

West Tankers: otra vez no a las antisuits injunctions

Marta REQUEJO ISIDRO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: I. Introducción. II. Explicación y valoración del razonamiento principal. III. Valoración de otros argumentos. IV. Consecuencias de la decisión.

I. Introducción

1. Con fecha de 2 de abril de 2007 la *House of Lords* presentó cuestión prejudicial al TJCE preguntando por la compatibilidad con el Reglamento (CE) nº 44/01, sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil¹, de la decisión adoptada por un Estado miembro, que prohíbe iniciar o proseguir un procedimiento judicial en otro Estado miembro, basándose en que tal procedimiento infringe un convenio arbitral². La Abogado General J. Kokkot publicó sus conclusiones al as. C- 185/07 el 4 de septiembre de 2008, aconsejando al TJCE que respondiera que “*an anti-suit-suit injunction which restrains a party in that situation [existence preliminary issue based on an arbitration clause] from commencing or continuing proceedings before the national court of a Member State interferes with proceedings which fall within the scope of the Regulation*”, y no es compatible con él. El TJCE se ha pronunciado el 10 de febrero pasado en ese sentido.

2. El TJCE llega a su fallo con un argumento principal complejo que ocupa los nºs 22 a 30; y otros dos de entidad menor en los nºs. 31 y 33³. El primer razonamiento consiste en la llamada al efecto útil (en

¹ De 22 de diciembre de 2000, DO, L nº 12, de 16.01.2001. Sucede al CB; hereda también la interpretación que el TJCE ha ido haciendo de los preceptos del Convenio.

² DO, C nº 155, de 7.07.2007, as. C- 185/07, *Riunione Adriatica di Sicurta SpA/West Tankers Inc.*

³ El TJCE presenta ciertamente el argumento del nº 31 concatenado con los que lo preceden. A nuestro juicio, se trata de un razonamiento de distinta entidad y peso.

su vertiente de eliminar obstáculos externos al sistema⁴) del Reglamento, y en una construcción, a nuestro juicio bastante artificial, tendente a concluir que el procedimiento ante los Tribunales italianos (la discusión de carácter extracontractual, más la excepción de incompetencia planteada por West Tankers, incluyendo la cuestión relativa a la validez del acuerdo arbitral contenida en el contrato de fletamento) “cae” en el ámbito de aplicación de la norma comunitaria. Desde estas premisas, en los n^{os} 29 y 30 afirma que la *antisuit injunction* es incompatible con el Reglamento por que atenta contra uno de sus principios –aquel conforme al cual el órgano jurisdiccional de un Estado miembro no está nunca en mejores condiciones para pronunciarse sobre la competencia del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro–, y contra la confianza comunitaria.

Es otro argumento, a nuestro juicio como hemos dicho menor, el que figura en el n^o 31: permitir la medida *antisuit* que priva a un Tribunal de la facultad de examinar una cláusula arbitral abre la puerta a conductas estratégicas de cualquiera de las partes, que siempre podrí­an sustraerse al procedimiento intentado por la otra invocando el convenio de arbitraje. Finalmente, el TJCE invoca el Convenio de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento de laudos, en el n^o 33, afirmando que sirve a corroborar su opinión.

II. Explicación y valoración del razonamiento principal

3. Para poder concluir que la *antisuit injunction* (pro arbitraje) inglesa atenta contra el efecto útil del sistema, y es por ello incompatible con él, el TJCE debe convencer de que el procedimiento italiano es uno “del” Reglamento. Para ello realiza una construcción en dos pasos en los n^{os} 26 y 27, que luego enlaza con los n^{os} 29 y 30, en los que expone los principios violentados por la orden *antisuit*. El n^o 28 es presentado como un escalón más del razonamiento⁵; a nuestro juicio contiene en realidad una afirmación innecesaria – de hecho, queda luego “descolgada”, ignorada, en los n^{os} 29 y 30.

⁴ Inaugurado, por lo que se refiere al CB, por la decisión en el as. C– 365/88, *Kongress Agentur*.

