

***Arbitraje internacional y Reglamento  
Bruselas I Refundido***

Miguel GÓMEZ JENE \*

*Sumario:* I. Introducción. II. El Considerando 12 del Reglamento Bruselas I refundido como herramienta hermenéutica. III. Ámbito de aplicación del Considerando 12. 1. Exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I *refundido* (párrafos primero y cuarto). 2. Juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral (párrafos segundo y tercero). IV. Efectos de la nueva regulación: reinterpretación de la jurisprudencia española. V. Las *anti-suit injunctions* en forma de laudo: ¿son viables en el espacio judicial europeo? 1. El supuesto de hecho. 2. Las conclusiones del Abogado General: una crítica. 3. El nuevo art. 31 del Reglamento Bruselas I *refundido*. VI. Conclusiones.

*Resumen:* Arbitraje internacional y Reglamento Bruselas I refundido

El Considerando 12 del Reglamento Bruselas I *refundido* aborda la cuestión relativa al alcance de la exclusión del arbitraje de su ámbito de aplicación material. Un estudio detallado de los cuatro párrafos que lo componen demuestra, no obstante, que las modificaciones introducidas en este ámbito son mínimas. Así, el control incidental del convenio arbitral es una cuestión que debe considerarse incluida en el ámbito de aplicación material del nuevo Reglamento. Por su parte, las *anti-sui in-junction* dictadas en apoyo de un arbitraje siguen estando excluidas del ámbito de aplicación material del nuevo texto. Los argumentos que esgrime el Abogado General en sus Conclusiones al asunto *Gazprom* no son, en este sentido, convincentes.

*Palabras clave:* REGLAMENTO BRUSELAS I REFUNDIDO — ARBITRAJE — CONVENIO ARBITRAL — CONSIDERANDO 12 — ANTI-SUIT INJECTION.

*Abstract:* International Arbitration and the Recast Brussels I Regulation

*Recital 12 of the Recast Regulation address the issue concerning the exclusion of arbitration from the scope of the Regulation. A detailed study of the four paragraphs clearly shows that changes introduced in this field are minor. In this regard, incidental control of the validity of an arbitration agreement is included in the scope of the Regulation. On the contrary, anti-suit injunction in support of arbitration are still excluded of the scope of the Regulation. Therefore, Conclusions of the Advocate-General in the case Gazprom are not convincing.*

*Keywords: RECAST BRUSSELS I REGULATION – ARBITRATION – ARBITRATION AGREEMENT – RECITAL 12 – ANTI-SUIT INJUNCTION.*

## I. Introducción

1. No es habitual que un mero considerando –en particular, el número 12 del Reglamento Bruselas I *refundido*<sup>1</sup>– haya generado –como lo ha hecho– un debate doctrinal comparado tan intenso<sup>2</sup>. Una circunstancia excepcional, aún más en tanto que se ha producido sin estar en vigor la norma en cuyo Preámbulo se contiene.

2. Como es sabido, el Considerando 12 del Reglamento Bruselas I *refundido* pretende aclarar –con relativo éxito– el alcance de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del nuevo Reglamento. Fruto de una Enmienda del Parlamento Europeo<sup>3</sup>, la aparente

\* Profesor Titular de Derecho internacional privado (acreditado al cuerpo de catedráticos). UNED.

<sup>1</sup> Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DO L 351 de 20.12.2012.

<sup>2</sup> J.C. Fernández Rozas, “El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro”, *La Ley; Unión Europea*, n° 18, 2014, pp. 5–23; Deloitte, Nov. 2013; M. Pohl, “Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle”, *IPRax*, 2013, pp. 109–114; S. Bollée, “L’arbitrage et le nouveau Règlement Bruxelles I”, *Rev. Arb.*, 2013, pp. 979–987; S.P. Camilleri, “Recital 12 of the Recast Regulation: A new hope?”, *Int’l Comp. L. Q.*, 2013, pp. 899–916; G. Carducci, “The New EU Regulation 1215/2012 of 12 December 2012 on Jurisdiction and International Arbitration: With Notes on Parallel Arbitration, Courts Proceedings and the EU Commission’s Proposal”, *Arb. Int’l*, 2013, pp. 467–491; L. Hauberg Wilhelmsen, “The Recast Brussels I Regulation and Arbitration: Revisited or Revised?”, *Arb. Int’l*, 2014, pp. 169–185; A. Malatesta, “Il nuovo regolamento Bruxelles I–bis e l’arbitrato: verso un ampliamento dell’arbitration esclusión”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2014, pp. 5–22; B. Hess, “Schiedsgerichtsbarkeit und europäisches Zivilprozessrecht”, *JZ*, 11/2014, pp. 538–545.

<sup>3</sup> Respecto de las propuestas del Parlamento Europeo, *vid.* tanto el *Proyecto de Informe sobre la Propuesta de Reglamento* [28.6.2011–2010/0383 (COD)] como las *Enmiendas 59–120* [19.10.2011–2010/0383 (COD)]. Respecto de las propuestas de la Comisión, *vid.*, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia*

contradicción de los párrafos que lo componen reflejan perfectamente los intereses contrapuestos que a lo largo de la gestación del texto defendieron los distintos sectores implicados. De tal forma que, aunque la mencionada contradicción no llegue a ser tal, el texto finalmente adoptado no resuelve definitivamente las distintas tensiones y los distintos problemas técnicos que la relación arbitraje–jurisdicción genera en el espacio judicial europeo.

3. El objeto de este trabajo es, por tanto, indagar en el sentido y alcance de este considerando como herramienta hermenéutica en el contexto de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I *refundido*. Para ello, debemos empezar analizando en abstracto la eficacia de un considerando como criterio de interpretación de un Reglamento; es decir, debemos analizar si, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, el considerando constituye o no una herramienta hermenéutica necesaria –o irrenunciable– para delimitar el sentido y alcance de la cuestión a la que se refiere (II). En segundo lugar, procede delimitar los supuestos a los que el texto en cuestión ha querido referirse y, a partir de ahí, debe concretarse hasta qué punto las soluciones propuestas modifican en alguna medida el alcance de esta exclusión en los términos hasta ahora establecidos por el TJUE en su jurisprudencia (III). Delimitado el alcance de este considerando y puesto en relación con la jurisprudencia dictada sobre el particular por el TJUE, debe analizarse la relevancia de estos hipotéticos cambios desde la perspectiva española; esto es, debe analizarse la relevancia de estos cambios cuando sea un tribunal español el confrontado –desde una u otra perspectiva– con la validez de un convenio arbitral (IV). Por último, es obligado realizar una breve referencia a la cuestión prejudicial planteada en su momento por el Tribunal Supremo de Lituania ante el TJUE. En ella, se pregunta –con particular ingenio (*infra* 49)– sobre los efectos que una *anti-suit injunction* en forma de laudo arbitral puede tener sobre la aplicación de las normas de competencia judicial internacional del hoy Reglamento Bruselas I *refundido*. Las Conclusiones que sobre esta cuestión ha presentado el Abogado General Melchior Wathelet deben ser analizadas con

---

*civil y mercantil*, Bruselas, COM (2010) 748. Sobre las propuestas de la Comisión y el Parlamento Europeo, *vid.*, en la doctrina española: J.C. Fernández Rozas, “El Reglamento Bruselas I refundido...”, *loc. cit.*, pp. 41–44; M. Gómez Jene, “Arbitraje comercial internacional”, en E.M. Vázquez, M.D. Adam Muñoz y N. Cornago Prieto (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 675–694.

detenimiento, pues se apartan considerablemente de lo establecido por el TJUE en su jurisprudencia<sup>4</sup> (V).

## II. El Considerando 12 del Reglamento Bruselas I *refundido* como herramienta hermenéutica

4. La inclusión del nuevo Considerando 12 en el preámbulo del Reglamento Bruselas I *refundido* constituye, para cierto sector doctrinal, la base jurídica sobre la que se asienta una nueva interpretación del alcance de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del texto en cuestión. Es decir, el nuevo considerando justificaría, por sí mismo, una reinterpretación de la jurisprudencia del TJUE sobre el alcance de tal exclusión. Y más concretamente, constituiría la base jurídica en cuya virtud debería reconsiderarse el alcance de la sentencia *West Tankers*<sup>5</sup>.

Según el Abogado General Melchior Wathelet, el considerando en cuestión “explica la manera en que debe interpretarse y debería haberse interpretado siempre tal exclusión”<sup>6</sup>. La afirmación así hecha es, cuanto menos, infundada. Como a continuación se verá (*infra* III), los sucesivos *Informes* al Convenio de Bruselas de 1968<sup>7</sup> optaron en su momento por considerar incluida en el ámbito de aplicación material del Convenio la cuestión que, en aplicación de este considerando, pretende ahora excluirse: la relativa al control incidental de la validez del convenio arbitral<sup>8</sup>.

5. En cualquier caso, esta percepción del considerando como base jurídica proviene, básicamente, de los términos tan tajantes en los

---

<sup>4</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet presentadas el 4 diciembre 2014, as. C-536/13: “*Gazprom*” OAO. La cuestión prejudicial ha sido planteada estando en vigor el Reglamento Bruselas I o Reglamento 44/2001. No obstante, habida cuenta de la profusa interpretación que el Abogado General ha hecho del Considerando 12, parece lógico pensar que el Tribunal hará expresa mención al mismo.

<sup>5</sup> STJUE 10 febrero 2009, as. C-185/07. En este sentido, S.P. Camilleri, “Recital 12...”, *loc. cit.*, pp. 903-916. También se apoya únicamente en este considerando, S. Bollée, “L’arbitrage...”, *loc. cit.*, pp. 980-982.

<sup>6</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet, *cit.*, párrafo 91.

<sup>7</sup> *Vid.* nota a pie nº 8.

<sup>8</sup> Para un detallado análisis de los citados informes en este contexto, *vid.* M. Gómez Jene, “Propuestas de inclusión del arbitraje en el Reglamento 44/2001”, *CDT*, 2010, pp. 344-353. Los Informes (publicados en el DO C 189 de 28.7.1990) fueron citados por el TJUE en su sentencia *West Tankers*, FJ 25).

que está redactado<sup>9</sup>. Así, antes que poner de manifiesto los motivos que han llevado al legislador a promulgar determinada norma; antes que reflejar en términos generales el parecer del legislador ante una coyuntura determinada, el considerando en cuestión parece imponer –con frases imperativas– una interpretación necesaria para supuestos muy concretos. Desde esta perspectiva –se afirma– el uso de este tipo de frases imperativas –*mandatory language*– persigue un efecto muy concreto que debe ser respetado, cual es el de vincular directamente a los Estados miembros con la interpretación impuesta<sup>10</sup>. El hecho de que tales frases –con apariencia de preceptos– formen parte del preámbulo del texto no rebajaría el alcance de esta obligación, pues el párrafo segundo del art. 288 TFUE –a cuyo tenor: “El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”– así lo exige.

