

Sobre la anti-suit injunction y la cláusula arbitral en el espacio europeo de justicia. Observaciones para la cuestión prejudicial en el as. C- 165/07, The Front Comor

Marta REQUEJO ISIDRO

Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: I. Introducción. II. Presentación de la medida *anti-suit* y los precedentes para la cuestión prejudicial C-165/07. 1. A modo de recordatorio. 2. Antecedentes de la cuestión prejudicial en decisiones del TJCE y en la jurisprudencia inglesa. III. Argumentos para una respuesta: el punto de vista técnico. 1. Introducción. 2. La orden *anti-suit* pro arbitraje y el funcionamiento del Reglamento nº 44/01. 3. La orden *anti-suit* pro arbitraje y los objetivos del Reglamento (CE) nº 44/01. 4. La exclusión de las *anti-suit* pro arbitraje por razón de la materia y los “largos brazos” del principio de confianza comunitaria. 5. Aún sobre la confianza comunitaria. 6. Otros argumentos técnicos en contra de la orden *anti-suit* pro arbitraje. IV. Los argumentos de política económica y de respeto al *common law*. 1. Proteger y fomentar el arbitraje desde la *anti-suit injunction*. 2. ¿*Assault and battery* perpetrados por el TJCE?. V. Conclusión.

I. Introducción

1. Poco más de diez años hace desde que empezamos a hablar de las *anti-suit injunctions* en la Europa continental¹: y sin em-

¹ *Sent. del OLG de Düsseldorf, de 10 de enero de 1996, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1996, pp. 351-352. A partir de esta decisión, y fundamentalmente tras el estímulo representado por la STJCE en el as. C-159/02, *Turner v. Grovit*, se ha disparado la producción científica sobre las *anti-suit injunctions*. Ello obliga a hacer una selección bibliográfica: hemos seguido el criterio de la afinidad de cada publicación y el objeto concreto de este estudio.

bargo algunos auguran ya la muerte al instituto en este espacio, arrasado por el tanque de la comunitarización que pilota un Tribunal de Justicia verdugo². A través de la petición de decisión prejudicial de 2 de abril de 2007, as. C-165/07, *The Front Comor*, la House of Lords vuelve a exponer “al peligro” su sistema³; en esta ocasión, preguntando por la compatibilidad con el Reglamento (CE) n° 44/01, sobre competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil⁴, 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 arbitral⁵.

2. La cuestión es oportuna. En estos últimos años la doctrina ha elucubrado sobre ella, revelando confusión y dudas (que comparte la propia jurisprudencia inglesa⁶) sobre el tema⁷; añá-

² Expresivo H. Seriki, “*Anti-suit* Injunctions and Arbitration: a Final Nail in the Coffin”, *J. Int'l Arb.*, 2006, pp. 25-38; o S. Bollée, “Quelques remarques sur les injonctions *anti-suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *The Front Comor* de la Chambre des Lords”, *Rev. arb.*, 2007, pp. 223-248, *esp.* pp. 224-225.

³ Previamente, bajo el reinado del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968 (CBR), en la STJCE, as. C-159/02; o a propósito de otra figura típicamente anglosajona, el *forum non conveniens*, la STJCE 1 de marzo de 2005, as. C-281/02, *Owusu v. Jackson*

⁴ De 22 de diciembre de 2000, *DOUE*, L, n° 12, de 16 de enero de 2001. Sucede al CBR; hereda también la interpretación que el TJCE ha ido haciendo de los preceptos del Convenio.

⁵ *DOUE*, C, n° 155, de 7 de julio de 2007, as. C-185/07, *Riunione Adriatica di Sicurta SpA/West Tankers Inc.*

⁶ *Infra*, n° 6.

⁷ Ya antes de la decisión del TJCE en el as. C-159/02, sostenían la incompatibilidad de las *anti-suit* injunction pro arbitraje con el CBR autores como H. Van Houtte, “*May Court Judgments that Disregard Arbitration Clauses and Awards be Enforced under the Brussels and Lugano Convention?*”, *Arb, Int'l*, 1997, pp. 85-92, *esp.* pp. 91-92; M. de Lind van Winjgaarden-Maack, “Vorlage an den EuGH zur Vereinbarkeit von antisuit injunctions mit dem EuGVÜ”, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2003, pp. 153-158, *esp.* p. 158. Entiende que la respuesta de la STJCE en el citado asunto es general R. Carrier, “*Anti-suit* injonction: la CJCE met fin à un anachronisme”, *Droit Maritime Français*, 2004, pp. 403-412, *esp.* p. 411;

danse recientes publicaciones que muestran preocupación por el efecto de las *anti-suit injunctions* en el contexto arbitral⁸, aspecto que no quedará inmune a lo que conteste el máximo intérprete de la legislación comunitaria⁹. Por otra parte, el TJCE podría aprovechar la ocasión para iluminar aspectos del Reglamento (CE) n° 44/01 donde reina aún confusión, en particular las dudas sobre qué cubre la exclusión del arbitraje (art. 1.2.d), o cuáles son las pautas para abordar la pregunta en sus diferentes concreciones; cuestiones estas que invitan a hablar de nuevo sobre el principio matriz del espacio europeo de justicia, la confianza comunitaria, y su alcance. En fin, a estos méritos habrá

id., “*Anti-suit injunctions*: réquisitoire pour l’abandon de leur prononcé en matière d’arbitrage”, *Recueil Dalloz, supp. au n° 44*, 2005, pp. 2712-2716. Sostiene la opinión de que el CBr no afecta al poder de otorgar *anti-suit injunctions* pro arbitraje. S. Clavel, “*Anti-suit injunctions* et arbitrage”, *Rev. arb.*, 2001, pp. 669-706, esp. pp. 681-685; H. Muir Watt, nota a la STJCE, de 27 de abril de 2004, as. C-159/02, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004, pp. 659-664, esp. p. 662; J. Krause, “Turner v. Grovit- Der EuGH erklärt Prozessführungsverbote für unvereinbar mit dem EuGVÜ”, *RIW*, 2004, pp. 533-541, esp. pp. 540-541; C. Ambrose, “Can *anti-suit injunctions* survive European Community Law?”, *ICLQ*, 2003, pp. 401-424, esp. p. 421; G. Blanke, “The turning tides of Turner”, *Business L. Rev.*, 2004, pp. 261-270, esp. p. 270; O. Cachard, Nota a Sentencia del Tribunal de Commerce de Marsella, de 13 de enero de 2006, *Droit Maritime Français*, 2006, pp. 856-876. Esta ha sido también la posición de P. Schlosser, ya en *EuGVÜ. Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen mit Luganer Übereinkommen und den Haager Übereinkommen über Zustellung und Beweisaufnahme*, Munich, C.H. Beck, 1996, p. 155, o recientemente, en “*Anti-suit injunctions* zur Unterstützung von internationalen Schiedsverfahren”, *RIW*, 2006, pp. 486-492, esp. pp. 488-490. Con menor seguridad, A. Dickinson, “A Charter for Tactical Litigation in Europe (Turner v. Grovit)”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2004, pp. 273-280, esp. npp. n° 5; dudosa, T. Kruger, “The Anti-Suit Injunction in the European Judicial Space: Turner v. Grovit”, *ICLQ*, 2004, pp. 1030-1040; Sir P. Gross, “Anti-suit injunctions and Arbitration”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2005, pp. 10-27; J. Hill, “*Anti-suit injunctions* and arbitration”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2006, pp. 166-171.

⁸ Vid. por ejemplo *Anti-suit injunctions in International Arbitration*, dir. por E. Gaillard, correspondiente al Seminario de la IAI celebrado en París en noviembre de 2003, y publicado en 2005.

⁹ Siendo como es Londres una plaza esencial en el arbitraje marítimo se comprende que la House of Lords se aventurara a formular la pregunta, a pesar las consecuencias que puede acarrear.

que añadir que si la respuesta del TJCE es negar cualquier espacio a la orden *anti-suit* pro arbitraje¹⁰, servirá de aviso a las jurisdicciones de la Europa de tradición civilista que han manifestado simpatía por la medida inglesa, hasta el punto de acogerlas en ámbitos ajenos al Reglamento (CE) n° 44/01¹¹.

3. En aras de la claridad expositiva dividiremos el presente estudio en tres partes. La primera, introductoria, comprende un somero recordatorio del instituto de las *anti-suit injunctions* (desconocidas en España hace no más de una década, hoy nos resultan perfectamente familiares¹²), y del estado de cosas en

¹⁰ Con esta expresión aludimos a lo largo del trabajo a la *injunction* pronunciada en relación con una cláusula arbitral – y no a otras posibles órdenes *anti-suit* judiciales en apoyo del instituto arbitral; tampoco a las dictadas por los propios árbitros.

