como ya se ha dicho, la competencia en virtud del Título II CB no prejuzga el tipo de actividad jurisdiccional que está llamado a desarrollar el órgano judicial; de hecho, el mismo TJCE acaba de señalar que puede limitarse válidamente a adoptar medidas cautelares<sup>25</sup>: ¿qué diferencia habría entonces entre lo que haría un Juez al amparo del artículo 5.1 CB y lo que haría otro apoyándose en el 24? Evidentemente, ninguna. La diferencia, por tanto, no radica en que el Juez del artículo 5.1 es el que conoce del fondo y el del 24 quien conoce de las cautelas; lo realmente relevante es que sólo el del artículo 5.1 CB (en alternancia con el del artículo 2 – fuero general, domicilio del demandado–) puede conocer del fondo, mientras que

---

<sup>24</sup> En este sentido, ARTUCH IRIBERRI, “La solicitud...”, págs. 2-3.

<sup>25</sup> Al fin y al cabo, cuando señala en el apartado 1º del fallo que su competencia para adoptar medidas cautelares o provisionales no está supeditada a ningún requisito, está asumiendo que no es preciso que conozca o vaya a conocer él mismo del fondo del asunto...

lo más que puede hacerse en virtud del 24 es adoptar medidas provisionales o cautelares (cosa que también puede hacer el anterior). Y esto es lo que, indudablemente, no se ha tenido en cuenta a la hora de dictar la presente sentencia.

### 3.2. La solicitud al amparo del artículo 24 CB.

11. Como se acaba de ver, los Jueces competentes para conocer de una determinada materia litigiosa en virtud de alguna de las normas establecidas en los artículos 2 a 18 del Convenio tienen aptitud tanto para resolver el fondo de la cuestión como para limitarse a la adopción de medidas cautelares. Tratándose de controversias en materia civil y mercantil, sujetas como regla al poder de disposición de las partes, lo que puede válidamente hacer el tribunal depende en último término de lo que el demandante le pida que haga –siempre, claro está, dentro de los límites legales–.

Ahora bien, no siempre es uno de los Jueces competentes en virtud de alguno de los fueros anteriores quien está en mejores condiciones de dispensar la tutela cautelar y urgente que puede ser precisa para asegurar la efectividad de la eventual resolución judicial que ponga fin a la controversia. Así, aunque el Juez competente para conocer del fondo, v.g. en virtud del artículo 5.1 CB, también puede adoptar medidas cautelares, no siempre será útil o conveniente que lo haga, especialmente si sus resoluciones no van a poder ser ejecutadas de inmediato, porque es en otro Estado contratante donde han de desplegarse sus efectos<sup>26</sup>. El remedio a estas situaciones lo aporta el artículo 24 del Convenio: “Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la Ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Convenio, un Tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo”<sup>27</sup>. Es decir, puede acudir a los Jueces de un Estado distinto en solicitud de medidas cautelares, porque es más útil o ventajoso para el demandante que hacerlo ante quien puede conocer del fondo; y ello indudablemente porque será en ese segundo Estado donde deban desplegarse sus efectos las medidas a las que se aspira.

El artículo 24 CB permite así una *disociación* entre proceso principal y proceso cautelar, que se van a sustanciar ante tribunales diferentes; el efecto más importante de esta disociación es que la ausencia de competencia para conocer del fondo de los Tribunales del Estado ya no es un óbice para la adopción de las medidas solicitadas: en otros términos, se podrán adoptar medidas cautelares *lite*

---

<sup>26</sup> Las razones de que esto llegue a ser así pueden ser múltiples (cfr. GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares...*, cit., pág. 3).

<sup>27</sup> Para un estudio en profundidad de este precepto y de sus implicaciones sobre nuestro Ordenamiento, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares...*, cit.; también GARCIMARTÍN, *El régimen...*, cit., y FUENTES CAMACHO, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Madrid, 1996.

*alibi pendente sive penditura*<sup>28</sup>. Así lo reconoce el propio TJCE en la presente sentencia: “... el mero hecho de que se haya iniciado o pueda iniciarse un procedimiento sobre el fondo ante un tribunal de un Estado contratante no priva al tribunal de otro Estado contratante de la competencia que se le atribuye en virtud del artículo 24 del Convenio” (Fdto. 29).

12. Lo que aporta de nuevo la sentencia comentada en este punto es lo que puede deducirse del confuso apartado 4º del fallo (y de los fundamentos jurídicos en que se basa): “El artículo 24 del Convenio (...) debe interpretarse en el sentido de que *su aplicación está supeditada, en especial, a la existencia de un vínculo de conexión real entre el objeto de esta medida y la competencia territorial del Estado contratante del juez que conoce del asunto*”.