6. Que los preámbulos de un acto europeo tienen suma importancia de cara a la interpretación de un precepto es algo que no requiere de mayores explicaciones<sup>11</sup>. No obstante, la interpretación arriba expuesta no puede asumirse sin más; es decir, no puede aceptarse sin más la interpretación en cuya virtud el “tono” elegido por el legislador determina la eficacia que debe desplegar un considerando incluido en el preámbulo de un reglamento europeo<sup>12</sup>. Por más que el art. 288 TFUE establezca que los reglamentos europeos son obligatorios *en todos sus elementos*.

En efecto, como el TJUE ha tenido ocasión de precisar, la eficacia de un considerando como herramienta hermenéutica depende, básicamente, de que lo en él estipulado no vaya contra el *sistema y objetivos* del instrumento en el que se inserta<sup>13</sup>. Así, el TJUE ha precisado, con carácter general, que: “basta recordar que la exposición de motivos de un acto comunitario no tiene un valor jurídico vinculante y no puede ser invocada ni para establecer excepciones a las propias disposiciones del acto de que se trata ni para interpretarlas en un sentido

---

<sup>9</sup> Ya en este sentido, A. Malatesta, “Il nuovo...”, *loc. cit.*, pp. 13–13; G. Carducci, “The New EU Regulation...”, *loc. cit.*, pp. 467–470.

<sup>10</sup> En este sentido, G. Carducci, “The New EU Regulation...”, *loc. cit.*, p. 469.

<sup>11</sup> Con todo, desde la estricta perspectiva del ordenamiento jurídico español: “Los preámbulos o exposición de motivos carecen de valor normativo” (STC 150/1990, de 4 de octubre).

<sup>12</sup> No deja de llamar la atención el hecho de que el mismo legislador al hacer referencia al Considerando hable de “norma” (así, párrafo tercero del Considerando en cuestión: *Esta norma ha de entenderse...*).

<sup>13</sup> Insisten en esta cuestión, B. Hess, “Schiedsgerichtsbarkeit...”, *loc. cit.*, p. 540; también, A. Malatesta, “Il nuovo...”, *loc. cit.*, pp. 13–15.

contrario a su tenor literal..."<sup>14</sup>. Y más concretamente, en interpretación del Reglamento Bruselas I<sup>15</sup>, el TJUE ha establecido – comentando el alcance del Considerando 7 del Reglamento Roma II<sup>16</sup>– que: "En ningún caso la congruencia pretendida [por el Considerando citado] puede llevar a interpretar las disposiciones del Reglamento n° 44/2001 de una manera ajena al sistema y a los objetivos de éste"<sup>17</sup>.

7. Lo anterior en nuestro contexto significa, en primer lugar, que el Considerando 12 carece de valor jurídico vinculante, y, en segundo lugar, que no puede interpretarse de una forma tal que dé al traste con el *sistema* y los *objetivos* del Reglamento Bruselas I *refundido*; por más que su dicción sea clara, concisa y tajante. Conviene –aún a riesgo de ser reiterativos– insistir en esta idea: si lo estipulado en el Considerando 12 desvirtúa el *sistema* y *objetivos* del Reglamento, no debe tenerse en cuenta. Corresponde examinar, por tanto, hasta qué punto esto es o no así.

### III. Ámbito de aplicación del Considerando 12

#### 1. Exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I refundido (párrafos primero y cuarto).

8. El considerando en cuestión se compone de cuatro párrafos. El primero y cuarto párrafos no aportan absolutamente nada nuevo al estado de la cuestión (alcance de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del texto).

9. Así, en virtud del primero párrafo:

"El presente Reglamento no se aplica al arbitraje. Ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje remita a las partes al arbitraje o bien suspenda o sobresea el procedimiento, o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional".

---

<sup>14</sup> STJUE 25 noviembre 2005, as. C–136/04, FJ. 32 (citando, además, sentencias anteriores).

<sup>15</sup> B. Hess, "Schiedsgerichtsbarkeit...", *loc. cit.*, p. 540.

<sup>16</sup> Reglamento n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

<sup>17</sup> STJUE 16 enero 2004, as. C–45/13 FJ 22.

10. De una lectura del mismo se deprenen dos conclusiones: (i) que la primera frase no dice nada que no diga ya el mismo art. 1 del Reglamento; esto es, que el arbitraje está excluido del ámbito de aplicación material del texto. Y (ii) que la segunda frase se limita a reconocer dos cuestiones que nadie discute: la eficacia del efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz* allí donde este principio esté admitido<sup>18</sup> y la competencia de los tribunales de los Estados miembros para decidir de forma autónoma sobre la validez del convenio arbitral (en aplicación del artículo II del Convenio de Nueva York de 1958 [CNY])<sup>19</sup>.

En efecto, el principio *kompetenz-kompetenz* está expresamente aceptado por la jurisprudencia de varios países miembros<sup>20</sup> y ni partidarios ni detractores de la inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento *refundido* lo cuestionan<sup>21</sup>. También es unánimemente aceptada la competencia de los tribunales de los Estados miembros para decidir de forma autónoma sobre la validez del convenio arbitral. De hecho, si bien se mira, el párrafo en cuestión viene a decir lo mismo que ya dice el art. II.3º CNY: “El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”. Hasta aquí, por tanto, nada nuevo.

11. Pese a lo anterior, un sector doctrinal entiende que este primer párrafo del considerando constituye la base jurídica para revertir el sentido de la jurisprudencia *West Tankers*<sup>22</sup>. El argumento –que no comparto– gira en torno al alcance de la remisión al Derecho nacional que el mismo considerando establece. Y así, se concluye que la cuestión relativa a la declinatoria de jurisdicción (o juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral) es una cuestión que concierne al Derecho nacional y no al Reglamento. El segundo párrafo de este considerando no haría sino confirmar esta interpretación.

---

<sup>18</sup> En este sentido, M. Pohl, “Die Neufassung...”, *loc. cit.*, p. 110; G. Carducci, “The New EU Regulation...”, *loc. cit.*, pp. 470–471.

<sup>19</sup> B. Hess, “Schiedsgerichtsbarkeit...”, *loc. cit.*, p. 540.

<sup>20</sup> Sobre el significado del efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz*, así como sobre la jurisprudencia al respecto, *vid.* M. Gómez Jene, *El arbitraje internacional en la nueva Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007, pp. 105–109.

<sup>21</sup> B. Hess, T. Pfeiffer y P. Schlosser, *The Brussels I– Regulation (EC) No 44/2001*, Verlag C. H. Beck München, 2008, pp. 31–42.

<sup>22</sup> S. Bollée, “L’arbitrage...”, *loc. cit.*, pp. 981–983.

El razonamiento así planteado es rebatible. En efecto, el juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral (declinatoria) está comprendido –siempre lo estuvo– en el ámbito de aplicación material del hoy Reglamento Bruselas I *refundido*. Sin perjuicio de los argumentos que posteriormente se apuntarán (*infra* 25), baste ahora con señalar que remitir una cuestión tan importante al Derecho de los Estados miembros pondría en riesgo tanto el sistema como los objetivos del Reglamento. Y, en este sentido, el recurso al argumento del “efecto útil” –tal y como ha hecho el TJUE en su jurisprudencia *West Tankers*– está plenamente justificado. En palabras del TJUE (FJ 24):

“No obstante, aunque un procedimiento no esté contemplado en el ámbito de aplicación del Reglamento... puede tener consecuencias contrarias a su efecto útil, es decir, impidiendo que se cumplan los objetivos inherentes de las normas de conflicto de los órganos jurisdiccionales en materia civil y mercantil y de la libre circulación de las resoluciones en esta misma materia. Así sucede, en particular, cuando tal procedimiento impide que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro ejerza las competencias que tiene atribuidas en virtud del Reglamento...”

Por fin, el segundo párrafo del Considerando 12 –que no puede leerse aisladamente– sólo prevé la inaplicación del Capítulo III del Reglamento para reconocer la resolución judicial que resuelve la declinatoria (*infra* 21 ss).

12. Del mismo modo, tampoco comparto la opinión de quienes ven en este inciso un reconocimiento del legislador europeo al mejor posicionamiento del legislador nacional para regular las cuestiones vinculadas al arbitraje. En concreto, para regular las relaciones entre arbitraje y jurisdicción<sup>23</sup>. Y es que, si se tienen en cuenta todos los avatares que han rodeado a esta polémica cuestión (proceso legislativo y alcance del Considerando 12), lo único que, si acaso, puede constatar-se es una falta de consenso para avanzar en la armonización de esta materia. Lo cual es una lástima, pues no quiere verse que la disparidad jurisprudencial que hoy impera sobre la validez del convenio arbitral –en concreto, sobre la validez del convenio arbitral inserto en una cadena de contratos– se debe, paradójicamente, a la aplicación del CNY en este ámbito. Y es que, lejos de ser de aplicación el artículo II CNY para interpretar la validez formal del convenio arbitral, lo que en la práctica es de aplicación es el artículo VII CNY (*cláusula de compatibilidad*); es decir, en la práctica se esgrime la aplicación del artículo VII CNY para, en su virtud, llegar a la aplicación de la norma interna que regula la validez formal del convenio arbitral. Como por

---

<sup>23</sup> G. Carducci, “The New EU Regulation...”, *loc. cit.*, p. 470.

otro lado la jurisprudencia de los Estados miembros demuestra bien a las claras, la regulación e interpretación jurisprudencial de la validez del convenio inserto en una cadena de contratos es –lamentablemente– muy dispar. De hecho, si bien se mira, es esta circunstancia la que está en el origen en todos y cada uno de los casos que, o bien han llegado hasta el TJUE, o bien han acaparado una relevante atención doctrinal: entre otros muchos, *Marc Rich*<sup>24</sup>, *West Tankers*, *Dallah*<sup>25</sup>, *National Navigation*<sup>26</sup>... Por ello, sigue sin entenderse que esta cuestión no sea objeto de atención<sup>27</sup>.

13. El cuarto párrafo del Considerando 12 tampoco aporta nada nuevo. En su virtud:

“El presente Reglamento no debe aplicarse a ningún procedimiento incidental ni acción relacionados, en particular, con la creación de un tribunal arbitral, las facultades de los árbitros, el desarrollo del procedimiento de arbitraje o cualesquiera otros aspectos de tal procedimiento, ni a ninguna acción o resolución judicial relativa a la anulación, revisión, apelación, reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral”.