¹¹ En Francia *vid.* la Sentencia de la *Cour de Cassation*, de 19 de noviembre de 2002, *Banque Worms c. Époux Brachot et autres*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003, pp. 631-640, en el marco de una situación de insolvencia, el Tribunal francés otorga una *anti-suit* contra el acreedor que pretende el embargo de un bien inmueble del insolvente, sito en España. *Vid.* también la opinión favorable a las *anti-suit injunctions* en la Sentencia del *Tribunal de Commerce* de Marsella, de 13 de enero de 2006, *Droit Maritime Français*, 2006, pp. 856-876, con las observaciones de O. Cachard. Sobre el caso alemán, *vid.* resumen en M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero y medidas antiproseso*, Santiago de Compostela, 2000, n°s 60-63.

¹² En la doctrina española, nuestra monografía *Proceso en el extranjero...*; “Turner v. Grovit: comentarios a las conclusiones del Abogado General”, *RCEA*, 2004, pp. 311-318; “Medidas antiproseso: Turner v. Grovit, final discutible de un debate”, *La Ley*, 30 de junio de 2004; otras dos notas a la decisión *Turner* en la *REDI*, 2004, pp. 854-860 y en la *RJC*, 2005, pp. 266-270. Sobre ella véase también M.J. Elvira Benayas, “¿Existe alguna posibilidad, por pequeña que sea, de salvar lo nuestro?”, *Revista de Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 9, 2005. Acerca de la *anti-suit injunction* y el arbitraje J.C. Fernández Rozas, “*Anti-suit injunctions* et arbitrage commercial international: mesures adressées aux parties at au tribunal arbitral”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional (Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo)*, Sevilla, 2005, pp. 575-586; *id.*, “*Anti-suit Injunctions* Issued by National Courts: Measures Addressed to the Parties or to the Arbitrators”, en *Anti-suit injunctions in International Arbitration*, *prec.*, pp. 73-85; *id.* “Ámbitos de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003”, *La nueva ley de arbitraje*, dir. J.C. Fernández Rozas, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 65-176, *esp.* n° 33. Dedicamos las pp.

Europa antes de la cuestión prejudicial. Las rúbricas de la segunda y la tercera parte toman prestado el hilo argumental empleado por Lord Hoffmann al plantear la cuestión al TJCE¹³, si bien desde una perspectiva crítica; completamos además los razonamientos de la *House of Lords* con otros que ella no menciona, pero son típicos en los estudios a propósito de la orden *anti-suit*. De este modo, para discernir la compatibilidad o incompatibilidad entre la medida *anti-suit* pro arbitraje y el Reglamento (CE) n° 44/01, bajo el segundo epígrafe examinamos un conjunto de razonamientos de tipo técnico. En la tercera parte de la exposición el enfoque es cambio político; nos centramos en la bondad de la orden “anti-proceso” en el ámbito (y a favor) del arbitraje. A juicio de los Lords este es un dato que debería pesar el fallo del TJCE; lo cierto es que tal visión positiva de la *injunction* no es compartida por todos.

II. Presentación de la medida *anti-suit*, y precedentes para la cuestión prejudicial C- 165/07

1. A modo de recordatorio

4. ¿En qué consiste una *anti-suit injunction*? Parece razonable aceptar la descripción que del instituto hace la tradición jurídica en que se origina -sin que ello prejuzgue la respuesta sobre la compatibilidad entre la orden y el sistema comunitario. Así, cabe afirmar que la medida *anti-suit* es una orden discrecional de un Tribunal, adoptada a instancia de parte y dirigida a una persona bajo su jurisdicción, para prohibirle el comienzo o la continuación de un proceso ante otro Tribunal. Atendiendo a las razones que dan pie a ellas cabe hablar de varios tipos dife-

147 a 149 a la medida en materia de arbitraje en relación con el Convenio de Bruselas de 1968 M. Gómez Jene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000.

¹³ Vid. el texto íntegro de la Opinión de Lord Hoffmann y el resto de los Loes bajo la referencia [2007] UKHL 4, en

<http://www.publications.parliament.uk:80/pa/ld200607/ldjudgmt/jd070221/westt-1.htm>.

rentes de injunction *anti-suit*: aquí aludiremos sólo a dos¹⁴. En la STJCE (pleno), de 27 de abril de 2004, as. C-159/02, *Turner*, el modelo de *anti-suit injunction* implicado era una *convenience based*: la medida que el actor solicita al juez inglés pretende evitar o poner fin a un comportamiento de la contraparte, tildado de “abusivo” (*vexatious, oppressive*) y que consiste en demandar en el extranjero, o amenazar con hacerlo. En la cuestión C-165/07, *The Front Comor*, estamos ante una *obligation based antisuit injunctions*: la solicitud se basa en que media entre las partes implicadas de cláusula de elección de foro o de arbitraje, pese a la cual una de ellas ha planteado el litigio ante una instancia distinta de la pactada.

Desde los círculos anglosajones, con eco en los continentales, se insiste en que tanto en la *convenience based* como en la *obligation based antisuit injunction* se enjuicia exclusivamente el comportamiento del particular, y no las condiciones de ejercicio de la jurisdicción extranjera; no obstante, no se pretende ignorar que ésta queda indirectamente afectada. El caso *Turner v. Grovit* es ejemplar en cuanto a la depuración formal del argumento: la *High Court* había accedido a otorgar la orden atendiendo al carácter inapropiado de la jurisdicción madrileña; la *Court of Appeals* rechazó este motivo ciñéndose a analizar el comportamiento de la parte que, al recurrir a los Tribunales extranjeros a pesar del proceso abierto en Inglaterra, acosa presuntamente a la otra¹⁵.

2. Antecedentes de la cuestión prejudicial en decisiones del TJCE y en la jurisprudencia inglesa

5. Dos son las decisiones del TJCE de cita imprescindible en un estudio sobre las órdenes *anti-suit* y el régimen comunitario

¹⁴ Otras clasificaciones y más desarrollos pueden consultarse en M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero...* n° 12 ss.

¹⁵ La doctrina ha tratado de extraer de esto consecuencias en torno a la pregunta de la compatibilidad con el Convenio de 1968: H. Muir Watt, nota a la cuestión prejudicial de la *House of Lords*, de 13 de diciembre de 2001, *Turner / Grovit*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003, pp. 116-126, esp. p. 118, pp. 120-121.

para la libre circulación de decisiones judiciales: la recaída el 27 de abril de 2004 en el as. C- 159/02, *Turner*, y la de 9 de diciembre de 2003, as. C-116/02, *Gasser*. De la primera es protagonista una *anti-suit injunction convenience based*: al órgano de interpretación se preguntaba si “[¿]es incompatible con el Convenio (...) dictar órdenes de no hacer contra demandados que amenacen con iniciar o proseguir un procedimiento judicial en otro Estado contratante del Convenio, actuando de mala fe con la intención de frustrar u obstruir los procedimientos debidamente instados ante los órganos jurisdiccionales ingleses[?]”.

La cuestión C-116/02, por su parte, no versaba sobre las medidas *anti-suit*; no obstante, la contestación irradia efectos sobre ellas, en particular sobre las que se adjetivan *obligation based*. Al TJCE se pidió que resolviera si en un caso *multifora* el tribunal ante el que se interpuso la segunda demanda

“(...) puede examinar la competencia del tribunal ante el que se interpuso la primera demanda, si el segundo tribunal tiene competencia exclusiva en virtud de un convenio atributivo de competencia de conformidad con el art. 17 del Convenio de Bruselas, o bien debe proceder, a pesar del convenio atributivo de competencia, con arreglo al art. 21 del Convenio de Bruselas [?]”.

La relación de esta pregunta con las *anti-suit injunctions* pro arbitraje radica en el parentesco entre las cláusulas de elección de foro y las de arbitraje: lo que el TJCE conteste acerca del lugar de aquéllas en el sistema comunitario es (al menos, es en principio¹⁶) predicable también para estas.

A propósito de *Turner* el TJCE concluyó rechazando la viabilidad de la medida *anti-suit* en el marco del Convenio de Bruselas, aún en el supuesto de mala fe por parte del demandante; a propósito de *Gasser*, subordinando el pacto de elección de foro y la competencia exclusiva de la que inviste al Tribunal elegido a la regla de prioridad temporal del art. 21 CB. El conjunto estimuló la incertidumbre que ya pesaba en Inglaterra sobre la con-

¹⁶ *Infra*, los desarrollos y la conclusión de los n° 13 ss.

formidad de las *anti-suit injunctions* por arbitraje, y el CB -o el Reglamento sucesor-.