El Tribunal de Justicia llega a plantearse esta cuestión a instancias del *Hoge Raad*: en los autos de que trae causa la sentencia, el Juez neerlandés al que se solicitaron las medidas las adoptó con base en una norma interna del Código procesal civil de los Países Bajos (artículo 126), que atribuye competencia al juez del domicilio del demandante (*Van Uden*) cuando el demandado no posee en los Países Bajos ni domicilio ni residencia conocida (y es lo que sucedía con *Deco-Line*, domiciliada en Hamburgo). A juicio de *Deco-Line*, esta vinculación era totalmente insuficiente; y su criterio fue acogido por el Tribunal de Apelación de La Haya (el *Gerechtshof te's Gravenhage*), quien anuló la resolución sobre la base de que el asunto debía tener suficientes puntos de conexión con la esfera jurídica neerlandesa, en especial, que la resolución debía poder ejecutarse en ese país.

Al abordar esta cuestión, el TJCE se ve abocado a terciar en una polémica doctrinal acerca de la naturaleza normativa del artículo 24 CB: si se trata de una norma de competencia internacional o más bien de una norma de remisión. En efecto, aunque está incluido en el Título II del Convenio, dedicado genéricamente a la competencia internacional, lo cierto es que el artículo 24 no es como los demás preceptos: al menos expresamente, no atribuye competencia a los Tribunales de ningún Estado, sino que se limita a prever la disociación entre proceso principal y proceso cautelar. Ahora bien, resulta evidente que el Juez al que se solicita una medida cautelar, en virtud del artículo 24 CB, antes de adoptarla debe cerciorarse de que, entre otros presupuestos de índole procesal, concurren en él los imprescindibles de jurisdicción y competencia para hacerlo.

Y es en este punto donde surge la polémica. Para un sector de la doctrina, el artículo 24 es suficiente para afirmarse (internacionalmente) competente: así, según algunos autores, basta con que se den los presupuestos enumerados expresamente en el tenor literal del precepto (que sea competente para conocer del fondo el Tribunal de otro Estado contratante<sup>29</sup>), mientras que para otros el

---

<sup>28</sup> Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares...*, cit., págs. 171-177 y 185-192.

<sup>29</sup> Así ALBRECHT (*Das EuGVÜ und der einstweilige Rechtsschutz in England und in der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1991, pág. 114) y SCHMUTZ (*Massnahmen des*

artículo 24 encierra implícitamente un criterio de competencia, el de que las medidas sean eficaces en el Estado en el que se solicitan<sup>30</sup>. En cambio, según el otro sector doctrinal, el silencio del artículo 24 CB es indicativo de que no encierra en sí punto de conexión alguno que determine la competencia internacional de un tribunal para adoptar medidas cautelares en apoyo de un proceso extranjero; se trata, en consecuencia, de una norma de remisión<sup>31</sup>, puesto que han de ser otras las normas de competencia internacional que le sirvan al Juez para determinar si es o no competente para adoptar las medidas cautelares. ¿Qué normas? En primer término, las del propio CB, pues, como ya hemos dicho, sirven tanto para conocer del fondo como para adoptar cautelas; y, en segundo lugar –y primordialmente–, las normas internas de cada Estado aplicables en materia cautelar, cuando existan.

13. De forma tal vez involuntaria, la presente sentencia opta por considerar al artículo 24 CB como una norma de remisión<sup>32</sup>. Así se deduce, en primer término, del Fdto. 42: “... la prohibición, impuesta en el artículo 3, de invocar normas de competencia exorbitantes no se aplica al régimen especial previsto en el artículo 24”: y es que si el TJCE considerase al artículo 24 como norma de competencia, sería superflua esta afirmación, pues no habría lugar para la aplicación de normas exorbitantes –nacionales por definición–. Pero, sobre todo, la caracterización del artículo 24 CB como norma de remisión se deriva del propio fallo. En efecto, la sentencia nos dice que la “concesión de medidas provisionales o cautelares en virtud del artículo 24” (Fdto. 40) o, lo que es lo mismo, la “aplicación” de este precepto (fallo, ap. 4º) está supeditada a que exista “un vínculo de conexión real entre el objeto de las medidas solicitadas y la competencia territorial del Estado contratante del juez que conoce del asunto”. Pues bien, partiendo de que “competencia territorial del Estado contratante” sólo puede significar –a pesar de lo atécnico e impropio de la expresión– “competencia internacional”, lo que está diciendo el TJCE es, ni más ni menos, que para que un Juez pueda adoptar en virtud del artículo 24 CB medidas cautelares *lite alibi pendente sive penditura*, ha de tener competencia

---

*vorsorglichen Rechtsschutzes im Lugano-Übereinkommen aus schweizerischer Sicht*, Berna, 1993, pág. 88).

<sup>30</sup> Cfr. GARCIMARTÍN (*El régimen...*, cit., págs. 92-96) y CONSOLO (“La tutela sommaria e la Convenzione di Bruxelles: la circolazione comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1991, págs. 602 y sigs.).

