

Un revés europeo al arbitraje londinense: la anti-suit injunction en apoyo del convenio arbitral es incompatible con el Derecho comunitario

Eliseo SIERRA NOGUERO

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia
Profesor agregado de Derecho mercantil en la Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. Planteamiento general. II. Antecedentes de hecho del asunto *Allianz y Generali / West Tankers*. III. Fundamentos de Derecho empleados por el TJCE para decidir que la *anti-suit injunction* dictada para proteger el cumplimiento de un convenio arbitral es incompatible con el Derecho comunitario. 1. Impide que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro ejerza las competencias que tiene atribuidas por el Reglamento nº 44/2001, frustrando el efecto útil de sus normas de distribución de competencia judicial internacional. 2. Impide al demandante que considere que dicho pacto es nulo, ineficaz o inaplicable el acceso al órgano jurisdiccional ante el que hubiera acudido en virtud del mismo Reglamento y, por tanto, se vería privado de una forma de tutela judicial a la que tiene derecho. IV. Un pronóstico doctrinal de los efectos jurídicos y comerciales de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Allianz y Generali / West Tankers*.

I. Introducción

Los navieros y transportistas marítimos tienen un claro interés en concentrar las reclamaciones que reciban en una sola sede judicial o arbitral y que sean juzgadas conforme a un Derecho nacional que les resulte conveniente. Para satisfacer este interés, sus asociaciones representativas preparan condicionados generales de los contratos marítimos con cláusulas de elección de ley nacional y tribunal judicial o arbitral competente. Por ejemplo, por su gran difusión en el comercio marítimo internacional, destaca la cláusula standard de arbitraje del Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO), que se incorpora a sus formularios-tipo de fletamento y arrendamiento, gestión de buques y muchos otros contratos marítimos. Su tenor literal señala que los contratantes someten sus controversias a la *London Maritime Arbitrators Association*, salvo que hagan constar expresamente en el contrato la sumisión al arbitraje de la *Society of Maritime Arbitrators Inc.* de Nueva York o a otro tribunal arbitral o judicial de su libre elec-

ción¹. Además, las cláusulas de arbitraje y de ley nacional aplicable se hallan vinculadas entre sí en los formularios-tipo, de modo que el contenido de una a favor de Londres o Nueva York determina la aplicación de los Derechos inglés o norteamericano, respectivamente².

La denominada *anti-suit injunction* contribuye eficazmente a proteger, en particular, el cumplimiento tanto de una cláusula de sumisión a un tribunal, como de un arbitraje en Inglaterra³. En su virtud,

¹ No parecen existir estadísticas oficiales sobre el volumen de trabajo de las sedes arbitrales marítimas, sino sólo declaraciones de los propios centros y algunos trabajos doctrinales. Por ejemplo, M. Roca López y H. Caldin, *El arbitraje marítimo en Londres*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, señala que en Londres se realizan más de 3.000 actuaciones arbitrales al año y, en particular, la secretaria de la *London Maritime Arbitrators Association* indica que este organismo emite entre 400 y 450 laudos marítimos anualmente. *Society of Maritime Arbitrators Inc.* de Nueva York señala en su página web que este centro dicta más de 100 laudos al año. A la vista de todas las estadísticas publicadas por la doctrina, C. Esplugues Mota, *El arbitraje marítimo internacional*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 32 y 33, sitúa el 70% de los laudos arbitrales marítimos en la ciudad de Londres, el 20% en Nueva York, y el 10% restante en los centros de arbitraje marítimo de París, Bremen, Hong-Kong y otros. A efectos de publicidad de los laudos, por ejemplo, la *London Maritime Arbitrators* publica en *Lloyd's Maritime Law Newsletter* unos 13-15 laudos anuales, entre los 20-25 que tiene enumerados por año. La *Chambre Arbitrale Maritime de Paris* publica también unos 10-15 laudos arbitrales marítimos en *Le Droit Maritime Français*. A la vista de esta notable diferencia entre los laudos dictados y los publicados, debe ser que por razón de privacidad no se publica la gran mayoría de los laudos arbitrales marítimos.

