

Heidelberg, West Tankers, Endesa. La revisión del Reglamento Bruselas I en materia arbitral: ¿reformar para mejorar? *

Carmen AZCÁRRAGA MONZONÍS

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado
Universitat de València

Sumario: I. Planteamiento de la situación. II. Revisión del Reglamento Bruselas I en materia arbitral. 1. Documentos preparatorios de la reforma: el Informe Heidelberg y el Libro Verde. 2. El cuasi unánime rechazo a la inclusión del arbitraje en el Reglamento Bruselas I: algunas reacciones de entidades y asociaciones arbitrales ante la reforma del Reglamento Bruselas I en materia arbitral. III. El arbitraje en el marco judicial comunitario del Reglamento Bruselas I. 1. La exclusión del arbitraje en el Reglamento Bruselas I. 2. La elusiva jurisprudencia del TJUE: el alcance de la exclusión de acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo: A) Adopción de medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral; B) Utilización de mecanismos procesales nacionales como refuerzo de acuerdos arbitrales: las *anti-suit injunctions*. IV. Caso Endesa o cómo el Reglamento Bruselas I puede ser usado para torpedear el arbitraje internacional en Europa. v. propuestas de reforma del Reglamento Bruselas I en materia arbitral. 1. *Status quo*: mantener la exclusión dejando las cosas como están. 2. Perfeccionar la exclusión existente. 3. Eliminar la exclusión: entrada del arbitraje en el Reglamento Bruselas I. 4. Reforma de otros preceptos: A) Introducción de una competencia exclusiva; B) Perfeccionamiento de la regla sobre litispendencia internacional; C) Cuestiones relativas al reconocimiento y ejecución de decisiones. VI. Valoración final a la luz de la propuesta de reforma de la Comisión de 3 de enero de 2011.

I. Planteamiento de la situación

El Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RB I en adelante)¹, está siendo actualmente objeto de revisión tras casi una década de existencia. Si bien la opinión sobre su aplicación en la práctica durante estos años

* Artículo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MEC/DER2010–17126: “La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia español del siglo XXI”. Directora: Silvia Barona Vilar.

¹ DO L 12 de 16.1.2001, p. 1.

es, por lo general, positiva, se entiende que son varios los aspectos del RB I que conviene reformar en aras a mejorar el sistema vigente.

Entre otras cuestiones que se encuentran en la agenda de la Comisión, este trabajo pretende centrarse en la relación entre el RB I y una materia históricamente excluida de su ámbito de aplicación material, el arbitraje. Este medio alternativo de resolución de conflictos ha adquirido actualmente en el contexto del comercio internacional un reconocimiento sin precedentes, ya que se ha constatado cómo “hace tiempo ya que la voluntad de recurrir al arbitraje en el ámbito de las relaciones comerciales privadas internacionales, y en particular las marítimas, donde es requerido por la especialidad y la complejidad de la materia, no es un dato excepcional de la práctica, sino la regla”². Las personas implicadas en el comercio eligen el arbitraje frente a los tribunales nacionales porque prefieren la privacidad, informalidad y celeridad que ofrece³. De la misma manera, otros factores que hacen de este mecanismo extrajudicial de resolución de controversias un exitoso recurso son la neutralidad, la eficacia y el prestigio de ciertos organismos supervisores o las posibilidades limitadas de recurrir los laudos arbitrales. Y es que los intereses del comercio consideran a menudo que los sistemas judiciales son poco deseables para resolver sus controversias, opinando algunos que son en ocasiones parciales, lentos, poco fiables, caros, demasiado públicos y poco conocedores de los asuntos comerciales⁴.

En este escenario, el actual art. 1.2.d) RB I contiene una categórica y deliberada exclusión del arbitraje que confirma que la intención primigenia durante las negociaciones del Convenio de Bruselas de 1968, que ya contemplaba esta misma regla, fue la de excluir esta materia en su totalidad⁵. A pesar de ello, la realidad ha confrontado el RB

² M. Requejo Isidro, “Excepción de arbitraje y cláusula arbitral en el comercio internacional: pequeños avances, dudas imperecederas”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2005, p. 2. Se aprecia asimismo una tendencia hacia el recurso a arbitrajes institucionales. J.C. Fernández Rozas, “Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2008, p. 74. *Vid.* en profundidad este comentario para ahondar en este tipo de arbitraje en contraposición al arbitraje *ad hoc*.

³ Analiza las características del recurso al arbitraje en extenso G. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Kluwer Law International, 2010.

⁴ S.R. Swanson, “Anti-suit Injunctions in Support of International Arbitration”, *Tulane Law Review*, vol. 81, n° 2, 2006, p. 396.

⁵ U. Draetta & A. Santini, “Arbitration exception and Brussels I Regulation: no need for change”, *International Business Law Journal*, 2009–6, p. 742; P. Rogerson, “Chapter I.

I con el arbitraje y generado una práctica judicial en las últimas décadas que ha demostrado que los contornos de la misma no se hallan claramente delimitados, lo que ha provocado serios problemas de incardinación del arbitraje en el sistema judicial del RB I. Si bien el Tribunal de Justicia de la Unión ha coadyuvado a clarificar algunas cuestiones concretas, que tendremos la ocasión de comentar, sigue existiendo hoy por hoy una sensación generalizada de que la clasificación de aquellos asuntos que cabe considerar dentro o fuera del alcance material del Reglamento resulta algo forzada o artificial en cierta medida.

Esta situación genera inseguridad jurídica en el espacio europeo, lo que en nada beneficia a impulsar a Europa como foro de arbitrajes⁶. La Unión Europea es hoy por hoy un referente en este sentido, en especial países como Reino Unido, Francia o Suecia, siendo ésta una situación que se pretende no sólo preservar, sino mejorar. Porque no olvidemos que en el contexto actual, el lugar donde se desarrolla el arbitraje se ha convertido en una cuestión capital para los Estados, y no sólo desde un punto de vista económico, sino también político⁷. A pesar de ello, lo cierto es que Europa se encuentra ahora en una situación delicada ya que corre el riesgo de que el juego del Reglamento se convierta en un problema para el arbitraje y afecte a la situación de liderazgo que el continente ostenta en estos momentos.

La preocupación se acrecienta además en la doctrina y en la *praxis* a la vista de las consecuencias que puede acarrear la jurisprudencia asentada por el Tribunal de Justicia de la Unión en la sentencia *Allianz SpA v. West Tankers inc.*⁸ (asunto *West Tankers*). La prohibición intracomunitaria del uso de medidas antiprocés en apoyo de procesos arbitrales –como continuación de la prohibición de su uso también en el marco de procesos judiciales⁹– podría afectar negati-

Scope. Article 1”, en U. Magnus y P. Mankowski, *Brussels I Regulation*, Sellier, Munich, 2007, pp. 62–63.

⁶ Este objetivo subyace tras las propuestas de reforma presentadas en este ámbito, como así reconoce el documento de trabajo de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, que acompaña a la propuesta de reforma del RB I (*Summary of the Impact Assessment SEC(2010) 1548 final*).

⁷ G. Palao Moreno, “El lugar del arbitraje y la ‘deslocalización’ del arbitraje comercial internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 130, enero–abril 2011, p. 172.

⁸ As. C–185/07.

⁹ As. C–159/02: *Turner c. Grovit*. Análisis de la sentencia en M^a.J. Elvira Benayas, “¿Existe alguna posibilidad, por pequeña que sea, de salvar lo nuestro? Las *antisuit injunction* y el Convenio de Bruselas. A propósito de la STJCE de 27 de abril de 2004 (C–159/02)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 9, 2005, p. 4; C. Mulcahy, “The Impact of the Brussels Convention on Anti–Suit Injunctions in Aid of Arbitration Agreements”, *Arbitration*, vol. 71, n° 3, 2005, p. 12; T. Kruger, “The Anti–Suit Injunction

vamente a la implantación de arbitrajes en Europa, no sólo porque se impida directamente el uso de estas medidas para preservarlos, sino por las consecuencias colaterales que este pronunciamiento puede conllevar en la práctica. Así se ha constatado de hecho tras una reciente sentencia inglesa que ha causado menos revuelo que el asunto *West Tankers* pero que no deja de ser un primer reflejo de las derivaciones que puede acarrear y que, desde luego, resulta potencialmente más dañina. El posible y principal problema que se plantea en este escenario parte de un comportamiento desleal de una de las partes, la más rápida, que interpone una demanda ante un tribunal estatal con la finalidad de que éste se pronuncie precisamente sobre la validez de dicho acuerdo, pretendiendo con ello frustrar la vía arbitral.

Si se interpone una demanda de esta clase ante una jurisdicción particularmente lenta, compleja o más propicia a satisfacer a litigantes locales, el riesgo es aún mayor¹⁰. Otros factores como la brevedad de los plazos previstos en el Derecho procesal del foro para interponer la declinatoria, los sistemas de recursos contra decisiones denegatorias o la aplicación de criterios restrictivos en la determinación de la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral, así como los costes adicionales que acarrea para el demandado la presentación de la declinatoria fuera del país de su domicilio o del de la sede del arbitraje, pueden también incidir negativamente en la facultad de intervención del tribunal arbitral acordado por las partes¹¹. Y si, a continuación, el tribunal declarara inválido¹² dicho acuerdo, entraría a conocer del fondo del asunto si tuviera competencia para ello, dando lugar a una sentencia que gozaría de eficacia intracomunitaria de acuerdo con el Reglamento¹³.

in the European Judicial Space: *Turner v Grovit*", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, 2004, pp. 1030 ss.

¹⁰ S. Dutson, "After West Tankers – rise of the 'foreign torpedo'?", *Arbitration*, vol. 75, n° 3, 2009, p. 334.

¹¹ N. Bouza Vidal, "Procedimientos paralelos en torno a la validez del convenio arbitral: nuevos planteamientos después de West Tankers", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n° 3, 2009, p. 684.

¹² Si se proclamara su validez, el juez tendría que remitir a las partes al arbitraje, en virtud del art. II.3° Convenio de Nueva York de 1958 y el RB I dejaría de ser aplicable. N. Bouza Vidal, "Procedimientos paralelos en torno a la validez del convenio arbitral...", *loc. cit.*, p. 681.

¹³ A. Leandro, "La proposta per la reforma del regolamento "Bruxelles I" e l'arbitrato", *Riv. dir. int.*, 2011–1, de próxima aparición. Disponible en el momento de escribir estas líneas en <http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/02/Leandro-La-proposta-per-la-riforma-del-regolamento-«Bruxelles-I»-e-l-arbitrato.pdf>; también M. Requejo Isidro, "West Tankers: otra vez no a las antisuit injunctions", *Arbitraje. Revista de Arbitraje*

Así, tras la sentencia inglesa dictada en el asunto *Navigation Co. v. Endesa Generación S.A.*¹⁴ (asunto *Endesa*) queda patente cómo en el estado actual de la situación subyace esta peligrosa problemática que podría llegar a mermar seriamente al tranquilo desarrollo de arbitrajes en nuestro continente: la utilización del RB I para entorpecer procesos arbitrales. Se constata cómo cabe la posibilidad de que ciertas partes se beneficien del juego del propio RB I para torpedear el arbitraje por medio del recurso a este tipo de prácticas, lo que, además de contravenir el principio *kompetenz-kompetenz*, supondría otorgar eficacia a esa decisión en todo el territorio comunitario al beneficiarse del régimen del propio RB I, impidiendo al mismo tiempo el correcto funcionamiento de éste.

En el momento de escribir estas líneas, la Comisión acababa de publicar una propuesta de reforma del RB I, con fecha 3 de enero de 2011¹⁵. Nos preguntaremos al finalizar este trabajo si las medidas contenidas en la misma en sede arbitral conseguirán evitar el desarrollo de este tipo de prácticas, dado que el texto actual carece de mecanismos eficaces para evitarlas, o si se han centrado más bien en otras cuestiones asimismo problemáticas. Porque son variados y de distinta naturaleza los problemas suscitados en este ámbito en los últimos años. Abordaremos los más importantes, así como las diferentes propuestas de reforma que se han ido formulando hasta este momento, desde dejar las cosas como están hasta perfeccionar la exclusión existente, pasando por eliminar la exclusión dando entrada al arbitraje en el régimen del RB I. Finalizaremos valorando la propuesta de reforma de la Comisión en materia arbitral.

II. Revisión del Reglamento Bruselas I en materia arbitral

Con el fin de proceder a la revisión del RB I, la Comisión encargó un estudio sobre su aplicación¹⁶, el denominado “Informe Heidel-

comercial y de inversiones, vol. II, nº 2, 2009, p. 437. La autora había reflejado ya esta potencialidad con anterioridad al caso *Endesa* como un supuesto de interferencia entre el régimen de reconocimiento del Convenio de Nueva York de 1958 y el sistema del RB I.

¹⁴ Disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2009/196.html>

¹⁵ COM(2010) 748 final/2. Esta versión anula y reemplaza la anterior de 14 de diciembre de 2010.

¹⁶ Que llegó tarde, como recordaron algunos. Cf. B. Ancel, “Balance del Reglamento 44/2001 en el ámbito de la competencia judicial internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, p. 220.

berg¹⁷, para posteriormente reflejar su parecer en un Libro Verde¹⁸ y abrir al debate posibles vías de mejora del instrumento comunitario. Ambos textos reflejan los principales problemas surgidos durante los años de aplicación del RB I y proporcionan datos y estadísticas muy interesantes en apoyo de sus afirmaciones. Como era de esperar, ambos han suscitado también reacciones de elevado interés para el ámbito académico y profesional respecto de la problemática existente entre la aplicación del RB I y el arbitraje. Reflejaremos ese sentir más adelante, tras aproximar brevemente las principales propuestas de ambos estudios en materia arbitral.

1. Documentos preparatorios de la reforma: el Informe Heidelberg y el Libro Verde

En virtud del art. 73 RB I, en un plazo máximo de cinco años desde su entrada en vigor (lo que aconteció el 1 de marzo de 2002), la Comisión debía presentar al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un Informe acerca de su aplicación. De este mandato surgieron dos Informes, un primer *Report on the application of Brussels I Regulation in the Member States* elaborado por los Profesores Hess, Pfeiffer y Schlosser y un segundo *Study on Residual Jurisdiction* –entendiendo como tal las normas de origen interno sobre competencia judicial internacional que son de aplicación en defecto de instrumento comunitario y convencional –presentado por el Profesor Nuyts¹⁹. Teniendo en cuenta el objeto de este artículo, es nuestra intención en este momento realizar una somera aproximación al contenido del primero de dichos estudios, el conocido Informe Heidelberg, cuya estructura consta principalmente de tres partes claramente diferenciadas: una primera proporciona datos estadísticos y empíricos de los diferentes Estados miembros analizados; la segunda analiza y evalúa la aplicación del RB I; y la tercera resume las propuestas dirigidas a mejorarlo.

La primera y esencial nota que cabe extraer del Informe Heidelberg es una opinión, en general, positiva, del funcionamiento del RB I en el

¹⁷ Study JLS/C4/2005/03. Versión definitiva del estudio de septiembre de 2007 disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf. También publicado en B. Hess, B. & T. Pfeiffer & P. Schlosser: *The Brussels I Regulation 44/2001. Application and enforcement in the EU*, Munich, C.H. Beck, 2008.

¹⁸ COM(2009) 175 final.

¹⁹ Study JLS/C4/2005/07–30–CE)0040309/00–37. Disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf

contexto comunitario²⁰ durante los años de su vigencia. No en vano, es considerado el instrumento de cooperación judicial más exitoso del Espacio Judicial Europeo²¹. De acuerdo con el propio Informe, el estudio empírico realizado –que se basa en cuestionarios y respuestas nacionales, información obtenida de bases de datos y entrevistas realizadas, entre otros, a abogados, jueces, empresarios y organizaciones de consumidores– permite concluir que el instrumento comunitario está funcionando bien y que existe una satisfacción generalizada respecto de la situación actual²², a pesar de que se ha constatado que el volumen de casos en que se ha aplicado es escaso²³. Por el contrario, las cifras relativas a la aplicación de las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de decisiones son algo superiores en número, lo que puede derivarse también, según los autores del Informe, del hecho de que existan más datos estadísticos en este ámbito como consecuencia de la concentración de la competencia para conocer de demandas de reconocimiento en órganos o autoridades nacionales concretos²⁴.

²⁰ El alcance geográfico del Informe Heidelberg no se corresponde con la Europa de los 27, sino que abarca a 24 Estados miembros, excluyendo del mismo a Rumania, Bulgaria y Dinamarca. Informe Heidelberg, párr. 4, p. 4.

²¹ Informe Heidelberg, párr. 60, p. 25.

²² *Ibid.*, párr. 1, p. 1.