14. Bien mirado, el párrafo en cuestión no es más que una acertada síntesis de la delimitación que ya en su momento realizaron, tanto los distintos Informes relativos al hoy sustituido Convenio de Bruselas de 1968, como el TJUE en su sentencia *Marc Rich*<sup>28</sup>. En particular, el Informe *Schlosser* señaló al respecto que:

“El Convenio no se aplica a los procedimientos judiciales que sirven para la aplicación de un procedimiento de arbitraje, como los procedimientos de designación o de recusación de un árbitro, de determinación del lugar del arbitraje y de

---

<sup>24</sup> STJCE 25 julio 1991, as. C–190/89.

<sup>25</sup> *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. the Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2010] UKSC 46 (3 November 2010). En este asunto, la *Supreme Court* británica llegó a la conclusión –tras un exhaustivo examen de las circunstancias del caso– que entre las partes implicadas no existía un convenio arbitral. En consecuencia rechazó el executur del correspondiente laudo. Ese mismo laudo había sido previamente sometido a anulación en Francia. La *Cour d'Appel* de París –que realizó un examen igualmente exhaustivo– entendió, por el contrario, que entre las partes sí existía un convenio arbitral. Sobre esta sentencia *vid.* G. Cuniberti, “Quelle coordination entre systèmes juridiques adoptant des représentations différentes de l'arbitrage International?”, *Les Cahiers de l'Arbitrage / The Paris Journal of International Arbitration*, 2010–1; pp. 159–171; J. Grierson, M. Taok, “Dallah: Conflicting Judgements from the U. K. Supreme Court and the Paris Cour d'Appel”, *J. Int'l Arb.*, 2011, pp. 407–422.

<sup>26</sup> *National Navigation Co v. Endesa Generación SA*, 1.4.2009, *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, [2009] EWHC 196 (Comm).

<sup>27</sup> Con todo detenimiento, M. Gómez Jene, “Propuestas de inclusión del arbitraje en el Reglamento 44/2001”, *CDT*, 2010, pp. 340–358.

<sup>28</sup> *Vid.* nota a pie nº 8.

prórroga del plazo fijado para el pronunciamiento de la sentencia o las resoluciones prejudiciales sobre cuestiones de fondo... Asimismo, el Convenio no se aplica a las resoluciones judiciales que declaren la validez o la nulidad de un compromiso arbitral o que obliguen a las partes a no proseguir un procedimiento de arbitraje por ser éste inválido... El Convenio tampoco se aplica a los procedimientos y resoluciones relativos a las demandas de anulación, de modificación, de reconocimiento y de ejecución de laudos arbitrales. Lo mismo ocurre con las resoluciones judiciales que 'registren' laudos arbitrales..."

15. No obstante lo anterior, tampoco falta quienes ven en este cuarto párrafo una posible base jurídica a partir de la cual podría considerarse superada la jurisprudencia *West Tankers*<sup>29</sup>. En esencia, el argumento principal a favor de este criterio residiría en la alusión que este párrafo hace a la exclusión de los *procedimientos incidentales* del ámbito de aplicación del Reglamento. A mi juicio, sin embargo, tal conclusión es algo precipitada. Y lo es, porque el alcance de la expresión *procedimientos incidentales* ya ha sido matizada por el TJUE. De hecho, en su sentencia *West Tankers*, el TJUE no hizo sino ampararse en la jurisprudencia *Marc Rich* y *Van Uden* para sustentar el sentido de su fallo en lo que a la exclusión de determinados procedimientos vinculados al arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento respecta. En efecto, fue en su momento el Informe *Schlosser* el que introdujo el criterio todavía hoy en vigor para delimitar el alcance de la exclusión que estamos considerando. Tal criterio se basa en la distinción entre procedimientos judiciales que sirven para la aplicación de un procedimiento de arbitraje y aquellos otros procedimientos judiciales que no sirven a tal fin<sup>30</sup>. En su sentencia *Van Uden*, el TJUE institucionalizó definitivamente tal distinción, distinguiendo entre *procedimientos de aplicación* de un arbitraje y *procedimientos de apoyo* de un arbitraje. De tal forma, que los primeros quedaban excluidos del ámbito de aplicación material del hoy Reglamento Bruselas I *refundido* y los segundos incluidos.

16. El problema que plantea este criterio reside, claro está, en determinar cuándo estamos ante uno u otro<sup>31</sup>. En virtud de la sentencia *Van Uden*, ostentarán la calificación de *procedimientos de aplicación* aquéllos cuyo objeto verse directamente sobre arbitraje y cuya

---

<sup>29</sup> S. P. Camilleri, "Recital 12...", *loc. cit.*, p. 904. No obstante, el mismo autor encuentra argumentos para refutar su afirmación inicial.

<sup>30</sup> Informe *Schlosser*, *cit.* nota a pie n° 8, n° marginal 64, p. 203.

<sup>31</sup> Sobre esta distinción, con todo detenimiento, F. Gascón Inchausti y M. Gómez Jene, "Arbitraje, medidas cautelares y Convenio de Bruselas (a propósito de la sentencia del TJCE de 17 noviembre 1998 en el asunto *Van Uden c. Deco Line*)", *Tribunales de Justicia*, 1999/4, pp. 303–317.

resolución se revela indispensable para su desarrollo (el ejemplo más claro es el del procedimiento para el nombramiento de un árbitro). Estos procesos, en armonía con lo establecido en la sentencia *Marc Rich*, están excluidos del ámbito material del Reglamento. En cambio, cuando el objeto del litigio no sea de modo directo una *cuestión* arbitral en sí, sino que lo integre una solicitud de tutela de derechos incluidos en el ámbito de aplicación del citado instrumento, y además tal objeto no sea absolutamente indispensable para solventar posibles inconvenientes que trastornasen el normal devenir del arbitraje, estaríamos ante un *procedimiento de apoyo* y, por lo tanto, el Reglamento sería aplicable.

17. La distinción así hecha no es del todo satisfactoria, pues no todos los supuestos posibles encajan en la distinción propuesta. Piénsese, por ejemplo, en la sentencia que *funde* –incorpora– un laudo o en la misma *anti-suit injunction*. Con todo, parece claro que la *anti-suit injunction* puede calificarse como *procedimiento de apoyo* antes que como *procedimiento de aplicación*: la *anti-suit* no es en absoluto una medida indispensable para el desarrollo del arbitraje. Dicho llanamente: un arbitraje puede celebrarse con o sin *anti-suit* de por medio<sup>32</sup>. Desde esta perspectiva, por tanto, la decisión del TJUE sobre la exclusión de las *anti-suit injunction* del ámbito de aplicación del Reglamento es atacable.

Lo que ocurre, lo que parece querer olvidarse, es que la exclusión de la *anti-suit injunction* del ámbito de aplicación material del Reglamento no se debe, no está afectada por esa distinción. La *anti-suit injunction* está excluida de dicho ámbito de aplicación por la injerencia inaceptable que supone en la competencia de un órgano judicial extranjero. Lo cual, además, supone también una quiebra intolerable de un principio del Reglamento, cual es el principio de *confianza mutua*<sup>33</sup>.

Por lo demás, la referencia que este considerando hace a la exclusión de todos los *procedimientos incidentales* del ámbito de aplicación del Reglamento, debe entenderse como una referencia general en virtud de la cual quedan englobados bajo esa denominación todos los procedimientos que se enumeran a continuación: por ejemplo, acciones relacionadas con la constitución de un colegio arbitral. Es más, en la medida en que todos los procedimientos citados son, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, *procedimientos de aplicación*, puede incluso

---

<sup>32</sup> Con mayor razón si se asume una concepción transnacional del arbitraje internacional; en este sentido, E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 101–126.

<sup>33</sup> Sobre esta cuestión *vid.* STJUE 27 abril 2012, as. C-159/02: *Turner*.

concluirse que la distinción hecha por el TJUE ha quedado definitivamente institucionalizada<sup>34</sup>.

18. Una lectura sistemática de este párrafo –teniendo en consideración los párrafos segundo y tercero– no hace sino reforzar la conclusión anterior, pues confirma sin resquicio de duda que el procedimiento *incidental* más relevante (el que trata sobre la validez del convenio arbitral en el cauce de la declinatoria) está incluido en el ámbito de aplicación del instrumento europeo (*infra* 20 ss).

## 2. Juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral (párrafos segundo y tercero).

19. Mucho más problemática, sin embargo, resulta la interpretación de los párrafos segundo y tercero del Considerando 12. Ambos abordan –cierto es– supuestos distintos, pero supuestos tan estrechamente vinculados entre sí que, a mi juicio, impiden una interpretación aislada de cada uno de ellos. La interpretación sistemática de ambos párrafos es, como se verá, necesaria para alcanzar cierta coherencia en el sistema del Reglamento.

### 20. Estos párrafos disponen:

“A la hora de resolver sobre la nulidad de pleno derecho, la ineficacia o la inaplicabilidad de un convenio arbitral, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no deben estar sujetos a las normas de reconocimiento y ejecución establecidas en el presente Reglamento, con independencia de que se pronuncien a ese respecto con carácter principal o como cuestión incidental.

Por otra parte, el hecho de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el ejercicio de su competencia con arreglo al presente Reglamento o al Derecho nacional, declare la nulidad de pleno derecho, ineficacia o inaplicabilidad de un convenio de arbitraje no debe impedir el reconocimiento ni, en su caso, la ejecución de la resolución de dicho órgano en cuanto al fondo del asunto conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento. Esta norma ha de entenderse sin perjuicio de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para resolver sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 junio 1958 (‘el Convenio de Nueva York de 1958’), que prevalece sobre el presente Reglamento”.

21. Como puede constatarse, los párrafos en cuestión tratan dos cuestiones: la relativa a la eficacia del convenio arbitral y la relativa a la eficacia de la sentencia judicial sobre el fondo de la cuestión.

---

<sup>34</sup> La versión alemana en este punto es más acertada, pues habla de *Nebenverfahren* con carácter general para luego listar, con carácter particular, algunos procedimientos que se consideran *Nebenverfahren*: por ejemplo, aquéllos que están en relación con la constitución del colegio arbitral.