6. El otorgamiento de *anti-suit injunctions* para proteger la eficacia de la cláusula arbitral frente a la parte que acude a una jurisdicción estatal extranjera data de 1911, en un caso que implicaba a la jurisdicción española¹⁷. A lo largo de los años hasta hoy la jurisprudencia inglesa ha mostrado altos y bajos en la propensión a utilizar la técnica *anti-suit*, y ello con independencia de cuál fuera la nacionalidad de la jurisdicción estatal concernida¹⁸. Dos casos son paradigmáticos: en *The Golden Anne*¹⁹, prueba de la actitud reticente, se deniega la medida por entender el juez inglés que la cuestión de si debía o no proseguir el procedimiento abierto en EE UU competía al Tribunal americano, y que una acción preventiva por parte de su homólogo inglés (vía la adopción de la orden *anti-suit*) supondría usurpar esa función. En el lado opuesto se cita *The Angelic Grace*²⁰: estando implicados Tribunales italianos, la *Court of Appeal* encontró irrelevantes las consideraciones de *comity*; a la luz del caso en juicio, habría que dar al Tribunal buenas razones para *no* otorgar la *injunction*.

Las vacilaciones de la jurisprudencia inglesa son más graves en los supuestos que implican a Tribunales en Estados miembros de la UE²¹. En 1998 la indecisión se vertió en una primera cuestión prejudicial²²; pero, retirada la pregunta, el TJCE no hubo de

¹⁷ *Pena Copper Mines Ltd v. Rio Tinto*, 105 L.T. 846.

¹⁸ Para un repaso de *leading case* hasta 2003, *vid.* L. Flannery, "Anti-suit Injunctions in Support of Arbitration", *European Business L. Rev.*, 2003, pp. 143-159.

¹⁹ [1984] Lloyd's Rep. 489.

²⁰ [1995] 1 Lloyd's Rep. 87.

²¹ Ejemplos recientes en casos donde la jurisdicción no es de un país comunitario o parte en el Convenio de Lugano: *XL Insurance Ltd v. Owens Corning*, [2002] 2 Lloyd's Rep. 500, comentado por I. Gordon, "English arbitration clauses and *anti-suit injunctions*", *New L.J.*, 2 de febrero de 2001; *Noble Assurance Co. and Shell Petroleum Inc. v. Gerling-Konzern General Insurance Co. UK Branch*, [2007] EWHC 25322.

²² En el caso *Toepfer International GMBH v. Société Cargill France*, [1998] 1 Lloyd's Rep 379.

resolver ninguna de dos (tres, en realidad) interesantes dudas sobre la anti-injunction pro arbitraje y el CB²³. Posteriormente, en *The Ivan Zagubansky*²⁴, la petición de *anti-suit injunction* para proteger los efectos del compromiso arbitral recibió una contestación positiva: el juez se pronunció a favor de comprender el objeto del litigio en la exclusión del art. 1.2.d CB. Por su parte el caso *Through Transport Mutual Insurance Association Ltd v. New India Assurance Co Ltd*, de 2005, aparece como precedente inmediato de *The Front Comor*²⁵; sólo la falta de competencia de la *Court of Appeals* para plantear al TJCE una cuestión prejudicial retrasó ésta hasta el 2 de abril de 2007.

III. Argumentos para una respuesta: el punto de vista técnico

1. Introducción

6. La opinión de Lord Hoffmann a favor de la compatibilidad entre las medidas *anti-suit* pro arbitraje y el Reglamento (CE) n° 44/2001 se apoya, en primer término, en razones de orden técnico que apuntan contra el argumento clave del TJCE en el as. C-159/02, *Turner*. Así, sostiene el Tribunal inglés que en tanto que relativas al arbitraje las medidas *anti-suit* están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento; y que en virtud de esta exclusión no pesan sobre los Estados

²³ Si el art. 1.2.d) CB cubre las acciones destinadas a obtener: una declaración en el sentido de que el comienzo y continuación de un proceso estatal en otro Estado miembro constituye infracción de una cláusula arbitral; una orden anti proceso contra el demandante que lo ha incoado. Si la respuesta fuera negativa, ¿hay identidad, en el sentido del art. 21 CB, entre tales procedimientos y la contestación de la competencia judicial de los Tribunales extranjeros, llevada a cabo ante ellos mismos por motivo del compromiso arbitral?

²⁴ [2002] 2 Lloyd's Rep. 106.

²⁵ [2005] 1 Lloyd's Rep. 67. Anota el caso J. Harris, "Arbitration clauses and the Restraint of Proceedings in Another Member State of the European Union", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2005, pp. 159-167.

de la UE los compromisos asociados al principio de confianza comunitaria.

7. Ninguna de las dos afirmaciones está a salvo de las dudas: pues, aunque la premisa fuera cierta (aún si la *House of Lords* acertara en cuanto a la exclusión de las *anti-suit* pro arbitraje, por razón de la materia), de ella no se inferiría automáticamente la conclusión alcanzada por el Tribunal inglés. Decisiones del TJCE por todos conocidas dan muestra de que no basta que cierto *item* no esté regulado en el sistema comunitario para que quede a salvo de él: de su capacidad para absorber o afectar en mayor o menor medida a situaciones que a las que a simple vista no concierne²⁶. Ello es así porque la compatibilidad de una regla o un instituto nacional con el sistema europeo de distribución de competencia judicial y de reconocimiento y ejecución de resoluciones comprende una triple exigencia²⁷: que no interfiera en su funcionamiento; que no obstaculice sus objetivos; y que sea coherente con su espíritu. Procede, pues, analizar la *anti-suit injunction* pro arbitraje desde estos tres aspectos.

²⁶ Como señalamos en nuestro comentario al as. C-159/02 “Medidas anti-proceso...”, punto nº 6, el TJCE parece estar convencido de la necesidad o conveniencia de aplicar el CB en el mayor número de ocasiones: esto se percibe en el talante con que se interpretan las exclusiones por razón de la materia (*vid.*, *v.gr.*, STJCE 15 de mayo de 2003, *Préservatrice Foncière Tiard SA c. Staat der Nederlanden*, as. C-266/01, donde la accesoriedad de la fianza respecto de una deuda aduanera no transforma la naturaleza privada de la obligación del fiador para con el Estado); en el alcance con que se ha entendido la posibilidad de aplicación retroactiva (*vid.* STJCE 9 de octubre de 1997, *von Horn c. Cinnamond*, as. C-163/95, en materia de posibilidad de aplicar la regla sobre concurrencia de procesos sobre lo mismo); de la comprensión de los motivos de denegación del reconocimiento (*vid.*, en relación con el orden público, STJCE 28 de marzo de 2000, *Krombach*, as. C-7/98 y STJCE 11 de mayo de 2000, *Renault*, as. C-38/98). *Vid.* también la STJCE 15 de mayo de 1990, as. C-365/88, *Kongress Agentur*, ejemplificando el empuje del “efecto útil” del Convenio y su incidencia sobre reglas procedimentales nacionales.

²⁷ Cuádruple, en realidad: es preciso por supuesto respetar el tenor literal del Reglamento. No hay referencias expresas a las *anti-suit injunctions*, de modo que no es preciso desarrollar este punto.

2. La orden anti-suit pro arbitraje y el funcionamiento del Reglamento n° 44/01

8. La orden *anti-suit* que aquí tratamos tiene por objeto forzar el abandono de un proceso ante un órgano judicial estatal; que de abrirse otro, sea ante un árbitro. ¿Es incompatible la medida con el Reglamento (CE) n° 44/01 porque, paralizado el ejercicio de la jurisdicción estatal, ya no es posible que el instrumento se aplique? La respuesta afirmativa equivaldría a condenar el arbitraje en toda polémica *inter privatos* cubierta por el Reglamento; indirectamente supondría pronunciarse por la justicia estatal en detrimento de otros mecanismos de arreglo de controversias. En el panorama actual del comercio internacional tal postura radical no es admisible; de hecho, hasta el planteamiento de la pregunta parece absurdo. Con todo, la propia *House of Lords* se molesta en rechazarlo (n° 15); y ya antes de ella, y después, lo hace también la doctrina²⁸.

9. El razonamiento que acabamos de ver contra la *anti-suit injunction* pro arbitraje (en el contexto del Reglamento n° 44/01) tiene una segunda lectura: la orden no tiene cabida en el sistema europeo porque al frenar el impulso de parte impide el progreso del proceso abierto -o su apertura, en su caso- ante una jurisdicción extranjera; esto constituye una intromisión intolerable en el ejercicio de un poder soberano ajeno. La reflexión se incardina en el Derecho internacional público, aunque el TJCE la haya hecho propia (la haya “comunitarizado”); su ubicación dentro del esquema que estamos siguiendo corresponde a otro lugar (*vid.* n° 24).