<sup>31</sup> Así lo entiende la gran mayoría de la doctrina; entre otros, GEIMER y SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, cit., pág. 403; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., pág. 293; O’MALLEY-LAYTON, *European Civil Practice*, Londres, 1989, pág. 651; GOTHOT-HOLLEAUX, “La Convención...”, cit., pág., 214; GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, cit., pág. 185; DI BLASE, “Provvedimenti cautelari e Convenzione di Bruxelles”, cit., pág. 9; SALERNO, *La giurisdizione italiana in materia cautelare*, Padua, 1993, pág. 138. Cfr. *in extenso* GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares...*, cit., pág. 196, nota 64.

<sup>32</sup> En contra, ARTUCH IRIBERRI, “La solicitud...”, cit., pág. 2 y REQUEJO ISIDRO, “Sobre tutela cautelar y provisional...”, cit.

internacional para ello: es decir, que las medidas solicitadas encajen en alguna de las normas que fundan la competencia internacional para adoptar medidas cautelares de los Tribunales del Estado en cuestión. Y esto supone confirmar el carácter de norma de remisión del artículo 24 CB, dado que el TJCE en ningún momento señala qué criterio atribuye esa competencia internacional.

Además, sosteniendo la compatibilidad entre artículo 24 y artículo 3 CB, zanja el TJCE otra polémica doctrinal, existente entre quienes consideran al primero de éstos como una norma de remisión: dado que es en los Ordenamientos nacionales donde deben buscarse los criterios que atribuyen la competencia internacional para adoptar, *ex artículo 24 CB*, medidas cautelares en apoyo de un proceso extranjero, ¿pueden utilizarse los denominados “foros exorbitantes” – algunos de los cuales aparecen recogidos en el artículo 3 CB–? El TJCE responde que sí por razones sistemáticas (el artículo 3 se refiere sólo a las Secciones 2 a 6 del Título II, entre las que no se encuentra el artículo 24); su decisión ha de considerarse plenamente acertada, pues lo que resulta exorbitante para fundar una competencia en cuanto al fondo (*v.g.*, que el demandado tenga bienes en el Estado), puede ser precisamente lo más razonable para fundarla en sede cautelar.

**14.** Por otra parte, lo que calla el TJCE, y bien podría haber dicho, es si cualquier conexión que puedan prever en sus fueros los diversos legisladores nacionales es suficiente a tal fin: así, en el caso de autos, se discutía si el criterio del domicilio del solicitante encerraba realmente una verdadera conexión con el territorio neerlandés. El Tribunal se limita a hablar de una conexión “real”, y lo cierto es que cualquier fuero, a los ojos del legislador que lo fija en cada Estado, es indicativo de una conexión real entre una materia y la jurisdicción de sus Tribunales. El TJCE ha perdido así una valiosa oportunidad de conectar la aplicación del artículo 24 con la eficacia en el Estado de la medida solicitada, que es, sin lugar a dudas, aquello en lo que concuerdan, aunque por caminos diversos, tanto quienes sostienen su carácter de norma de remisión como quienes predicán su naturaleza de norma de competencia<sup>33</sup>, y que es precisamente aquello que expresamente le preguntaba el *Hoge Raad* como séptima cuestión prejudicial<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> En efecto, ya se vio que quienes entienden el art. 24 CB como norma autónoma de competencia suelen considerar que, implícitamente, encierra como punto de conexión el del posible cumplimiento de las medidas en el territorio estatal. Y aquéllos que lo consideran como una norma de remisión, a su vez, entienden que sólo es posible o conveniente que se funde la competencia internacional en aquellos fueros cuyo punto de conexión sea, igualmente, de forma más o menos directa, la ejecución de la medida en el foro.

<sup>34</sup> “¿Ha de entenderse el artículo 24 y, en especial, la referencia que hace a las “medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante”, en el sentido de que el Juez de medidas provisionales es (sin más requisitos) competente cuando las reglas de competencia de su Derecho nacional así lo disponen, incluso si se trata de reglas incluidas en el párrafo segundo del artículo 3 del Convenio de Bruselas, o bien, en este caso, su competencia está limitada a requisitos adicionales, por ejemplo, al requisito de que la resolución solicitada al órgano jurisdiccional que conoce de las medidas provisionales surta (o pueda surtir) efecto en el Estado contratante de que se trate?” (la cursiva es nuestra).