En concreto, el segundo párrafo del Considerando 12 (primero de los enunciados) regula la validez del convenio arbitral considerando dos supuestos. El primer supuesto es aquel en el que se plantea a título *principal* la validez de un convenio arbitral. Es decir, un supuesto en que alguna de las partes –aparentemente vinculada por un convenio– plantea ante la jurisdicción una demanda mero declarativa con el único objeto de obtener un pronunciamiento sobre la validez del mismo. Esta acción, que sólo es posible en algunas jurisdicciones<sup>35</sup>, suele perseguir dos objetivos: o bien reforzar la legitimidad del arbitraje, o bien evitar el reconocimiento en ese Estado de un laudo arbitral posterior. Se trata, por lo que ahora importa, de una acción ya excluida del ámbito de aplicación material del Convenio de Bruselas de 1968 –hoy Reglamento Bruselas I *refundido*–<sup>36</sup>. Por consiguiente, en puridad, este primer inciso tampoco aporta nada nuevo al tema en cuestión.

22. El segundo supuesto previsto en este párrafo supone, por el contrario, una novedad muy relevante, pues parece –su tenor es realmente confuso– querer excluir del ámbito de aplicación del Capítulo III del Reglamento –disposiciones en materia de *Reconocimiento y ejecución*– un supuesto que hasta ahora sí se había considerado incluido en el mismo. Se trata, dicho sea de paso, de la única novedad que incluye el Considerando 12 respecto del alcance de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento.

El supuesto que este inciso pretende excluir del ámbito de aplicación del texto es, precisamente, el que dio lugar a la sentencia de la *Court of Appeal* en el asunto *National Navigation Co v. Endesa Generación SA*<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Tal acción, sin embargo, no puede plantearse ante los tribunales españoles (*vid.* art. 7 LA).

<sup>36</sup> Expresamente en este sentido, *Informe Schlosser* (*cit.* nota a pie nº 8) y la sentencia *Marc Rich* del TJUE (*cit.* nota a pie nº 24).

<sup>37</sup> *National Navigation Co v. Endesa Generación SA (The Wadi Sudr)*, 17.12.2009, EWCA Civ 1397. La sentencia revoca la sentencia *National Navigation Co v. Endesa Generación SA (The Wadi Sudr)*, 1 abril 2009, *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, [2009] EWHC 196 (Comm). Para una crítica a esta última, *vid.* M. Gómez Jene, "Propuestas...", *loc. cit.*, pp. 344–356. La sentencia *West Tankers* no ha solucionado todos los problemas que la relación arbitraje – Reglamento Bruselas I ha suscitado ante la jurisdicción inglesa. Así, además de las sentencias citadas, *vid.*: *DHL v. Fallimento Finmatica*, 20 febrero 2009, *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, [2009] EWHC 291 (Comm); y *Youell and others v. La Reunion Aérienne and others*, 11 marzo 2009, *Court of Appeal*, [2009] EWCA Civ 175. Todas las sentencias disponibles en: [www.bailii.org](http://www.bailii.org)

Los datos relevantes sobre este caso son los siguientes: en el marco de un pleito entre una empresa española y unos armadores británicos, el Juzgado de lo Mercantil de Almería resolvió negativamente una excepción de sumisión a arbitraje (declinatoria) por considerar que el convenio arbitral controvertido no era aplicable al supuesto objeto de la controversia. Se instó el *execuatur* en Londres de la resolución judicial del Juzgado de Almería en cuya virtud se consideraba que el convenio arbitral no alcanzaba al litigio controvertido (resolución que resolvía la declinatoria planteada). A su vez, la parte interesada en iniciar el arbitraje solicitó del juez inglés una sentencia mero declarativa en cuya virtud se declarase la validez del convenio arbitral. En este contexto, la *High Court* denegó el *execuatur* de la resolución judicial española en aplicación de la excepción de orden público (motivo de denegación del *execuatur* previsto en el art. 34.1º Reglamento Bruselas I). Básicamente, estimó que sería contrario al orden público inglés reconocer una sentencia extranjera dictada "*in breach*" de un convenio arbitral válido a la luz de su ley aplicable, así como que también sería contrario al orden público inglés incumplir con la obligación internacional prevista en el artículo II del CNY. Sin embargo, sí dictó la mero declarativa solicitada, argumentando que "*the purpose of the declaration sought... is not prevent or impede the Almería Court from assuming, or deciding upon, its own jurisdiction*". O lo que es lo mismo: "*any declaration granted by this Court would not threaten or impede or otherwise obstruct any decision by the Spanish court as to its own jurisdiction*". Importa destacar que para dictar esta sentencia, la *High Court* tomó en consideración la jurisprudencia *West Tankers* —en la medida en que consideró incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I la resolución dictada por el juzgado español, pero no la acción relativa a la mera declaración sobre la validez del convenio arbitral—.

La *Court of Appeal*, por su parte, revirtió el sentido de aquel fallo. En esencia, ante la *Court* se planteó si, en aplicación del Reglamento Bruselas I, un tribunal inglés quedaba o no vinculado por la decisión del tribunal español sobre la validez del convenio arbitral. La respuesta positiva que la *Court* dio a esta cuestión —coincidiendo así con el criterio jurisprudencial mayoritario<sup>38</sup>—, se construyó a partir de tres argumentos extraídos parcialmente de la jurisprudencia *West Tan-*

---

<sup>38</sup> Vid. jurisprudencia anterior en, M. Gómez Jene, "Convenio arbitral y orden público europeo (a propósito de la STJCE 28 marzo 2000 en el asunto *Krombach c. Bamberski*)", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 209, Sept/ oct. 2000, pp. 88–90.

kers, a saber: (i) La cuestión sometida a juicio ante el tribunal español está incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento. (ii) El hecho de que la cuestión relativa a la validez del convenio arbitral esté excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento no implica que la sentencia extranjera que se dicte sobre el fondo no pueda ser reconocida en Inglaterra; es más, tal circunstancia también debe ser tenida en cuenta por el tribunal arbitral: "*A judgment of a foreign court which is regarded under English of conflicts of law rules as having jurisdiction and which is final and conclusive on the merits is entitled to recognition at common law... It follows, therefore, that arbitrators applying English law are bound to give effect to that rule*". Y, (iii) el hecho de que el tribunal inglés haga otra apreciación sobre la validez del convenio arbitral no es razón suficiente como para aplicar la excepción de orden público.

De este modo, la *Court* vino a ratificar la interpretación que en su momento hizo la *High Court of Justice* con ocasión del asunto "*The Heidberg*"<sup>39</sup>. En este caso –recuérdese–, la *High Court* estimó que una sentencia dictada por el *Tribunal de Commerce* de Burdeos, que resolvía sobre el fondo del litigio tras rechazar la validez del convenio arbitral, entraba en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I y, en consecuencia, estimó también que el tribunal inglés estaba obligado a reconocerla.

23. A la luz del nuevo párrafo del Considerando 12, una resolución judicial –como la dictada por el Juzgado de Almería– que resuelva por el cauce de la declinatoria sobre la validez de un convenio arbitral no debe ser reconocida en aplicación de las normas de *reconocimiento y ejecución* del Reglamento<sup>40</sup>. Es decir, una resolución judicial que, en definitiva, confirma la competencia del Juzgado para conocer sobre el fondo del asunto, no debe ser reconocida en aplicación del Capítulo III del Reglamento<sup>41</sup>. Sin embargo, la posterior resolución del mismo Juzgado resolviendo sobre el fondo de la cuestión, sí debe ser reconocida en aplicación del Reglamento. Así lo contempla expresamente el tercer párrafo del Considerando 12. Recuérdese:

---

<sup>39</sup> *Asunto Partenreederei M / S 'Heidberg' and Vega Reederei Friedrich Dauber c. Grosvenor Grain and Feed Co. LTD. Union Nationale des Cooperatives Agricoles de Cereales and Assurances Mutuelles Agricoles, Queen's Bench Division (Commercial Court)*, 8, 9, 13, 14 y 16 diciembre 1993, [1994] vol. 2, *Lloyd's Law Reports*, pp. 287–314.

<sup>40</sup> No obstante, *vid.*, B. Hess, "Schiedsgerichtsbarkeit...", *loc. cit.*, pp. 541–542.

<sup>41</sup> Lo cual, lamentablemente, tiene otra consecuencia, a saber: que la resolución judicial que resuelve la declinatoria *declarando la validez* del convenio arbitral, tampoco puede ser reconocida en aplicación del Reglamento.

“... el hecho de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el ejercicio de su competencia con arreglo al presente Reglamento o al Derecho nacional, declare la nulidad de pleno derecho, ineficacia o inaplicabilidad de un convenio de arbitraje no debe impedir el reconocimiento ni, en su caso, la ejecución de la resolución de dicho órgano en cuanto al fondo del asunto conforme a los dispuesto en el presente Reglamento”.

24. Pues bien, pese al claro tenor del párrafo tercero, estima el Abogado General Melchior Wathelet en sus Conclusiones al asunto *Gazprom* que “el control incidental de la validez de un convenio arbitral está excluido del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I (refundición), puesto que de no ser así, las normas sobre reconocimiento y ejecución de dicho Reglamento serían aplicables a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales estatales relativas a la validez de un convenio arbitral”<sup>42</sup>. Este criterio se deduciría, además, de los antecedentes legislativos del nuevo Reglamento. En su virtud, la intención del legislador de la Unión habría sido la de “corregir la línea divisoria que trazó el Tribunal de Justicia entre el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I y la materia del arbitraje”<sup>43</sup>. A partir de aquí, y ya en referencia al supuesto de hecho que dio origen a la sentencia *West Tankers*, estima también que “la interposición de un recurso ante el Tribunale di Siracusa cuyo fondo está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I (siendo en este caso la cuestión de la validez del convenio arbitral una cuestión incidental o previa) no habría afectado a la facultad de los órganos jurisdiccionales ingleses de dictar *anti-suit injunctions* en apoyo del arbitraje porque, de acuerdo con el segundo párrafo del considerando 12, el control incidental de la validez de un convenio arbitral está excluido del ámbito de aplicación de dicho Reglamento”<sup>44</sup>. De tal modo que si el asunto que dio lugar a la sentencia *Allianz* [léase *West Tankers*]... se hubiese ventilado con arreglo al régimen del Reglamento Bruselas I (refundición) el Tribunale di Siracusa sólo habría podido conocer del fondo del asunto sobre la base de este Reglamento, a partir del momento en que hubiera considerado que el convenio arbitral era nulo, ineficaz o inaplicable”<sup>45</sup>. O dicho de otro modo, “la *anti-suit injunction* que fue objeto de la sentencia *Allianz*... no se habría considerado incompatible con el Reglamento Bruselas I”<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet, cit., párrafo 127.

<sup>43</sup> *Ibid.*, párrafo 132.