²³ *Ibid.*, párrs. 38, 39 y 40, pp. 15 y 16. Así, las respuestas de los distintos Estados miembros a la pregunta acerca del volumen de casos en los que se aplicó en sus respectivas jurisdicciones en un año determinado (2003, 2004 ó 2005) muestran cifras realmente ínfimas, sobre todo por lo que respecta a la aplicación de las reglas sobre competencia judicial internacional. En este sector, las cifras proporcionadas representan a menudo menos del 1% del volumen total de casos civiles e incluso en algunos casos menos del 0,1%. Los autores reflejan también la dificultad en la obtención de datos estadísticos por parte de los ponentes nacionales, lo que se atribuye a la ausencia de recolección de datos sobre la aplicación del RB I por parte de los Estados miembros. Mientras en algunos países no existe dato alguno al respecto (entre otros, Chipre, Finlandia, Alemania, Grecia) otros sí cuentan al menos con bases de datos ministeriales que recopilan casos con elementos foráneos, como aquéllos en que se ven involucrados demandados extranjeros (entre otros, Hungría, Eslovaquia). Sólo cuatro Estados miembros tienen una recopilación de datos de interés en este ámbito, como son Austria, Polonia, Eslovenia y Reino Unido (párr. 5, p. 5).

²⁴ De acuerdo con la información recabada, más del 90% de las solicitudes de reconocimiento se resuelven positivamente en la mayoría de los países, alcanzando incluso el 100% en algunos. Se constatan al mismo tiempo los principales obstáculos que se aprecian en este ámbito (requerimiento de traducciones sobre todo), lo que en ocasiones puede retrasar la decisión del órgano requerido, pero en general se están resolviendo como media en plazos proporcionados, desde 7 días a 4 meses. (Informe Heidelberg, párr. 52, p. 21). En cualquier caso, el propio Informe recuerda que este sistema de reconocimiento, si bien funciona de forma eficaz en la práctica, se está viendo superado por los establecidos en los denominados “instrumentos de segunda generación”, esto es, no sólo basados en la

A lo largo del trabajo se resaltarán las ideas principales contenidas en el Informe en materia arbitral, pero podemos ultimar este sucinto análisis reflejando las recomendaciones con las que finaliza²⁵. Según los autores, en primer lugar, el RB I no debería abordar cuestiones ya reguladas por el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de sentencias arbitrales (CNY en adelante). No obstante, la primacía de dicho texto no excluye que se puedan adoptar disposiciones complementarias que resuelvan las relaciones entre ambos instrumentos. En segundo lugar, concluyen que si bien no resulta adecuado proponer ulteriores modificaciones del Reglamento en este campo, se perciben dos posibles salidas: bien eliminar la exclusión del art. 1.2 d) preservando la prevalencia del CNY, bien entrar a resolver expresamente las relaciones entre el arbitraje y la norma comunitaria contemplando en ésta disposiciones sobre los procesos auxiliares al arbitraje.

Así, se pregunta por la posibilidad de incluir una regla de competencia judicial internacional de naturaleza exclusiva para conocer de procesos auxiliares de apoyo al arbitraje a favor de los tribunales de la sede²⁶ del mismo (si bien sin concluir taxativamente su conveniencia). Además, también considera “aconsejable” abordar las situaciones de litigios conexos sobre la validez de compromisos arbitrales en el contexto del art. 28 RB I, abogando por transformar la discrecionalidad de la suspensión de procesos para evitar decisiones inconciliables por su obligatoriedad en materia arbitral, con el fin de evitar la duplicación de procesos. Con la misma finalidad, proporciona también una posible modificación del art. 27 RB I en sede de litispendencia inter-

confianza mutua como el RB I, sino principalmente orientados a superar el antiguo paradigma de los procedimientos de ejecución, sustituyéndolo por mecanismos basados en el reconocimiento mutuo de títulos en el espacio judicial europeo. El Informe se refiere en particular a los Reglamentos relativos al proceso monitorio europeo, al proceso de escasa cuantía y al título ejecutivo europeo. En opinión de los autores, su aprobación ha reducido la importancia práctica del RB I, que queda como un instrumento “de repliegue” (Informe Heidelberg, párr. 858, p. 349) en defecto de aplicación de esas otras vías. No obstante, la existencia de otros instrumentos comunitarios que remiten expresamente al mismo – como el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, por ejemplo – continúan extendiendo su ámbito de aplicación y con ello su relevancia en el espacio judicial europeo, además de haber proporcionado definiciones de términos y jurisprudencia interpretadora del Tribunal de Justicia de la Unión de indubitada utilidad para la aplicación de otras normas institucionales (Informe Heidelberg, párrs. 64 a 66, pp. 27 a 30).

²⁵ Informe Heidelberg, párrs. 862 a 871, pp. 350–351.

²⁶ Como veremos más adelante, la sede del arbitraje no siempre resulta fácil de concretar, por lo que se han proporcionado distintas soluciones para solventar determinados casos en que se carece de esa información, siendo ésta relevante a los efectos de determinar la eventual competencia judicial internacional para conocer de procesos de auxilio al arbitraje.

nacional, según la cual el tribunal del Estado miembro ante el que se hubiere interpuesto una demanda debería suspender el proceso si el demandado alegara que la validez de un acuerdo arbitral se está conociendo ante los tribunales del Estado miembro de la sede del arbitraje. Finalmente, recomienda reducir lo máximo posible el ámbito del art. 71 del Reglamento, relativo a la relación entre el instrumento comunitario y los eventuales convenios en los que los Estados miembros fueren partes.

En suma, la importancia del Informe Heidelberg en el proceso de revisión del RB I al que asistimos es incuestionable, de ahí que su impacto haya sido considerable, tanto en la comunidad académica como en la profesional. Esencialmente porque no se limita a dar cuenta de la aplicación del RB I en el espacio europeo; efectivamente, va mucho más allá y ahí radica el enorme interés suscitado. Realiza una serie de propuestas de modificación de su articulado y valora y desecha otras opciones que no considera viables, todo ello con el ánimo de mejorar la aplicación del instrumento comunitario en el futuro, teniendo en cuenta los problemas detectados durante el proceso de elaboración del Informe. En este contexto de revisión, el arbitraje ha ocupado un lugar destacado, como así demuestran las propuestas de este estudio y del posterior Libro Verde sobre la revisión del RB I.

El 21 de abril de 2009, la Comisión publicó un Libro Verde específicamente dirigido a someter a la consideración de la comunidad internacional ciertos aspectos del instrumento comunitario que, a su entender y con base en el Informe Heidelberg, debían ser revisados para su mejora. Con dicha finalidad, el Libro Verde sobre la revisión del RB I contempla ocho apartados de contenido dispar, cada uno de los cuales presenta una breve explicación de la cuestión concernida junto con una serie de preguntas a responder. Nos centraremos en la parte relativa al arbitraje, que se localiza en el séptimo apartado, y desde el cual se empieza a apreciar ese deseo del legislador comunitario de que Europa, que es ya un referente como foro de arbitrajes, mantenga su posición en el contexto de la resolución de los conflictos comerciales internacionales.

Con esa idea presente, y a la vista de la creciente “*interface*” entre el RB I y el arbitraje, se considera apropiado replantear de nuevo²⁷ la

²⁷ G. Esteban de la Rosa, “Irrupción del movimiento A.D.R. (Alternative Dispute Resolution) en las relaciones transfronterizas”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2005, p. 107. No se trata de la primera vez que se plantea la introducción de sistemas alternativos de resolución de conflictos en el régimen de Bruselas. Durante el proceso de adopción del RB I, el Parlamento Europeo sugirió la introducción de un nuevo art. 17 bis

incardinación del arbitraje en el sistema comunitario de resolución de conflictos. Como premisa de partida, no obstante, se valora positivamente el estado actual de la situación. El régimen vigente en esta materia, basado esencialmente en el CNY sobre reconocimiento de sentencias arbitrales, instrumento considerado el inicio de la internacionalización del arbitraje²⁸, “funciona de forma satisfactoria y goza de la apreciación de los profesionales del Derecho” –tal y como señala literalmente el Libro Verde–. De ahí que la propia Comisión apoye preservar este instrumento e incluso tomarlo como base con vistas a la adopción de nuevas medidas. Ahora bien, dos son los aspectos a mejorar según la Comisión: asegurar que las resoluciones puedan circular fluidamente en Europa e impedir los procedimientos paralelos.

Con este fin, se apuntan una serie de propuestas, que valoraremos posteriormente con mayor profundidad pero que resulta interesante mencionar en este momento con el ánimo de proporcionar una primera visión de las eventuales posibilidades de reforma que se han estado barajando en Bruselas en los últimos meses. Una primera idea que, en su caso, podría mejorar el modelo existente recae sobre la supresión (parcial) de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento, para, con ello, permitir la entrada de los procedimientos judiciales que apoyen soluciones arbitrales en su ámbito de aplicación. Por otro lado, se plantea asimismo la opción de contemplar una competencia exclusiva para este tipo de procedimientos, con base, por ejemplo, en un eventual acuerdo entre las partes.

Incluso se valora suprimir la exclusión del RB I, abriendo así las puertas al arbitraje en este ámbito, lo que se considera positivo para la adopción de medidas cautelares de apoyo y para favorecer el reconocimiento de resoluciones relacionadas con el arbitraje, como aquéllas que recaigan sobre la validez de acuerdos arbitrales o que incorporen sentencias arbitrales. Por último, también se plantea reforzar el

que contemplara la autorización de cláusulas de remisión de litigios a órganos extrajudiciales de conflictos para dar mayor cabida en el texto del Reglamento a la utilización de este tipo de mecanismos en el ámbito del consumo. La misma institución planteó también la ejecutabilidad de los acuerdos alcanzados en el marco de estos procesos alternativos. De la misma manera, el Consejo Económico y Social se mostró también interesado en la importancia de conceder mayor atención a la solución extrajudicial de conflictos en materia civil y mercantil, pero a pesar de estos apoyos, la Comisión consideró que una propuesta de este tipo debía ser analizada con mayor detenimiento, sobre todo porque podría plantear problemas de constitucionalidad en algunos Estados en los que estos procedimientos no estaban implantados con carácter obligatorio, por lo que el texto final no recogió estas sugerencias.

²⁸ J. Lew, “Achieving the Dream: Autonomous Arbitration”, *Arb. Int'l*, vol. 22, n° 2, 2006, p. 189.

reconocimiento de laudos arbitrales en el seno de la Unión, cuestión que, según el Libro Verde, podría ser objeto de un instrumento comunitario autónomo. De ésta y de las demás propuestas se han hecho eco numerosas entidades y asociaciones de arbitraje, cuya opinión, a nuestro entender, debería considerarse muy seriamente en este proceso de revisión.

2. El cuasi unánime rechazo a la inclusión del arbitraje en el Reglamento Bruselas I: algunas reacciones de entidades y asociaciones arbitrales ante la reforma del Reglamento Bruselas I en materia arbitral

Con ocasión del Informe Heidelberg y del mencionado Libro Verde, la comunidad internacional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la revisión del RB I en general y en particular sobre su relación con el arbitraje y la eventual modificación del texto europeo en aras a mejorar dicha relación. Así, las respuestas al Libro Verde publicadas en línea²⁹ proceden de organismos de distinta naturaleza y fin, Gobiernos, Parlamentos, universidades, colegios de abogados, colegios notariales, asociaciones de arbitraje, mundo empresarial, etc, de ahí la valiosa información que es posible obtener de dichas opiniones. En este apartado pretendemos mostrar parte de la información recabada de dicha consulta pública, con la finalidad de reflejar el sentir de algunas entidades y asociaciones de arbitraje preocupadas por este proceso de revisión³⁰, cuyas aportaciones enriquecen desde la práctica el debate en marcha en torno a estas cuestiones. Ya adelantamos de todos modos que se apoya unánimemente la opción que aboga por conservar la exclusión del arbitraje contenida en el art. 1.2º.d) RB I.

En primer lugar, consideramos de interés aludir a la postura mantenida por el Comité de Arbitraje de la *International Bar Association*, habida cuenta de la extensa respuesta que remitieron a la Comisión, no siempre en consonancia con las propuestas de la misma. Sí coinciden con ésta, no obstante, en dos aspectos; primero, al entender que se debería fortalecer el reconocimiento de acuerdos arbitrales y, segundo, en que el funcionamiento del CNY se percibe de manera satisfactoria como regla general. Considera positivo que se esté plantean-

²⁹ Consulta disponible en:

http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0002_en.htm

³⁰ Para conocer más opiniones además de las reflejadas en este comentario, *vid.* P. Santomauro, "Sense and sensibility: reviewing West Tankers and dealing with its implications in the wake of the reform of EC Regulation 44/2001", *J. Private Int'l L.*, vol. 6, nº 2, 2010, pp. 301-318.

do regular la relación entre el arbitraje y el RB I, pero siempre teniendo en cuenta que el éxito del arbitraje se debe en gran medida al buen funcionamiento de este Convenio, por lo que cualquier propuesta tendente a modificar el *status quo* debe tener presente esta realidad.

Por otro lado, este Comité informa de la falta de apoyos entre sus ponentes nacionales acerca de una posible extensión del Reglamento al arbitraje. La mayoría de los prácticos del arbitraje de los países consultados consideraron que no era aconsejable eliminar la exclusión relativa al arbitraje y darle cabida con ello dentro de su ámbito de aplicación material. Es más, la postura que ha prevalecido entre los mismos advierte de los riesgos que tal decisión podrían conllevar para asegurar la continuidad del buen funcionamiento del CNY. Además, el Comité subraya dos datos importantes: por un lado, modificar la exclusión existente eliminaría el paralelismo entre el Reglamento y el Convenio de Lugano, donde el arbitraje se excluye asimismo de su ámbito de aplicación material; por otro lado, son pocas las dificultades que se han planteado en la práctica en este ámbito desde la entrada en vigor del Convenio de Bruselas de 1968 y cuando han surgido se han ido resolviendo por el Tribunal de Justicia de la Unión, por lo que este Comité no considera que exista causa de peso alguna que justifique la eliminación de la exclusión, independientemente de que se puedan añadir algunas disposiciones que clarifiquen ciertos aspectos problemáticos.

En segundo lugar, el *Comité français de l'arbitrage* también ofrece su visión en la consulta pública, la cual gira en torno de nuevo a la conservación de la exclusión del arbitraje del alcance material del RB I. El fundamento de tal opción se basa no sólo en consideraciones legales sino también económicas, ya que, asegura, incluir el arbitraje en el sistema de Bruselas puede conllevar profundas consecuencias en ambos escenarios. Este Comité encuentra serias dificultades de coordinación entre las propuestas del Libro Verde y el Informe Heidelberg, por un lado, y las soluciones convencionales actuales, por otro. Además, se sorprende de la incoherencia que supone sugerir la inclusión del arbitraje en el RB I al mismo tiempo que se reconoce por parte de la Comisión y de los autores del estudio que el sistema vigente lleva décadas funcionando correctamente y que no parece haber necesidad de modificarlo. Siendo así, el *Comité Français de l'Arbitrage* opina que no se justifica suficientemente por la Comisión por qué plantea cambiar la regulación existente, considerando además que añadir reglamentación comunitaria a una materia que funciona bien con legislación nacional y convencional es crear una nueva fuente de

complicaciones. La misma línea sigue la organización *Paris – The Home of International Arbitration*, que se adhiere a la opinión del Comité Francés del Arbitraje al considerar que no existe necesidad alguna de modificar la situación existente.

La siguiente institución en la que nos detendremos para conocer su postura es la *Camera Arbitrale di Milano* adscrita a la Cámara de Comercio de esta misma ciudad italiana. Esta entidad coincide con las anteriores en que no se han planteado hasta la fecha serias dificultades en este ámbito que requieran de una intervención drástica en la normativa vigente, ya que ello podría conducir a consecuencias impredecibles. Por otro lado, incluir el arbitraje en el ámbito material del RB I puede romper con la coherencia existente con otros instrumentos comunitarios que también excluyen el arbitraje, tales como el Reglamento Roma I, así como con el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005, firmado por la Unión Europea el 1 de abril de 2009, aunque todavía no ha entrado en vigor³¹. Además, esta Corte muestra su preocupación por varios aspectos. En primer lugar, por la eventual “regionalización” de un fenómeno como el arbitraje, que se sujeta a instrumentos de naturaleza universal. En segundo lugar, por que la propuesta de inclusión en el Reglamento pueda conducir a un aumento de la litigiosidad en este ámbito, y, por ende, a una mayor complejidad del arbitraje. En definitiva, agradece a la Comisión su preocupación por reforzar la eficacia de acuerdos arbitrales, pero considera que se conseguirá mejor este objetivo conservando la exclusión. Si aún así se decide eliminarla, defienden que se elabore un instrumento separado para esta materia, más que incluirla en una parte del RB I.