Al no señalar qué debe entenderse por “conexión real”, el TJCE transmite esta carga a los órganos jurisdiccionales que hayan de resolver en cada caso concreto: en cierta medida, les “invita” a comprobar que el criterio de competencia elegido por el peticionario para solicitarles las medidas cautelares denota una conexión real con el territorio estatal. Esto puede ser útil en aquellos ordenamientos que carecen de norma expresa y específica de competencia internacional para la adopción de medidas cautelares, pues en ellos depende en buena medida de la prudencia judicial el que los órganos judiciales se declaren o no competentes<sup>35</sup>; pero, en aquellos otros que disponen de ellas, puede ser perturbador, pues no parece de recibo una alteración judicial de la voluntad del legislador<sup>36</sup>. En otras palabras, exigiendo la concurrencia de requisitos adicionales no previstos por la ley nacional, lo que hace el TJCE es, en cierta medida, una incitación al incumplimiento del mandato legislativo, y a la infracción del derecho del actor a que, salvo fraude por su parte, se dé cumplimiento a las normas legales precisamente por parte de aquéllos órganos cuya función dentro del Estado es ésa. En efecto, si una norma legal atribuye de forma expresa la competencia internacional a sus tribunales para conocer de un determinado asunto, no está en el poder de disposición de los órganos judiciales decidir sobre la corrección de ese criterio en el caso concreto.

Afortunadamente, aquellos ordenamientos que contienen normas de competencia internacional especiales para la adopción de medidas cautelares suelen establecer como criterio precisamente el del cumplimiento o eficacia de las solicitadas en su territorio<sup>37</sup>. Así sucede en nuestro Ordenamiento, donde el artículo 22.5º LOPJ señala expresamente que serán competentes nuestros Jueces y Tribunales “Cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España”<sup>38</sup>. Resulta indudable que el criterio contenido en este precepto denota una conexión “real” con el territorio español, por lo que la incidencia sobre la práctica de nuestros tribunales de la doctrina recogida en la sentencia comentada será prácticamente inoperante.

#### **4. LA NOCIÓN DE “MEDIDA PROVISIONAL O CAUTELAR” DEL ARTÍCULO 24 CB.**

---

<sup>35</sup> Así sucede, en cierta medida, en Alemania y en Francia (cfr. GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares...*, cit., págs. 200-204).

<sup>36</sup> Esto es justo lo que ocurrió en el asunto de autos, en el que el *Gerechtshof* de La Haya anuló la medida acordada en primera instancia, precisamente por considerar insuficiente como criterio de conexión el domicilio del solicitante (fuero éste previsto de modo expreso por el Código procesal civil neerlandés).

<sup>37</sup> Además del nuestro, un claro ejemplo es el italiano: el art. 10 de la nueva Ley sobre Derecho internacional privado señala que “*In materia cautelare, la giurisdizione italiana sussiste quando il provvedimento deve essere eseguito in Italia o quando il giudice italiano ha giurisdizione nel merito*”.

<sup>38</sup> Sobre este precepto, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares...*, cit., págs. 244-264.

**15.** En último término, se le plantea al Tribunal una cuestión de trascendencia aparentemente menor, pero sin duda capital en relación con el artículo 24 CB: la determinación de lo que, según el precepto, ha de entenderse por “medida provisional o cautelar”. Evidentemente, se trata de una expresión cuyo contenido no es preciso, y que no tiene un reverso homogéneo en cada uno de los Estados contratantes, pues nada hay más diverso que los diferentes sistemas de cara a la denominada “tutela provisional o cautelar de los derechos”<sup>39</sup>. Es evidente que los redactores del Convenio se vieron forzados a utilizar términos lo suficientemente amplios e imprecisos como para que pudieran adaptarse a las diversas mentalidades existentes sobre esta materia en cada Estado contratante. Pero, con ello, surgió la necesidad de dotar a esta expresión, por vía interpretativa, de unos contornos mínimos, que sirvieran de guía para comprobar si las diversas medidas “de corte provisional o cautelar” previstas por las legislaciones internas eran o no realmente “medidas provisionales o cautelares” a los efectos del artículo 24 CB y podían, por ende, adoptarse en apoyo de un proceso extranjero.

A tal interpretación autónoma procedió el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 26 de marzo de 1992<sup>40</sup>, donde estableció que son medidas provisionales o cautelares aquéllas que “están destinadas a mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al Juez que conoce del fondo del asunto”. De esta sentencia se pueden extraer hasta cuatro elementos caracterizadores que han de concurrir en una medida para ser considerada “provisional o cautelar” a los efectos del artículo 24 CB<sup>41</sup>: 1) su aptitud para combatir un *periculum in mora*; 2) su dependencia o subordinación respecto del proceso sobre el fondo; 3) su provisionalidad en el tiempo; 4) la instrumentalidad de su contenido. Las que podemos considerar como medidas cautelares de naturaleza *clásica* (en especial, embargos preventivos y depósitos judiciales en sus diversas versiones, anotaciones preventivas en Registros públicos) encajan sin la menor dificultad en esta noción. Las mayores dificultades las plantean, en cambio, determinadas medidas y procedimientos, en los que lo “provisional” predomina sobre lo genuinamente “cautelar”, y que se encuentran en el límite entre la medida cautelar y el proceso sumario, es decir, entre el aseguramiento y la satisfacción del derecho.