² La BIMCO tiene representantes de los principales intereses marítimos y es la organización responsable de la mayoría de los formularios al uso en los contratos de explotación del buque y algunos contratos auxiliares. Con un carácter más limitado, la Asociación de Corredores y Agentes de Nueva York (ASBA), la Federación Norteamericana de Asociaciones Nacionales de Corredores y Agentes marítimos ("Fonasba") o la Asociación internacional de armadores independientes de buques cisterna ("Intertanko"), también preparan formularios-tipo con cláusulas de ley aplicable y sumisión a arbitraje en Londres o Nueva York. Como excepción, el formulario-tipo "Synacomex" para fletamentos por viaje, elaborado por el Sindicato Nacional del Comercio Exterior de Cereales de París, que prevé la sumisión a la Cámara Arbitral Marítima de París y a la ley francesa. Más ampliamente, *vid.* nuestros trabajos E. Sierra Noguero, *El contrato de fletamento por viaje*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2002, pp. 51-54 y 61; *id.*, "El convenio arbitral y de ley aplicable en los seguros marítimos y su eficacia frente a terceros en Derecho español e inglés", *RDM*, n.º 256, 2005, pp. 643 ss, y doctrina y formularios aquí citados.

³ *Vid.*, *v.gr.*, la sentencia inglesa de la *Queen's Bench Division* de 26 de julio de 2007, comentada por M. López Gonzalo, "Antisuit injunctions e 'European complications'", *Il Diritto Marittimo*, II, 2008, p. 625, para impedir la continuación de una reclamación formulada en el puerto de descarga de la mercancía dañada. El juez J. Cooke señala que "en el ejercicio del poder de otorgar una *anti-suit* el juez inglés procederá con el máximo respeto para el tribunal extranjero, pero privilegiará la exigencia de respetar el acuerdo alcanzado entre las partes de sumisión de la controversia a árbitros". En realidad, el respeto de la jurisdicción extranjera por la llamada *comity* no implica obligación jurídica alguna para el juez inglés, razón por la cual las *anti-suit injunctions* se otorgan habitualmente y a

un tribunal inglés, normalmente a instancia del naviero o transportista marítimo, ordena al otro contratante (fletador, cargador, destinataria, aseguradora de mercancías, etc.) que se abstenga de iniciar o continuar un procedimiento judicial ante tribunales extranjeros distintos del estipulado (judicial o arbitral), bajo pena de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial⁴. La *anti-suit injunction* también es empleada por los tribunales norteamericanos para proteger el cumplimiento de las cláusulas de sumisión a tribunales judiciales o arbitrales de este país⁵. En cambio, ningún país de *civil law* utiliza la *anti-suit injunction*⁶.

Sin embargo, ocurre muchas veces que la contraparte del naviero o del transportista marítimo, planteado el conflicto, no quiere litigar en los tribunales o árbitros designados en los contratos, ni someterse al Derecho extranjero. Suele advertir tarde la importancia de escoger una adecuada estrategia⁷, como la llevada a cabo previamente no sólo por la industria naviera a través de las cláusulas de ley aplicable y de foro compe-

discreción del juez que conozca de la petición. Así, *vid.* M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero y medidas antiproseso (anti-suit injunctions)*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela 2000, p. 87 y B. Steinbruck, "The impact of EU Law on *anti-suit injunctions* in aid of English Arbitration Proceedings", *Civil Justice Quarterly*, 26 (Jul.), 2007, p. 359.

⁴ *Vid.* M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero...*, *op. cit.*, p. 22; M.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 STCJE 27 de abril de 2004 (C-159/02)", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2005, p. 2 y J.C. Fernández Rozas, "*Anti-suit injunctions* et arbitrage commercial international: mesures adresses aux parties et au tribunal arbitral", *Tratados Internacionales. Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga, Sevilla, 2005, p. 581.

⁵ *Vid.* E. Epstein y C. Karagheuzoff, "Anti-foreign *suit injunctions* in aid of compelling arbitration", *Disp. Res. J.*, mayo-julio 2008, pp. 63 ss, que ponen en evidencia las grandes diferencias de criterio entre tribunales norteamericanos para conceder o no una *anti-suit injunction* con objeto de paralizar un procedimiento judicial extranjero. A. Ali, K. Nesbitt y J. Wessel, "*Anti-suit injunctions* in support of international arbitration in the United States and the United Kingdom", *Int'l Arb. L. Rev.*, 2008, 11(1), pp. 12-19, analizan comparativamente los principios exigidos por los tribunales en ambos países para acordar el otorgamiento de una *anti-suit injunction*.

⁶ M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero...*, *op. cit.*, p. 95.

⁷ En este sentido, M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007, señalan que la elección de la ley aplicable y la distribución de los costes de la internacionalidad procesal "es fundamental a la hora de escoger una estrategia procesal eficiente (como se ha dicho, *forum shopping is the name of the game*)". Ciertamente, si existe *forum shopping*, en nuestra opinión, lo practican los navieros, no quien intenta reclamar la indemnización por las mercancías dañadas ante los tribunales en el puerto de descarga (*vid.* la sentencia de la *Queen's Bench Division*, 26 de julio de 2007, antes citada).

tente, sino también por sus aseguradores de responsabilidad civil⁸. No es sólo por el alto coste que supone demandar fuera de su país. También es porque en muchas ocasiones ni Londres, ni Nueva York tienen conexión alguna con el negocio de que se trate. Además, someterse al Derecho inglés o norteamericano, y no por ejemplo al Derecho español, puede cambiar el resultado positivo o negativo de la reclamación.