⁵ A través de los n^{os} 26 y 27, el TJCE trata de construir el argumento que le permitirá decir que la *antisuit injunction* pro arbitraje es incompatible con el sistema porque a través de ella un Estado impide a otro la adopción de decisiones judiciales *relativas a su aplicabilidad*; a través del n^o 28, que es incompatible por lo mismo, pero en relación con las decisiones sobre *la competencia judicial*.

4. El primer movimiento del TJCE (nº 26) consiste en aseverar que la pregunta relativa “a la aplicabilidad de un convenio arbitral que incluya, en particular, su validez”, queda comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento si se formula como una cuestión previa en el seno de un proceso de fondo materialmente incluido.

5. El segundo paso del TJCE (nº 27), presentado, ciertamente, de forma menos conspicua que el anterior⁶, consiste en incardinar tal cuestión previa en el art. 1.2º.d) Reglamento: ergo, como atinente a una norma de las que sirven a definir los ámbitos de aplicación del instrumento; concretamente, el ámbito material. El órgano que resuelve las dudas sobre la validez de una cláusula arbitral surgidas a modo de cuestión previa no está sino aplicando el art. 1.2º.d): decidiendo si nos hallamos o no ante “arbitraje”⁷.

6. El tercer elemento, en el nº 28, radica en afirmar que obstaculizar a un Estado la función de delimitar la norma comunitaria (*v.gr.*, pronunciarse conforme al art. 1.2º.d) equivale a impedirle pronunciarse sobre su competencia en cuanto al fondo del asunto. Como decimos, este argumento parece superfluo por cuanto luego no se predica en cuanto a él ninguna consecuencia: cuando los nºs 29 y 30 hablan de la incompatibilidad entre la orden antiproceso y principios del sistema, proyectan estos últimos sobre la decisión estatal relativa a su ámbito material de aplicación.

7. El razonamiento así descrito nos suscita dos órdenes de observaciones.

8. A) En primer lugar, coincidimos con el TJCE en que el ejercicio de una competencia establecida en el Reglamento comprende, como antecedente necesario, la facultad de pronunciarse sobre la aplicabilidad del instrumento. A cada juez llamado a conocer de una controversia corresponde decidir si la materia litigiosa pertenece o no a su ámbito, como le corresponde hacerlo sobre si se dan las circunstancias que determinan la aplicación de la norma en el tiempo; o sobre el

⁶ Se aprecia con mayor claridad a través de frases del TJCE en otros Cdos: en el nº 28 (la orden *antisuit* impide a un órgano pronunciarse conforme al art. 1.2º.d), o en el 30 (la orden *antisuit* impide a un Tribunal resolver sobre la base de las normas que definen el ámbito de aplicación material del Reglamento, entre las que se encuentra art. 1.2º.d).

⁷ Si la cláusula arbitral es válida, y las partes deben ser remitidas al arbitraje, estaremos ante “materia arbitral” en el sentido del Reglamento; si ocurre lo contrario, no (y cabrá ejercitar la competencia en cuanto al fondo del litigio, cubierto por el Reglamento en atención a la naturaleza de los derechos que salvaguarda).

domicilio del demandado, como criterio general de conexión comunitaria que desencadena la vocación de aplicación del instrumento.

Sin embargo, cosa distinta y discutible es que esta facultad, que es en resumidas cuentas la de delimitar el Reglamento haciendo uso para ello de sus propias normas al efecto, alcance a cualquier disputa dotada de consecuencias potenciales sobre la aplicación del Reglamento: por ejemplo, el debate acerca de la validez de la cláusula arbitral, o su alcance objetivo o subjetivo. Al afirmar que la cuestión de la validez de la cláusula arbitral *está* comprendida por el Reglamento (implícitamente: *no* es “arbitraje”⁸), el TJCE lleva demasiado lejos el alcance del Reglamento. Además, desmiente el criterio por él mismo establecido, según el cual para determinar si un litigio está incluido en el ámbito de aplicación de la norma hay que atender “a la naturaleza de los derechos cuya salvaguardia garantiza el procedimiento de que se trate” (*vid.* n.º 22 de la Sentencia).