**16.** Éste es precisamente el problema que afronta el TJCE en el asunto *Van Uden*. Lo que se solicitó al Juez en primera instancia y éste inicialmente adoptó al amparo del artículo 24 CB fue un *kort geding*, es decir, un proceso acelerado (eso es lo que literalmente significan los términos transcritos) por el que se pueden obtener diversas tutelas y, en especial, la condena provisional a satisfacer un crédito pecuniario cuya existencia aparece acreditada ante el Tribunal. La

---

<sup>39</sup> Véase, en este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares...*, cit., págs. 79-157.

<sup>40</sup> Asunto C-261/90, *Mario Reichert c. Dresdner Bank (II)*, Rec. 1992, págs. I-2149-2186.

<sup>41</sup> *In extenso*, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares...*, cit., págs. 36-46.

resolución estimando la pretensión del actor carece, eso sí, de fuerza de cosa juzgada y no impide que pueda tener lugar un proceso plenario sobre el fondo de la cuestión. Este dato permite calificar al *kort geding* de “provisional”, y de ahí a pretender su inclusión en el ámbito de aplicación del artículo 24 CB la distancia es mínima.

Algo semejante ocurre en buen número de Ordenamientos comunitarios: así, el *référé-provision* francés (también se utiliza en Bélgica y Luxemburgo) permite obtener a título provisional sumas de dinero con cargo a obligaciones acreditadas ante el juez; y lo mismo sucede con la *Leistungsverfügung* alemana, que supone la utilización del proceso cautelar genérico para la obtención de tutelas provisionales y anticipadas (incluida la obtención de cantidades de dinero); o con el *summary judgment* y el *interim payment* del Derecho inglés<sup>42</sup>. La admisión de estas medidas en el ámbito del artículo 24 CB es discutidísima en doctrina, y también en jurisprudencia: y es que no han sido pocas las ocasiones en que se han adoptado medidas de este tipo tomándolo como base<sup>43</sup>. Sin embargo, son de gran peso los argumentos que barajan la doctrina y parte de la jurisprudencia para excluir su adopción al amparo del precepto en cuestión: no es sólo que de estas medidas difícilmente puedan predicarse la subordinación, la provisionalidad y la instrumentalidad. Es que, además, como reconoce la presente sentencia (Fdto. 46), se podría subvertir con ello el esquema competencial diseñado por el Convenio. En efecto, a nadie escapa que, en la práctica, estas resoluciones *de facto* equivalen a verdaderas sentencias en cuanto al fondo, a las que sustituyen, pues conceden lo mismo que ellas, sólo que de forma más rápida y sin fuerza de cosa juzgada; de hecho, constituyen auténticas válvulas de escape para agilizar la Administración de Justicia en los Estados que las prevén, y representan una de las manifestaciones más palpables del fenómeno de huida del proceso ordinario de declaración. Lo que ocurre es que, como ya se vio antes, un Juez, en virtud del artículo 24 CB, carece de poder para tomar decisiones en cuanto al fondo, que es lo que en realidad implican estas “medidas provisionales”. Así, el hecho de que pueda adoptarlas un Juez distinto de los previstos en los artículos 2 a 18 constituye una alteración de las reglas de juego diseñadas por los redactores del Convenio, y puede convertirse en terreno abonado para el abuso y el fraude.

---

<sup>42</sup> Para una aproximación a estas figuras y a sus relaciones con el art. 24 CB, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares...*, cit., págs. 43-46, 48-52, 101-102, 130-133 y 161-165.

<sup>43</sup> Así, en relación con el *kort geding*, cfr. las resoluciones de los Presidentes del *Arrondissementsrechtbank* de Almelo (resolución de 2-9-77, *Netherlands International Law Review*, 1981, págs. 80) y del *Arrondissementsrechtbank* de La Haya (resolución de 28-12-90; *Répertoire de jurisprudence de droit communautaire, Série D*, I-24 B 14). Y en Francia, respecto del *référé-provision*, pueden verse las resoluciones del *Tribunal de Grande Instance* de Nanterre (*ordonnance* de 9-10-78, *Revue critique de droit international privé*, 1979, págs. 128-130), de la *Cour d'Appel* de Versalles (sentencia de 27-6-79, *Journal du Droit International*, 1980, pág. 894, y *Rep. Serie D I-24 B 8*), de la *Cour d'Appel* de Colmar (sentencia de 5-3-82; *Rep. Serie D I-24 B11*), de la *Cour d'Appel* de Rennes (sentencia de 20-5-80, *Rep. Serie D I-24 B 11*) y de la *Cour d'Appel* de Chambéry (sentencia de 2-3-92, *Gazette du Palais*, 1992, p. 511).