10. Para cerrar este epígrafe, un apunte. De la *anti-suit injunction* pro arbitraje no cabe decir que afecta al funcionamiento del Reglamento (CE) n° 44/01 poniendo en tela de juicio sus

²⁸ B. Audit, “L’arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles”, *L’internalisation du droit, Mélanges en l’honneur de Y. Loussouarn*, París, Dalloz, 1994, pp. 20-22; S. Bollée, “Quelques remarques...”, p. 244.

herramientas para la gestión de conflictos positivos de competencia²⁹; el art. 21 CB, art. 27 del Reglamento, no contemplan el caso de litispendencia entre jueces estatales y arbitrales. Y: si el objeto de la medida *anti-suit* está fuera del ámbito material del Reglamento³⁰, habrá que concluir que la excepción del art. 27 no es aplicable tampoco al caso de peticiones de *anti-suit* pro arbitraje en dos Estados miembros distintos; ni a aquél en que coexisten en el tiempo la petición de la orden *anti-suit* pro arbitraje y un proceso sobre el fondo del asunto.

3. La orden anti-suit pro arbitraje y los objetivos del Reglamento (CE) n° 44/01

11. De acuerdo con el Preámbulo del Reglamento, especialmente su n° 6, su pretensión última es la libre circulación de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, como elemento de un espacio común de libertad, seguridad y justicia. ¿Es desde esta perspectiva la *anti-suit injunction* pro arbitraje un elemento perturbador del sistema? Una vez dictada la orden, si es desobedecida podría convertirse ella misma –o la decisión que se pronuncie sancionando tal desobediencia– en obstáculo al reconocimiento de la resolución estatal extranjera: bien por la vía del art. 34.1° (la excepción de orden público), bien del art. 34.3° (incompatibilidad entre la decisión extranjera y un producto nacional)³¹. Recuérdese que la operatividad de estas barreras no está circunscrita al ámbito material del Reglamento: esto es, contra la homologación de una resolución que está amparada por el instrumento comunitario cabe oponer la incoherencia con otra tocante a una materia que él no cubre; entre las razones de orden público las hay propios del ámbito civil y mercantil, junto a otras de alcance general.

²⁹ STJCE, as. C- 159/02, *Turner*, n° 30.

³⁰ *Vid. infra*, n° 13 ss.

³¹ *Vid.*, recogiendo opiniones al respecto, M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero...*, n° 129.

12. En realidad, no es seguro que la orden de *anti-suit* sea apta para integrar los supuestos citados; hay quien lo niega respecto al art. 34.3º alegando que la naturaleza de la orden es procesal, ergo no cabe esgrimirla contra una resolución sustantiva³². Al margen de que estemos o no de acuerdo con esto³³, lo que en ningún modo es aceptable es el descarte de la medida *anti-suit* pro arbitraje del sistema comunitario argumentando que así se evitan trabas futuras a la libre circulación de una sentencia. Afirmarlo es como decir que una vez dentro del sistema se proscriben a los Estados discrepar: y aunque hay algo -bastante- de eso³⁴, el hecho de que el mismo Reglamento prevea puertas de escape da prueba de que no hemos alcanzado tal punto de absolutismo. Cabe añadir, por otra parte, que también es concebible la hipótesis en que el destinatario de la orden *anti-suit* se pliega a ella y desaparece el riesgo de la dualidad de decisiones (la de *anti-suit* y la extranjera sobre el fondo) irreconciliables entre sí.

Lo expuesto vale también en relación con la excepción del art. 34.1º. Con independencia de lo que opinemos acerca de si cabe destilar una *anti-suit injunction* no acatada en principios de los englobados en la excepción de orden público, lo que es incoherente es negar a un Estado la facultad de emitir la medida, con el fin soslayar obstáculos a la homologación de una resolución extranjera, cuando el propio sistema ha accedido a tolerar esa barrera. Bien es verdad que la tolerancia es controlada, y con tendencia a reducirse: piénsese en la STJCE 28 de marzo de 2000, as. 7/98, *Krombach*; o en el Reglamento (CE) nº 805/2004, sobre el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, del que ha desaparecido la excepción de orden público. Pero repárese también en que precisamente por esta au-

³² *Vid.* referencias en *loc. ult. cit.*

³³ El motivo previsto en el art. 34.3 del Reglamento es evitar la incongruencia en el seno de un sistema jurídico; es indiferente cuál sea la naturaleza de las decisiones aptas para ocasionarla.

³⁴ Más allá de las propias normas distributivas de competencia judicial del Reglamento, ya en el estadio de la tutela declarativa las diferencias entre los ordenamientos jurídicos en ámbitos donde no hay derecho material o conflictual armonizado o uniforme pasan a ser irrelevantes, en virtud de las excepciones de litispendencia y conexidad.

sencia, en este Reglamento se ha impuesto la mención expresa a la exclusión de determinados litigios significando la voluntad de protegerlos del sistema, haciendo evidentes las reservas nacionales frente al poder expansivo de la voraz confianza comunitaria³⁵. Lo que nos lleva al tercer punto: el de la compatibilidad entre espíritu del Reglamento (CE) n° 44/01 y la orden *anti-suit* pro arbitraje, en tanto que marginada de su ámbito material de aplicación.

4. La exclusión de las *anti-suit pro arbitraje* por razón de la materia y los “largos brazos” del principio de confianza comunitaria

13. El argumento que Lord Hoffmann enuncia en los números 12 ss que hemos reproducido *supra* se presenta sencillo y convincente; pero la impresión no dura. Ya de entrada, porque la jurisprudencia del TJCE autoriza dos respuestas a la cuestión de la inclusión/exclusión de la *anti-suit injunction* en apoyo de una cláusula arbitral en el ámbito del Reglamento (CE) n° 44/01. En su Sentencia de 17 de noviembre de 1998, as. C- 391/95, *Van Uden*, n° 33, afirmaba el TJCE que “(...) en principio, el objetivo de las medidas provisionales no es aplicar un procedimiento arbitral, sino que se adoptan paralelamente a tal procedimiento y están destinadas a apoyarlo”. Probablemente por este pronunciamiento algún autor ha opinado que “la validez de la *anti-suit injunction* es una, la del procedimiento arbitral otra distinta”, y que la medida forma por sí misma parte de la materia civil y mercantil comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 44/01³⁶; que como su único objeto es prohibir la prosecución de un proceso estatal no es ella misma todavía proceso arbitral, no

³⁵ En el art. 2 del Reglamento n° 805/2004 se han excluido expresamente “los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones y omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*)”. Informando sobre la relación entre este hecho y la eliminación de la cláusula de orden público, F.J. Garcimartín Alférez, *El título ejecutivo europeo*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 50-51, npp. n° 9.

³⁶ Ph. Delebecque, “Antisuit-injunction et arbitrage: quels remèdes?”, *Gazette de la Chambre*, 2006-2004, punto 7.

es parte integrante de él, y en consecuencia no se corresponde con la exclusión del art. 1.2.4 Reglamento (CE) n° 44/01³⁷.

En realidad, a tal postura cabe responder con base en el mismo párrafo de la sentencia aludida: “Su inclusión [la de las medidas cautelares] en el ámbito de aplicación del Convenio viene determinada no por su propia naturaleza, sino por la naturaleza de los derechos cuya salvaguardia garantizan (*vid.* la sentencia de 26 de marzo de 1992, *Reichert y Kockler*, C-261/90, ap. 32)”. Aplicado esto sobre la orden de *anti-suit* resulta lo siguiente: la medida es apta para la defensa de pretensiones de diferente naturaleza³⁸; en casos como *The Front Comor* está en juego el derecho a que se cumpla (*in natura*) un pacto vinculante entre las partes, nacido del compromiso de resolver los litigios por medio de un arbitraje; un derecho que se inscribe, a todas luces, en la materia arbitral³⁹.

14. Pero la conclusión anterior no pone un punto y final. El origen de la orden *anti-suit* protectora del derecho al arbitraje deriva de una cláusula arbitral, y no está claro qué sitio o tratamiento corresponde a éstas -a los contenciosos sobre ellas; a las resoluciones judiciales pronunciadas pese a ellas- en el sistema. Lo que se diga a propósito de este punto repercutirá necesariamente sobre el de la relación de la medida *anti-suit* y el Reglamento (CE) n° 44/01. No hay trazas de estas preguntas en la formulación presentada por la *House of Lords* al TJCE; sin embargo el planteamiento resulta ineludible⁴⁰.

Actualmente hay acuerdo sobre que la controversia acerca de una cláusula arbitral, cuando se plantea al juez como causa

³⁷ J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht: Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel*, Frankfurt, Recht und Wirtschaft, 2005, comentario al art. 1 Reglamento, n° 44; J. Hill, p. 168.

³⁸ *Supra* n° 4.

³⁹ *Vid.* S. Clavel, p. 684; S. Bollée, “Quelques remarques...”, p. 245, o L. Usunier, nota a la cuestión prejudicial de la *House of Lords*, *The Front Comor*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2007, pp. 434-455, esp. p. 446. Con otra argumentación alcanza el mismo resultado P. Schlosser, p. 489.