También han llamado nuestra atención las consideraciones de la *Association for International Arbitration*, entidad que se muestra enérgicamente en desacuerdo con las propuestas contenidas en el Libro Verde. Como principal escollo a la eliminación de la exclusión del arbitraje del ámbito del RB I se alega que dicha decisión llevará a los Estados miembros a desobedecer las obligaciones contraídas en virtud del CNY y del Convenio de Ginebra de 1961, indicando de hecho de manera detallada las disposiciones de ambos textos que resultan incompatibles con las propuestas de la Comisión. Por otro lado, se pregunta si ésta ha valorado realmente el impacto de las decisiones propuestas más allá del ámbito geográfico comunitario, ya que, en palabras de la Asociación, los objetivos perseguidos por la Comi-

³¹ Situación actual del Convenio disponible en: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=98

sión en esta materia son regionales, olvidando las relaciones entre empresas con sede en la Unión y extracomunitarias. Ello, asegura, no se adapta a la naturaleza universal del arbitraje, ya que, al igual que mencionábamos anteriormente, se considera que se corre el riesgo “regionalizar” la regulación del arbitraje, lo que iría en contra de los intereses comerciales y económicos de sus usuarios. En conclusión, reconocen que la relación entre el RB I y el arbitraje no siempre ha sido pacífica, pero las limitadas ocasiones en que se han producido inconsistencias no permiten fundamentar la necesidad de modificar el régimen actual. En cualquier caso, no consideran que las posibles mejoras a adoptar deban implementarse por medio de un Reglamento.

Finalmente, resulta de interés aproximar la aportación del Club Español del Arbitraje y la Sección española de la *International Law Association* porque se diferencia de las anteriores en que apoya la introducción de disposiciones de manera expresa para perfeccionar la exclusión para, al menos, evitar las consecuencias negativas de la situación actual. En esta línea, se propone trasladar al arbitraje una solución que ya se aplica de manera análoga en virtud del art. 23.3º RB I por lo que respecta a los acuerdos de elección de foro: se sugiere que el Reglamento asegure la eficacia de un acuerdo arbitral a favor de un arbitraje con sede en un Estado miembro obligando a los tribunales a abstenerse de conocer de un litigio hasta que el tribunal arbitral haya resuelto no conocer del mismo o dicte un laudo sobre el fondo que no sea susceptible de reconocimiento en el Estado miembro en cuestión.

Por lo demás, opinan que las propuestas del Informe Heidelberg “con toda la buena voluntad e inteligencia que las inspira”, no siguen la visión de algunos países según la cual “pactado el arbitraje, debe reconocerse la prioridad de la vía arbitral y reservarse a los tribunales de justicia un *second look*”. Por último, aseguran que integrar el arbitraje dentro de un sistema que no ha sido capaz de hacer respetar los acuerdos de elección de foro a favor de los tribunales de justicia de un Estado miembro³² no parece una buena decisión de política legislativa. Así pues, no consideran que haya razones objetivas que justifiquen someter el arbitraje como mecanismo sofisticado de resolución de conflictos que es, “que se ha desarrollado de manera ejemplarmente eficiente, a un sistema no testado en la práctica y a riesgos que son difíciles de anticipar”.

³² Ahonda más en esta cuestión, reflejando esta misma idea acerca de la insatisfacción en la ejecución de los acuerdos de elección de foro J. Forner Delaygua, “Cláusulas registradas de elección de foro”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. VI, 2006, pp. 235–268.

En conclusión, queda patente que se respira una generalizada opinión adversa a la eventual modificación de la exclusión del art. 1.2 d) RB I –todos coinciden en que el sistema actual está funcionando bien en términos generales–, si bien se aprecia cómo algunos operadores arbitrales apoyan la introducción de ciertas reglas que permitan coordinar mejor ambas realidades, judicial y arbitral.

III. El arbitraje en el marco judicial comunitario del Reglamento Bruselas I

El estudio de la incardinación del arbitraje en el marco del RB I requiere continuar aproximando, por un lado, la exclusión contenida en el art. 1.2 d), y, por otro lado, la jurisprudencia existente sobre la materia. Ésta ha proporcionado pautas para interpretar dicha exclusión, que se caracteriza por su parquedad y que, como consecuencia de ello, ha suscitado opiniones encontradas.

1. La exclusión del arbitraje en el Reglamento Bruselas I

El art. 1 RB I conforma el ámbito de aplicación material del instrumento comunitario. Esta disposición se erige sin duda como una de las más significativas del instrumento comunitario –como de hecho ocurre con todo instrumento internacional en relación con el alcance de su propio ámbito de aplicación material–, por cuanto la delimitación de una materia dentro o fuera del Reglamento conduce irremediabilmente a su introducción o exclusión del régimen establecido por el instrumento en cuestión. En este caso, supondría su inclusión o no en un modelo a todas luces beneficioso en múltiples aspectos; *ad ex*, ante el establecimiento de un reconocimiento cuasi automático de decisiones o de un régimen que apuesta firmemente por evitar procedimientos paralelos por medio de reglas sobre litispendencia internacional. Por lo tanto, resulta imprescindible incidir en la importancia de delimitar el ámbito de aplicación material del RB I, ya que la circunscripción de sus fronteras con carácter previo deviene decisiva para dilucidar a continuación a qué casos podemos (o más bien, debemos) aplicar el conjunto de reglas que dispone.

De esta manera, el primer precepto del Reglamento incluye dentro de su ámbito de aplicación material los asuntos civiles y mercantiles que no excluya expresamente a continuación³³. Este comentario se

³³ La interpretación de estas exclusiones, así como de cualquier otra disposición del Reglamento, debe realizarse de manera autónoma, esto es, sin atender a los respectivos

centra precisamente en una de esas materias excluidas. De acuerdo con el art. 1.2º.d) RB I, “Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Reglamento: [...] d) el arbitraje”. Tomando la literalidad de la norma como punto de partida, cierto es que induce a concluir que toda cuestión relacionada con el arbitraje como sistema de resolución de conflictos alternativo al judicial³⁴ ha de quedar fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, dado que se configura una exclusión “omnicomprensiva”³⁵ que, tal y como se adelantó *supra*, ha dado lugar a entender que la intención primigenia fue la de excluir esta materia en su totalidad.

Se conciben en principio dos escenarios distintos –judicial y arbitral– que no son llamados a interactuar, asumiendo de partida que son independientes; no obstante, la realidad es bien distinta y así se constata en el Derecho comparado³⁶ y se ha constatado también en la práctica judicial europea, donde se ha ido constatando con los años la creciente existencia de puntos de “fricción” entre la realidad arbitral y la regulada por el RB I. Tendremos la oportunidad de comprobarlo al abordar la jurisprudencia que ha ido conformando la interpretación del señalado precepto. El repaso de la cronología de ciertos casos planteados ante tribunales nacionales y el Tribunal de Luxemburgo en las últimas décadas nos permitirá identificar los principales pro-

Derechos nacionales, tal y como ha requerido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es la única manera de garantizar una aplicación uniforme del Reglamento a lo largo y ancho de la Unión. P. Rogerson, “Chapter I. Scope. Article 1”, *loc. cit.*, p. 50.

³⁴ J. Lookofsky y K. Hertz, *Transnational Litigation and Commercial Arbitration. An Analysis of American, European and International Law*, DJOF Publications, Copenhagen, 2004, p. 755.

³⁵ Informe Heidelberg, párr. 106, p. 50.

³⁶ Las cuatro principales cuestiones en que intervienen los tribunales en materia arbitral hacen referencia a la determinación de la validez del compromiso arbitral, la adopción de medidas cautelares, la anulación de laudos y su ejecución. C. Kessedjian, “Court Decisions on Enforcement of Arbitration Agreements and Awards”, *J.Int'l Arb.*, vol. 18, nº 1, 2001, p. 1. La mayoría de sistemas legales otorgan tradicionalmente a los tribunales la posibilidad de intervenir en todas las fases de los procesos arbitrales. J.C. Fernández Rozas, “Anti-suit Injunctions Issued by National Courts. Measures Addressed to the Parties or to the Arbitrators”, en E. Gaillard (ed.): *Anti-suit Injunctions in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration, nº 2, 2005, p. 74. El autor considera además que las relaciones entre arbitraje y órganos judiciales es necesaria para asegurar el buen funcionamiento de los procesos arbitrales. El mejor sistema, señala, sería designar tribunales especializados en cuestiones arbitrales, lo que se observa como una tendencia en jurisdicciones favorables a este tipo de ADR. Esta medida asegura uniformidad en la jurisprudencia, lo cual es indispensable para la seguridad jurídica que requiere el comercio internacional (pp. 74–75). Las cuatro principales cuestiones en que intervienen los tribunales en materia arbitral hacen referencia a la determinación de la validez del compromiso arbitral, la adopción de medidas cautelares, la anulación de laudos y su ejecución.

blemas suscitados en este ámbito. Pero antes cabe preguntarse cuál fue el fundamento de dicha exclusión³⁷.

Son varias las razones que condujeron a contemplarla al concebir el predecesor del Reglamento, el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Históricamente, la exclusión se explicó por la relación existente entre el “régimen de Bruselas” y el CNY. Cuando el Convenio de Bruselas se negoció en los años sesenta, existió un amplio consenso en entender que el reconocimiento de acuerdos y laudos arbitrales funcionaba de manera eficaz bajo el CNY, de tal manera que se consideró que esta materia no debía abordarse por el instrumento europeo para evitar conflictos con la normativa ya existente³⁸, un *corpus* convencional creciente³⁹, incluyendo el Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional de 1961, hecho en Ginebra. Además, de esta manera se conminaba a los Estados miembros de aquella época que todavía no habían ratificado el CNY a que lo hicieran. Entonces, sólo Luxemburgo e Irlanda no eran partes de dicho Convenio⁴⁰ (siéndolo hoy todos los Estados miembros de la Unión Europea).

Por otro lado, en aquel momento el Consejo de Europa se encontraba elaborando un instrumento paralelo sobre arbitraje, lo que terminaba de colmar las iniciativas legislativas relativas a esta materia. El texto, diseñado como una ley uniforme en materia arbitral, iba a ser acompañado de un Protocolo destinado a facilitar aún más el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, si bien no tuvo éxito finalmente⁴¹. El Convenio Europeo de 1966 sólo se firmó por Austria y Bélgica⁴², ratificándose únicamente por este segundo país y

³⁷ El fundamento de otras exclusiones se centra —como la relativa al arbitraje— en la presencia de otros instrumentos, convencionales o comunitarios, que ya regulan esas materias, junto con las señaladas divergencias constatadas en el régimen jurídico de algunas de ellas tanto a nivel sustantivo como conflictual. P. Rogerson, “Chapter I. Scope. Article 1”, *loc. cit.*, p. 56.

³⁸ C. Ambrose, “Arbitration and the Free Movement of Judgments”, *Arbitration International*, vol. 19, 2008, N°1, pp. 4–5.

³⁹ J.P. Béraudo, “The Arbitration Exception of the Brussels and Lugano Conventions: Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments”, *Journ. Int'l Arb.*, vol. 18, n° 1, 2001, p. 14.

⁴⁰ A. Dashwood, R. Hacon y R. White, *A Guide to the Civil Jurisdiction and Judgments Convention*, Kluwer, 1987, p. 14.

⁴¹ *Vid.* al respecto el Informe Jenard (DO 1979 C–59) y el *Rapport d'Audience* presentado en el asunto Marc Rich (C–190/89).

⁴² Situación disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=056&CM=8&DF=24/01/2011&CL=ENG>

nunca se llegó a adoptar el citado Protocolo⁴³. A pesar de ello y como consecuencia de la existencia de una regulación convencional considerada más hecha “a medida” para el arbitraje que el Derecho comunitario⁴⁴, su tratamiento en el Convenio de Bruselas de 1968 resultó innecesario, de ahí que se contemplara la exclusión del art. 1.2 d) de una manera amplia.

Tal amplitud, de hecho, fue secundada por el Tribunal de Justicia europeo tras nueve años de litigio⁴⁵ el 25 de julio de 1991 en la sentencia dictada en el asunto *Marc Rich & Co. AG v. Società Italiana Impianti PA*.⁴⁶, que proporcionó a la corte la primera ocasión para pronunciarse acerca del alcance de la exclusión del arbitraje en el régimen de Bruselas⁴⁷. En relación con los hechos, una empresa suiza, Marc Rich, la demandante, mantuvo una relación contractual con una empresa italiana, Impianti, que fue demandada por la primera con objeto de un contrato de compraventa de crudo iraní. Dicho contrato contenía una cláusula de elección de ley por la que se sujetaba al Derecho inglés, así como el sometimiento a arbitraje con sede en Londres de toda controversia suscitada en el marco del contrato, a resolver por otra parte por tres árbitros (dos a designar por cada parte y un tercero por los dos árbitros designados conforme a la regla anterior).

La demandante reclamó los daños producidos en la carga que transportaba el buque, declinando la demandada toda responsabilidad al respecto. Además, ésta última instó un procedimiento ante los tribunales italianos, ante los que se personó la empresa suiza alegando la existencia de una cláusula compromisoria anterior y declinando con ello la competencia de los tribunales italianos. El mismo día, la empresa suiza inició el proceso arbitral en Londres, en el que la demandada italiana rechazó participar. Ante tal situación, la primera

⁴³ H. Van Houtte, “Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation?”, *Arb. Int'l*, vol. 21, n° 4, 2005, p. 510. El mismo autor considera que otra causa que podría explicar la exclusión es la falta de familiaridad con la materia (p. 511).

⁴⁴ U. Draetta y A. Santini, “Arbitration exception and Brussels I Regulation: no need for change”, *loc. cit.*, p. 745.

⁴⁵ M. Dawkins, “Brussels and Lugano revisited or when an agreement is not an agreement”, *Journal of International Financial Markets*, vol. 1, n° 1, 1999, p. 32.

⁴⁶ As. C-190/89. Disponible en M. Bogdan (ed.), *The Brussels Jurisdiction and Enforcement Convention – an EC Casebook*, Kluwer Law International, Estocolmo, 1996, pp. 282 ss. En español en M. Virgós Soriano y E. Rodríguez Pineau, *Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*, Madrid, Mc Graw Hill, 1999, pp. 313 ss.

⁴⁷ C.M. Munro, “Marc Rich v Impianti: the exclusion of arbitration from the Brussels Convention defined?”, *International Company and Commercial Law Review*, vol. 3, n° 3, 1992, pp. 116–117.

acudió a la *High Court* de Londres para que ésta designara el árbitro que le correspondía a la parte demandada, en virtud de la normativa inglesa aplicable (art. 10.3 de la *Arbitration Act* de 1950). La *Court of Appeal* inglesa planteó posteriormente una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, con el fin de clarificar la eventual aplicación del Convenio de Bruselas 1968 a este tipo de situaciones.

El Tribunal confirmó que el arbitraje estaba excluido del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, incluyendo en particular el reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales, la competencia de tribunales para conocer de acciones relacionadas con el arbitraje (acciones de anulación de laudos, por ejemplo), así como la designación de árbitros⁴⁸. Esta visión se fundamentaba además en el llamado Informe Schlosser⁴⁹, elaborado en 1979 con ocasión de la adhesión de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido e Irlanda del Norte a la Comunidad Económica Europea. Según el mismo, el Convenio no debía aplicarse a procesos judiciales que permitan el desarrollo de procesos arbitrales, como los de designación o recusación de árbitros, determinación del lugar del arbitraje o validez o nulidad de acuerdos arbitrales.

No obstante, esta amplia interpretación se ha ido matizando en los años siguientes. Jurisprudencia posterior a *Marc Rich* ha continuado valorando la exclusión hasta el punto de que hoy por hoy la situación es algo incierta en algunos aspectos. Si bien no cabe duda de que no es posible reconocer ni ejecutar laudos arbitrales aplicando el régimen del RB I y que ciertas cuestiones controvertidas ya han sido clarificadas por el Tribunal de Luxemburgo, otras siguen suscitando vacilaciones acerca de su inclusión en el instrumento comunitario. La propia Comisión da cuenta de ello al proporcionar un listado que recoge someramente algunas de las cuestiones que ya han sido resueltas, y otras que quedan por resolver⁵⁰:

“En particular, aunque por lo general se admite que el Convenio de Nueva York funciona satisfactoriamente, se producen procedimientos judiciales y de arbitraje paralelos cuando la validez de la cláusula de arbitraje es confirmada por el tribunal de arbitraje, pero no por el tribunal judicial; los dispositivos procesales con arreglo a la legislación nacional cuyo objetivo es reforzar la efectividad de los acuerdos de arbitraje (como las *anti-suit injunctions*) son incompatibles con el Reglamento si interfieren indebi-

⁴⁸ T.C. Hartley, “The Scope of the Convention: Proceedings for the Appointment of an Arbitrator”, *European L. Rev.*, vol. 16, n° 6, 1991, p. 530.