Por ello, no resulta admisible que se adopten al amparo del artículo 24 CB, aunque, claro está, nada impide que se soliciten a los Jueces con competencia para conocer del fondo y que, si resulta preciso, reciban el *exequatur* al amparo del Título III del Convenio. Lo que sucede es que, en sí mismos considerados, el *kort geding* y sus “parientes” no son sino formas, procedimientos, a través de los cuales se pueden conseguir finalidades diversas: desde el simple aseguramiento de condenas no pecuniarias hasta el pago anticipado del total del montante debido. Excluirlos sin más supondría dejar fuera del artículo 24 CB aquellos casos en que estos procedimientos se usen con objetivos compatibles con la finalidad de aquél. Por ello, desde algunos sectores doctrinales, se ha propuesto la posibilidad de que sea el Juez quien controle, en función de aquello que se le pide –y no del cauce procedimental a través del que se le pide–, si realmente estas medidas albergan o no una medida respecto de la que concurren las cuatro características antes enumeradas<sup>44</sup>; en caso de no ser así, deberían rechazar la petición, por no resultar aplicable el artículo 24 CB.

17. La línea en que se mueve la sentencia del TJCE es, no obstante, un tanto diferente. De un lado, reconoce los peligros que esta posibilidad conlleva: “... ordenar un pago en concepto de entrega a cuenta puede, por su propia naturaleza, sustituir a la decisión del juez del fondo. Además, si se reconociera al demandante el derecho a obtener el pago en concepto de entrega a cuenta de una contraprestación contractual ante el tribunal de su propio domicilio, que, en virtud de los artículos 2 a 18 del Convenio, no es competente para conocer del fondo y, después, a obtener el reconocimiento y la ejecución de la resolución en el Estado del demandado, podrían eludirse las reglas de competencia establecidas por el Convenio” (Fdto. 46); y, en consecuencia, señala en el apartado 5º del fallo que “el pago en concepto de entrega a cuenta de una contraprestación contractual no constituye una medida provisional en el sentido del artículo 24 del Convenio...”.

Pero, por otra parte, también entiende que no es conveniente una exclusión radical: “... con el fin de garantizar la eficacia de la sentencia que se dicte sobre el fondo del asunto, no puede excluirse *a priori*, de modo general y abstracto, que sea necesario y, en su caso resulte justificado, vistos los intereses concurrentes, un pago en concepto de entrega a cuenta de una contraprestación contractual, incluso por un importe que corresponda al de la demanda formulada sobre el fondo del asunto” (Fdto. 45).

La conclusión a la que llega es así un auténtico ejercicio de malabarismo voluntarista: que el Juez exija al solicitante garantías de que la medida tiene como finalidad asegurar la eficacia de la sentencia de fondo (aunque sea anticipando en todo o en parte su contenido) y no sustituirla: “... incumbe al

---

<sup>44</sup> Cfr. ALBRECHT, *Das EuGVÜ...*, cit., pág. 105; GRUNDMANN, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer einstweiliger Massnahmen nach IPRG und Lugano-Übereinkommen*, Basilea-Frankfurt, 1996, pág. 145; GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares...*, cit., pág. 165.

órgano jurisdiccional que adopta medidas provisionales fundándose en el artículo 24 tener en cuenta la necesidad de imponer condiciones o exigencias destinadas a garantizar el carácter provisional o cautelar de las medidas” (Fdto. 41).

¿A qué garantías se está refiriendo el TJCE? De modo genérico, las menciona en el Fdto. 38: “Según el caso, y en especial según los usos mercantiles, debe poder *limitar su autorización en el tiempo* o, respecto a la naturaleza de los bienes o mercancías que son objeto de las medidas solicitadas, *exigir garantías bancarias o designar un depósito judicial* y, de manera general, supeditar su autorización a todos los requisitos que garanticen el carácter provisional o cautelar de la medida que ordena”. Y, centrándose en la concreta medida que le ocupaba, señala en el Fdto. 47, reproducido en la segunda parte del apartado 5º del fallo: “... que, por una parte, *se garantice al demandado la devolución de la cantidad concedida* en el supuesto de que el demandante no viera estimadas sus pretensiones sobre el fondo del asunto y, por otra parte, *la medida solicitada sólo se refiera a determinados bienes del demandado que estuvieren situados, o debieran estar situados, dentro de la esfera de competencia territorial del juez que conozca del asunto*”.