⁴⁰. Y así lo entienden los autores: *vid. v.gr.*, L. Usunier, pp. 448-450.

principal, está al margen del citado Reglamento. La competencia judicial para decidir este asunto no viene prescrita por las reglas comunitarias, que consagran foros no adaptados para este contencioso - cubierto por lo demás por el principio *kompetenz-kompetenz*. Tampoco son aplicables las previsiones del capítulo III del Reglamento al reconocimiento de una decisión que se pronuncie sólo sobre este punto⁴¹. Por ello podemos decir que ningún argumento comunitario se opone a una *anti-suit* pro arbitraje en estos litigios⁴².

15. Controvertido sigue siendo, en cambio, el supuesto en que los interrogantes en torno al pacto arbitral se presentan en forma de cuestión incidental, en el seno de un proceso sobre una materia incluida en el ámbito del Reglamento (CE) n° 44/01. Y mayores son aún las dudas cuando se produce la siguiente coyuntura: el proceso estatal continúa, desemboca en una decisión judicial, y se solicita la homologación de ésta en otro Estado en donde se considera que las partes debieron haber sido remitidas a arbitraje⁴³.

16. A nuestro juicio, para resolver este último dilema —el de qué hacer con la resolución judicial recaída cuando mediaba un acuerdo de arbitraje, inoperativo desde la perspectiva del Estado de origen, válido desde la perspectiva del Estado al que se pide el reconocimiento— no basta con decir que la decisión de

⁴¹ *Vid.* B. Audit, pp. 20-22, o D. Hascher, "Recognition and Enforcement of Judgments on the Existence and Validity of an Arbitration Clause under the Brussels Convention", *Arb. Int'l*, 1997, pp. 33-62, *esp.* pp. 38-39; el propio TJCE, en el as. C-391/95, *Van Uden*, n° 32: "En efecto, el informe de los expertos elaborado con ocasión de la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte al Convenio (...) precisa que el Convenio no se aplica a las resoluciones judiciales que declaren la validez o la nulidad de un compromiso arbitral (...)". *Vid.* recientemente la Sentencia de la *Cour d'Appel* de París, de 15 de junio de 2006, *Rev. arb.*, 2007, pp. 87-96, n. S. Bollée.

⁴² *Infra*, en n° 21 ss, alguna consideración que podría implicar corregir esto.

⁴³ Se trata de un debate clásico sobre el que existe una abundantísima doctrina: para un resumen de argumentos en español, y referencias, *vid.* M. Gómez Jene, cap. II de la primera parte.

fondo en materia civil y mercantil es una comprendida bajo el Reglamento n° 44/01⁴⁴, y que ha de ser reconocida al amparo del principio de confianza comunitaria –o, apelando a alguna de sus concreciones formales: ha de ser reconocida porque el Reglamento no autoriza la revisión del fondo de la decisión, ni el control de la competencia del juez de origen; o bien, porque la enumeración de motivos de denegación del reconocimiento es exhaustiva, y la violación de una cláusula arbitral no figura entre ellos⁴⁵–.

Ciertamente, la decisión judicial recaída a pesar de la cláusula arbitral es (por la materia litigiosa) una de las del Reglamento (CE) n° 44/01; pero posee la peculiaridad de que antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, el juez hubo de considerar el acuerdo de arbitraje. Con el art. 1.2.d del Reglamento a la vista es ineludible preguntarse si el dato posee algún significado: si genera alguna diferencia en el trato a deparar a estas resoluciones en el espacio europeo, frente al resto en las que tal circunstancia no concurre. A la luz de los motivos que justifican la norma (art. 1.2.d), la respuesta tiene que ser positiva. Como es sabido, a través de este precepto se quiso no obstaculizar los instrumentos convencionales, dirigidos a árbitros o a jueces, en materia de arbitraje; por coherencia, la legislación arbitral no puede sin más quedar comprometida, como corolario inexorable de la dinámica de la libre circulación de sentencias y el imperativo de la confianza mutua entre los países de la UE, por la decisión de un Tribunal que declara su competencia pese al acuerdo arbitral. La integridad de las normas de arbitraje, en particular de las que diseñan el marco de relaciones jueces-árbitros en caso de concurrencia entre ellos, impone otra solución.

⁴⁴ Que lo es, y en esto tiene razón la doctrina (por ejemplo, L. Usunier, p. 450; o S. Bollée, nota, p. 95). Lo que ocurre es que esa afirmación no cierra nada.

⁴⁵ El último alegato es particularmente desafortunado. Como señala entre otros L. Usunier, pp. 452, lo verosímil, y acorde con las razones por las cuales no hay reglamentación comunitaria en materia de arbitraje, es que el legislador comunitario no haya entrado a considerar esta hipótesis.

17. Hay autores –y también jurisprudencia nacional– que, conformes con lo que se acaba de decir, canalizan esta cuestión a través de útiles provistos por el Reglamento (CE) n° 44/01: en particular, de la cláusula de orden público, o por la vía del art. 34.3° y 34.4° -el laudo arbitral, una vez homologado, será una resolución inconciliable con aquella cuyo reconocimiento se pretende⁴⁶.

A nuestro juicio estas posturas se equivocan: son erróneas porque operan desde dentro del sistema del Reglamento, activado, al parecer sin remedio, por virtud de la existencia de una resolución judicial sobre el fondo del asunto. Para ser justos, hay que decir que ya los mismos representantes de las proposiciones descritas conocen la inadecuación potencial de los mecanismos a los que fían la protección de las normas de arbitraje. La cláusula de orden público es de aplicación restrictiva. Asimismo es dudoso que reconocer una sentencia judicial sobre un asunto civil o mercantil incurra en contrariedad con los principios del orden público internacional (incluso aunque la sentencia sea percibida por el Estado requerido como materialización del incumplimiento, por parte del Estado de origen, de una obligación convencional –la derivada del CNY, art. II.3°–, ¿es la excepción de orden público el canal para expresar la condena?; ¿no se trata más bien de una cuestión a resolver en el contexto del Derecho internacional público y el Derecho de los tratados?). La alegación de otros motivos en el marco del art. 34 tampoco es satisfactoria: el art. 34.3° jugará sólo si el laudo ha sido ya reconocido; el art. 34.4°, sólo si la sentencia arbitral recayó antes de la nacional. No sorprende que se abogue por una “excepción nueva” al principio de confianza comunitaria para frenar la importación en el foro de la decisión dictada en violación de una cláusula arbitral⁴⁷.

⁴⁶ Vid. en Inglaterra los casos *The Heidberg* o *Philipp Alexander Securities and Futures*, [1996] CLC 1757. En la doctrina continental, L. Usunier, pp. 451-453, con más referencias; o S. Bollée, nota a la Sentencia de la *Court d'Appel*, 2007, pp. 95-96.

⁴⁷ L. Usunier, pp. 454-455.

18. En nuestra opinión los motivos de excluir el arbitraje del CB en 1968 sugieren algo distinto a las tesis referidas. Como hemos dicho, a través de lo previsto en el art. 1.2.4 CB/Reglamento se quiso no entorpecer los instrumentos convencionales en materia de arbitraje: los que existían al tiempo que se negociaba el Convenio de Bruselas, pero siendo la intención no interferir tampoco con futuros desarrollos⁴⁸. Se trata, en definitiva, de no estorbar las reglas que rigen en cada momento el diálogo entre justicia estatal y arbitraje: un complicado parlamento donde hay competencia, cooperación y complementariedad. La demarcación del Reglamento (CE) n° 44/01 resumida en la fórmula sinécdoque “No se aplicará... al arbitraje”, no es (o no necesariamente, no en todos los supuestos) una delimitación por razón de la materia litigiosa; más bien es una operación que subordina la aplicabilidad del instrumento comunitario a la de las normas que organizan la relación entre jueces nacionales y el arbitraje como mecanismo alternativo de arreglo de controversias. Esta subordinación supone la prioridad de tales normas sobre las comunitarias: aquellas preceden lógicamente y temporalmente a estas, pudiendo llegar a excluir su puesta en marcha. Insistimos en la idea de anterioridad: el Convenio de Nueva York, el de Ginebra de 1961... no se imponen al Reglamento por razones de especialidad (art. 71 del Reglamento); no hay solapamiento ni conflicto entre instrumentos por razón de la materia⁴⁹.

19. Así pues, para esclarecer cómo debe/puede reaccionar un juez al que se pide el reconocimiento de una decisión judicial

⁴⁸ En el momento de la negociación del CB se confiaba en que los Estados se adherirían al Convenio del Consejo de Europa sobre derecho uniforme en materia de arbitraje, de 20 de enero de 1966; sólo lo hizo Bélgica. Ante el defecto de cobertura convencional común de la materia se podría creer que recupera sentido lo dispuesto en el art. 220 (293) TCE; hoy, que la Comunidad posee competencia para la iniciativa legislativa. Lo que no cabe es interpretar que la laguna se llena a través de los instrumentos distributivos de competencia judicial internacional, porque esto equivaldría a “devolver” el conocimiento de la controversia entre particulares a la justicia estatal.