⁴⁹ DO 1979, C 59 (texto en español DO 1990, C 189).

⁵⁰ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, pp. 9–10. COM(2009) 174 final.

damente con la determinación por los tribunales de otros Estados miembros de su competencia con arreglo al Reglamento; no hay una asignación uniforme de competencia en los procedimientos que complementan o apoyan los procedimientos de arbitraje; el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales adoptadas por los tribunales sin tener en cuenta una cláusula de arbitraje son inciertos; el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales sobre la validez de una cláusula de arbitraje o la anulación de un laudo arbitral son inciertos; el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales que incorporan un laudo arbitral son inciertos; y, finalmente, el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales, regulados por la Convención de Nueva York, se consideran menos rápidos y eficaces que el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales”.

Trataremos algunas de estas dificultades en el siguiente epígrafe.

2. La elusiva jurisprudencia del TJUE: el alcance de la exclusión de acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo

A pesar del amplio alcance de la exclusión reflejado *supra*, el RB I se ha interpretado en casos concretos con vistas a apoyar el arbitraje. Como es de sobra conocido, los tribunales intervienen en el escenario arbitral en ciertas circunstancias, produciéndose puntos de encuentro que han incidido en la puesta en práctica de esta exclusión. Abordaremos algunas de estas cuestiones seguidamente por medio del análisis de determinadas sentencias que han coadyuvado a conformar un particular acervo en el marco de las relaciones entre el arbitraje y el régimen de Bruselas, y que tratan en concreto cuestiones relativas a la adopción de medidas cautelares sobre el fondo de un procedimiento arbitral y la utilización de mecanismos procesales nacionales como refuerzo de acuerdos arbitrales.

A) Adopción de medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral⁵¹

Junto con la decisión recaída en el asunto *Marc Rich*, en esta materia resulta imprescindible comentar la sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 17 de noviembre de 1998 dictada en el asunto *Van Uden Maritime BV, trading as Van Uden Africa Line v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line and Another*⁵², ya que se atribuye a

⁵¹ Para un estudio detallado de esta cuestión, *vid.* J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y justicia cautelar”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2007, pp. 23 ss.

⁵² As. C-391/95. L. Collins, *Essays in International Litigation and the Conflicts of Laws*, Nueva York, Oxford University Press, 1994, pp. 275 ss.

ambas el mérito de haber contribuido a delinear los contornos de la exclusión relativa al arbitraje⁵³.

En marzo de 1993, dos empresas, Van Uden con domicilio social en Rotterdam (Países Bajos) y Deco-Line con domicilio social en Hamburgo (Alemania), celebraron un contrato conforme al cual la primera debía poner a disposición de la segunda un espacio de carga en los buques que aquella explotara en nombre propio o en colaboración con otras navieras en una línea que prestara servicio entre la Europa del Norte o del Oeste y el África occidental y la segunda debía pagar un flete en contrapartida, según las tarifas convenidas entre las partes. El contrato contemplaba una cláusula arbitral para el supuesto de litigio con base en dicho contrato, por lo que, surgiendo tal situación, Van Uden inició un proceso arbitral en los Países Bajos ante el impago por parte de Deco-Line de algunas facturas que había emitido.

Asimismo, solicitó medidas provisionales ante el Presidente del *Rechtbank te Rotterdam* con base en la falta de diligencia de Deco-Line en la designación de árbitros y los problemas de tesorería que le estaba causando el impago de sus facturas. Deco-Line, a su vez, propuso la excepción de incompetencia del juez neerlandés ante el que se habían solicitado medidas provisionales, alegando que su domicilio en Alemania obligaba a la contraparte a demandarle ante los tribunales de ese Estado. No obstante, el juez desestimó la excepción de incompetencia con base en el art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968 y considerándose competente para dictar las medidas cautelares solicitadas, condenó a Deco-Line en junio de 1994 a pagar una cantidad importante de marcos alemanes a Van Uden.

Esta decisión, sin embargo, fue recurrida ante el *Gerechtshof te's Gravenhage*, que la anuló. El caso llegó posteriormente ante el *Hoge Raad der Nederlanden*, que suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia en diciembre de 1995 una serie de cuestiones prejudiciales (ocho en total), vinculadas con la existencia previa de una cláusula arbitral y la eventual competencia del juez de medidas provisionales en virtud del citado Convenio. El Tribunal recuerda al respecto que por medio de la cláusula arbitral las partes han sustraído voluntaria y válidamente el litigio derivado del contrato de la competencia de los tribunales estatales para atribuirlo a un órgano arbitral, por lo que no cabe atribuir la competencia para conocer sobre el fondo de dicho asunto a ningún tribunal estatal con base en los artículos

⁵³ J. Lew, L. Mistelis y S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2003, p. 497.

del Convenio que contienen criterios de atribución de competencia, ni para adoptar medidas provisionales con base en dichos preceptos. No obstante, sí cabe la posibilidad de solicitar medidas provisionales o cautelares ante un tribunal estatal en virtud del art. 24 del Convenio⁵⁴.

Mientras Van Uden y la Comisión consideraron acertada esta interpretación, Deco-Line y los Gobiernos alemán y del Reino Unido alegaron que la intrínseca vinculación de las medidas provisionales solicitadas y el objeto del procedimiento arbitral conducían a la exclusión de las mismas del ámbito de aplicación del Convenio. De hecho, así lo entendió el Tribunal europeo en el asunto *Marc Rich*, como se ha expuesto anteriormente, y lo subrayó de nuevo en el asunto *Van Uden*, pero a continuación matizó la doctrina allí contemplada señalando en esta ocasión que “en principio el objetivo de las medidas provisionales no es aplicar un procedimiento arbitral, sino que se adopten paralelamente a tal procedimiento y con el fin de apoyarlo. En efecto, el objeto de estas medidas no se refiere al arbitraje como materia, sino a la salvaguarda de derechos de naturaleza muy variada. Su inclusión en el ámbito de aplicación del Convenio viene determinada no por su propia naturaleza, sino por la naturaleza de los derechos cuya salvaguarda garantizan”.

Por ende, cabe entender que se admite la posibilidad de conceder medidas provisionales sobre el fondo de procedimientos de arbitraje con base en el instrumento europeo siempre que el asunto del conflicto se halle dentro del ámbito de aplicación del mismo (una obligación de corte contractual, en el caso de autos). En otras palabras y retomando literalmente el Fundamento 34 de la sentencia *Van Uden*, “en la medida en que el objeto de una demanda de medidas provisionales se refiere, como en el procedimiento principal, a una cuestión comprendida dentro del ámbito de aplicación material del Convenio, este último se aplica y su art. 24 puede fundamentar la competencia del juez de medidas provisionales aunque ya se haya iniciado o pueda iniciarse un procedimiento sobre el fondo, incluso aunque este procedimiento deba desarrollarse ante árbitros”.

B) Utilización de mecanismos procesales nacionales como refuerzo de acuerdos arbitrales: las *anti-suit injunctions*⁵⁵

⁵⁴ M. Gómez Jene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000, pp. 128–129.

⁵⁵ Para un estudio exhaustivo del recurso a estas medidas en el arbitraje internacional, vid. E. Gaillard (ed.), *Anti-suit Injunctions in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration, No 2, 2005; Revisa el origen y la evolución de estas medidas en

Junto con la adopción de medidas cautelares, otra cuestión controvertida sobre la que contamos con jurisprudencia del Tribunal de Justicia hace referencia al uso de instrumentos procesales de naturaleza interna con el fin de hacer respetar acuerdos arbitrales previos. Se trata en particular de las anglosajonas⁵⁶ *anti-suit injunctions*, que fueron objeto de la reciente –y *alarmingly insecure*⁵⁷– sentencia de 10 de febrero de 2009 en el asunto *Allianz SpA v. West Tankers inc.*⁵⁸, donde fueron declaradas incompatibles⁵⁹ con el RB I con base en el principio del *effet utile* del Derecho comunitario⁶⁰ al considerar que

países anglosajones E. Gaillard, “Il est interdit d’interdire: réflexions sur l’utilisation des *anti-suit injunctions* dans l’arbitrage commercial international”, *Rev. arb.*, 2004, n° 1, pp. 48–51.

⁵⁶ Utilizadas en un inicio en un ámbito geográfico limitado a las distintas jurisdicciones inglesas, la primera decisión con este origen dirigida contra un demandante ante una jurisdicción continental es relativamente reciente, datando de 1988. En *Hemain c. Hemain*, se concedió una *anti-suit injunction* contra el marido evitando de esta manera que prosiguiera el procedimiento de divorcio incoado por éste en Francia, estando pendiente uno anterior iniciado por la mujer en Inglaterra. M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (anti-suit injunctions)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2000, nota al pie 3, p. 20. Se trata pues de una institución de reciente irrupción en la Europa continental pero de constante presencia desde ese momento. Actualmente, su recurso es característico en EEUU (D. Levy, “Anti-suit Injunctions in Multinational Cases”, en D. Levy (ed.), *International Litigation. defending and Suing Foreign Parties in U.S. Federal Courts*, Chicago, ABA Publishing, 2003) y Reino Unido, conociéndose asimismo en otros países como Canadá o Australia. Para más detalles sobre la práctica de estas medidas en estos países, *vid.* T. Raphael, *The Anti-Suit Injunction*, Oxford University Press, 2008 y N. Meeson, “Comparative Issues in Anti-Suit Injunctions”, en M. Davies (ed.): *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law. Essays in Honor of Robert Force*, La Haya, Kluwer Law International, 2005. Analiza su impacto en Francia, H. Muir Watt, “Le for du litige: l’injonction *anti-suit* en droit international privé français (réflexions au sujet de l’arrêt Brachot de la Cour de Cassation)”, en J.P. Marguénaud & N. Poulet–Gibot Leclerc, *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Études offertes à Claude Lombois*, Presses universitaires de Limoges, 2004, pp. 897 ss.

⁵⁷ R. Fentiman, “Arbitration and Antisuit Injunctions in Europe”, *Cambridge L.J.*, vol. 68, n° 2, 2009, p. 280.

⁵⁸ As. C–185/07.

⁵⁹ En contra, M. Requejo Isidro, “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*”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. I, 2008, n° 2, p. 431. La autora considera que a la hora de decidir la utilización de este tipo de medidas deberían ponderarse de manera “exquisita” los pros y los contras de su uso.

⁶⁰ S. Abraham, “*Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica di Sicurta SpA) v West Tankers Inc (C–185/07)*”, *Int’l Arb. L. Rev.*, vol. 12, n° 2, 2009, p. 29; R. Fentiman, “Arbitration and antisuit injunctions in Europe”, *loc. cit.*, p. 279.

interfieren indebidamente en la determinación de la competencia de tribunales de Estados miembros con arreglo al Reglamento⁶¹.

En agosto de 2000, *Front Comor*, un barco cuya propiedad pertenecía a *West Tankers Inc* (“Tankers” en adelante) y fletado por *Erg Pretoli SpA* (“Erg” en adelante), colisionó contra un embarcadero propiedad de *Erg* en Siracusa, causando daños. En el contrato de fletamento se había señalado que se regía por el Derecho inglés y contenía además una cláusula en la que se establecía el arbitraje en Londres en caso de litigio. *Erg* reclamó a la aseguradora hasta el límite que cubría su seguro e inició un procedimiento arbitral en Londres contra *Tankers* por el resto. *Tankers* alegó, por el contrario, que no era responsable por los daños causados por la colisión. En julio de 2003, la aseguradora, ejerciendo su derecho de subrogación en virtud de la ley italiana (art. 1916 del Código civil), inició un procedimiento contra *Tankers* ante un tribunal de Siracusa para recobrar las cantidades que le había pagado a *Erg* por su póliza. Se consideró que el tribunal italiano era competente para conocer de la reclamación en virtud del art. 5.3º RB I en la concreta materia de responsabilidad extracontractual⁶².

El juez inglés dictó sentencia el 21 de marzo de 2005, acordando una serie de extremos. En primer lugar, concedió la *anti-suit injunction* al considerar que la reclamación transferida a la aseguradora por vía de la subrogación se sujetaba a la cláusula arbitral, tanto en virtud de la ley inglesa como de la italiana. En segundo lugar, el tribunal consideró que tenía competencia para pronunciar tal medida al esgrimir que la regla del art. 27 RB I reguladora de los casos de litispen-

⁶¹ Con anterioridad al pronunciamiento del Tribunal ya vaticinó la doctrina más pesimista que el mero planteamiento de la cuestión prejudicial podría suponer “el acta de defunción completa y definitiva de estas medidas en el espacio intracomunitario”. 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, nº 2, p. 224. De hecho, el TJ ya se había pronunciado en contra de su uso en el espacio europeo en otras ocasiones, como se aprecia en los asuntos *Gasser c. Misat y Turner c. Grovit*. J. Grierson, “Comment on *West Tankers Inc. v. RAS Riunione Adriatica di Sicurtà S.p.A. (The Front Comor)*”, *J. Int’l Arb.*, vol. 26 nº 6, 2009, p. 892. Ya apoyaba la incompatibilidad de estas medidas con los regímenes de Bruselas y Lugano H. Van Houtte, “May Court Judgments that Disregard Arbitration Clauses and Awards be Enforced under the Brussels and Lugano Conventions”, *Arb. Int’l*, vol. 13, nº 1, 1997, pp. 91–92.

⁶² Art. 5 RB I: “Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: (...) 3) En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso. (...)”. Considerando que el hecho dañoso se produjo en Italia, este precepto atribuye la competencia para conocer del litigio a los tribunales italianos.

dencia internacional no se aplicaba a este supuesto, dado que el arbitraje se excluye expresamente del Reglamento comunitario en el art. 1.2º.d). En la misma línea, el juez se basó para otorgar la medida en la sentencia nacional de 2005 fallada en el asunto *Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd v. New India Assurance Co Ltd*. En esta decisión, la *Court of Appeal* afirmó que el precedente asentado por el TJ en sede de competencia judicial internacional en el anteriormente mencionado asunto *Turner c. Grovit*, no impedía a las jurisdicciones nacionales emitir *anti-suit injunctions* con la finalidad de proteger la competencia de tribunales arbitrales⁶³.

Esta sentencia fue recurrida ante la *House of Lords* británica, alegando que la adopción de la referida orden conminatoria era contraria al RB I aun cuando la dicte un órgano jurisdiccional competente en virtud del mismo. Este argumento se fundamenta en que dicho Reglamento “ofrece un conjunto completo de reglas uniformes sobre atribución de competencia entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que deben confiar mutuamente en la correcta aplicación de dichas reglas”⁶⁴.

El 10 de septiembre de 2004, Tankers inició un procedimiento contra la aseguradora en Inglaterra, alegando que la controversia objeto del procedimiento desarrollado en Siracusa provenía del contrato de fletamento y que, por ende, la aseguradora que reclamaba por derecho de subrogación estaba obligada por el acuerdo a remitirse al arbitraje en Londres. Tankers solicitó asimismo una *injunction* para impedir que la aseguradora adoptara más medidas en relación con la controversia fuera del arbitraje, requiriéndole en particular que desistiera del procedimiento incoado en Siracusa. La *House of Lords* (o más propiamente, el relator, cuyas afirmaciones son refrendadas ampliamente por otros miembros de la Cámara) consideró que el juez inglés había actuado correctamente pronunciando la medida antiproceso frente al procedimiento sustanciado en Italia, al entender básicamente que las causas arbitrales quedan fuera del ámbito de aplicación material del RB I.

Tras esta afirmación, optó seguidamente por plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión una cuestión prejudicial, según la cual pregunta si el RB I permite dictar una orden por la que se impida a una persona iniciar o continuar un procedimiento en otro Estado miembro sobre la base de que tal procedimiento supone el incumpli-

⁶³ S. Bollée, “Quelques remarques sur les injonctions...”, *loc. cit.*, p. 226.

⁶⁴ *Vid.* apartado nº 14 de la sentencia *West Tankers*.

miento de un acuerdo arbitral. Ahora bien, la Cámara no se limitó a plantear la cuestión sino que se pronunció en apoyo de la posibilidad de dictar este tipo de medidas en el marco del ámbito de aplicación del Reglamento para proteger el cumplimiento de acuerdos arbitrales⁶⁵. Esta inclinación positiva quedó frustrada por el pronunciamiento del Tribunal, que decidió finalmente continuar la línea defendida en el asunto *Turner*; esto es, prohibiendo su uso también en apoyo de arbitrajes. En suma, la doctrina del TJ que se extrae de esta “previsible”⁶⁶ sentencia no hace sino extender todavía más la asentada en 1998 en la sentencia *Van Uden*, donde ya mostró una “tendencia a la ocupación del territorio arbitral por el Convenio de Bruselas (...)”⁶⁷.