<sup>44</sup> *Ibid.*, párrafo 135.

<sup>45</sup> *Ibid.*, párrafo 133.

<sup>46</sup> *Ibid.*, párrafo 134.

25. Antes de analizar los argumentos que expone el Abogado General en sus Conclusiones conviene hacer una precisión. Y es que, la inclusión de la cuestión relativa al control incidental del convenio arbitral en el ámbito de aplicación del Reglamento no es consecuencia de la jurisprudencia *West Tankers*. Se trata, antes al contrario, de una cuestión que ya estaba prevista –y resuelta– en los *Informes* al Convenio de Bruselas de 1968<sup>47</sup> y que ya fue asumida por el TJUE en su sentencia *Marc Rich*.

En efecto, el *Informe Schlosser* (numeral 62) estableció que:

“...el punto 4 del párrafo segundo del art. 1 del Convenio sólo cubre los procedimientos que se desarrollen ante los tribunales estatales en los casos en que dichos procedimientos se vinculen a la pretensión principal de un procedimiento arbitral, y no cuando se refieran sólo incidentalmente a la cuestión de la validez de un compromiso arbitral con ocasión del examen de la competencia del tribunal”.

Y en el mismo sentido, el Informe *Evrigenis y Kerameus* (numeral 35) estableció que: “...cabe considerar como propio del Convenio el control incidental de la validez del acuerdo de arbitraje”

Por su parte, el considerando 28 de la sentencia *Marc Rich* ya estableció que: “la circunstancia de que se suscite una cuestión previa sobre la existencia o la validez del convenio arbitral no tiene incidencia alguna en la exclusión del ámbito de aplicación del Convenio de un litigio cuyo objeto sea la designación de un árbitro”. O dicho de otro modo, el hecho de que la cuestión previa esté incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento (el juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral) no implica que la cuestión principal en cuyo seno se suscita (en el caso, procedimiento de designación de árbitro) también deba estarlo. En consecuencia, puede afirmarse que la sentencia *West Tankers* no hace en este punto más que confirmar lo que el mismo TJUE ya apuntó en la sentencia *Marc Rich* y, desde esta perspectiva, puede afirmarse también que ambas sentencias son perfectamente coherentes.

26. En cualquier caso, llama la atención que, sobre este particular, el Abogado General base su criterio en una interpretación aislada del segundo párrafo. En efecto, la interpretación obligada en este contexto es la interpretación sistemática (teniendo en cuenta el tenor del párrafo siguiente), por cuanto es la única que ofrece una visión completa del supuesto que pretende regularse. Y así, resulta que el tercer párrafo del Considerando 12 matiza claramente el alcance de la exclu-

---

<sup>47</sup> *Vid.* nota a pie nº 8

sión prevista en el segundo (el control incidental del convenio arbitral). Otra vez:

“... el hecho de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el ejercicio de su competencia con arreglo al presente Reglamento o al Derecho nacional, declare la nulidad de pleno derecho, ineficacia o inaplicabilidad de un convenio de arbitraje no debe impedir el reconocimiento ni, en su caso, la ejecución de la resolución de dicho órgano en cuanto al fondo del asunto conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento”.

Es decir, lo que, evidentemente, no queda, no puede quedar excluido del Reglamento es el juego de sus normas de competencia cuando se presenta una demanda sobre el fondo ante un tribunal de un Estado miembro e incidentalmente –por el cauce de la declinatoria– se impugna su competencia por entenderse que existe un convenio arbitral válido. Por ello, el tercer párrafo del Considerando 12 impone la aplicación del Reglamento para reconocer la sentencia sobre el fondo que se dicte como consecuencia de haberse declarado previamente –por el cauce de la declinatoria– la ineficacia del convenio arbitral. Lo anterior, además, es totalmente coherente con lo estipulado en el segundo párrafo, que bien se cuida de precisar que lo único que queda excluido del ámbito de aplicación del texto es el reconocimiento de la resolución judicial que, en el marco de una declinatoria, resuelve sobre la validez del convenio. En este caso concreto: *los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no deben estar sujetos a las normas de reconocimiento y ejecución establecidas en el presente Reglamento...*

27. Por otro lado, la interpretación que propone el Abogado General se antoja imposible. Imposible por impracticable. Y es que, a juzgar por lo expuesto en el párrafo 133 de sus Conclusiones, pretende el Abogado General que las normas de competencia judicial del Reglamento sólo se apliquen “*a partir del momento* en que el tribunal competente considere que el convenio arbitral controvertido se declare nulo, ineficaz o inaplicable” (*supra* 24). Lo que no indica, sin embargo, es el modo en que esa particular aplicación de las normas de competencia del Reglamento debe llevarse a cabo. Omisión lógica, por cuanto resulta imposible imaginar un cauce procesal que satisfaga tal planteamiento y que, a su vez, sea coherente con los objetivos del Reglamento. En efecto, si las normas de competencia del Reglamento sólo pudiesen ser aplicadas a partir del momento en que se hubiese resuelto la declinatoria: ¿Cómo debería entonces justificar el demandante la competencia judicial internacional del tribunal ante el que presenta la demanda?, ¿debería invocar las normas de competencia

interna a la espera de una posible —y sólo posible— declinatoria del demandado? Como puede constatarse, el desarrollo técnico de la interpretación que propone es, sencillamente, inviable.

28. Por último, conviene traer a colación en este contexto el argumento que ya en su momento asumió un mayoritario sector doctrinal para zanjar la cuestión en el sentido que hasta ahora ha asumido el TJUE: la exclusión del control incidental de la validez del convenio arbitral del ámbito de aplicación material del hoy Reglamento Bruselas I *refundido* daría al traste con los objetivos del Reglamento, pues bastaría alegar la mera existencia de un convenio arbitral para impedir la aplicación de sus normas de competencia<sup>48</sup>.

29. Lo dicho en los párrafos anteriores puede extractarse de la siguiente manera: nada hay en los párrafos del considerando transcrito que impida a un tribunal competente en virtud de las normas de competencia del Reglamento pronunciarse a título incidental sobre la cuestión relativa a la validez del convenio. Antes al contrario, el tercer párrafo del Considerando 12 lo acepta implícitamente y, en este sentido, exige el reconocimiento de la sentencia que dicho tribunal pueda dictar sobre el fondo. Únicamente la resolución judicial dictada en el marco de una declinatoria negando —o afirmando— la validez del convenio queda fuera del ámbito de aplicación del Capítulo III del Reglamento.

30. No obstante, queda todavía por determinar si, en aplicación de las normas de reconocimiento y ejecución del Reglamento, puede denegarse el reconocimiento de la sentencia judicial que resuelve sobre el fondo. Es decir, queda por determinar si la consideración del tribunal de origen sobre la validez del convenio puede justificar la aplicación de alguno de los motivos de denegación del *execuátur* previstos en el Reglamento (*v.gr.* orden público).

31. A mi juicio, una vez resuelta la cuestión relativa a la validez del convenio arbitral —en sentido negativo— y una vez resuelta también la cuestión principal, no puede aceptarse en sede de *execuátur* el juego de la cláusula de orden público para, en su virtud, denegar el reconocimiento de la sentencia sobre el fondo. Esta última afirmación se

---

<sup>48</sup> Este argumento ya ha sido reiteradamente señalado en la doctrina comparada. Al respecto, con todo detenimiento, M. Gómez Jene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: La eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000, pp. 130–138.

deduce de la sentencia *Krombach* del TJUE<sup>49</sup>. Con carácter preliminar, esta sentencia recordó que el TJUE tiene competencia para “controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante” (nº marginal 23). A partir de aquí –afirma el TJUE– para considerar la vertiente procesal del orden público debe constatar, sobre todo, la infracción de un derecho procesal fundamental. Y en este sentido, entiendo que no puede apreciarse una lesión manifiesta de los derechos fundamentales de las partes cuando la alegación sobre la validez del convenio arbitral haya sido debidamente tratada –y resuelta– en el seno de una declinatoria. En efecto, la apreciación hecha por el juez en el marco de la declinatoria no quebranta el derecho a un juicio justo que ampara a las partes (*vid.* nº marginal 26 de la sentencia). El argumento así planteado debería, por sí solo, ser suficiente para no aceptar el juego de la cláusula de orden público en el supuesto particular que contemplamos.

32. Pero de no considerarse así, el Tribunal nos ofrece en esta sentencia otro argumento basado en la sistemática del hoy Reglamento Bruselas I *refundido*. Así, recuerda el TJUE en este fallo que “el orden público del Estado requerido no puede oponerse al reconocimiento o a la ejecución de una resolución dictada en otro Estado contratante por el solo hecho de que el tribunal de origen no haya respetado las normas del Convenio [léase Reglamento] relativas a la competencia” (*vid.* nºs marginales 32 y 33).

Pues bien, habida cuenta la naturaleza del convenio arbitral (un convenio de origen contractual que despliega efectos procesales) puede afirmarse que la revisión en sede de ejecutur del pronunciamiento del tribunal de origen sobre la validez del convenio equivaldría, indirectamente, a una revisión de su competencia. De tal forma que, si el tribunal del Estado de destino en aplicación de la cláusula de orden público decidiera no reconocer la sentencia, estaría cuestionando la competencia del juez del Estado de origen; pues para el juez del Estado de destino ésta radicaría en los tribunales arbitrales. En consecuencia, se estaría vulnerando la prohibición de revisión de la competencia judicial del juez del Estado de origen que impone el art. 45.3º del hoy Reglamento Bruselas I *refundido*; artículo que, en vir-

---

<sup>49</sup> STJCE 28 marzo 2000, as. C-7/98. Sobre la relevancia de esta sentencia en el ámbito ahora controvertido, con todo detenimiento, M. Gómez Jene, “Convenio arbitral y orden público europeo...”, *loc. cit.*, pp. 86–92.

tud de lo establecido en la sentencia *Krombach*, será de aplicación con independencia del título competencial invocado por el juez del Estado de origen para basar su competencia.

33. Por otro lado, el hecho de que el nuevo Reglamento Bruselas I *refundido* no haya modificado la lista de motivos de denegación del execuátur, constituye un dato adicional a favor de la interpretación arriba defendida. Y es que, habida cuenta del precedente que constituye la sentencia *Krombach*, el legislador podría, o bien haberse manifestado sobre este supuesto en el Considerando 12, o bien haber introducido un motivo de denegación *ad hoc* para este supuesto<sup>50</sup>.