⁴⁹ La referencia al art. 71 aparece en el n° 12 de las reflexiones de la House of Lords. Alude también a ella la doctrina (*vid.* por ejemplo H. Van Houtte, p. 88; o L. Usunier, p. 453, que duda entre conflicto y laguna).

extranjera, pronunciada a pesar de una cláusula arbitral, hay que consultar las reglas sobre convivencia entre justicia estatal y arbitraje. Éstas indicarán si resolver el litigio competía a uno u otro mecanismo de solución de disputas. También, si la opinión de un Estado a propósito de tal cuestión vincula al resto⁵⁰, o si por el contrario es legítimo mantener (y extraer las pertinentes consecuencias) de una postura distinta sobre la validez, alcance, etc, del acuerdo arbitral; sobre este último aspecto cabe apuntar que si entre los Estados concernidos media un Convenio (en Europa, típicamente el Convenio de Nueva York o el de Ginebra), el hecho de haberlo suscrito es signo de confianza recíproca en sus ordenamientos respectivos; queda por dilucidar qué alcanza esa confianza, que *a priori* no es la ciega comunitaria⁵¹. En fin, sólo una vez establecida la irrelevancia del desacuerdo (entre Estado de origen y Estado requerido) en torno a la cláusula arbitral entrará en la escena la legislación comunitaria sobre reconocimiento de las decisiones judiciales.

No se nos oculta los riesgos de lo que decimos para el ideal del espacio europeo de justicia, que en lo más hondo lo que quiere es asociar a cada controversia una única solución, válida en todo el territorio comunitario. Si, conforme a la normativa correspondiente, son atendibles positivamente las divergencias de opinión entre los ordenamientos jurídicos implicados (Estado de origen de la resolución judicial y Estado requerido) a propósito de la cláusula arbitral, la consecuencia básica es que desde la perspectiva del Estado requerido la decisión judicial extranjera, simplemente, no debería existir: no es pensable un reconocimiento parcial de la sentencia -esto es, de la misma con exclusión de los pronunciamientos que afectan al compromiso arbitral. Así, el producto jurídico de un Estado miembro de la Comunidad quedará confinado a unos límites geográficos estrechos; eventualmente, entrará además en contradicción con lo

⁵⁰ Por ejemplo, porque se entienda que hay una competencia exclusiva en la materia. Aunque el CNY no lo dice, tal lectura sería lógica según algunos autores S. Clavel, pp. 680-681, a quien sigue R. Carrier, "*Anti-suit injunctions: réquisitoire...*", p. 2715. No opinan así B. Audit, p. 19, S. Bollée, "*Quelques remarques...*", p. 235.

⁵¹ *Vid. infra*, n° 22 ss.

dispuesto por un laudo arbitral. Ahora bien, estas consideraciones no bastan para hacernos revocar las conclusiones expresadas.

En cambio, esas mismas consideraciones abogan a favor de medidas que, como la *anti-suit injunction* a favor del cumplimiento de la cláusula arbitral, tiendan a eliminar preventivamente los peligros indicados.

5. Aún sobre la confianza comunitaria

20. La orden *anti-suit* pro arbitraje es un mecanismo inserto en el contexto de las relaciones entre justicia estatal y arbitral. Éstas, como hemos visto, surgen, y en caso de conflicto han de resolverse, antes de que haya lugar a aplicar las reglas comunitarias sobre competencia judicial o reconocimiento. No hay por tanto razones derivadas de estas reglas para oponer al otorgamiento de la *anti-suit injunction*.

21. ¿Es suficiente afirmar esto para cerrar el debate de la compatibilidad entre la medida pro arbitraje y el principio de confianza recíproca comunitaria? No debe perderse de vista que la *mutual trust* no es fruto del Reglamento (CE) n° 44/01, sino que la relación es la inversa: el instrumento es una, la más lograda hasta ahora, de las manifestaciones de un principio dotado de un potencial difícil de medir, que desde la Comunidad se utiliza con, al parecer, escasa voluntad de restricción. Prueba de ello es la proliferación de Reglamentos y propuestas de Reglamentos para el espacio europeo de justicia, abarcando materias respecto de las cuales los ordenamientos nacionales difieren aún notablemente⁵²; o la supresión de pasos y condiciones para la recepción de decisiones judiciales de un país en los demás⁵³.

⁵² *Vid.* el caso de las sucesiones y testamentos.

⁵³ Que obligan a instrumentalizar las cautelas de otros modos: excluyendo ciertos litigios el ámbito material de la legislación comunitaria (*vid.* art. 2 Reglamento TEE); ejerciendo el derecho de opting out, o absteniéndose del *opting in* (casos de RU e Irlanda, y Dinamarca).

Existen otras manifestaciones del principio menos conspicuas, pero no por ello menos significativas respecto a lo que venimos diciendo: recuérdese el as. C-116/02, *Gasser*, en lo relativo al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas⁵⁴. A la vista de esta tendencia cabe pensar, y temer, que la confianza comunitaria se separa más y más de su requisito esencial, la preexistencia de un cierto grado (variable según la materia en juego) de comunidad jurídica; que esta comunidad pasa, de ser causa, a ser consecuencia impuesta.

22. Hay un dato a favor de concebir que la confianza comunitaria juega en las relaciones entre los Estados miembros en materia de arbitraje⁵⁵. Se trata de la razón por la cual se optó por no trabajar el tema a nivel comunitario: porque ya había otros regímenes vigentes. La abstención de legislar va ligada a una delegación en estos regímenes: por tanto no es un desatino pensar que la confianza comunitaria también se predica de ellos; que cada Estado firmante del CNY debe confiar “comunitariamente” en los demás en cuanto a su aplicación.

La idea, posible en términos de pura lógica, es materialmente indeseable. Supongamos que prospera: ello significaría que a la pregunta sobre si importan las discrepancias entre dos Estados europeos sobre una cláusula arbitral, cuando uno de ellos la juzga inaplicable y dicta una sentencia, y el otro opina lo contrario, habría que responder negativamente. Ciertamente que el Convenio de Nueva York no indica cuál es la ley aplicable al acuerdo arbitral, y que no hay armonización a escala europea del Derecho aplicable al arbitraje: pero, según hemos visto, la confianza comunitaria parece depender cada vez menos de que haya una

⁵⁴ N° 3 del fallo (“El art. 21 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 debe interpretarse en el sentido de que no pueden establecerse excepciones a sus disposiciones cuando, por lo general, la duración de los procesos ante los órganos jurisdiccionales del Estado contratante en el que se encuentra el tribunal ante el que se ha formulado la primera demanda es excesivamente larga”), y desarrollos 70 a 73.

⁵⁵ En este sentido observaciones como las de R. Thomas, “The Arbitration Exclusion in the Brussels Convention 1968: An English Perspective”, *J. Int'l Arb.*, 1990, pp. 43-52, *esp.* pp. 45-46.

real base jurídica común y previa entre los ordenamientos en determinado ámbito material; más bien desencadena ella el efecto de que la ausencia de uniformidad del derecho sustantivo pase a ser indiferente –con la limitada salvedad de lo que quepa al amparo de la excepción de orden público–.

El particularismo jurídico reinante todavía en el ámbito del arbitraje aconseja mantenerlo al margen de la voracidad de la confianza comunitaria. Quien prefiera lo contrario deberá concluir que la *anti-suit injunction* pro arbitraje, aún superado el problema de su compatibilidad con el Reglamento (CE) n° 44/01, no está permitida entre Estados comunitarios.

6. Otros argumentos técnicos en contra de la orden anti-suit pro arbitraje

23. Son tópicos recurrentes en los estudios sobre las *anti-suit injunctions* el que acusa a la medida de ingerencia en la soberanía extranjera y el la interpela desde la óptica del derecho a la tutela efectiva de los particulares. Ambos desbordan el marco comunitario (aunque el TJCE no lo ha tenido siempre claro⁵⁶); de ahí que dentro de este estudio la reflexión sobre ellos sea breve, destinada a poner de manifiesto sus flaquezas, sin pretender que el debate está cerrado ni, por supuesto, cerrarlo.