Ahora bien, más allá de la prohibición de las medidas antiproceso pro-arbitraje, lo que sin duda afecta de una manera importante al contexto que nos ocupa, esta decisión ha sido criticada ferozmente por dar vía libre a prácticas dilatorias⁶⁸ y susceptibles de torpedear arbitrajes a desarrollar en Europa, en el sentido expuesto al inicio de

⁶⁵ De lo contrario, aseguraba, si se impedía dictar medidas de este tipo, Londres perdería peso como sede de arbitrajes frente a otras ciudades como Nueva York, Bermudas o Singapur, donde sí se otorgan medidas antiproceso. Algunos autores, no obstante, consideraron este miedo exagerado, aportando datos como el hecho de que ciudades como París, Ginebra o Estocolmo sean sedes arbitrales preeminentes a pesar de que sus tribunales nacionales rara vez, o nunca, las dictan (C. Kessler y J. Hope, “The ECJ Reference in The Front Comor: Much Ado About Nothing?”, *Arb. Int'l*, vol. 24, n° 2, 2008, pp. 332–333) o destacando otras ventajas de Londres como centro arbitral: su accesibilidad, especialización, expertos en la materia, la claridad en el desarrollo de los procesos, su neutralidad, la falta de intervención de los tribunales ingleses y en general la infraestructura proporcionada (A. Giannakoulis y H. Meidanis, “Case C–185/07, *Allianz SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 10 February 2009”, *Common Market L. Rev.*, vol. 46, 2009, pp. 1720–1721).

⁶⁶ S. Abraham, “Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica di Sicurtà SpA) v West Tankers Inc (C–185/07)”, *loc. cit.*, p. 29.

⁶⁷ R. Arenas García, “La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento 44/2001: de Van Uden a West Tankers y sus consecuencias”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n° 2, 2009, p. 411.

⁶⁸ A. Frécon, “Delaying Tactics in Arbitration”, *Disp. Res. J.*, Nov. 2004–Jan. 2005, vol. 59, n° 4, p. 42. Se ha considerado que existen diferentes categorías de prácticas dilatorias en el arbitraje, entre las que se encuentran las relativas al apoyo judicial para dilucidar determinados aspectos, tales como la ley aplicable al fondo de la disputa, la ley aplicable al proceso arbitral, las reglas de la organización gestora del arbitraje, si la cláusula arbitral cubre el objeto de la disputa o si el contrato que contiene el compromiso arbitral es válido. Se asegura además que, afortunadamente, las tácticas dilatorias se utilizan pocas veces hasta el punto de desvirtuar completamente el proceso arbitral, por tres razones fundamentalmente: primero, las partes suelen querer evitar que incrementen los costes del arbitraje; segundo, sus abogados saben que los retrasos pueden desviar la atención de los árbitros de las cuestiones cruciales del caso; y tercero, los árbitros cuentan además con mecanismos para minimizar los retrasos.

este análisis. Paradójicamente pues, esta sentencia consagra esta posibilidad en perjuicio del arbitraje desarrollado en Europa⁶⁹, lo que ya se ha apreciado en cierta jurisprudencia europea como la recaída en el asunto *Endesa*.

IV. Caso Endesa o cómo el Reglamento Bruselas I puede ser usado para torpedear el arbitraje internacional en Europa

Como ya advertimos al principio de este trabajo, la cuestión de la incardinación del arbitraje en el RB I y la coordinación de ambas realidades da un salto cualitativo al confirmarse las consecuencias del asunto *West Tankers*. La perversa potencialidad de dicho pronunciamiento ya se ha apreciado en la práctica judicial inglesa. En el asunto *Endesa* subyace ese temor a que el propio sistema de competencia judicial y de reconocimiento del RB I ampare la virtualidad de ciertas prácticas hostiles al desarrollo de arbitrajes en Europa, al no poder dictar medidas antiproceso en apoyo de arbitrajes. El arbitraje con sede europea se enfrenta potencialmente a dos factores adversos: por un lado, a la eventual existencia de una parte interesada en entorpecer el arbitraje y, por otro lado, a un régimen judicial internacional y de reconocimiento como el establecido por el actual RB I, que permite y favorece –o al menos no impide– la articulación de esa práctica. Por ello, la mera sombra de inseguridad que genera puede dar lugar a alterar el actual encaje del arbitraje en la Unión Europea.

En el marco de una relación contractual entre una empresa española, Endesa, y unos armadores británicos, NNC, el buque Wadi Sudr fue fletado para transportar carbón desde Indonesia a España. Durante el trayecto, se dañó el timón del navío y la mercancía fue descargada en un puerto distinto al inicialmente convenido. Endesa inició un proceso en España el 23 de enero de 2008 solicitando el arresto del buque, para posteriormente reclamar los gastos del retraso en la entrega de la carga. La misma tarde del 23 de enero, NNC interpuso otra demanda ante un Juzgado de lo Mercantil sito en Londres, por la que reclamaba no ser responsable y aseguraba que la competencia correspondía a Londres. Nada señaló acerca de la cláusula arbitral conteni-

⁶⁹ No se entra en su uso frente a procesos sustanciados fuera de la Unión Europea relacionados con litigantes no domiciliados en dicho territorio, contexto que no queda afectado por la jurisprudencia del Tribunal. Aunque anterior a la sentencia, *vid.* el trabajo de P. Gross, “Anti-suit Injunctions and Arbitration”, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2005, p. 27.

da en el contrato, ya que en ese momento carecía de soporte documental alguno que acreditara tal sumisión a arbitraje.

El 19 de marzo, NNC compareció ante el Juzgado de Almería e impugnó su competencia con base en el proceso incoado con anterioridad ante los tribunales de Londres, pero reclamando al mismo tiempo la ausencia de competencia por razón de que la cuestión se hallaba sometida a arbitraje en Londres. El 30 de abril, Endesa respondió alegando diferentes extremos: a) el conocimiento de embarque no contenía una cláusula arbitral; b) dado que las partes no eran partes del contrato de fletamento que contenía la sumisión a arbitraje en Londres, en virtud del Derecho español tal cláusula no les obligaba; c) NNC había renunciado a cualquier derecho a acudir a arbitraje tras haber incoado el proceso ante el Juzgado londinense; y d) la demanda se interpuso ante el Juzgado de Almería en primer lugar. Por el contrario, el 2 de junio, NNC solicitó ante el Juzgado de Almería que suspendiera el proceso por esta misma razón, esto es, asegurando que el proceso se había incoado primero ante el Juzgado de Londres.

El 10 de junio, NNC inició otro procedimiento en Londres con la finalidad de obtener copias del contrato de fletamento, tratando de demostrar la validez del acuerdo arbitral con anterioridad al arresto del buque en enero de 2008. El 3 de julio, NNC inició el proceso arbitral en Londres contra Endesa, en virtud del conocimiento de embarque, llegando incluso a designar provisionalmente el árbitro. El 8 de julio, solicitaría también a los tribunales de Londres, entre otras cuestiones, que dictaran una *injunction* para paralizar el proceso judicial de Endesa (que posteriormente decayó ante la sobrevenida sentencia en el asunto *West Tankers*), haciendo primar el arbitraje en Londres. El 8 de septiembre, el Juzgado de Almería dictó sentencia, en la que declaró lo siguiente: a) en virtud del Derecho español, la cláusula arbitral establecida en el contrato de fletamento no había sido incorporada al conocimiento de embarque; y b) al incoar el proceso ante el Juzgado de Londres, NNC había rechazado acudir al arbitraje. Por ende, el hecho de que el conocimiento de embarque no incorporara la cláusula arbitral supuso que el arbitraje no alcanzara el objeto de la controversia, considerándose la corte española competente para conocer de la causa.

Posteriormente se solicitó en Reino Unido el reconocimiento de esta decisión española, siendo denegado en la sentencia recaída el 1 de abril de 2009 en el asunto *Navigation Co. v. Endesa Generación*

S.A.⁷⁰ a pesar de considerar que la misma entraba dentro del ámbito de aplicación del RB I. El principal argumento esgrimido aseguraba que reconocer una sentencia que había sido dictada vulnerando un convenio arbitral válido según la ley aplicable del foro violaba su orden público internacional, con base el art. 34.1º RB I. En este sentido... ¿Cabía realmente la posibilidad de alegar orden público en este tipo de casos?⁷¹ ¿Puede realmente un tribunal concedor de una solicitud de reconocimiento fiscalizar el razonamiento del tribunal de origen de la decisión cuyo executur se solicita respecto de la validez de un convenio arbitral?⁷² Se ha considerado generalmente que no cabe alegar la cláusula de orden público para dejar de reconocer estas decisiones, ya que la apreciación hecha por el juez del Estado de origen sobre dicha invalidez no puede fiscalizarse por el juez del reconocimiento. Es de hecho la misma interpretación que defendió el Tribunal Justicia en el asunto *West Tankers* y que ya se contenía en el anteriormente mencionado Informe Schlosser⁷³.

A pesar de ello, esta decisión inglesa volvió pues a abrir el debate acerca del reconocimiento en un Estado miembro de sentencias judiciales pronunciadas en otro Estado miembro tras concluir que un compromiso arbitral era inválido. Realmente, desde que en *West Tankers* se resolvió que las medidas antiproceso no pueden ser usadas para restringir procesos judiciales con base en la existencia de compromisos arbitrales, no había quedado del todo claro si los tribunales ingleses reconocerían una decisión comunitaria dictada vulnerando un compromiso arbitral previo considerado válido por el foro

⁷⁰ Disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2009/196.html>.

⁷¹ Valora las respuestas positiva y negativa J. Van Haersolte-van Hof, "The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment", *J. Int'l Arb.*, vol. 18, nº 1, 2001, pp. 34 ss. Una parte de la doctrina ya había mostrado sus dudas sobre el eventual recurso al orden público para rechazar el reconocimiento de una sentencia dictada en vulneración de un acuerdo arbitral. D.T. Hascher, "Recognition and Enforcement of Judgments on the Existence and Validity of an Arbitration Clause Under the Brussels Convention", *Arb. Int'l*, vol. 13, nº 1, 1997, p. 57; J. Grierson, "Comment on *West Tankers*...", *loc. cit.*, p. 899. *A posteriori*, tampoco apoya la utilización del orden público S. Dutson, "National Navigation Co v Endesa Generación (The Wadi Sudr); dead ahead? West Tankers sails on in the Court of Appeal in the Wadi Sudr", *Arbitration*, 2010, vol. 76, nº 2, p. 380.

⁷² La representación de Reino Unido en las negociaciones del Convenio de Bruselas propuso incluir en el mismo un motivo de denegación del reconocimiento basado en esta situación, que finalmente no prosperó. P. Byrne, *The EEC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgment*, Dublin, The Round Hall Press, 1990, p. 22. La mayoría de los Estados se inclinaron por la interpretación contraria. M. Gómez Jene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea...*, *op. cit.*, p. 103.

⁷³ M. Gómez Jene, "Propuestas de inclusión del arbitraje en el Reglamento 44/2001", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, marzo 2010, pp. 348-349.

del reconocimiento⁷⁴. La respuesta resultó ser negativa en esta primera sentencia, pero más adelante, fue objeto de recurso de apelación.

La *Court of Appeal*, por sentencia de 17 de diciembre de 2009⁷⁵ y en coherencia con la anterior sentencia *West Tankers*, también entendió que la sentencia española entraba dentro del ámbito de aplicación del RB I –sostuvo que la exclusión del arbitraje no alcanzaba a la decisión española sobre la validez de la cláusula arbitral porque la misma formaba parte de un litigio cuya cuestión principal sí recaía dentro del ámbito del Reglamento–, pero consideró además que la decisión de denegar el reconocimiento con base en el orden público del foro había sido improcedente⁷⁶. Siendo así, dicho reconocimiento pasaría a regirse por el régimen del RB I, gozando de una circulación privilegiada en el territorio de la Unión y obligando a todos los Estados miembros a respetar el juicio de invalidez del convenio arbitral.

En cualquier caso, la ausencia de jurisprudencia comunitaria al respecto deja estas preguntas sin resolver y por ello el Informe Heidelberg ha constatado que la práctica judicial europea es heterogénea en este sentido⁷⁷. Bien se deniega con base en el orden público del foro, como hemos constatado en este caso, bien se reconoce la decisión en cuanto al fondo sin tener en cuenta un eventual convenio arbitral previo. Mientras tanto, algunos opinan que se debería modificar el art. 34 RB I para contemplar precisamente este tipo de situaciones y permitir a los Estados miembros denegar el reconocimiento de sentencias que hayan sido dictadas vulnerando compromisos arbitrales válidos según su ley⁷⁸.

De lo contrario, como se advertía, la situación actual favorece el recurso a foros con determinadas características contrarias al desarrollo de arbitrajes, que entorpecen e incluso impiden su virtualidad. Porque son menos proclives al arbitraje y se acude a ellos con vistas a tener más posibilidades de que el convenio arbitral se declare inválido; porque son más lentos y se pretende con ello dilatar la controver-

⁷⁴ J. Grierson, "Comment on *West Tankers...*", *loc. cit.*, p. 897.

⁷⁵ Disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/1397.html>. Valora positivamente el razonamiento de esta sentencia P. Santomauro, "Sense and sensibility: reviewing *West Tankers...*", *loc. cit.*, p. 308.

⁷⁶ D. Howell, S. Thomas y I. Jahn, "State of Affairs. Legal Update Commercial", *New L.J.*, vol. 160, 29 January 2010, p. 135.

⁷⁷ Informe Heidelberg, párr. 119, p. 55.

⁷⁸ Comité de Arbitraje de la *International Bar Association* en su respuesta al Libro Verde, p. 11; A.R. Markus & S. Giroud, "A Swiss Perspective on *West Tankers* and Its Aftermath. What about the Lugano Convention?", *28 ASA Bulletin*, No 2/2010, pp. 248–249.

sia; porque cuentan con leyes nacionales que, en aplicación de sus propios criterios, conllevan el rechazo del arbitraje; etc.

V. Propuestas de reforma del Reglamento Bruselas I en materia arbitral

Básicamente, las posibilidades de reforma que se extraen del Informe Heidelberg, del Libro Verde y de las reacciones de la comunidad internacional son: mantener la exclusión dejando las cosas como están o, por el contrario, perfeccionándola; eliminar la exclusión y, con ello, dar cabida al arbitraje en el régimen de Bruselas; y plantear finalmente si convendría adaptar otros preceptos distintos al art. 1.2º.d) con vistas a mejorar el sistema vigente.

1. Status quo: mantener la exclusión dejando las cosas como están.

Los Informes nacionales elaborados con ocasión del encargo de la Comisión sobre la aplicación del RB I muestran ya una tendencia principal hacia la no extensión del Reglamento al arbitraje. Los autores del Informe Heidelberg advierten que la práctica totalidad de los mismos recomienda no cambiar la regulación actual⁷⁹. Ésta parece ser la opción con más apoyos actualmente, sobre todo en las asociaciones dedicadas al mundo del arbitraje, tal y como ha quedado manifiestamente reflejado con anterioridad.

Por otra parte, cabe advertir que el Parlamento Europeo descartó la eliminación de la exclusión por Resolución de 7 de septiembre de 2010⁸⁰, señalando en el Considerando I “que el arbitraje está regido satisfactoriamente por la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, de los que son parte todos los Estados miembros, y que debe mantenerse la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento”. Posteriormente, afirma con rotundidad en el numeral 9 que “se opone enérgicamente a la supresión, siquiera parcial, de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento”. Por el contrario, otros opinan que mantener la exclusión de esta materia

⁷⁹ Informe Heidelberg, párr. 131, p. 64.

⁸⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2009/2140(INI)). Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0304+0+DOC+XML+V0//ES>.

impide solucionar ciertos problemas que se plantean en la práctica, como las acciones torpedo⁸¹.

En cualquier caso, se advierte cómo la jurisprudencia reciente del TJ ha puesto sobre la mesa serios problemas de coordinación entre ambos mundos, judicial y arbitral, por lo que se fundamenta difícilmente la postura que se resigna con la normativa actual sin dar opción a revisar las soluciones vigentes⁸².

2. Perfeccionar la exclusión existente

Mantener la exclusión del arbitraje no es óbice para que, aprovechando el proceso de reforma del Reglamento, se pueda perfeccionar. De hecho, el Parlamento Europeo, en el numeral 10 de la resolución antedicha considera que debería clarificarse en un Considerando lo siguiente: “que el art. 1, ap. 2, letra d), del Reglamento debe dejar claro que no solo los procedimientos de arbitraje están excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento, sino también los procedimientos judiciales que tengan por objeto principal, incidental o preliminar la validez o el alcance de la competencia arbitral; (...)”.