9. Es verdad que el TJCE no afirma lo anterior con carácter general, sino sólo refiriéndose a una fórmula determinada, que es aquella en que la pregunta de la que depende la aplicación del Reglamento se presenta a título de “previa” o “incidental”. Así, la extensión de la aplicabilidad del Reglamento, y por ende, de la competencia desde el asunto principal, al asunto incidental (que de no serlo estaría materialmente excluido), se debe sólo a la manera en que se plantea la otra cuestión: como, en la terminología del TJCE, incidental o previa. Pero aún con el diseño descrito la opinión nos parece discutible. Cabe resaltar su escaso apoyo argumental (sólo en una afirmación del Abogado General y en Informe Evrigenis/Kerameus), cuando en realidad no es algo que caiga por su propio peso; se echa en falta un razonamiento último, incluso aunque se redujera a una consideración pragmática – una llamada a motivos puramente operativos, de fluidez en el desarrollo del litigio. Ya en otro lugar rebatimos los motivos en que la Abogado General fundaba la opinión que ahora retoma el Tribunal⁹; en concreto, a propósito del Informe, su autoridad no implica que no sea rebatible. La afirmación según la cual la cuestión previa sobre una cláusula arbitral sigue el régimen de la cuestión principal, cuando a esta se le aplica el CB/Reglamento, del Informe Evrigenis–Kerameus,

⁸ Al resolverla es cuando sabremos si estamos o no en “arbitraje”: *vid.* nota anterior.

⁹ M. Requejo Isidro, “West Tankers: the Advocate General’s opinion”, *European Legal Forum*, 2008 (5), pp. I-1 a I-6.

ha sido objeto de contestación en la doctrina, incluyendo también la opinión de algún AG¹⁰; falta una justificación satisfactoria para ella¹¹.

10. En realidad, a día de hoy no hay seguridad acerca de qué tratamiento dar a lo que el TJCE llama “cuestiones preliminares” en el seno del régimen comunitario. A nuestro juicio, la lectura que supedita la suerte (por lo que se refiere al régimen aplicable a la competencia judicial) de la cuestión incidental a la de la principal es sólo una posible. Aceptándola como buena, la pregunta pasa a ser si también vale cuando la materia es “arbitraje”. La afirmación que se hace en otros asuntos donde también hay un contencioso sobre materia excluida a título incidental tiene lugar respecto a otros puntos del art. 1.2º –por ejemplo, en el as. C–266/01, sobre una deuda de derechos de aduana, donde el demandando pretendía discutir si eran debidos o no–; nos preguntamos si sirve cuando la cuestión preliminar es relativa a una cláusula arbitral. Tenemos motivos para responder que no: la falta de homogeneidad entre la exclusión del art. 1.2º.d) y las demás del art. 1.2º RB I, es uno de ellos. En la misma línea va nuestra convicción de que no todas las cuestiones previas son iguales si de lo que se trata es de saber si se les aplica el sistema procesal comunitario: no son asimilables aquellas sobre materia excluida cuya solución afectará al sesgo de la resolución en cuanto al fondo, y una cuestión preliminar sobre materia excluida que, como ocurre por la pregunta sobre la validez de un acuerdo arbitral, encierra una duda anterior y condicionante del ejercicio de la facultad

¹⁰ M. Darmon, en su opinión al as. C.– 266/01, *Marc Rich*, par. 43 a 48; H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, París, LGDJ, nº 39, siguiendo a B. Audit, representan la posición francesa, acorde con la especial consideración del arbitraje en este país. En España *vid.* M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson–Civitas, 2007, p. 100. Expresa dudas P. Rogerson, *Brussels I Regulation*, (Magnus/Mankowski eds.), Sellier, 2007, nº 40 y n. 125.