24. Valorar el argumento de la intromisión ilícita en la esfera de la soberanía extranjera - en el ejercicio del poder jurisdiccional- exige primero considerar de qué forma y con qué intensidad afecta la *anti-suit injunction* a los órganos judiciales extranjeros; en segundo término habrá que demostrar que una regla de DIPúb, ligada a los principios de igualdad soberana y no ingerencia, proscribiera tal afectación. Acerca de lo primero, ya no se discute que la medida *anti-suit* enjuicia el comportamiento del particular –en relación con un compromiso que previamente ha adquirido–, y no las condiciones de ejercicio de la potestad de juzgar extranjera; pero tampoco se cierran los ojos a la repercu-

⁵⁶ Vid. nuestra crítica al respecto en “Medidas antiproceso...”, n° 4.

sión sobre esta. Tal repercusión, no obstante, no es directa; y, como ha recordado últimamente la doctrina, el DIPúb 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 respecto⁵⁷. Otra cosa diferente es “*the broader interest of international comity*”⁵⁸, que aconseja una actitud de prudencia a la hora de acordar la medida *anti-suit*. En este sentido, el caso en que la orden es otorgada para evitar la violación de un acuerdo arbitral es precisamente uno de los que el IDI cita como ejemplo de ejercicio de ese arte de la prudencia⁵⁹. Por lo demás, lo habitual es que tanto la jurisprudencia inglesa, como los autores que simpatizan con el instituto anglosajón, se pronuncien a favor de la cautela, con propuestas restrictivas acerca de la jurisdicción facultada para adoptar una orden *anti-suit* (sólo una que presente una vinculación suficiente: así, la de la sede del arbitraje), y las condiciones para ello (estado del proceso arbitral –aún no abierto, o ya pendiente; cuál sería la ley aplicable a la cláusula; que los motivos para contestar la validez de esta carezcan de seriedad...) ⁶⁰.

25. Pasando al segundo punto: la *anti-suit injunction* pretende que un particular se retire de un proceso que ha incoado, o

⁵⁷ P. Schlosser, “*Anti-suit injunctions...*”, pp. 480-491; C. Schmidt, “*Anti-suit injunctions im Wettbewerb der Rechtssysteme*”, *Recht der internationalen Wirtschafts*, 2006, pp. 492-498, esp. pp. 495-496, o S. Bollée, “*Quelques remarques...*”, pp. 231-235.

⁵⁸ J. Hill, p. 171.

⁵⁹ Resolución del Instituto de Derecho Internacional, Brujas, 2003, 2ª Comisión, “*Le recours à la doctrine du forum non conveniens et aux anti-suit injunctions: principes directeurs*”, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 70-71, pp. 13-94 (también publicada como Anexos 7 y 8 en E, *Anti-suit Injunctions...*, dir. por E. Gaillard, pp. 357-359), haciéndose eco de la posición inglesa (*vid.* Lord Millet en *The Angelic Grace*).

⁶⁰ S. Clavel, esp. p. 689, reflejando jurisprudencia inglesa en este punto.

disuadirle para que no llegue a hacerlo. ¿Supone esto un atentado al derecho de tutela judicial efectiva⁶¹?

No hay un diseño unívoco del derecho de tutela; por tanto sería iluso querer una respuesta absoluta. Una cosa cierta es que la medida *anti-suit* en defensa del acuerdo de arbitraje no elimina el elemento nuclear del derecho subjetivo, porque al particular le queda para defender su causa sustantiva la vía del arbitraje, que hoy se considera alternativa equivalente a la jurisdicción del Estado.

Variante de la pregunta anterior es la que se refiere a la tutela judicial a propósito de la cláusula arbitral: ¿tiene el particular derecho a que sea un Tribunal determinado, en concreto aquel al que ha elegido dirigirse, el que decida sobre la existencia, validez, efectos, del acuerdo arbitral?. Nuevamente, la respuesta es negativa si nos situamos en la perspectiva del núcleo del derecho a la tutela (ser oído). Por otra parte, entre servicios de administración de justicia intercambiables —y se presume que los europeos lo son en un alto grado⁶²— no se justifica ya emparejar el derecho de acceso a la justicia con el acceso a una *concreta* jurisdicción nacional con preferencia sobre el resto.

¿Habría que admitir una excepción a lo que hemos dicho si el litigio a propósito de una cláusula arbitral fuera materia de competencia exclusiva? En tal caso, por ser *una* la jurisdicción ofrecida al demandante, su pronunciamiento sería exigible al amparo del derecho de tutela judicial⁶³. Ahora bien, dejando a

⁶¹ Ha acogido el argumento de contrariedad con el art. 6 CEDH la Sentencia belga de 19 de diciembre de 1989, publicada en *Journal des Tribunaux*, 1992, n. M. Fallon y H. Born; no hemos tenido acceso directo a ella (la referencia está tomada de O. Cachard, p. 875, npp. n° 13). También aparece en la decisión del *OLG* de Düsseldorf, de 10 de enero de 1996. Autores como H. Muir Watt, nota (2003), p. 125, o C. Schmidt, p. 495, lo niegan, frente a otros como R. Carrier, “*Anti-suit* injunctions: réquisitoire...”, pp. 2714-2715.

⁶² No por comunitarios (precisamente, hemos dicho que el litigio sobre la cláusula de arbitraje es materia no incluida en el sistema), sino por europeos, es decir, por lo que el adjetivo significa en cuanto a configuración y defensa de los derechos fundamentales.

⁶³ En el bien entendido de que puede ser sobre el fondo del asunto o no, si no se dan las condiciones procesales, la acción ha prescrito...

un lado la falta de consenso sobre una competencia de este tipo⁶⁴, incluso lo dicho es discutible: una vez que se ha pactado acudir al arbitraje, el principio *kompetenz-kompetenz* faculta a los árbitros para pronunciarse sobre el acuerdo arbitral⁶⁵. Difícilmente se podrá defender, en estas condiciones, que el derecho a la tutela judicial es derecho a un Tribunal estatal determinado.

IV. Los argumentos de política económica y de respeto al *common law*

1. Proteger y fomentar el arbitraje desde la anti-suit injunction

26. Para Lord Hoffmann una razón, en realidad la de más peso, a favor de admitir en Europa el instituto anglosajón en la modalidad pro arbitraje se halla en el valor mismo del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias: así lo expresa en el n° 17 de la cuestión prejudicial. Con esta opinión coinciden tanto prácticos del derecho como doctrina científica: la *anti-suit* refuerza la imperatividad de la competencia arbitral (ya en lo que se refiere al propio acuerdo pactado, que sólo habrán de valorar los árbitros); tener una herramienta para forzar el cumplimiento *in natura* del compromiso de acudir al arbitraje produce seguridad jurídica, y esta tiene un valor económico⁶⁶. La facultad de pronunciar *anti-suit injunctions* es de este modo una baza, una ventaja en el juego o competición entre ordenamientos jurídicos⁶⁷.

⁶⁴ *Supra* npp. n° 50.

⁶⁵ Como es sabido, el art. II.3° CNY da pie a diversas interpretaciones, incluida la de que las dudas sobre una cláusula arbitral son de la competencia exclusiva de los árbitros.

⁶⁶ *Vid.* estas tesis respecto a la *anti-suit* derivada de la cláusula de elección de foro en las Conclusiones de P. Léger al as. C-116/02, *Gasser*, n° 71.

⁶⁷ L. Flannery, "Arbitration Rules", *New L. J.*, 13 de abril de 2007, ruega que el TJCE opine como Lord Hoffmann "for the sake of arbitration"; K. Qureshi, "The Rise of *Anti-suit* Injunctions", *New L. J.*, 16 de junio de 2006 ("the effectiveness of arbitration would be undermined significantly in the absence of *anti-suit* injunctions"), y "Growing up fast", *id. loc.*, 27 de abril de

27. La postura, por supuesto, es contestable: pero los parámetros en que se desenvolvería un debate no serían ya comunitarios, por lo que no deberían afectar a la respuesta del TJCE en la cuestión C-165/07. Efectivamente, en tal discusión sobre la bondad/maldad de la orden *anti-suit* unos argumentos derivan de los instrumentos convencionales sobre arbitraje en vigor, y se refieren a las obligaciones adquiridas por los Estados entre sí, en virtud de ellos; otros alegatos versan sobre la utilidad o beneficio que el instituto del arbitraje experimenta gracias a la medida *anti-suit*⁶⁸. Desde el primer punto de vista, se parte de que la *anti-suit injunction* pro arbitraje concuerda en su fundamento último con Convenios tales como el de Nueva York de 1958 o el de Ginebra de 1961. Sin embargo, la medida supone implícita una premisa: que el Tribunal estatal no va a dar satisfacción a la obligación adquirida precisamente a través de esos Convenios, remitiendo a las partes a arbitraje. La presunción es mal vista por quienes sostienen que cada jurisdicción debe admitir la posibilidad de las demás de pronunciarse sobre el acuerdo arbitral⁶⁹, y aún con peores ojos la perciben aquellos que leen en el art. II CNY una competencia exclusiva⁷⁰.