En realidad, si las cláusulas de arbitraje y de ley aplicable utilizadas en los contratos-tipo no son borradas o sustituidas es a veces porque tampoco los navieros y los transportistas se avienen fácilmente a cambiarlas, porque no hay opción al operar casi todos en base a los citados formularios-tipo, porque el principal interés de sus contratantes es conseguir un buen precio y otras condiciones sustanciales del transporte u otro servicio contratado y porque, de hecho, estos no se preocupan pues suelen disponer de un seguro de mercancías. Por ello, es usual que las reclamaciones las formulen las aseguradoras subrogadas en los derechos de cargadores, fletadores, destinatarios y otros, que suelen también discutir que les sean aplicables los citados acuerdos atributivos de competencia y de ley aplicable celebrados por sus asegurados.

El TJCE, en el asunto *Turner* (C-159/02, de 27 de abril de 2004) ya decidió que el Convenio de Bruselas en lo referente a la competencia judicial y la aplicación de decisiones en materia civil y mercantil de 1968 (en adelante, CB) se oponía a la *anti-suit injunction* dictada para impedir a una parte en un litigio pendiente ante un órgano judicial inglés que iniciase o continuase un procedimiento judicial en otro Estado parte, porque “la aplicación de normas procesales nacionales no puede ir en detrimento de la eficacia del Convenio” y “una orden conminatoria (...) como la controvertida limita la aplicación de las normas de competencia previstas en el Convenio” (ap. 29).

A raíz del caso *Turner*, un sector doctrinal interpretó que el fallo del TJCE pretendía ser general para prohibir todas las *anti-suit injunctions*⁹, mientras que en el Reino Unido la doctrina y los tribunales reali-

⁸ En efecto, también los aseguradores de responsabilidad civil de los navieros y transportistas marítimos han tomado sus medidas, pues los perjudicados no disponen de acción directa contra ellos (en su mayoría, Clubs de Protección e Indemnización), pues la ley inglesa y la del Estado de Nueva York que suelen también regir los contratos de seguro no contemplan esta posibilidad (más ampliamente, *vid.* E. Sierra Noguero, “El convenio arbitral...”, *loc. cit.*, p. 652).

⁹ *Vid.*, entre otros autores, M. Illner e I. Naumann, “Yet another blow: anti-suit injunctions in support of arbitration agreements within the European Union”, *Int'l Arb. L. Rev.*, 2007, p. 156; B. Steinbruck, “The Impact...”, *loc. cit.*, p. 365; P. Delebecque, “Anti-suit injunction and arbitration: what remedies?”, *Il Diritto Marittimo*, IV, 2007, p. 481 y R.

zaron una interpretación restrictiva por la cual la ilegalidad no alcanzaba a la *anti-suit injunction* dictada para proteger convenios arbitrales, pues el Reglamento n° 44/2001 no es aplicable al arbitraje (art. 1.2°.d)¹⁰.

En este contexto económico y jurídico se ubica la destacada S TJCE (Gran Sala), 10 de febrero de 2009, as. C-185/07, entre *Allianz Spa y Generali Assicurazioni Generali SpA* (en adelante, Allianz y Generali) / *West Tankers Inc.* (en adelante, West Tankers), que declara que las *anti-suit injunctions* inglesas para proteger un convenio arbitral también es incompatible con el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, el Reglamento n° 44/2001). Las razones aducidas son de nuevo que la *anti-suit injunction* limita la eficacia de las normas de distribución de competencia judicial internacional del Reglamento n° 44/2001 y, de forma especial para aquellas dictadas para proteger un supuesto convenio arbitral, que privan del derecho a la tutela judicial efectiva al demandante que considere nulo, inválido o ineficaz el citado convenio.

II. Antecedentes de hecho del asunto *Allianz y Generali / West Tankers*

En agosto de 2000, el “Front Comor”, buque propiedad de West Tankers y fletado por Erg Petroli SpA (en lo sucesivo, Erg), bajo con-

Carrier, “*Anti-suit injunction*: la CJCE met fin à un anachronisme (a propos de l’arrêt de la CJCE du 27 avril 2004”, *Le Droit Maritime Français*, n° 648, mayo 2004, pp. 403-412.