Por su parte, el Comité Económico y Social opina⁸³ que el levantamiento parcial de la exclusión podría beneficiar al conjunto del sistema, al afirmar, en primer lugar, que deberían adoptarse medidas apropiadas en sede de reconocimiento para garantizar la libre circulación de decisiones y evitar la duplicación de procesos. Por otro lado, también garantizaría la salvaguarda de medidas en apoyo del arbitraje, permitiría el reconocimiento de decisiones sobre la validez de acuerdos arbitrales y facilitaría el reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a laudos arbitrales. Todo ello, sin afectar al régimen del CNY.

Tras meses de negociaciones, cabe subrayar que la mencionada propuesta de reforma de la Comisión de 3 de enero de 2011 va precisamente en esta dirección, esto es, se propone perfeccionar la exclusión existente por medio de la remisión a disposiciones posteriores que constituyen excepciones a esta exclusión. Así, el texto propuesto sigue el siguiente tenor: “2. Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Reglamento: [...] d) el arbitraje, salvo lo dispuesto en el art.

⁸¹ M. Gómez Jene, “Propuestas de inclusión del arbitraje...”, *loc. cit.*, p. 342.

⁸² A. Pullen, “The future of international arbitration in Europe: West Tankers and the EU Green Paper”, *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 12, n° 4, 2009, p. 57.

⁸³ Opinión del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde relativo a la revisión del RB I, COM(2009) 175 final. DO C 255/48 de 22.9.2010.

29, ap. 4, y en el art. 33, ap. 3". Estos preceptos, cuya numeración corresponde ya con la nueva exigida por otras modificaciones anteriores, se incardinan en las disposiciones relativas a la litispendencia y conexidad. A los mismos habrá que añadir el nuevo art. 36 en sede de medidas cautelares. Analizaremos con mayor detenimiento estas propuestas al finalizar este comentario.

3. Eliminar la exclusión: entrada del arbitraje en el RB I

La eliminación de la exclusión relativa al arbitraje del RB I cuenta con pocos adeptos tanto en el ámbito doctrinal como en la *praxis*. No cabe duda de que conllevaría múltiples consecuencias, disipando al mismo tiempo algunas de las dudas manifestadas a lo largo de este trabajo pero provocando al mismo tiempo situaciones no deseadas que han llevado a parte de la doctrina a considerar que esta "radical"⁸⁴ propuesta podría suponer una *poison pill* para el futuro del arbitraje internacional en la Unión Europea⁸⁵. Se ha resaltado que las principales consecuencias de adoptarse esta solución serían las siguientes⁸⁶:

En primer lugar, habría que coordinar las disposiciones del CNY y del RB I ya que esta medida provocaría serios conflictos entre ambos instrumentos⁸⁷, recordando al respecto además que el art. 71 del instrumento comunitario garantiza la prioridad del texto convencional en calidad de Convención especial: "1. El presente Reglamento no afectará a los Convenios en que los Estados miembros fueren parte y que, en materias particulares, regulen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones". A pesar de ello, si prospera la opción por eliminar la exclusión las sentencias que invaliden acuerdos o laudos arbitrales pasarían a beneficiarse de un régimen favorable al reconocimiento intracomunitario, e incluso de una eventual abolición del *exequatur* en un futuro no tan lejano, lo que crearía un potencial conflicto con el CNY⁸⁸.

⁸⁴ S. Dutson, "National Navigation Co v Endesa Generación...", *loc. cit.*, p. 384.

⁸⁵ P. Pinsolle, "The Proposed Reform Regulation 44/2001: a Poison Pill for Arbitration in the EU?", *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 12, n° 4, 2009, p. 62.

⁸⁶ Informe Heidelberg, párr. 122, p. 57.

⁸⁷ En concreto con las obligaciones contraídas por los Estados contratantes en virtud de los artículos II y VII. A. Mourre y A. Vagenheim, "The arbitration exclusion in Regulation 44/2001 after West Tankers", *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 12, n° 5, 2009, p. 82.

⁸⁸ Si bien se ha constatado una generalizada postura adversa a modificar disposición alguna de la Convención, idea misma que se considera por muchos como un "sacrilegio", también hay voces que piensan que ante los ataques sufridos por el arbitraje, ese conservadurismo se transforma en un "suicidio". El mundo del arbitraje ha cambiado desde 1958, año de adopción de la CNY, y se apoya su modificación con aras a reforzar las medi-

En segundo lugar, los procesos judiciales de apoyo al arbitraje en materias civiles y mercantiles recaerían dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento, por lo que una decisión sobre la validez de un compromiso arbitral podría ser reconocida sin dificultad alguna a través del modelo de reconocimiento y ejecución contemplado por el Reglamento. Como consecuencia de ello, con carácter positivo, el eventual peligro de decisiones contradictorias relativas a este punto se vería reducido. De la misma manera, quedarían bajo el paraguas del Reglamento los procesos de designación de árbitros, los que fijen la sede arbitral, los que extiendan los plazos y los que designen peritos o pretendan obtener pruebas en el marco de procesos arbitrales. Y de igual forma, las medidas provisionales adoptadas por tribunales estatales en apoyo de arbitrajes ya no sólo podrían fundamentarse en los foros relativos a este tipo de medidas, sino también en cualquiera de los establecidos con carácter general o especial en el propio Reglamento.

En tercer lugar, la inclusión del arbitraje en el régimen de Bruselas provocaría la aplicación de las reglas sobre litispendencia internacional (y acciones conexas) a procesos sustanciados ante órganos arbitrales, lo que resultaría algo complicado de gestionar en la práctica (requeriría un decisivo compromiso de cooperación internacional) pero de enorme interés para los justiciables, como toda medida tendente a evitar la duplicación de procesos.

4. Reforma de otros preceptos

Tal y como se ha adelantado *supra*, en la citada propuesta de reforma de 3 de enero de 2011 la Comisión ha optado por perfeccionar la exclusión del arbitraje por medio de la introducción de ciertas excepciones, que quedarían, por ende, dentro del ámbito de aplicación material del RB I. Así pues, la incardinación del arbitraje en el RB I va más allá del mero mantenimiento o eliminación de su exclusión, tal y como se configura actualmente el art. 1.2º.d). La propuesta de reformar otras disposiciones ha estado sobre la mesa durante meses y ha sido debatida por expertos en arbitraje en distintas sesiones de trabajo. Desde la introducción de una competencia exclusiva, hasta la eventual modificación de cuestiones relativas al reconocimiento de decisiones extranjeras, pasando por el perfeccionamiento de las reglas sobre litispendencia internacional. Cabe adelantar en este momento

das protectoras existentes. Y. Derains, "L'abus des "anti-suit injunctions" en matière d'arbitrage international et la Convention de New York", en A. Héritier y L. Hirsch (eds.), *De Lege Ferenda. Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch*, Ginebra, Slatkine, 2004, p. 113.

que la Comisión ha apostado por esta última opción en la propuesta de reforma de 3 de enero de 2011. Veremos en qué sentido en la parte final de este comentario.

A) Introducción de una competencia exclusiva

Por medio de esta propuesta se ha sugerido modificar el art. 22 RB I con el fin de añadir una nueva competencia exclusiva en materia arbitral. Una primera propuesta doctrinal consiste en atribuir en exclusiva a los tribunales del Estado miembro donde se sitúe la sede del arbitraje el conocimiento de dos cuestiones ligadas al arbitraje, esto es, el conocimiento de cuestiones auxiliares relacionadas con procesos arbitrales –encontramos ya aquí la dificultad de qué debe entenderse como “cuestión auxiliar” o no– y la ejecución de laudos arbitrales en un determinado territorio⁸⁹. De este modo, se obligaría a los tribunales de los demás Estados miembros a transferir este tipo de asuntos a los tribunales del Estado miembro en que tiene lugar el arbitraje, inhibiéndose de oficio tal y como se exige ya en el art. 25 RB I.

Ahora bien, se ha resaltado que esta posibilidad también presenta inconvenientes⁹⁰. Por un lado, el concepto de “sede arbitral” no coincide en todos los Estados miembros, lo que se ha considerado que dificulta la puesta en práctica de esta posible competencia exclusiva. Por otro lado, no podemos olvidar que actualmente se plantea también el fenómeno de la deslocalización de los arbitrajes⁹¹, donde dicho “lugar” es más bien una ficción legal⁹², lo que entorpece sobremanera la eficacia práctica de este criterio. Además, aún pudiendo concretar un lugar determinado, en ocasiones tal sede no es designada en el

⁸⁹ H. van Houtte, “Why Not Include Arbitration...”, *loc. cit.*, pp. 518–519.

⁹⁰ Informe Heidelberg, párr. 125, p. 59.

⁹¹ Se trata de arbitrajes que no se desarrollan físicamente en un mismo lugar, sino que se encuentran dispersos en varios y que se desarrollan en buena medida con apoyo en las nuevas tecnologías de la información. También son denominados arbitrajes “desnacionalizados” o “anacionales”. G. Palao Moreno, “El lugar del arbitraje y la “deslocalización” del arbitraje comercial internacional”, *loc. cit.*, pp. 183 ss; M. Gonzalo Quiroga, *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial (arbitrabilidad y Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*, Madrid, Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos, 2003, pp. 45 ss. Algunos consideran que este fenómeno afecta a la seguridad jurídica porque el hecho de contar con un lugar desde el principio del arbitraje permite a las partes saber desde el comienzo a qué atenerse, tanto en términos de tribunales como de marco jurídico de referencia del arbitraje. F. Cañellas, “El arbitraje comercial internacional”, en F. Peláez Sanz y M. Griñó Tomás (dirs), *El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad*, Barcelona, Bosch, 2009, p. 80.

⁹² S. Bechet, “Le lieu de l’arbitrage”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, vol. 84, n° 1, 2007, pp. 37–104, 85.

acuerdo arbitral, por lo que en estos casos la rigidez de esta solución quedaría vacía de contenido. Para evitar este inconveniente, se ha propuesto también que se pueda incoar con carácter preliminar un proceso de apoyo en el que se dilucidara esta cuestión –la sede del arbitraje–, otorgando la competencia para resolverla a los tribunales con jurisdicción para conocer sobre la controversia en virtud del Reglamento⁹³. El problema en este caso vendría dado por la posibilidad que el propio Reglamento otorga al demandante de elegir el foro en ciertas materias, creándose así un potencial *forum shopping*⁹⁴.

Quizá sea más sencillo tomar como referencia la regla proporcionada en el art. 20 LMU⁹⁵, según la cual en defecto de acuerdo de las partes al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, incluyendo los intereses de las partes. La propuesta del Informe Heidelberg, por último, pasa por incluir un nuevo Considerando en el RB I, en virtud del cual se haga depender la sede del arbitraje de la voluntad de las partes o del propio tribunal arbitral; en defecto de lo anterior, se determinará por los tribunales de la capital del Estado miembro designado y, a falta de tal elección, se designará por los tribunales del Estado que tengan atribuida la competencia para conocer de la controversia según los criterios del RB I, como si no hubiera acuerdo arbitral⁹⁶.

El Parlamento Europeo mostró ya sus dudas sobre la conveniencia de contemplar una competencia exclusiva en materia arbitral. En la resolución anteriormente citada de 7 de septiembre de 2010, asegura en el Considerando K que una regla que atribuya competencia exclusiva a los tribunales del Estado miembro de la sede del arbitraje podría dar lugar a perturbaciones considerables. Y continúa recordando en el Considerando L “que el intenso debate suscitado por la propues-

⁹³ H. van Houtte, “Why Not Include Arbitration...”, *loc. cit.*, p. 518.

⁹⁴ A. Mourre & A. Vagenheim, “The Arbitration Eclusion...”, *loc. cit.*, p. 82.

⁹⁵ Versión de 2006 disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

⁹⁶ Informe Heidelberg, párr. 870, p. 351. La última opción ha sido criticada por distintas razones. Por un lado, por afectar a una de las notas más características y apreciadas por parte de los que acuden al arbitraje, esto es, su neutralidad, como consecuencia de que la sede del arbitraje recaerá en muchas ocasiones en el Estado miembro donde radique el domicilio del demandado, por lo que dicha neutralidad ya no quedará garantizada. Así opina el *Comité français de l'arbitrage* en su respuesta al Libro Verde. Por otro lado, por dejar la puerta abierta a situaciones de *forum shopping*, ya que el Reglamento ofrece en ocasiones distintas posibilidades al demandante, lo que a su vez podría afectar igualmente a la neutralidad del arbitraje. *Vid.* al respecto las respuestas al Libro Verde del Comité de Arbitraje de la *International Bar Association* y de la *Camera Arbitrale di Milano*. Dichos documentos han sido comentados en el epígrafe II.2 de este mismo artículo.

ta de atribuir competencia exclusiva para los procedimientos judiciales de apoyo al arbitraje a los tribunales civiles de los Estados miembros ha puesto de manifiesto que los Estados miembros no han alcanzado una posición común al respecto y que, habida cuenta de la competencia mundial en este ámbito, sería contraproducente imponerles una solución”.

Parece pues que tal posibilidad no va a prosperar aunque se contemplara de forma matizada en el propio Informe Heidelberg como una opción a considerar⁹⁷. De hecho así se corrobora en la propuesta de reforma de la Comisión de 3 de enero de 2011, donde se reforman ciertas cuestiones relativas a competencias exclusivas pero no se atisba en este sector novedad alguna relacionada con el arbitraje.

B) Perfeccionamiento de la regla sobre litispendencia internacional

A nuestro entender, un efectivo lanzamiento del arbitraje como un medio eficaz de resolución de conflictos en Europa realmente alternativo al sistema judicial (como así parece apoyar la Unión Europea a la vista de las iniciativas adoptadas en este sentido en los últimos años y desde 1993⁹⁸) requiere de un tratamiento verdaderamente igualitario entre procesos que versen sobre el mismo asunto, se sustancien éstos ante tribunales o ante árbitros; o, dicho de otro modo, requiere la consideración del arbitraje en las reglas sobre litispendencia internacional contenidas en el RB I. Es evidente que se trata de mecanismos de resolución de conflictos de naturaleza distinta, pero consideramos que la coordinación entre ambas realidades en aras a mejorar el acceso de ciudadanos y empresas a la justicia es absolutamente imprescindible porque nadie discute hoy por hoy que el desarrollo de procesos paralelos conlleva las consecuencias negativas propias de la duplicación de procesos para los ciudadanos: el riesgo de resoluciones inconciliables –judicial y arbitral, gozando la primera de eficacia cuasi automática en los restantes Estados miembros y no así la segunda–, podría evitarse, así como la necesidad de contratar a dos abogados, de litigar en dos países con las dificultades propias del uso de distintos idiomas, diferentes sistemas jurídicos, etc.

⁹⁷ Informe Heidelberg, párr. 132, p. 64.

⁹⁸ Vid. el desarrollo de tales iniciativas en G. Kaufmann–Kohler y T. Schultz: *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer Law International, 2004, pp. 86 ss. También da cuenta de este interés G. Esteban de la Rosa, “Irrupción del movimiento A.D.R. (Alternative Dispute Resolution) en las relaciones transfronterizas”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2005, p. 106.

Por ello, ante las posibilidades que, dependiendo de la materia, se abren para el demandante a la hora de elegir dónde litigar, la “inadecuada” selección de foro por parte del mismo se corrige en el ámbito judicial comparado por distintos mecanismos. Ejemplos de ello son la doctrina del *forum non conveniens* en el ámbito anglosajón y de *lis pendens* o litispendencia internacional en el civil⁹⁹. Pero este régimen deja de lado la realidad arbitral, que también puede dar lugar al perverso fenómeno de la duplicación de procesos si consideramos la posibilidad de que un asunto se conozca al mismo tiempo ante un órgano judicial y un tribunal arbitral¹⁰⁰. Para evitar estas situaciones, el art. II.3º CNY prevé la supremacía del acuerdo de voluntades de sumisión a arbitraje cuando así se alegue por una de las partes implicadas, al señalar que los tribunales ante los que se incoe un proceso cuyo objeto se hubiere sometido a arbitraje deberán remitir a las partes a este mecanismo de resolución de conflictos, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. Se trata del llamado “efecto negativo”¹⁰¹ del convenio arbitral, que sustrae el litigio sometido a arbitraje del conocimiento del tribunal y otorga a la autonomía de la voluntad de las partes de someter la controversia a arbitraje el mismo valor de exclusividad que se otorga a un pacto de jurisdicción conforme al art. 23 RB I.