¹¹ Es verdad que en este sentido se ha utilizado una explicación: la de la seguridad jurídica. Así, el TJCE en el as. C– 266/01, *Marc Rich* (“*It would be contrary to the principle of legal certainty (...), for its [the Convention’s] applicability to vary according to the existence or otherwise of a preliminary issue, which might be raised at any time by the parties*”); o la AG Kokkot, en nº 51 de sus conclusiones. Si embargo, es discutible la afirmación según la cual las partes pueden traer a colación la cuestión “previa” de la validez de una cláusula arbitral a partir de una declinatoria de competencia en cualquier momento del proceso. Por otra parte, el argumento decae porque no es seguro (¡o no lo era hasta el momento! *Vid. infra*, nº 17) que la decisión judicial pronunciada a pesar de una cláusula arbitral –en la convicción de que es nula– *debe ser* reconocida por razón de la confianza comunitaria: *vid.* en contra L. Usunier, pp. 454–455. En la jurisprudencia *vid. Philipp Alexander Securities and Futures*, [1996] CLC 1757; *The Hari Blum* [2005] 1 Lloyd’s Rep 87; *Cour d’Appel de Paris*, 15.06.2006, *Rev. arb.*, 2007, pp. 87–96, n. S. Bollée. De poco vale salvar la seguridad jurídica en la fase declarativa de un litigio, si hay incertidumbre sobre la suerte de la sentencia recaída.

jurisdiccional de los Tribunales (y por lo tanto, de la necesidad misma del Reglamento para concretar las circunstancias de ese ejercicio)¹².

11. B) La segunda observación se refiere a la presunta interferencia de la orden *antisuit* con el llamado “efecto útil” del Reglamento. En *West Tankers* tal efecto se identifica con (nº 24) el cumplimiento de “los objetivos inherentes a las normas de conflicto (*sic*) de los órganos jurisdiccionales en materia civil y mercantil, y de la libre circulación de las resoluciones en esta misma materia”; y queda frustrado cuando un Estado miembro impide a un órgano jurisdiccional de otro el ejercicio de las competencias atribuidas en virtud del Reglamento. Pues bien: habida cuenta de cómo funciona una orden antiproceso, a nuestro entender resulta difícil que se dé esa frustración. Una *antisuit injunction* no se dirige a un Tribunal, sino a un particular¹³; pero, sobre todo, aun cuando se dirigiera contra un Tribunal cabría contestar la idea de que le arrebatara ciertas funciones o facultades; la orden dictada en el país A sólo tiene efecto en el país B si, y en la medida, en que este (su ordenamiento) lo permitan.

12. Por otra parte, desde un punto de vista conceptual es discutible que una *antisuit injunction* basada en un convenio de arbitraje ponga trabas al efecto útil de una norma comunitaria, cuyo contenido y objeto es el reparto de competencia judicial internacional en caso de litigios que, por la naturaleza de los derechos discutidos, caen en su ámbito de aplicación. La medida antiproceso *pro* arbitraje no se “dirige contra” el ejercicio de la competencia¹⁴, sino “contra” el del poder ju-

¹² El as. C- 292/05, ECJ 15.02.2007, *Lechouritou*, es ilustrativo a este respecto. Allí los actores pretendían que el acto del Estado demandado era ilegal; como tal, no gozaría de carácter *iure imperii*, y el litigio planteado quedaría bajo del régimen comunitario. El TJCE (par. 44) rechazó la tesis señalando que “si se admitiera (...) suscitaría cuestiones de fondo previas, incluso antes de poder determinar con certeza el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas. Estas dificultades serían indudablemente incompatibles con la lógica interna y la finalidad de dicho Convenio (...)”.

¹³ No ignoramos que el argumento fue descartado por el TJCE en el debate acerca de la compatibilidad de las *antisuit injunctions* en el as. C- 159/02, *Turner*. En cambio, como señalamos en “West Tankers...”, *cit. supra*, p. I-5, con más referencias, el Derecho internacional de hoy no alcanza a condenar la incidencia mediata que las decisiones de un Estado, dirigidas a particulares sujetos a su jurisdicción, produce sobre otro Estado; no es posible identificar con absoluta certeza una prohibición o correlativa obligación de los Estados a este respecto.

¹⁴ Precisamente, la construcción del TJCE en los nºs 26 y 27 para permitir concluir que la orden antiproceso afecta a la facultad de un Tribunal de hacer uso de las normas sobre *aplicabilidad* del Reglamento, tiene esta afirmación como trasfondo (lo mismo ocurre con la equivalencia que se establece en el nº 28 entre no poder pronunciarse conforme al art. 1.2, d, y la pérdida de la facultad de pronunciarse sobre la propia competencia).

risdiccional: pero este no viene atribuido por el Reglamento, sino que es presupuesto del mismo; es previo a él. La *injunction* afectaría entonces a una facultad que es anterior y diferenciable de la atribución/distribución de competencia judicial internacional entre Estados.