**18.** El problema de la solución propuesta por el TJCE es que parte de la base de que los tribunales nacionales están en condiciones de hacer ciertas cosas –en concreto, exigir garantías de devolución–, que no siempre les resultan posibles. Así, si se trata de medidas respecto de las que la Ley no prevé fianza o caución alguna, es ilusorio pensar que el Juez puede imponerla y supeditar a su efectiva constitución la ejecución (que no la adopción) de una medida “provisional”. Más aún, estas fianzas o garantías sólo tienen sentido si existe un proceso pendiente sobre el fondo (o si éste va a comenzar en breve); pero, tratándose de medidas como las descritas, nada garantiza que lo haya ni que lo vaya a haber, pues el TJCE no ha exigido que el juez nacional se cerciore de tal extremo (v.g., condicionando la efectividad de las medidas acordadas a la incoación en un determinado plazo del proceso principal).

En cuanto a que “la medida solicitada sólo se refiera a determinados bienes del demandado que estuvieren situados, o debieran estar situados, dentro de la esfera de competencia territorial del juez que conozca del asunto”, la verdad es que se trata de una formulación que, cuando menos, merece el calificativo de críptica. Y es que, si la medida consiste en el pago de una cantidad de dinero, ¿cómo puede “referirse a determinados bienes”? Lo que parece estar queriendo decir el TJCE es que, dado que la medida consiste en la entrega de una suma de dinero, en caso de que no se pague voluntariamente, habrá que acudir a la ejecución forzosa sobre determinados bienes del condenado provisionalmente<sup>45</sup>, y que esos bienes han de estar en el territorio del foro.

---

<sup>45</sup> Resulta en extremo llamativo que, a juicio del TJCE, pueda recibir la consideración de “provisional” una resolución que da pie a algo tan “definitivo” como es la venta de parte del patrimonio del presunto deudor en pública subasta.

Parece con ello que, de forma indirecta, el TJCE está exigiendo que la medida solicitada (la condena provisional) haya de ser eficaz en el foro. Pero entonces, ¿por qué se limita la posible ubicación de los bienes a la esfera de competencia “territorial” del juez, y no a todo el Estado? ¿O debemos entender, una vez más, que el TJCE confunde la diferencia que existe entre los términos competencia *territorial* y competencia *internacional*? Además, este requisito establecido por el Tribunal presume en todo caso la voluntad negativa del deudor al pago espontáneo (pues sólo entonces se hace necesario proceder a la ejecución forzosa) y eso es algo que el Juez no puede saber en el momento de decidir si acuerda o no la medida. Más aún, el cumplimiento estricto de lo que establece el TJCE obliga al Juez a decidir si puede acordar o no la medida en función de un parámetro absolutamente inseguro, y le impediría adoptarla sin cerciorarse antes de que el demandado tiene bienes en el foro: y esto segundo supondría “colocar el carro delante de los bueyes”, pues no hay forma de investigar el patrimonio del deudor (salvo privadamente) antes de que haya sido judicialmente despachada ejecución frente a él (ya sea en virtud de sentencia de condena o de cualquier otro título ejecutivo, como estas resoluciones “provisionales”).

En realidad, lo que subyace a todo el razonamiento del TJCE es una idea bastante razonable: que las medidas adoptadas al amparo del artículo 24 CB no necesiten, a su vez, del *exequatur* en otro Estado contratante para ser eficaces. Y es que, atendido el tenor literal del artículo 24 CB, y teniendo en cuenta su naturaleza de norma de remisión, es posible que el juez elegido por el solicitante para adoptar las medidas cautelares no pueda él mismo ejecutarlas, y sea preciso acudir al *exequatur* para obtener su eficacia en otro Estado. No es difícil darse cuenta de que, en algunas ocasiones, esto puede ser fuente de fraude<sup>46</sup>: acudir a Estados donde son posibles estas condenas provisionales y anticipadas para obtener un título ejecutivo con el que despachar ejecución en cualquier otro Estado donde tenga bienes el deudor<sup>47</sup>. Pero, desde luego, la forma buscada por el TJCE para alcanzar esta meta –evitar, en definitiva, el fraude– es complicada en extremo. Sobre todo porque en ningún caso llega el TJCE a sostener lo que sería el corolario necesario de lo anterior: que en estos casos se pudiera denegar el *exequatur* a las medidas “provisionales”<sup>48</sup>.

**19.** A nuestro juicio, lo más acertado hubiera sido excluir en todo caso la posibilidad de adoptar al amparo del artículo 24 CB medidas cuyo contenido sea la condena provisional al pago de una suma de dinero, por la sencilla razón de

---

<sup>46</sup> Cfr. *in extenso* GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares...*, *cit.*, págs. 224-232.

<sup>47</sup> Esto que, es razonabilísimo si se acude al Juez competente para conocer del fondo en solicitud de estas medidas –al fin y al cabo, su competencia para adoptar medidas más o menos “provisionales”, como señala el TJCE en la sentencia comentada, no está supeditada a ningún requisito, incluida la ejecutabilidad de la resolución–, resulta intolerable cuando se tratan de obtener al amparo del art. 24 CB.