Claro lo anterior, esto es, el interés por evitar procedimientos paralelos judiciales y arbitrales en cuanto al fondo, queda no obstante por resolver a qué tribunal corresponde conocer sobre la validez de un convenio arbitral a título incidental. En este escenario nos gustaría dar cuenta de una propuesta interesante, aunque no exenta de problemas, según la cual se propondría incluir en el articulado del RB I

⁹⁹ M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero...*, *op. cit.*, p. 19. *Vid.* también al respecto M^a.J. Elvira Benayas, “¿Existe alguna posibilidad, por pequeña que sea, de salvar lo nuestro?”, *loc. cit.*, p. 4; y F. de Ly y A. Sheppard, “ILA Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration”, *Arb. Int'l*, vol. 25, n^o 1, 2009, pp. 7–8; C. Otero García–Castrillón, “En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial; reflexiones sobre la admisibilidad del *forum non conveniens* en el Derecho español”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001, pp. 425–434; M. Checa Martínez, “Fundamentos y límites del *forum shopping*: modelos europeo y angloamericano”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1998, n 3, pp. 521–526.

¹⁰⁰ Nos referimos ahora únicamente a la posible duplicación de procesos judiciales y arbitrales sobre un mismo asunto. Para ahondar en la duplicación de procesos arbitrales, *vid.* B.M. Cremades e I. Madalena, “Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2008, pp. 13 ss.

¹⁰¹ Este efecto negativo se refleja también en el art. 8.1º LMU y en el art. 11 Ley 60/2003 de Arbitraje. B.M. Cremades e I. Madalena, “Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional”, *loc. cit.*, pp. 14, 19–20.

algo que ya abordó el Tribunal de Justicia en el asunto *West Tankers*: la aplicabilidad del Reglamento cuando presentada una demanda sobre el fondo ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, se plantee a título incidental la existencia de un convenio arbitral, otorgando además competencia exclusiva para conocer de esta cuestión al tribunal ante el que se plantee la cuestión principal¹⁰² —lo que resulta incompatible con la propuesta relativa al establecimiento de una competencia exclusiva a los tribunales del Estado de la sede del arbitraje, como vimos anteriormente—.

Que un tribunal suspenda el proceso incoado ante él mientras se dilucida la validez de un acuerdo arbitral a título incidental tras alegarse por una de las partes su existencia es sin duda una medida procedente. Pero, como decíamos, cuestión diferente —y polémica— es determinar a qué tribunal debería corresponder la competencia para conocer de dicha validez. Entendemos que la introducción de una regla de la naturaleza de la anteriormente citada conllevaría efectos de corte distinto, positivo y negativo. En cuanto al primero, conceder jurisdicción para conocer de cuestiones preliminares al mismo tribunal que conoce de la cuestión principal obedece al principio de economía procesal; pero al mismo tiempo esta regla conlleva el efecto negativo de fomentar la *race to court* propia de un criterio temporal, ya que se hace prevalecer la competencia del primer órgano decisorio ante el que se inste el proceso¹⁰³ y además con carácter exclusivo. Se consigue con ello fortalecer la voluntad unilateral de una de las partes, la más rápida, que haciendo uso de tácticas dilatorias permitidas por la normativa, incoa un proceso ante un tribunal sabiendo que el mismo deberá pronunciarse también con carácter preliminar acerca de la validez del acuerdo arbitral.

En cualquier caso, de considerarse válido tal compromiso arbitral, el tribunal debería inhibirse de oficio y trasladar al tribunal arbitral el conocimiento de la causa; por el contrario, podría continuar conociendo sobre el asunto si se declarara inválido el acuerdo arbitral y resultara competente para entrar a conocer del asunto en cuanto al fondo.

¹⁰² M. Gómez Jene, "Propuestas de inclusión del arbitraje...", *loc. cit.*, p. 348.

¹⁰³ De hecho, ya la norma vigente sobre litispendencia basada en el criterio *prior tempore* no escapa a las críticas. Hay quien considera que la disciplina de la litispendencia en el RB I facilita los abusos y socava la eficacia de la tutela judicial. F. Salerno, "Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del Regolamento (CE) n. 44/2001", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2010, vol. 2, n.º 1, p. 8.

C) Cuestiones relativas al reconocimiento y ejecución de decisiones

El reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros se beneficia de un régimen ampliamente admitido a escala internacional como es el contenido en el CNY. En el artículo V del mismo se enumeran los motivos de denegación del reconocimiento de laudos extranjeros, ninguno de los cuales se relaciona con la existencia de una eventual decisión anterior, ya sea judicial o arbitral, que resulte inconciliable con el laudo cuyo reconocimiento se esté valorando en el caso concreto. Sin embargo, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales sobre la validez de compromisos arbitrales ha planteado serias dudas de incardinación en el régimen de Bruselas. La imposibilidad de aplicarlo de considerar que estas resoluciones quedan fuera del ámbito de aplicación del RB I puede conllevar que un acuerdo arbitral se considere válido en un país y no en otro, lo que puede afectar a la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo. De hecho, eso es precisamente lo que está ocurriendo de acuerdo con el Informe Heidelberg: según la jurisprudencia analizada, estas sentencias sobre la validez de acuerdos arbitrales no se reconocen a través del régimen de Bruselas, aunque se ha constatado que estas situaciones ocurren con poca frecuencia¹⁰⁴.

Por su parte, el art. 34.4º RB I sí contempla en el régimen comunitario un motivo de denegación del reconocimiento de decisiones basado en la inconciliabilidad de resoluciones, de alcance mundial desde el punto de vista geográfico (la disposición hace referencia también a decisiones de “Estados terceros”) si bien constreñido al escenario judicial y no coordinado con el arbitral. Así las cosas, el marco vigente no resulta demasiado halagüeño si de lo que se trata es de impedir inconvenientes a las empresas y a los ciudadanos evitando que decisiones inconciliables desplieguen efectos en el marco europeo, independientemente de la naturaleza del órgano que resuelve el asunto. Afrontar esta laguna requeriría modificar las disposiciones del RB I relativas a dos aspectos: primero, a la litispendencia internacional; y, segundo, al reconocimiento de decisiones extranjeras, para incluir como motivo de denegación del reconocimiento la inconciliabilidad con laudos arbitrales recaídos en un mismo asunto, como de hecho defiende un sector doctrinal siguiendo al propio Libro Verde sobre la revisión del Reglamento¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Informe Heidelberg, párr. 121, p. 56.

¹⁰⁵ J. Grierson, “Comment on *West Tankers...*”, *loc. cit.*, p. 901; H. van Houtte, “Why Not Include Arbitration...”, *loc. cit.*, pp. 520–521. De todas formas, nos preguntamos por qué se ciñe este último autor a laudos dictados “en la Unión Europea”, dado que el RB I ya

Ahora bien, el obstáculo principal con el que se encuentra esta propuesta es la aparente determinación de la Comisión de proceder a la abolición del *exequatur* en las materias cubiertas por el RB I¹⁰⁶, a la vista de la primera cuestión que valora en el Libro Verde y de la propuesta de reforma de la Comisión de 3 de enero de 2011¹⁰⁷. Por lo tanto, todo apunta a que en un futuro los motivos de denegación del reconocimiento desaparecerán, con el objetivo último de crear un espacio judicial único en la Unión Europea mediante la supresión de todo control en el Estado requerido por medio de la equiparación entre las decisiones nacionales, las cuales tendrán desde su adopción los mismos efectos en todo el territorio comunitario¹⁰⁸.

abre el motivo cuarto de denegación a decisiones dictadas en terceros Estados. ¿No sería un retroceso teniendo en cuenta que actualmente se está planteando la posibilidad de diseñar un modelo europeo común de reconocimiento de decisiones de terceros Estados?

¹⁰⁶ Se ha constatado en el Derecho internacional privado comunitario una evolución hacia la supresión del *exequatur*, más o menos rápida y determinante según las materias. Este proceso empezó con ciertas decisiones del Reglamento n.º 2201/2003 (arts. 41 y 42), continuó con el Título Ejecutivo Europeo del Reglamento N.º 805/2004 para créditos no impugnados y alcanzó un significativo apoyo tras la adopción del Reglamento N.º 4/2009 sobre reclamaciones de alimentos. Por el contrario, no parece que se vaya a aprobar en materia sucesoria, o al menos no se contempla en la Propuesta de Reglamento adoptada en octubre de 2009 (COM(2009)154 final) (lo que en cierta medida nos hace pensar que se ha roto la ilusión de la supresión del *exequatur* en Europa, aunque la remisión al RB I en este sentido –art. 29 de la Propuesta de Reglamento– permite atisbar una reforma “dominó” también para este ámbito). Repasa con detalle la evolución del reconocimiento en el Derecho internacional privado comunitario P.A. de Miguel Asensio, “Espacio europeo de justicia: evolución y perspectivas en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, pp. 447 ss. *Vid.* también S. Adroher Biosca & B. Campuzano Díaz (coords.), *Hacia la supresión del exequatur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2006; Á. Espiniella Menéndez, “La “europeización” de decisiones de Derecho privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LX, 2008–1, pp. 39 ss; S.M. Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, Turín, G. Giappichelli, 2006.

¹⁰⁷ P. 6: “La propuesta suprime, por tanto, el procedimiento de *exequatur* para todas las resoluciones judiciales que entran dentro del ámbito del Reglamento, salvo en los casos de difamación y de acciones indemnizatorias colectivas. La supresión del *exequatur* irá acompañada de salvaguardas procesales que aseguren la debida protección del derecho del demandado a un juez imparcial y sus derechos de la defensa consagrados en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE”. *Vid.*, asimismo, los nuevos arts. 38 ss.

¹⁰⁸ P.A. de Miguel Asensio, “Espacio europeo de justicia...”, *loc. cit.*, p. 455. Este autor subraya las reticencias y críticas que ha recibido la libre circulación intracomunitaria de decisiones. La total eliminación de controles, y en particular del orden público, se mira con recelo por parte de las autoridades nacionales, al considerar esta medida excesiva, ya que incluso plantea la imposibilidad de denegar la ejecución con base en la vulneración de principios fundamentales, tanto procesales como materiales (pp. 456–457). Ahondan en

Por el contrario, existe otro ámbito en el cual seguirá existiendo un control para el reconocimiento de decisiones. El principio de confianza mutua como fundamento de la supresión del *exequatur* alcanzará sólo a las decisiones judiciales dictadas por los tribunales de los Estados miembros, siendo un aspecto novedoso que está muy presente en la agenda de la Comisión el diseño de un modelo común de tratamiento de decisiones de terceros Estados, como se desprende nuevamente de lo establecido en la segunda cuestión sobre la que pregunta la Comisión en el Libro Verde¹⁰⁹. Es decir, en un futuro no tan lejano se configurará un sistema de valoración común de decisiones extracomunitarias con vistas a desplegar efectos en Europa. Y es en este marco en el que se podría contemplar la existencia de laudos dictados en la Unión –potencialmente reconocibles en virtud del CNY– como posible freno al reconocimiento de resoluciones judiciales de terceros Estados. Esta medida impulsaría sin duda a Europa como sede de arbitrajes, ante la fuerte protección que la misma otorgaría a los laudos aquí dictados.

Por otro lado, también se plantea valorar la oportunidad de mejorar el reconocimiento de laudos en el seno de la Unión, ya que si bien la opinión relativa al funcionamiento del CNY es favorable de forma generalizada, se ha considerado que este Convenio resulta insuficiente

estas cuestiones P. Beaumont & E. Johnston, “Can ‘Exequatur’ Be Abolished in Brussels I Whilst Retaining a Public Policy Defence?”, *Journal of Private International Law*, vol. 6, nº 2, 2010, pp. 249–279.

¹⁰⁹ Libro Verde, p. 4: “Un régimen común de reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en terceros países les permitiría prever en qué circunstancias una resolución de este tipo podría ser ejecutada en un Estado miembro de la Comunidad, especialmente si dicha resolución es contraria a una disposición de la legislación comunitaria de carácter vinculante o si el Derecho Comunitario prevé la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros”. Se ha destacado al respecto que la iniciativa de la Unión Europea en este ámbito –conveniente ante los efectos perjudiciales que la diversidad de legislaciones puede conllevar para el correcto funcionamiento del mercado interior– no puede limitarse a extender el régimen intracomunitario, ya que el sistema privilegiado establecido en el mismo se justifica por su vinculación con la integración comunitaria y con la configuración misma de los instrumentos comunitarios en la materia. Como alternativa se propone la conclusión de convenios internacionales con terceros Estados sobre este sector. P.A. de Miguel Asensio, “Espacio europeo de justicia...”, *loc. cit.*, pp. 462–466; también se propone el establecimiento de un sistema común de condiciones, con el corolario de que el reconocimiento de una decisión extracomunitaria en un Estado miembro suponga su libre circulación por todo el territorio de la Unión. M. Desantes y J.L. Iglesias Buhigues, “Hacia un sistema de Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IX, 2009, pp. 118, 123, 125 y 127. Estos autores consideran además que urge definir un sistema de atribución de competencia *ad extra*, es decir, un sistema que determine cuándo van a conocer y cuándo no los tribunales de la UE en situaciones no estrictamente comunitarias (p. 120).

para alcanzar el objetivo de crear un sistema europeo unificado de reconocimiento de decisiones arbitrales¹¹⁰. Por ello, consideramos de interés la propuesta del Informe Heidelberg en este sentido –que apunta también el Libro Verde–, según la cual esta cuestión debería ser regulada en un instrumento específico si bien manteniendo los motivos de denegación con base en el art. V CNY, evitando con ello interferir en el régimen convencional. No hay que olvidar también que el art. VII del mismo permite mejorar las condiciones de reconocimiento por medio de la negociación de acuerdos internacionales, multilaterales o bilaterales, vía que podría utilizarse con esta misma finalidad.

Se propone además en el Informe Heidelberg que los tribunales civiles de los Estados miembros en que se dicten laudos sean exclusivamente competentes para conocer de su reconocimiento, pudiendo posteriormente esa decisión beneficiarse de un reconocimiento automático en los restantes Estados miembros, de manera similar a lo que existe actualmente en relación con los créditos no impugnados. Esta medida, se asegura, “ofrece una perspectiva prometedora para una futura armonización del arbitraje en el Mercado Interior”¹¹¹. Faltaría por ver si en un futuro el legislador comunitario se atrevería a extender el principio de confianza mutua a los pronunciamientos arbitrales, eliminando el *exequatur* y garantizando su ejecución en toda la Unión a modo de título ejecutivo europeo.

VI. Valoración final a la luz de la propuesta de reforma de la Comisión de 3 de enero de 2011

A modo de resumen, cabría esbozar ciertas reglas generales para interpretar la exclusión relativa al arbitraje, algunas de las cuales han sido proporcionadas por el Tribunal de Justicia. A la luz de los casos reseñados en este comentario, parece que el Tribunal avala (con el texto actualmente en vigor en la mano) los siguientes principios: por un lado, si el asunto principal recae sobre una materia excluida del ámbito de aplicación del RB I, la totalidad de la disputa se excluye de dicho instrumento, incluyendo cualquier cuestión preliminar o incidental relativa a la misma. No obstante, algunas cuestiones paralelas

¹¹⁰ H. van Houtte, “Why Not Include Arbitration...”, *loc. cit.*, p. 511. Aunque algunos opinan que esta propuesta no es realista. *Vid.* al respecto la respuesta al Libro Verde de la *Association for International Arbitration*, comentada en el epígrafe II.2 de este mismo artículo.

¹¹¹ Informe Heidelberg, párrs. 130–131, pp. 63–64.

pueden incluirse, tales como medidas provisionales en apoyo de demandas civiles o mercantiles que entren en el ámbito de aplicación del Reglamento.

Además, distintos Informes de expertos interpretativos han ido clarificando algunos aspectos de esta polémica (Informe Jenard, Informe Schlosser, Informe Heidelberg...) y gracias a ellos podemos afirmar que ciertas cuestiones quedan manifiestamente fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, tales como el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales o de las sentencias que los contienen, procesos judiciales que constituyan realmente una parte de procesos arbitrales (hayan comenzado éstos o no) al versar sobre cuestiones principales relacionadas con los mismos, como por ejemplo, procesos cuyo fin sea designar árbitros, fijar el lugar del arbitraje, anular un laudo arbitral, etc¹¹².

Pero todavía quedan por esclarecer otros aspectos que el Tribunal de Justicia no ha alcanzado a conocer. Para estos últimos, se ha propuesto una solución interesante: definir la exclusión del arbitraje por referencia al ámbito de aplicación del CNY. Es decir, si la materia concernida entra en el ámbito de ésta, recae fuera del ámbito del RB I. Como el texto convencional requiere que los tribunales nacionales decidan cuestiones relativas a la existencia, el ámbito y la validez de acuerdos arbitrales, tales materias deberían quedar fuera del Reglamento. No obstante, también se advierte que este argumento no puede solventar otras cuestiones de difícil delimitación¹¹³, por lo que no nos queda más remedio que esperar y ver qué decisión se adopta próximamente en cuanto a la modificación del RB I en este sentido.