34. Lo anterior, en perspectiva española, supone lo siguiente. Si ante un tribunal se plantea una demanda sobre una cuestión incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento y, en el mismo devenir del proceso, se plantea una declinatoria por existencia de un convenio arbitral (*ex art. 63 LEC/2000*), la resolución judicial resolviendo sobre esa declinatoria no podrá reconocerse en un Estado miembro en aplicación del Capítulo III del Reglamento Bruselas I *refundido*. Por el contrario, la resolución judicial resolviendo sobre el fondo del asunto debe reconocerse en cualquier otro Estado miembro en aplicación del mismo Capítulo.

35. Repárese, no obstante, que la resolución incidental sobre la validez del convenio arbitral sí podría, en principio, reconocerse en aplicación del régimen legal autónomo (o régimen interno) en materia de execuátur. No obstante esta afirmación, debe matizarse también que la particularidad de cada supuesto puede exigir una respuesta distinta. Así, por ejemplo, una excepción a esta regla podría constituir aquel supuesto en el que alguna de las partes solicitase ante el tribunal de la sede del arbitraje una sentencia mero declarativa sobre la validez del convenio –si es que esta acción fuera posible en ese foro<sup>51</sup>–. Si ese fuera el caso; esto es, si una de las partes hubiera instado esa acción, el riesgo de decisiones inconciliables –aunque no expresamente previsto entre los motivos de denegación de la vetusta LEC/1881– debería ponderarse y, en su caso, denegar el reconocimiento en aplicación de la cláusula de orden público. También debería ponderarse la apli-

---

<sup>50</sup> Sobre este último argumento (motivo adicional de denegación del reconocimiento), *vid.* L. Hauberg Wilhelmsen, "The Recast Brussels I Regulation...", *loc. cit.*, p.182; B. Hess, "Schiedsgerichtsbarkeit...", *loc. cit.*, p. 540.

<sup>51</sup> Esta acción sería posible, por ejemplo, ante los tribunales alemanes (*vid.* § 1032 ZPO).

cación de tal motivo de denegación si en el momento en que se solicitase el reconocimiento de esa sentencia existiese ya un laudo arbitral interlocutorio resolviendo esta cuestión en favor del arbitraje.

36. Una última cuestión plantea el tercer párrafo *in fine* del Considerando. En su virtud:

“Esta norma ha de entenderse sin perjuicio de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para resolver sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 junio 1958 (‘el Convenio de Nueva York de 1958’), que prevalece sobre el presente Reglamento”.

37. Más allá del error que supone hablar de “norma” en referencia a las contundentes afirmaciones que recoge el Considerando (no son normas, son meras afirmaciones), la prevalencia que se proclama del CNY respecto del Reglamento (expresamente recogida en el art. 73 del mismo) plantea, al menos, dos cuestiones.

38. La primera es que el ámbito de aplicación de ambos instrumentos no coincide, por lo que, con excepción del supuesto que a continuación se verá, la colisión entre ambos textos es altamente improbable. La segunda cuestión gira en torno a los límites que el TJUE ha impuesto a la prevalencia de otros instrumentos internacionales sobre el Reglamento. Y en este sentido, debe recordarse que el art. 73, por más que asegure que el Reglamento Bruselas I *refundido* no afectará a la aplicación del CNY, debe –según el TJUE–

“... interpretarse en el sentido de que se opone a que un convenio internacional sea interpretado de forma que no quede garantizado, en condiciones al menos tan favorables como las establecidas en dicho Reglamento [sic], el respeto de los objetivos y principios que inspiran este Reglamento”<sup>52</sup>.

Con esta jurisprudencia a la vista, procede indagar entonces sobre el efecto que la afirmación (hecha en el Considerando 12) relativa a la prevalencia del CNY tendría en un supuesto como el que dio origen a la sentencia de la *Cour of Appeal* en el asunto *National Navigation Co v. Endesa Generación SA* (*supra* 22). Es decir, si finalmente se dictase un laudo en Inglaterra, ¿podría instarse su reconocimiento en España pese a la existencia de la resolución judicial española –dictada en el marco de una declinatoria– declarando la invalidez del convenio arbitral? La cuestión no es fácil de responder. Así, por un lado, es claro que la resolución española negando la validez del convenio arbitral

---

<sup>52</sup> STJUE 19 diciembre 2013, as. C-452/12: *Nipponkoa*. Ya sobre esta cuestión, B. Hess, “Schiedsgerichtsbarkeit...”, *loc. cit.*, p. 541.

—dictada por un Juzgado de Primera Instancia en resolución de una declinatoria— es inconciliable con el laudo. También podría serlo —y esto sería más grave— con la sentencia judicial que resolviese sobre el fondo. A mi juicio, si ya hay sentencia sobre el fondo, el carácter inconciliable de ambas resoluciones puede convertirse en una circunstancia difícilmente salvable (*supra* 31). Si, por el contrario, sólo hay una resolución judicial que resuelve incidentalmente sobre la validez del convenio arbitral (declinatoria), estimo que el Tribunal Superior que conozca del executur no debe quedar inexorablemente vinculado por la resolución del Juzgado<sup>53</sup>. De otro modo, podría burlarse la voluntad del legislador de poner en manos de los Tribunales Superiores todas aquellas cuestiones vinculadas con el apoyo y control del arbitraje.

39. En el contexto inverso —esto es, en el marco del reconocimiento de la sentencia en el Estado donde se dictó o vaya a dictarse el laudo— también se plantean problemas teóricos muy similares. De entrada, parece evidente que el Reglamento Bruselas I *refundido* es aplicable a este supuesto: así lo exige expresamente el párrafo tercero del Considerando 12. Situados por tanto en el marco del Reglamento, se constata que, en principio, el único motivo de denegación en principio aplicable sería el relativo a la infracción del orden público (art. 45.1º.a). A mi juicio, sin embargo, también podría considerarse en este contexto la aplicación del art. 45.1º.c) —o llegado el caso, d)<sup>54</sup>—. En su virtud, podría denegarse el reconocimiento de la sentencia extranjera cuando ya se hubiere dictado un laudo arbitral en el foro. Y es que, aunque este último precepto sólo esté pensado para ser aplicado únicamente entre *resoluciones judiciales* inconciliables, el hecho de que un laudo arbitral despliegue en el foro los mismos efectos que una sentencia (típicamente, cosa juzgada), constituye un argumento muy sólido para su aplicación a este supuesto.

40. Las dudas así expuestas constituyen una de las consecuencias negativas que se derivan de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I *refundido*. De hecho, la mejor forma de resolverlas pasaría por elevar la respectiva cuestión

---

<sup>53</sup> Para otra interpretación, *ibíd.*, p. 541.

<sup>54</sup> En cuya virtud: “A petición de cualquier parte interesada, se denegará el reconocimiento de la resolución:.. c) si la resolución es inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido; d) si la resolución es inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tenga el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido”.

prejudicial. Recuérdese, en este sentido, que corresponde al TJUE la competencia para “controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante” (*supra* 31).

41. También quedan sin solución todos los supuestos de “litispendencia” que pueden producirse. En efecto, si el juez declara a título incidental la invalidez del convenio arbitral y, en consecuencia, decide entrar a conocer sobre el fondo y, por su parte, el árbitro decide que el convenio arbitral es válido y, en consecuencia, también decide pronunciarse sobre el fondo, se estará resolviendo el mismo litigio por dos vías distintas: arbitraje y jurisdicción<sup>55</sup>. La Comisión propuso en su momento una solución coherente para solucionar esta “carrera” (*race*) entre tribunales de justicia y árbitros. Lamentablemente, tal propuesta no fue compartida por el Parlamento Europeo<sup>56</sup>. En consecuencia, y porque así se ha querido, serán las partes quienes tengan que soportar los inconvenientes que genere esta laguna legal. O dicho de otro modo: el Considerando 12, por sí mismo, no resuelve ninguna de las cuestiones relevantes que la interrelación arbitraje – jurisdicción plantea.

#### **IV. Efectos de la nueva regulación: reinterpretación de la jurisprudencia española**

42. Si bien ya la sentencia *West Tankers* estableció que la cuestión relativa al control incidental de la validez del convenio arbitral estaba incluida en el ámbito de aplicación material del hoy Reglamento Bruselas I *refundido*, debe insistirse en la idea de que el Considerando 12 ratifica expresamente aquella interpretación (*supra* 20 ss).

En consecuencia, debe entenderse superada –por incorrecta– la jurisprudencia del TS español, en cuya virtud, el control incidental del convenio arbitral estaría excluido del ámbito de aplicación material

---

<sup>55</sup> Sobre esta cuestión, L. G. Radicati de Brozolo, “Arbitration and the Draft Revised Brussels I Regulation: Sedes of Home Country Control and of Harmonisation”, *J. Priv. Int'l L.*, 2011, pp. 423–460. También, advirtiendo desde la perspectiva inglesa de estos riesgos, L. Hauberg Wilhelmsen, “The Recast Brussels I Regulation...”, *loc. cit.*, pp. 171–183.

<sup>56</sup> Sobre esta propuesta, con mayor detenimiento, M. Gómez Jene, “Arbitraje comercial internacional”, *loc. cit.*, pp. 675–694.

del Reglamento. En efecto, en su sentencia de 17 mayo 2007<sup>57</sup>, el TS basó su –errónea– interpretación en un argumento inválido, cual es la genérica exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del texto en cuestión:

“... cabría sostener que el control reflejo de la competencia del tribunal sentenciador por virtud de la existencia y validez de una cláusula de arbitraje es posible... toda vez que el arbitraje se encuentra excluido de su ámbito material de aplicación”.

A partir de aquí, sostuvo el TS que

“... la decisión del tribunal de origen sobre la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje no habría de vincular al tribunal del Estado receptor, que tendría que verificar la concurrencia de los presupuestos del reconocimiento, y entre ellos la existencia y validez del convenio arbitral como excluyente de la jurisdicción del tribunal sentenciador, a la vista de lo dispuesto en el Convenio de Nueva York de 1958”.

## V. Las *anti-suit injunctions* en forma de laudo: ¿son viables en el espacio judicial europeo?

43. La reciente cuestión prejudicial suscitada por el Tribunal Supremo de Lituania plantea, en esencia, la compatibilidad de una *anti-suit injunction* en forma de laudo con el espacio judicial europeo<sup>58</sup>. Más concretamente, plantea la compatibilidad entre el reconocimiento de tan particular laudo con el régimen de normas de competencia judicial internacional previstas en el hoy Reglamento Bruselas I *refundido*.

En sus Conclusiones, el Abogado General ha propuesto al respecto que: (i) interprete el Reglamento Bruselas I en el sentido de que no obliga al órgano jurisdiccional de un Estado miembro a denegar el reconocimiento y ejecución de una *anti-suit injunction*; y (ii) que no es suficiente para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral en aplicación del art. V.2º.b) CNY el hecho de que el laudo en cuestión contenga una *anti-suit*<sup>59</sup>.