<sup>48</sup> Cosa que, sin embargo, sí que hizo el Tribunal en la sentencia *Denilauler c. Couchet Frères* con las medidas cautelares acordadas *inaudita parte* (Asunto 125/79, Sentencia de 21 de Mayo de 1980, Rec. págs. 1553-1584).

que no encajan dentro de lo que debe entenderse por “medidas provisionales o cautelares”, ni tiene sentido consentir que se alteren los fueros convencionales de competencia internacional para lograr su adopción.

En cualquier caso, lo sostenido por el TJCE en este punto no afecta de forma relevante a nuestros tribunales. Y es que en nuestro Ordenamiento no existen mecanismos anticipados que permitan obtener condenas al pago de sumas de dinero; y, aunque resulten admisibles en él medidas cautelares de contenido anticipatorio, al amparo sobre todo del artículo 1428 LEC y de determinadas disposiciones sectoriales, éstas aparecen siempre vinculadas por la Ley de forma necesaria con un proceso sobre el fondo. Tampoco se plantearían problemas de entrar en vigor el Proyecto de nueva LEC: y es que, aunque prevé de forma expresa ciertas medidas cautelares de naturaleza anticipatoria (artículo 729 PLEC), lo cierto es que, al igual que sucede en la actualidad, se establece en todo caso una estricta vinculación de éstas con un proceso de declaración (ya sea en España –artículo 732.2 PLEC–, ya sea en el extranjero, siempre que haya convenio –artículo 724 II PLEC–). De modo que tanto la regulación de las medidas cautelares existente *de lege lata*, como la proyectada *de lege ferenda*, impiden la subversión de las reglas de competencia que el TJCE intenta atajar con los instrumentos descritos.

## 5. CONCLUSIÓN.

20. La lectura y análisis de la presente Sentencia del TJCE deja, a lo sumo, un sabor agríndice. Dulce por los importantes temas que se le plantean; también, porque es muestra de la actitud positiva con que, de forma excepcional, se conciben por el Tribunal las relaciones entre sistema arbitral y sistema judicial. Pero agrio, por algunos de los resultados alcanzados y, sobre todo, por lo insatisfactorio de los argumentos que le conducen a ellos. Centrándonos en los tres grandes bloques que aborda, éstas serían, a nuestro juicio, las conclusiones que pueden extraerse tras su lectura y análisis.

1) En primer término, el TJCE sanciona con esta sentencia la posibilidad de acudir al artículo 24 CB para adoptar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral, aunque ello, evidentemente, choque con el tenor literal del precepto. El fundamento aportado por el Tribunal pretende, no obstante, ser una construcción de tipo general: se aplica el Convenio a aquellos procedimientos y actuaciones judiciales que *apoyan* el arbitraje, pero quedan excluidos aquellos que lo *aplican*. Ahora bien, *apoyar* y *aplicar* son conceptos en parte coincidentes, y el TJCE no hace una distinción clara entre ambos, que pueda servir para determinar de cara al futuro las repercusiones de esta doctrina en otros ámbitos. En realidad, el hecho de que las medidas provisionales y cautelares *apoyen* pero no *apliquen* el procedimiento arbitral obedece tan sólo a la voluntad del Tribunal, que así lo ha declarado en la presente Sentencia:

debemos por ello concluir que se trata de una formulación que sólo tiene eficacia singular.

2) En segundo lugar, sanciona el Tribunal de Justicia la naturaleza del artículo 24 CB como norma de remisión, que no atribuye *per se* competencia internacional a los Tribunales de ningún Estado contratante para adoptar medidas cautelares en apoyo de un proceso extranjero. A juicio del TJCE, por tanto, debe acudir a las normas de origen interno para decidir cuándo se tiene esa competencia. Pretende, eso sí, ser una remisión *limitada*, pues se exige que exista una conexión *real* entre el objeto de la medida solicitada y el fuero de competencia al que se acuda a tal efecto. De nuevo, la ausencia de definición de aquello que deba entenderse como conexión *real* puede conducir a que se frustré la finalidad perseguida por el Tribunal, pues la comprobación de ese extremo quedará –no hay más remedio– al arbitrio de cada juez nacional.

3) Finalmente, y en cuanto al significado de la expresión “medidas provisionales o cautelares” según el artículo 24 CB, el Tribunal de Luxemburgo parece llegar a la conclusión de que cabe dentro de ella prácticamente cualquier resolución, con independencia de su contenido, si el Juez que la acuerda exige y el peticionario presta *garantías* suficientes de que cumplirá una función provisional o cautelar. Sin embargo, las cosas son lo que son, y un órgano judicial (menos aún en los sistemas judiciales continentales) no puede convertir en provisionales o cautelares instituciones procesales que, atendiendo a su esencia, no tienen esa naturaleza. Y, sin duda, el pago a cuenta de una prestación debida, por mucho que se pueda acordar “a título provisional”, no lo es.