Pasando a la óptica pragmática, hay quien cuestiona el beneficio real de la *anti-suit injunction*. Por un lado está el conocido temor a la batalla de órdenes *anti-suit*, que ejemplifica el re-

2007. Vid también C. Schmidt, *passim*, S. Bollée, “Quelques remarques...”, pp. 228-229, pp. 245-247.

⁶⁸ Entre otras publicaciones, *vid.* E Gaillard, “Il est interdit d’interdire: réflexions sur l’utilisation des *anti-suit injunctions* dans l’arbitrage commercial international”, *Rev. arb.*, 2004, pp. 47-62; de la colección de artículos publicados bajo la dirección del mismo autor en *Anti-suit injunctions in international arbitration*, *vid.* en particular la posición ponderada de A.H. Baum, “*Anti-suit Injunctions Issued by National Courts: to Permit Arbitration Proceedings*”, pp. 19-24; la oposición de M. de Boissésou, “*Anti-suit Injunctions Issued by National Courts: at the Seat of the Arbitration or Elsewhere*”, pp. 65.72, y de Ph. Fouchard, “*Anti-suit Injunctions in International Arbitration. What Remedies?*”, pp. 153-157.

⁶⁹ E. Gaillard, p. 58.

⁷⁰ *Supra*, npp. 50.

ciente y célebre caso *Pertamina*⁷¹. Por otra parte, si el Tribunal estatal al que se presentó la demanda a pesar de la cláusula arbitral consideraba esta inoperante, no habrá podido pronunciarse sobre el fondo (por virtud del desistimiento de quien era demandante ante él), pero mantiene vivas las razones para denegar el reconocimiento al futuro laudo arbitral (las mismas que le habrían conducido a retener su competencia en el caso⁷²; desde esta perspectiva, incluso la decisión de no otorgar la *anti-suit injunction* solicitada, por entender el Tribunal que la cláusula no es válida, no cubre la concreta controversia, etc, puede desencadenar efectos negativos para el arbitraje, en tanto que obstáculo a la homologación del laudo⁷³). Siendo esto así⁷⁴, obviamente desciende el interés a la medida.

2. ¿Assault and battery perpetrados por el TJCE?

28. Al lado del argumento descrito, de carácter político-económico, hay otro político-jurídico que, este sí, toca a la Comunidad: se trata del respeto a la cultura jurídica anglosajona⁷⁵. Este respeto es preciso, no sólo en tanto que emanación de lo dispuesto por el art. 151 y ss TCE, sino por puro interés comunitario: el Reino Unido e Irlanda mantienen su posición especial en el área de la cooperación judicial en Europa. La doctrina in-

⁷¹ Los hechos de la saga pueden consultarse en la decisión de la Court of Appeals americana, de 18 de junio de 2003, reproducida como Anexo 1 en *Anti-suit Injunctions in International Arbitration*.

⁷² E. Gaillard, p. 50.

⁷³ S. Clavel, p. 696. La denegación de la *anti-suit* encarnaría y daría más fuerza a motivos de denegación de reconocimiento previstos en el art. V.1º CNY.

⁷⁴ Nuestro objeto de examen (la pregunta sobre la compatibilidad de la *anti-suit* injunction pro arbitraje y el Reglamento comunitario nº 44/01) nos exime de discutir si estas afirmaciones procedentes del Derecho del arbitraje y sus instrumentos son o no correctas, o en qué medida. A los efectos de este estudio nos limitamos a reproducirlas.

⁷⁵ T. Rauscher, "Unzulässigkeit einer *anti-suit* injunction unter Brüssel I", *IPRax*, 2004, pp. 405-409, esp. p. 409; S. Bollée, "Quelques remarques...", pp. 229-230. Correlativamente, *vid.* la llamada que a los Tribunales ingleses hace Sir P. Gross, p. 24: más allá de la cortesía internacional, apela a la consciencia "of the sensitivities and legal systems of our EU partners".

glesa habla ya de un “desmantelamiento sistemático del DIPr inglés”⁷⁶; la continental, de la necesidad “de confiar en que el juez que aplica las sanciones de su propio ordenamiento lo haga con la moderación que este mismo le impone”⁷⁷. Ahora, en la cuestión prejudicial C- 165/07, la situación es tanto más delicada cuanto que se halla en juego la credibilidad del juez inglés como juez que asiste al arbitraje⁷⁸.

V. Conclusión

29. A nuestro juicio, la *anti-suit injunction* pro arbitraje (pro cláusula arbitral) no choca ni con los instrumentos legislativos ni con los principios que actualmente articulan el espacio europeo de justicia. A partir de ahí, decidir si compensa o no compensa adoptar una orden de *anti-suit* en un litigio concreto; más ampliamente, resolver acerca de si en el continente europeo habría que abrir los brazos al instituto anglosajón, es algo que requiere una ponderación exquisita de *pros* y *contras*, ventajas e inconvenientes⁷⁹. En esta operación creemos que más que datos teóricos, debe pesar en la balanza un dato práctico indiscutible en el tráfico internacional: la importancia de facilitar, hacer simple y breve el camino que ponga fin a las controversias privadas.

¿Contribuye una medida *anti-suit* (en general, en cada caso concreto) al objetivo descrito? La praxis internacional ha revelado como uno de los riesgos mayores del instituto de la *anti-suit injunction* el de las cruzadas de órdenes y contraórdenes.

⁷⁶ Significativo título de T.C. Hartley en *ICLQ*, 2005, pp. 813-828.

⁷⁷ H. Muir Watt, 2004, p. 661.

⁷⁸ L. Usunier, p. 441.

⁷⁹ J.C. Fernández Rozas, “*Anti-suit injunctions et arbitrage commercial...*” p. 585, concluye con una llamada a aprovechar los beneficios de la *anti-suit injunction* pro arbitraje, “*non pas pour le favoriser dans tous les cas, mais pour assurer sa régularité et éviter son utilisation frauduleuse*”; o, en “*Measures Addressed...*”, p. 85, “*only in extreme circumstances, as it [la orden de anti-suit] may affect the delicate balance of powers between national courts and arbitral tribunals*”.

Vale que en el contexto europeo esta situación es todavía improbable: lo cierto es que ya es posible; lo será más si progresa una valoración positiva de la institución inglesa, por mor de su utilidad para el mecanismo alternativo de arreglo de controversias. Llegados a esta coyuntura, sería aconsejable un trabajo a nivel comunitario para acercar las reglamentaciones nacionales en materia de arbitraje, armonizando el marco jurídico de las relaciones entre justicia estatal y justicia arbitral. Una tarea que ya estaba prevista en 1957; y para la que los Convenios sobre arbitraje en vigor proporcionarían el punto de partida.

RESUMEN: El 2 de abril de 2007 la *House of Lords* planteaba cuestión prejudicial al TJCE acerca de la compatibilidad con el Reglamento (CE) núm. 44/2001, de la decisión adoptada en un Estado miembro, por la que se prohíbe iniciar o proseguir un procedimiento judicial en otro Estado miembro, basándose en que dicho procedimiento infringe un convenio arbitral. El Tribunal inglés se muestra partidario de una respuesta afirmativa: en tanto que relativa al arbitraje, la medida quedaría excluida del ámbito material del Reglamento (art.1.2.d); no existen en la Comunidad reglas uniformes sobre la competencia judicial, que los Estados deban aplicar y respecto de las cuales se predique el principio de confianza comunitaria. Añade la *House of Lords* argumentos sobre la bondad de la medida en tanto que refuerza la imperatividad de una cláusula arbitral; en este sentido aparece como una ventaja ofrecida por el ordenamiento del lugar del arbitraje. En el presente artículo se analizan la pertinencia de estas afirmaciones, haciéndose hincapié en particular en el alcance de la confianza comunitaria: que cierto item no esté regulado en el sistema comunitario no implica que no pueda verse afectado por él.

PALABRAS CLAVE: CLÁUSULA ARBITRAL - *ANTI-SUIT INJUNCTION* - CUESTIÓN PREJUDICIAL - REGLAMENTO (CE) NÚM. 44/2001 - CONFIANZA COMUNITARIA.

ABSTRAC: *On 2 April 2007, the House of Lords referred to the European Court of Justice the following question: "Is it consistent with EC Regulation 44/2001 for a court of a Member State to make an order to restrain a person from commencing or continuing proceedings in another Member State on the ground that such proceedings are in breach of an arbitration agreement?". The Lords stated a positive answer, arguing that arbitration is altogether excluded from the scope of the Regulation by article 1(2)(d); and that there is no set of uniform Community rules which Member States can or must trust each other to apply. They added that an anti-suit injunction restraining parties from acting in breach of the arbitration agreement may*

be regarded as one of the advantages which the chosen seat of arbitration has to offer. We analyze the appropriateness of these arguments, specially the one concerning mutual trust: the exclusion of a particular subject from the Community system does not immunize it against its influence.

KEY WORDS: ARBITRATION AGREEMENT - ANTI-SUIT INJUNCTION - PRELIMINARY RULING - EC REGULATION 44/2001 - MUTUAL TRUST