Se trata, a mi juicio, de dos conclusiones difícilmente asumibles. Tal y como hemos visto ya (*supra* 24), para llegar a estas conclusio-

<sup>57</sup> STS nº 558/2007 (Sala de lo Civil) 17 mayo 2007, *Spain Arbitration Review*, nº. 4/2008 (con nota de M. Gómez Jene).

<sup>58</sup> Sobre los términos de la cuestión prejudicial y los posibles argumentos en los que el TJUE puede apoyar su fallo, *vid.*, en la doctrina, S. P. Camilleri, “*Anti-suit injunctions* en el régimen de Bruselas I: ¿una cuestión de principios?”, *Arbitraje*, vol. VII, nº 2, 2014, pp. 423–425; B. Hess, “*Schiedsgerichtsbarkeit...*”, *loc. cit.*, p. 543. *Vid.* también las Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet, *cit.*, párrafos 21–46.

<sup>59</sup> *Ibid.*, párrafo 189.

nes, el Abogado General se ha basado, en cierta medida, en el Considerando 12. Pero también ha manejado otros argumentos sobre los que merece la pena detenerse. En este sentido, dedicaré las siguientes líneas a analizarlos, no sin antes hacer una brevísima descripción del supuesto de hecho.

### 1. El supuesto de hecho.

44. Sintéticamente expuestas, las circunstancias a los efectos de este trabajo relevantes son las siguientes.

45. *Lietuvos* es una sociedad anónima lituana cuyos accionistas más importantes eran, en el momento en que se sucedieron los hechos, *E.On*, *Gazprom* y la República de Lituania. En marzo de 2004, *Gazprom* alcanzó un "acuerdo de accionistas" con *E.On* y el Ministerio de Energía (en nombre de la República de Lituania). En su virtud, quedaban garantizadas una serie de obligaciones. El "acuerdo" se regía por Derecho lituano y contenía un convenio arbitral.

46. En marzo de 2011, el Ministerio de Energía de Lituania interpuso un recurso contra *Lietuvos* ante el tribunal regional de Vilnius con objeto de que se abriera una investigación sobre las actividades de *Lietuvos*. Con esta acción, el Ministerio de Energía pretendía, entre otras cosas, que se aclarase si la empresa en cuestión había violado el "acuerdo de accionistas" perjudicando los intereses de la República de Lituania frente a los intereses de *Gazprom*.

47. *Gazprom*, por su parte, entendió que dicho recurso violaba el convenio arbitral inserto en el "acuerdo de accionistas" y, en consecuencia, presentó —cinco meses después (agosto 2011)— una demanda de arbitraje contra el Ministerio de Energía ante la Cámara de Comercio de Estocolmo. El tribunal arbitral constituido al efecto dictó —en julio de 2012— un laudo arbitral en el que estimaba parcialmente las pretensiones de *Gazprom* y, a su vez, conminaba al Ministerio de Energía a desistir de algunas de las pretensiones planteadas ante el tribunal regional de Vilnius. Es decir, el tribunal arbitral instó al Ministerio de Energía —mediante laudo— a atenerse al compromiso contraído de someter a arbitraje las controversias incluidas en el ámbito de aplicación del acuerdo de accionistas.

48. En septiembre de 2012 el tribunal regional de Vilnius estimó el recurso del Ministerio de Energía, declarando su competencia y la inarbitrabilidad del litigio conforme al Derecho lituano. *Lietuvos* recu-

rrió ante el tribunal de apelación la resolución que estimaba el recurso. Por su parte, Gazprom instó ante este mismo órgano judicial el execuátur del laudo arbitral. Dicho execuátur fue denegado en aplicación del art. V.2º CNY, aps. a) y b) CNY (inarbitrabilidad de la materia y orden público). La aplicación de este último motivo de denegación – especialmente importante a los efectos de nuestro trabajo– se justificaba en la limitación de la capacidad de actuar que el reconocimiento del laudo suponía. En este sentido, el tribunal de apelación entendió que la orden que el laudo incluía –de no actuar ante la jurisdicción (*anti-suit*)– vulneraba el principio de independencia de las autoridades judiciales previsto en el art. 109 de la Constitución lituana.

49. La resolución denegando el execuátur fue recurrida en casación. El Tribunal Supremo lituano decidió suspender el procedimiento y plantear ante el TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. Cuando un órgano arbitral dicta una *anti-suit injunction* por la que prohíbe a una de las partes formular determinadas pretensiones ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que, en virtud de las normas de atribución de competencia del Reglamento núm. 44/2001, es competente para conocer del fondo de un asunto civil, ¿está facultado el órgano jurisdiccional del Estado miembro para denegar el reconocimiento de ese laudo arbitral por limitar éste la facultad del órgano jurisdiccional para pronunciarse, él mismo, sobre su propia competencia para conocer del asunto conforme a las normas de atribución de competencia del Reglamento nº. 44/2001?

2. En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿es válida también tal respuesta si la *anti-suit injunction* dictada por el órgano arbitral obliga a una de las partes en el procedimiento a limitar sus pretensiones en un asunto que se examina en otro Estado miembro y el órgano jurisdiccional de ese Estado miembro es competente para conocer de ese asunto de conformidad con las normas de atribución de competencia del Reglamento nº 44/2001?

3. ¿Puede un órgano jurisdiccional nacional, que pretende salvaguardar la primacía del Derecho [de la Unión] y la plena eficacia del Reglamento nº 44/2001, denegar el reconocimiento de un laudo arbitral si éste se limita la facultad del órgano jurisdiccional nacional de pronunciarse sobre su propia competencia y atribuciones en un asunto comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001?

## 2. Las Conclusiones del Abogado General: una crítica

50. Antes de entrar en el análisis de las respuestas que el Abogado General da a las cuestiones prejudiciales planteadas, conviene detenerse en dos de las observaciones preliminares que plantea.

51. Así, al abordar la cuestión relativa a la *admisibilidad de las cuestiones prejudiciales*<sup>60</sup>, recuerda que el Tribunal puede negarse a

---

<sup>60</sup> *Ibíd.*, párrafos 58–61.

responder una cuestión prejudicial cuando el problema planteado sea de naturaleza hipotética:

“La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho [de la Unión] no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética<sup>61</sup>.

Comparto la apreciación del Abogado General en el sentido de que, en puridad, la resolución de la cuestión prejudicial no es –no hubiera sido– necesaria para la resolución final del caso. Y es que, tal y como parece desprenderse de los documentos que obran en autos, el reconocimiento del laudo que contiene la *anti-suit* se denegó –entre otros motivos– por inarbitrabilidad de la materia conforme al Derecho lituano (art. V.2º.a) CNY). Siendo esto así, puede afirmarse –con el Abogado General– que “el órgano jurisdiccional remitente puede prescindir perfectamente de las respuestas a tales cuestiones para resolver el litigio que conoce”<sup>62</sup>.

52. En cualquier caso, la jurisprudencia del TJUE a este respecto parece estar planteada en términos de “opcionalidad” antes que en términos de “obligatoriedad”; es decir, parece que el Tribunal se reserva la opción de responder o no a la cuestión suscitada cuando en el asunto concurren alguno de los elementos citados en su jurisprudencia. En este asunto, sin embargo, en la medida en que el mismo Tribunal ha decidido atribuirlo –“elevantarlo”– a la Gran Sala, parece que sí habrá respuesta a la cuestión prejudicial.

53. La segunda observación que plantea el Abogado General gira en torno a la misma noción de *anti-suit injunction*. Siguiendo las observaciones planteadas por el Gobierno francés, estima el Sr. Wathelet que el laudo arbitral que contiene una orden conminatoria obligando a una de las partes a retirar una parte de su recurso ante los órganos jurisdiccionales de un país no puede calificarse como tal. Y ello –únicamente– porque a diferencia de lo que podría ocurrir con una *anti-suit injunction* dictada por un tribunal inglés, el incumplimiento de la *anti-suit injunction* dictada por un tribunal arbitral no lleva aparejada sanción alguna para la parte que la incumpla (en este caso, el Ministerio de Justicia lituano).

---

<sup>61</sup> STJUE 29 enero 2013: C-396/11, FJ 22 (con cita de sentencias anteriores).

<sup>62</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet, cit., párrafo 61.

A este respecto baste con apuntar que, con independencia de la denominación que se le quiera dar, la *anti-suit injunction* dictada por un tribunal arbitral tiene el mismo objeto que la *anti-suit injunction* dictada por un tribunal judicial. Es, desde esta perspectiva, una medida *equivalente* –en cuanto a sus efectos– a la medida dictada por un juez. En efecto, ambas son órdenes conminatorias que –*grosso modo*– imponen la misma obligación: una renuncia a la jurisdicción extranjera; con independencia de que ésta pudiera ser competente. Podría incluso afirmarse que los efectos de incumplir una *anti-suit injunction* dictada por un árbitro podrían ser más nocivos para la parte que la incumpla que los efectos de incumplir una *anti-suit injunction* dictada por un juez. No en vano es el árbitro quien resuelve sobre el fondo y sobre las costas. En cualquier caso, parece evidente que la cuestión relativa a la denominación es, a nuestros efectos, irrelevante.

54. Hechas estas dos observaciones procede, ahora sí, analizar críticamente alguno de los argumentos sobre los que se construyen las Conclusiones presentadas.

55. A este respecto, quizá la cuestión más relevante sea la relativa a la perspectiva desde la que se aborda la cuestión. Así, tanto para el Abogado General como para un sector doctrinal<sup>63</sup>, la cuestión relativa a la exclusión / inclusión de las *anti-suit injunction* del ámbito de aplicación material del hoy Reglamento Bruselas I *refundido* (*rectius*, compatibilidad de las mismas con el Reglamento) se plantea desde la perspectiva del juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral. Se afirma, en este sentido, que si ese juicio incidental sobre la validez del convenio estuviese excluido del ámbito de aplicación material del Reglamento, las *anti-suit injunction* serían compatibles con el mismo. De ahí ese afán por buscar en el tenor del Considerando 12 una interpretación que asuma lo anterior.

Tal planteamiento no es, a mi juicio, acertado. Puestos a buscar argumentos a favor de la inclusión de las *anti-suit injunction* en el ámbito de aplicación del Reglamento, cabría plantear –o argumentar– en torno a la calificación del procedimiento que las otorga. Y así, si se demostrase –como, por otro lado, parece sencillo– que el procedimiento en cuya virtud se otorgan debe calificarse como *procedimiento de apoyo* antes que como *procedimiento de aplicación* (*infra* 17), la compatibilidad del Reglamento con las mismas estaría asegurada. Sin necesidad de mayores argumentaciones técnicas al respecto.