III. Valoración de otros argumentos

13. Señala el TJCE en el n^o 31 que la orden *antisuit* facilitaría actitudes fraudulentas de las partes: si mediante una orden de este tipo se impidiera al Tribunal llamado a conocer del fondo examinar, por sí mismo, la cuestión previa sobre la validez de un acuerdo de arbitraje, cualquiera de los contendientes podría sustraerse al procedimiento limitándose a invocar la existencia de un acuerdo de arbitraje. La afirmación va excesivamente lejos: suponiendo que todo demandado ante un órgano jurisdiccional europeo se dirija a los Tribunales ingleses en busca de una *injunction* cuando haya una cláusula arbitral, supone una falta de confianza en el sistema inglés imaginar que la va obtener en todo caso. Por otra parte, como se ha dicho hace un momento la orden *antisuit* no tiene aptitud para impedir por sí misma que el Tribunal del otro Estado se pronuncie acerca de la cláusula. Y, en fin, si de estrategias hablamos, la *orden antisuit* también sirve para evitar estrategias: la de quien demanda ante Tribunal estatales a pesar de haber concluido un acuerdo de arbitraje.

14. Finalmente, en el n^o 33 el TJCE afirma que el CNY corrobora su postura. Esta opinión sólo es verdad, a nuestro entender, forzando el art. II.3^o CNY (por lo tanto, interpretándolo: lo que no es función del TJCE) para obligarle a decir algo que no es seguro que diga¹⁵: que el conocimiento de la cláusula corresponde exclusivamente al tribunal al que se le ha planteado la cuestión en cuanto al fondo.

IV. Consecuencias de la decisión

15. De la decisión del TJCE en as. C 185/07 se derivan consecuencias: unas, con origen en el fallo, y otras a partir de los razonamientos empleados.

¹⁵ Sobre las dudas acerca de que el CNY contenga reglas de competencia, *vid. infra* npp. n^o 23.

16. Por lo que respecta a las consecuencias que cabe asociar al fallo, ha quedado establecido que el instituto procesal inglés es incompatible con el sistema en, prácticamente, todas sus formas¹⁶; gráficamente, se ha dicho “*another one bites the dust*”¹⁷. Puede que ello sólo sirva de incentivo a la imaginación de los juristas ingleses, en orden a procurar fórmulas para esquivar los dictados del TJCE¹⁸ y mantener una ventaja competitiva del ordenamiento anglosajón, y ratificar el atractivo de Londres como plaza para el arbitraje¹⁹. Lo cierto es que, como ha denunciado algún autor, con una decisión del tenor de la adoptada por el TJCE se están restringiendo los instrumentos nacionales (de Estados comunitarios; perviven, claro está, los de terceros) concebidos para asistir al arbitraje²⁰; en otras palabras, se establece un control comunitario sobre la práctica arbitral de los Estados miembros. Lo que no es, desde luego, tarea del Reglamento –otra cosa, *lege ferenda*, es que otorgársela sea algo conveniente²¹.

17. También las afirmaciones que sustentan la construcción argumental del TJCE tienen consecuencias: ahora, en forma de interferencia con los instrumentos convencionales acerca del arbitraje (cuando, precisamente, la exclusión en el art. 1.2º.d) CB se produjo con el fin de evitar tal colisión²²). Pensamos en particular en el nº 30: en la *mutual trust* como debida también a los pronunciamientos sobre las normas sobre el ámbito de aplicación del Reglamento, que llegan a dar cobertura, a juicio del TJCE, a la pregunta por la validez de una cláusula arbitral. Para negar el hecho de la intromisión con el CNY no es suficiente decir que éste carece de normas de competencia (algo que también es discutido²³), o que no tiene reglas explícitas sobre la

¹⁶ La *antisuit injunction* rechazada en el as. C- 159/02, *Turner*, era una *convenience based*; la actual, una *obligation based*. Sobre las distintas categorías de orden antiproceso en el sistema inglés *vid.* M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (antisuit injunctions)*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum, vol. I, 2000.