De hecho, nos preguntamos si la reforma en curso coadyuvará a disipar las dudas existentes y permitirá alcanzar una situación de mayor certeza jurídica, o no. Si bien es cierto que una valoración de conjunto de los problemas suscitados durante las décadas de vigencia del régimen de Bruselas permite concluir que el sistema funciona satisfactoriamente ante el mínimo volumen de problemas suscitados en la práctica, no lo es menos que sería una buena oportunidad para pulir las dificultades mencionadas, ya que asistimos a un proceso de revisión y que, como tal, entendemos que se dirige a mejorar el sistema vigente. De esta manera se podrían solventar los problemas derivados de la discordancia existente entre el arbitraje y los procesos judiciales sustanciados en Europa (aunque siempre continuaremos a expensas de que el

¹¹² A. Layton y H. Mercer (eds.), *European Civil Practice*, 2ª ed., vol. 1, Thomson, 2004, pp. 362–363.

¹¹³ P. Rogerson, "Chapter I. Scope. Article 1", *loc. cit.*, p. 65.

TJ nos siga iluminando el camino paulatinamente, a golpe de cuestión prejudicial), situación que resulta incompatible con una Unión Europea que ha mostrado un marcado interés por mejorar dentro de sus fronteras aspectos como la cooperación judicial, la creación de mecanismos de resolución de conflictos eficaces y la seguridad jurídica.

Ya nadie duda de la relevancia del arbitraje en el ámbito internacional, de la importancia de su creciente codificación e implementación, que permite gestionar de manera pacífica y civilizada muchos de los retos que se plantean hoy día en la comunidad internacional¹¹⁴ y dado que existen problemas de interrelación entre el medio judicial y el arbitral, parece conveniente incluir ciertas disposiciones –sean Considerandos y/o articuladas– que faciliten esta interrelación. ¿Para qué sino para mejorar sirve un proceso de revisión de cualquier instrumento legal? Ése parece ser el sentir de la Comisión a la vista de la propuesta de reforma de 3 de enero de 2011. Nos gustaría finalizar comentando en particular las principales propuestas de modificación relacionadas con el arbitraje, contenidas concretamente en un nuevo cdo. 11 y en los actuales arts. 27, 30 y 31 RB I, que, de seguir adelante el borrador, pasarían a ser los arts. 29, 33 y 36 respectivamente.

Se aprecia pues cómo no se han contemplado algunas propuestas que hemos recogido en este trabajo. No se prevé el establecimiento de una competencia exclusiva; ni se pretende añadir motivo de denegación alguno en el ámbito del reconocimiento de decisiones; ni, en línea con lo que solicita la gran mayoría de voces, se pretende eliminar la exclusión del arbitraje. Al contrario, se ha mantenido y se persigue perfeccionarla por medio de la modificación de otras disposiciones relacionadas con ésta.

En cuanto al novedoso cdo. 11, el mismo puntualiza la introducción de algunas excepciones a la exclusión relativa al arbitraje:

“El presente Reglamento no es aplicable al arbitraje, salvo en los pocos casos en que disponga lo contrario. En concreto, no se aplica a la forma, la existencia, la validez o los efectos de los convenios de arbitraje, a las competencias de los árbitros, al procedimiento ante los tribunales arbitrales, ni a la validez, la anulación, el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales”.

Por lo que respecta a la exclusión, en coherencia, de acuerdo con el nuevo tenor literal:

“2. Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Reglamento:

¹¹⁴ K. Böckstiegel, “The Role of Arbitration within Today’s Challenges to the World Community and to International Law”, *Arb. Int’l*, vol. 22, n° 2, 2006, p. 177.

(...) d) el arbitraje, salvo lo dispuesto en el art. 29, apartado 4, y en el art. 33, apartado 3”.

En primer lugar, se constata cómo la Comisión ha optado por reformar las disposiciones relativas a la litispendencia de tal forma que, según ella misma señala, se “mejorará la eficacia de los convenios de arbitraje en Europa, evitará los procedimientos judiciales y arbitrales paralelos y eliminará los incentivos para emprender tácticas judiciales abusivas”. Así, el actual art. 27 RB I pasaría a ser el art. 29, si bien encabezando igualmente la sección relativa a la litispendencia y conexidad e incluiría un nuevo apartado 4, según el cual:

“4. Cuando la sede acordada o designada de un arbitraje estuviere situada en un Estado miembro, los tribunales de otro Estado miembro cuya competencia hubiere sido impugnada en virtud de un convenio de arbitraje suspenderán el procedimiento a partir del momento en que se someta a los tribunales del Estado miembro en el que esté situada la sede del arbitraje o al tribunal arbitral una acción para determinar, a título principal o como cuestión incidental, la existencia, la validez o los efectos de dicho convenio de arbitraje.

El presente apartado no es óbice para que el tribunal cuya competencia hubiere sido impugnada se inhíba en el caso al que se ha hecho referencia más arriba si su Derecho nacional así lo prescribe.

Cuando se estableciere la existencia, validez o los efectos del convenio de arbitraje, el tribunal ante el que se interpuso la demanda se inhibirá.

El presente apartado no es aplicable a los litigios referentes a las materias contempladas en las secciones 3, 4 y 5 del capítulo II”.

Son muchos los aspectos determinantes que cabe destacar de este ap. 4, por el impacto que pudieran tener en el futuro en el contexto que nos ocupa. Primero, parece quedar clara la intención del legislador comunitario de hacer frente al problema de la duplicación de procesos, si bien en un ámbito de aplicación espacial claramente definido, circunscribiéndose a aquellos supuestos en que la sede arbitral “acordada o designada” se sitúe en un Estado miembro, como ya apuntaba el Informe Heidelberg¹¹⁵. Si éste es el caso, la disposición obliga a los tribunales de Estados miembros distintos a los correspondientes a la sede del arbitraje a suspender su proceso si se pregunta a los tribunales del Estado de la sede o al mismo tribunal arbitral sobre la validez del compromiso arbitral, ya sea como cuestión principal o incidental.

¹¹⁵ Vuelve a reflejarse en esta medida la clara intención de atraer arbitrajes a Europa, lo que permitirá seguir potenciando determinadas sedes arbitrales actualmente preeminentes, como Londres o París, al mismo tiempo que podría favorecer el recurso a otros centros. Todo ello a pesar de las dificultades que surgen en ocasiones a la hora de fijar la sede del arbitraje y que han sido mencionadas a lo largo de este comentario.

Por lo tanto, no se les prohíbe conocer de esta cuestión, sino suspender el proceso si se da esta situación –suspensión condicionada, por tanto¹¹⁶– y en el caso de que se establezca la existencia, validez o los efectos del convenio de arbitraje, el tribunal ante el que se interpuso la demanda deberá inhibirse. En otras palabras, la regla *prior tempore potior iure* del art. 29 (hoy 27) no se aplicará en los casos de validez de compromisos arbitrales, que constituirán una excepción a la misma, sino que se otorga preferencia¹¹⁷ a los tribunales del Estado de la sede del arbitraje o al tribunal arbitral mismo y no al primero ante el que se interponga la demanda¹¹⁸.

Cabe incidir también en la relevante diferencia que se aprecia entre esta versión del texto y la propuesta por el Informe Heidelberg, ya que, aunque ambas persiguen el mismo objetivo, en el texto de la Comisión se incluye la preferencia no sólo de los tribunales de la sede sino también del tribunal arbitral, cuando éste ha sido preguntado acerca de la validez del convenio arbitral, cuando la propuesta del Informe Heidelberg sólo contemplaba a los tribunales del Estado miembro de la sede del arbitraje¹¹⁹. Esta extensión de las autoridades competentes para conocer con carácter preferente de la validez de acuerdos arbitrales permite respetar –aunque a medias– el principio *kompetenz–kompetenz* vigente en países como España¹²⁰, regla que se potencia aún más en el segundo párrafo del apartado 4 al señalar

¹¹⁶ A. Leandro, “La proposta per la reforma del reglamento “Bruxelles I” e l’arbitrato”, *loc. cit.*, p. 5.

¹¹⁷ Se trata pues de una “competencia preferente”, foro cuya viabilidad ya estuvo presente por lo que respecta a la competencia de tribunales en los trabajos preparatorios del Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional, pero que no fue recogido finalmente en el texto por falta de consenso. N. Bouza Vidal, “Procedimientos paralelos en torno a la validez del convenio arbitral...”, *loc. cit.*, p. 693.

¹¹⁸ Se ha criticado que esta solución conllevará la reintroducción *de facto* del “doble exequátur”, que suprimió el Convenio de Nueva York. Además se asegura que esta regla contradice el principio *Kompetenz–Kompetenz*, reconocido en los arts. V.3º y VI.3º del Convenio de Ginebra. U. Draetta y A. Santini, “Arbitration exception and Brussels I Regulation: no need for change”, *loc. cit.*, p. 745; A. Mourre y A. Vagenheim, “The Arbitration Exclusion...”, *loc. cit.*, p. 83.

¹¹⁹ Informe Heidelberg, párr. 134, p. 65.

¹²⁰ Art. 22 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje: “Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia. 1. Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”. Art. 7: “Intervención judicial. En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga”. Remisión hecha al art. 8. Para profundizar en la regulación del arbitraje internacional en España, *vid.* C. Esplugues Mota, “Arbitraje internacional”, en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Civitas, 2004, pp. 146 ss.

que “El presente apartado no es óbice para que el tribunal cuya competencia hubiere sido impugnada se inhiba en el caso al que se ha hecho referencia más arriba si su Derecho nacional así lo prescribe”.

Entendemos pues a la vista de esta regla que la temida potencialidad del fallo en el asunto *West Tankers*, esto es, la invitación a las partes a *take part in the race*¹²¹ para interponer la primera demanda sumada a una actitud maliciosa de una de ellas de interferir en el normal desarrollo de un arbitraje anteriormente pactado, queda paliada –se desincentiva pero no resuelve el potencial recurso a tácticas dilatorias–. La parte que pretenda torpedear el arbitraje podrá todavía instar un proceso sobre la validez del compromiso con carácter incidental ante otros tribunales distintos a los de la sede del arbitraje, más lentos, más reticentes al desarrollo de arbitrajes, con base en los foros alternativos que le ofrece el RB I, pero la parte que alegue la presencia del convenio arbitral podrá a su vez incoar otro proceso ante los tribunales de la sede del arbitraje o ante el propio tribunal arbitral con el mismo propósito, cuyo inicio paralizará la actuación dolosa de la contraparte.

A partir de aquí, son dos las posibles situaciones que pueden darse en la práctica, dependiendo de lo establecido por el Derecho nacional del Estado requerido. En los Estados Miembros que no contemplan la obligación del tribunal de inhibirse, la regla contemplada dará lugar a la suspensión del proceso hasta que se declare la (in)validez del convenio, paralizándolo del todo de considerarse válido y permitiendo su continuidad de no ser así; por el contrario, en aquéllos que así lo prevean el tribunal deberá inhibirse ante esta situación. Se evita de todos modos la duplicación de procesos en ambas situaciones, lo que favorece la coordinación entre el escenario judicial y el arbitral y, en definitiva, beneficia al ciudadano.

Por último en relación con esta reforma, el texto excluye los litigios referentes a las materias relacionadas con contratos de seguro, consumidores y contratos individuales de trabajo, por lo que cabe entender que estos casos la existencia de una cláusula arbitral no impide que los tribunales de un Estado que no sea el de la sede arbitral puedan conocer sobre la validez de tal acuerdo, aunque también haya sido preguntado al respecto el tribunal de la sede del arbitraje o el mismo tribunal arbitral.

En segundo lugar, junto con la modificación del actual art. 27 RB I, también se propone la reforma del vigente art. 30 RB I, que pasaría a

¹²¹ P. Santomauro, “Sense and Sensibility: Reviewing West Tankers...”, *loc. cit.*, p. 301.

ser el 33, y que hace referencia al momento en que debe entenderse que un órgano judicial –y ahora también un órgano arbitral– está conociendo de un asunto. Concretamente en su apartado 3 se establece como novedad lo siguiente: “3. A efectos de la presente sección, se considerará que un tribunal arbitral conoce del asunto cuando una parte hubiere nombrado a un árbitro o hubiere solicitado el apoyo de una institución, autoridad o tribunal para la constitución del tribunal”. Por lo tanto, se considera suficiente con el nombramiento de un árbitro o la solicitud de apoyo en este sentido para entender que un tribunal arbitral ya conoce de un asunto, lo que adquiere una relevancia significativa para la interpretación de la regla sobre *lis pendens* al situar al principio mismo del proceso el momento a tener en cuenta.

Finalmente, el actual art. 31 RB I, futuro art. 36 en su caso, aborda el espinoso tema de la adopción de medidas cautelares en el marco del instrumento comunitario. En este ámbito vuelve a introducirse una regla de coordinación entre el escenario judicial y el arbitral al añadir una mención expresa a la situación en que un eventual tribunal arbitral pudiera estar conociendo del fondo de un asunto. Así pues, “Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si un tribunal de otro Estado miembro o un tribunal arbitral fuere competente para conocer sobre el fondo”.

En suma, árbitros y jueces seguirán coexistiendo en el mundo de los litigios transnacionales¹²², pero quizá mejor avenidos que con la regulación actual. Sólo podremos saberlo si salen adelante las propuestas de reforma y, en su caso, tras algunos años de vigencia. Mientras tanto, algunos “sueñan” con que algún día el arbitraje sea autónomo, libre de la intervención de tribunales nacionales y de legislaciones internas, ya que, mientras una mayoría abrumadora considera que el panorama actual es en términos generales satisfactorio y prefieren que no se modifique la actual excepción, otros aseguran que el escenario actual es una “pesadilla” que socava el proceso arbitral internacional¹²³. En cualquier caso, entendemos también que la adopción de cualquier medida, legislativa o no, debería sopesar “un dato práctico indiscutible en el tráfico internacional: la importancia de

¹²² Parte de la doctrina considera que un cierto grado de interferencia de los tribunales en el arbitraje es inevitable, aunque defiende que se disminuya en la medida de lo posible para que el arbitraje pueda seguir conservando su naturaleza originaria. C. Kessedjian, “Court Decisions on Enforcement...”, *loc. cit.*, p. 11.

¹²³ J. Lew, “Achieving the Dream: Autonomous Arbitration”, *loc. cit.*, pp. 179–203.

facilitar, hacer simple y breve el camino que ponga fin a las controversias privadas”¹²⁴.

RESUMEN: El Reglamento Bruselas I está siendo actualmente objeto de revisión, tras casi una década de existencia. Si bien se constata una opinión generalizada acerca del correcto funcionamiento del mismo a lo largo de estos años, son varios los aspectos que se pretende perfeccionar por medio de este proceso de revisión. Entre otros, el presente artículo se centra en particular en la problemática suscitada por la incardinación del arbitraje en el sistema de Bruselas, partiendo de la interpretación de la exclusión del arbitraje contenida en el art. 1.2.d), cuyos contornos no están hoy por hoy claramente definidos a pesar de contar con cierta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en este sentido. A esta incertidumbre se añade el riesgo potencial de que el juego de las reglas sobre competencia y reconocimiento contenidas en el propio Reglamento se convierta en un problema para el arbitraje y afecte a la situación de liderazgo que el continente europeo ostenta en estos momentos como sede de procesos arbitrales. Así se ha constatado en el marco del caso inglés Endesa, cuyo análisis nos permitirá reflexionar sobre la reforma del Reglamento Bruselas I en materia arbitral y, en definitiva, sobre la necesidad de perfeccionar la citada exclusión.

PALABRAS CLAVE: LITIGACIÓN INTERNACIONAL, REGLAMENTO BRUSELAS I, ARBITRAJE, ACCIONES TORPEDO, MEDIDAS ANTIPROCESO

ABSTRACT: *The Brussels I Regulation is currently under review, after being in force for nearly a decade. While there is a widespread opinion about its proper functioning over the years, several aspects are expected to be improved through this review process. Among others, this article focuses in particular on the problems raised by the incardination of arbitration in the Brussels system, starting from the interpretation of its exclusion embodied in Article 1.2.d), whose outline is not clearly defined nowadays despite of the existence of some decisions of the European Court of Justice in this regard. Furthermore, another problem that does not favor certainty within the EU refers to the potential risk against arbitration the interplay of the rules on jurisdiction and recognition contained in the Regulation itself may cause, because this situation may consequently affect the leadership that the European continent holds currently as a seat of arbitral proceedings. This has already been reflected in the framework of a British case, Endesa, whose analysis will allow us to consider in depth the review of the Brussels I Regulation and its interface with arbitration and, ultimately, the need to improve its exclusion.*

KEYWORDS: INTERNATIONAL LITIGATION – BRUSSELS I REGULATION – ARBITRATION, TORPEDO ACTIONS – ANTISUIT INJUNCTIONS.

¹²⁴ M. Requejo Isidro, “Sobre la anti-suit injunction y la cláusula arbitral en el espacio europeo de justicia...”, *loc. cit.*, p. 431.