---

<sup>63</sup> Ilustrativa, S. Bollée, “L’arbitrage...”, *loc. cit.*, pp. 981–986.

En mi opinión, sin embargo, las *anti-suit injunctions* se han considerado incompatibles con el hoy Reglamento Bruselas I *refundido* por el carácter "imperialista" que las caracteriza; por la injerencia en la competencia del órgano jurisdiccional extranjero que suponen<sup>64</sup>. Y es que, arrogarse de una forma tan peculiar una competencia exclusiva y excluyente no es, no puede ser, compatible con un principio tan importante para el Reglamento como es el de la *confianza mutua* entre los tribunales de los Estados miembros. Por ello, además, al TJUE le bastó en su momento el recurso al argumento del "efecto útil" del texto para justificar la incompatibilidad de las mismas con el Reglamento. Un argumento sencillo, eficaz y consistente: las *anti-suit injunctions* quedan excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento porque su aceptación daría al traste con los objetivos del Reglamento. Desde esta perspectiva —podría añadirse— es irrelevante quien las dicte (juez o árbitro). Admitir —como pretende el Abogado General<sup>65</sup>— que este razonamiento no sea extensible al árbitro (por no ser autoridad judicial), supondría tanto como consentir que un particular pudiese dar al traste con tan importante principio<sup>66</sup>.

56. Tampoco comparto el enfoque en virtud del cual la parte que acude a la jurisdicción antes que al arbitraje actúa —necesariamente— de mala fe<sup>67</sup>. El hecho de que en la inmensa mayoría de los supuestos los tribunales hayan apreciado la invalidez del convenio arbitral —antes que su validez— demuestra, más bien, lo contrario. Además, quien asume aquel punto de partida, parece olvidar que litigar tiene un coste.

57. Por otro lado, algunos de los argumentos manejados por el Abogado General —como el análisis de la sentencia *Hoffman*<sup>68</sup>— no parecen extrapolables al supuesto en cuestión. No parece, en efecto, que el supuesto resuelto en este fallo tenga nada que ver con el que ahora debe resolverse. En aquel supuesto, se planteó, en esencia, si una resolución judicial en materia de *separación* que incluía en su tenor un pronunciamiento en materia de alimentos, podría ser reconocida en otro Estado en el que se había dictado una sentencia de

---

<sup>64</sup> Expresamente en este sentido, la sentencia *Turner* del TJUE (nota a pie nº 33).

<sup>65</sup> *Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet, cit.*, párrafos 153–155.

<sup>66</sup> Argumentos a favor de esta interpretación (innecesariedad de que deban estar implicados dos órganos jurisdiccionales) pueden extraerse, *mutatis mutandis*, de las sentencias *Owusu y Eco Swiss* del TJUE (1.3.2005, asunto C–281/02; y 1.6.1999, asunto C–126/97).

<sup>67</sup> *Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet, cit.*, párrafo 115.

<sup>68</sup> *Ibid.*, párrafos 100–102. STJUE 4 febrero 1988, as. C–145/86.

*divorcio* (entre las mismas partes). En su fallo, el TJUE hizo valer una norma específica del Convenio de Bruselas de 1968 aplicable al supuesto (art. 27.4<sup>o</sup>); una norma que permitía excepcionalmente denegar “el reconocimiento de la sentencia que no tiene en cuenta una regla de Derecho internacional privado del Estado requerido referente entre otras cosas al estado de las personas físicas”. Por lo demás, el precepto en cuestión –que el Abogado General no cita– no se incluyó en el articulado del Reglamento Bruselas I ni se incluye en el articulado del hoy Reglamento Bruselas I *refundido*.

57. Por fin, creo que la incoherencia denunciada entre la sentencia *West Tankers* y la sentencia *Marc Rich* no es tal<sup>69</sup>. Como ya he tenido ocasión de explicar (*supra* 25), ambas sentencias tratan la misma cuestión desde perspectivas inversas, pero ello no obsta para poder afirmar que la coherencia entre ambas es absoluta.

### 3. *El nuevo art. 31 del Reglamento Bruselas I refundido.*

58. El nuevo Reglamento introduce una importantísima modificación respecto de la eficacia de las cláusulas de sumisión a tribunales. Así, con el objeto de modificar la jurisprudencia *Gasser*<sup>70</sup> (en cuya virtud se negaba la competencia del juez que tenía competencia exclusiva cuando ya pendía la demanda ante otro tribunal), el nuevo art. 31.2<sup>o</sup> establece que:

“...si se presenta una demanda ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo contemplado en el art. 25, cualquier órgano jurisdiccional de otro Estado miembro suspenderá el procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional ante el que se presentó la demanda en virtud del acuerdo de que se trate se declare incompetente con arreglo al acuerdo”.

Se trata, como puede constatarse, de una solución que bien podría haberse extendido al convenio arbitral. Es decir, nada hubiera impedido –como en su momento propuso la Comisión– extender la solución que prevé este nuevo precepto a aquel supuesto en el que una de las partes –en aparente quiebra con lo estipulado en el convenio– acudiese a la jurisdicción antes que al arbitraje (*supra* 41). En cualquier caso, de la falta de acuerdo sobre este particular se derivan una serie de consecuencias que, lamentablemente, no beneficia a ninguna de las partes.

---

<sup>69</sup> *Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet, cit.*, párrafo 112.

<sup>70</sup> STJUE 9 diciembre 2003, as. C-116/02.

## VI. Conclusiones

59. El Considerando 12 ha generado una amplia expectación, pues intenta encontrarse en él la justificación de un cambio en la jurisprudencia *West Tankers*. Bien mirado, sin embargo, puede afirmarse que el Considerando en cuestión introduce cambios leves y de eficacia relativa. Así:

– Se constata que la distinción entre *procedimientos de apoyo* y *procedimientos de aplicación* para determinar qué procedimientos vinculados al arbitraje quedan excluidos / incluidos del ámbito de aplicación material del Reglamento sigue vigente.

– Se constata, igualmente, que el *juicio incidental* sobre la validez del convenio arbitral sigue siendo cuestión incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento. De lo contrario no podría –como el Considerando permite– reconocerse la sentencia judicial que se dicte como consecuencia de declarar (por el cauce de la declinatoria) la invalidez de un convenio. O dicho de otro modo, el Considerando 12 se caracteriza por preservar la aplicación del Reglamento Bruselas I *refundido* para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros incluso en aquellos supuestos en los que la validez de un convenio arbitral esté en juego.

– En la medida en que una *anti-suit injunction* interfiere directamente en la competencia de los tribunales para determinar su propia competencia judicial internacional, puede afirmarse que la jurisprudencia *West Tankers* sigue plenamente vigente.

– El único cambio relevante que introduce el Considerando 12 consiste en excluir del ámbito de aplicación del Capítulo III del Reglamento –disposiciones en materia de execuátur– el reconocimiento de la resolución judicial que incidentalmente (por el cauce de la declinatoria) niega o afirma la validez del convenio arbitral. Tal cambio no solo no resuelve ninguno de los problemas importantes que en este ámbito pueden plantearse (*v.gr.* litispendencia), sino que tampoco impide el reconocimiento de esa resolución por el cauce previsto en el régimen autónomo (ordenamiento interno) en materia de execuátur (arts. 952 ss LEC/1881).

– Por lo anteriormente dicho, las Conclusiones del Abogado General sobre el asunto *Gazprom* son difícilmente asumibles.

## Bibliografía

- BOLLÉE, S.: "L'arbitrage et le nouveau Règlement Bruxelles I", *Rev. Arb.*, 2013, pp. 979–987.
- CAMILLERI, S. P.: "Recital 12 of the Recast Regulation: A new hope?", *ICQL*, 2013, pp. 899–916.
- CAMILLERI, S.P.: "Anti-suit injunctions en el régimen de Bruselas I: ¿una cuestión de principios?", *Arbitraje*, 2014 (2), pp. 421–438.
- CARDUCCI, G.: "The New EU Regulation 1215/2012 of 12 December 2012 on Jurisdiction and International Arbitration: With Notes on Parallel Arbitration, Courts Proceedings and the EU Commission's Proporsal", *Arb. Int.*, 2013, pp. 467–491.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro", *La Ley; Unión Europea*, nº 18, 2014, pp. 5–23.
- GAILLARD, E.: *Aspects philophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston, 2008.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. y GÓMEZ JENE, M.: "Arbitraje, medidas cautelares y Convenio de Bruselas (a propósito de la sentencia del TJCE de 17 noviembre 1998 en el asunto Van Uden c. Deco Line)", *Tribunales de Justicia*, 1999/4, pp. 303–318.
- GÓMEZ JENE, M.: *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: La eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000.
- GÓMEZ JENE, M.: "Convenio arbitral y orden público europeo (a propósito de la Sentencia del TJCE de 28 marzo 2000 en el asunto Krombach c. Bamberski)", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Núm. 209, Sept / oct. 2000, pp. 86–92.
- GÓMEZ JENE, M.: *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje 2003*, Madrid, Colex, 2007.
- GÓMEZ JENE, M.: "Propuestas de inclusión del arbitraje en el Reglamento 44/2001", *CDT*, 2010, pp. 340–358.
- GÓMEZ JENE, M.: "Arbitraje comercial internacional", en: E. M. Vázquez / M. D. Adam Muñoz / N. Cornago Prieto (Coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 675–694.
- HAUBERG WILHELMSSEN, L.: "The Recast Brussels I Regulation and Arbitration: Revisited or Revised?", *Arb. Int.*, 2014, pp. 169–185.
- HESS, B.: "Schiedsgerichtsbarkeit und europäisches Zivilprozessrecht", *JZ*, 11/2014, pp. 538–545.
- HESS, B., PFEIFFER, T., SCHLOSSER, P.: *The Brussels I- Regulation (EC) No. 44/2001*, Verlag C. H. Beck, Munich, 2008.
- MALATESTA, A.: "Il nuovo regolamento Bruxelles I-bis e l'arbitrato: verso un ampliamento dell'arbitration esclusión", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 5–22.
- POHL, M.: "Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle", *IPRax*, 2013, pp. 109–114.

RADICATI DI BROZOLO, L.G.: "Arbitration and the Draft Revisited Brussels I Regulation. Seeds of Home Country Control and of Harmonisation", *Journal of Private International Law*, 2011, pp. 423–460.