¹⁷ A. Dickinson, publicado en <http://www.conflictoflaws.net>, 11 de febrero de 2009.

¹⁸ J. Harris, “The Brussels I Regulation and the Re-Emergence of the English Common Law”, *ELF*, Issue 4-2008, pp. 1-1 a 1-9.

¹⁹ *Vid.* los argumentos económicos esgrimidos por la *House of Lords* al plantear la cuestión prejudicial.

²⁰ R. Fentiman, “Arbitration and the Brussels Regulation”, *Cambridge L.J.*, 2007, pp. 493-495, *esp.* p. 495.

²¹ *Infra*, las opiniones al respecto en npp. nº 24.

²² Lo recuerda la AG en el par. 46: “respetar los Convenios internacionales que ya existían en dicho ámbito [el arbitraje], sobre todo, la Convención de Nueva York”.

²³ Ven reglas de competencia en el CNY S. Clavel, “*Anti-suit injunctions et arbitrage*”, *Rev. arb.*, 2001, pp. 669- 706, *esp.* pp. 680-681, o R. Carrier, “*Anti-suit injunctions*”:

reacción de unos Estados frente a las decisiones judiciales de los otros, relativas a una cláusula arbitral; las hay implícitas. El art. V.1º.a) es prueba de que el CNY tolera la discrepancia de opiniones a propósito de la validez de una cláusula arbitral; que un juez haya remitido a las partes al arbitraje no impide a otro cuestionar la validez de la cláusula arbitral en el momento del reconocimiento del laudo. El hecho de la interferencia se percibe aún más claramente en el siguiente supuesto: en un Estado se pide el reconocimiento de un laudo, y al tiempo, el de una decisión de fondo de un órgano jurisdiccional de otro Estado comunitario, que la dictó convencido de que el convenio arbitral era inválido o inexistente, y que (al parecer) está cubierta y ha de ser reconocida por razón de confianza comunitaria. Un problema para el que no es solución incluir el arbitraje en el régimen del Reglamento, consagrando una competencia exclusiva en materia de arbitraje²⁴; ello no evitará que en un proceso arbitral ya comenzado los árbitros tengan una opinión sobre la cláusula arbitral distinta a la sostenida por los jueces.

RESUMEN: El TJCE ha vuelto a pronunciarse sobre la compatibilidad del régimen procesal civil comunitario y las *antisuit injunctions*: en este caso, una concebida para obligar a su destinatario a cumplir con un compromiso arbitral que le vincula. El TJCE sigue al Abogado General y establece que la *injunction* no es compatible con el Reglamento (CE) nº 44/01. Su respuesta adolece de falta de justificación convincente y es, además, apta para provocar interferencias con los instrumentos convencionales sobre arbitraje internacional, y con el funcionamiento fluido de este medio alternativo de resolución de controversias.

PALABRAS CLAVE: REGLAMENTO (CE) Nº 44/01; ANTISUIT INJUNCTION; ÁMBITO MATERIAL; CUESTIÓN PRELIMINAR; ARBITRAJE

ABSTRACT: The ECJ has ruled again on the compatibility of the community civil litigation system and *antisuit injunctions*: in case, one designed to force the defendant to comply with a binding arbitration agreement. The ECJ follows the Advocate General opinion, therefore stating that the injunction is not compatible with Regulation (EC) No. 44/01. The grounds for the answer are not convincing; besides, the ECJ response is apt to interfere with the conventions on international arbitration, and with the smooth operation of this alternative dispute resolution mechanism.

KEY WORDS: REGULATION (EC) NO. 44/01; ANTISUIT INJUNCTION; MATERIAL SCOPE; PRELIMINARY ISSUE; ARBITRATION

réquisitoire pour l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage", *Recueil Dalloz, supp. au n° 44*, 2005, pp. 2712–2716, esp. p. 2715.

²⁴ *Vid.* la propuesta de la AG Kokkot, nº 71; y las opiniones expresadas por los países de la UE, en el marco de los estudios que evalúan la aplicación del Reglamento (CE) nº 4/01, en http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_bxli_compilation_quest_3_en.pdf, pp. 54–70.