¹⁰ Vid. la sentencia de la *Court of Appeal* de 2 de diciembre de 2004, conocida como *Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) / India Assurance Co Ltd*, en *Lloyd’s Law Reports*, 1, 2005, pp. 67 ss. La sentencia convalidó una *anti-suit injunction* dirigida contra el propietario que había presentado una reclamación por pérdida de las mercancías transportadas ante el juez del distrito de Kotka (Finlandia). El juez finlandés se declaró competente en virtud del art. 10 del Reglamento n° 44/2001, descartando expresamente la vinculación del demandante a la cláusula de arbitraje a favor de Londres prevista en el contrato de seguro. La *Court of Appeal* señaló que el Reglamento n° 44/2001 no se aplicaba a procedimientos nacionales cuyo objeto fuese el arbitraje. De hecho, al conceder la *anti-suit injunction* contra el procedimiento ante el *Tribunale di Siracusa*, la *Queen’s Bench Division* se consideró vinculada por esta decisión de la *Court of Appeal*. R. Fentiman, “Arbitration and the Brussels Regulation”, *The Cambridge Law Journal*, 2007, p. 495, indica que los remedios nacionales utilizados por los tribunales en apoyo del arbitraje quedan fuera del objetivo del reglamento y se relacionan con el manejo del arbitraje en la Comunidad. Añade que no es el propósito del Reglamento n° 44/2001 la regulación del arbitraje ni el mercado comunitario de los servicios de arbitraje.

diciones de una póliza-tipo “Asbatankvoy”¹¹, provocó daños y perjuicios al colisionar en Siracusa (Italia) contra un embarcadero propiedad de Erg. West Tankers no se avino a indemnizar y alegó que tanto la póliza de fletamento, como las llamadas Reglas de La Haya, preveían la exoneración por errores en la navegación¹². Erg cobró la indemnización de sus aseguradoras de daños y reclamó el resto a West Tankers en arbitraje en Londres conforme al Derecho inglés, tal y como estaba previsto en la póliza de fletamento¹³. En julio de 2003, las aseguradoras de Erg demandaron a West Tankers el importe abonado a su asegurado por vía extracontractual ante el *Tribunale de Siracusa*. Éste se declaró competente en aplicación del fuero de las reclamaciones extracontractuales previsto en el art. 5.3º Reglamento nº 44/2001. De la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se deduce que el fletante presentó una excepción de incompetencia por sumisión a arbitraje ante el *Tribunale de Siracusa* (ap. 11). Para asegurar el cobro de la indemnización en caso de éxito judicial, las aseguradoras también embargaron preventivamente el buque

¹¹ La póliza de fletamento “Asbatankvoy” es un formulario-tipo preparado por ASBA y que se ha convertido en el más usual para el transporte marítimo de hidrocarburos en buques fletados para un sólo viaje (E. Sierra Noguero, *El contrato ..., op. cit.*, p. 53, y doctrina aquí citada). Como cualquier otro modelo de formulario-tipo, es un esquema contractual predispuesto para facilitar las negociaciones de futuros contratos de fletamento por viaje. Las partes son libres de modificar el clausulado del formulario-tipo, borrar o añadir estipulaciones *ad hoc* que se acomoden mejor a sus intereses. No obstante, parece que en este caso concreto al menos varias cláusulas contractuales se mantuvieron del redactado original: las que pretenden determinar a priori el tribunal competente y la ley nacional aplicable y la cláusula de exoneración por culpa náutica del fletante (así se deduce de la información extraída de la sentencia de la *Queen’s Bench Division*, ya citada, ap. 6).

¹² La cláusula 19 (*general exceptions clause*) de la póliza-tipo “Asbatankvoy” establece que “el buque, el capitán y el fletante no deben, salvo que otra cosa se disponga expresamente en la póliza de fletamento, ser responsables de cualquier pérdida o daño, retraso o falta de ejecución que surja o resulte de: cualquier acción, omisión, incumplimiento o baratería del capitán, prácticos, marineros u otros dependiente del fletante; la navegación o gestión del buque; (...); colisión, encalladura o peligro, riesgo o accidente del mar u otras aguas navegables”. Este tipo de cláusulas recoge expresamente la exoneración por culpa náutica, habitual en los contratos-tipo de fletamento y reconocida en el art. 4.2º.a del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 1924, modificado por los Protocolos de 1968 y 1979 (conocido como las “Reglas de La Haya-Visby”).

¹³ La cláusula 24 (*arbitration*) de la póliza-tipo “Asbatankvoy” dispone que “todas y cada una de las diferencias y disputas de cualquier naturaleza que surjan de este fletamento deben someterse a arbitraje en la ciudad de Nueva York o en Londres, la que se especifique en la parte I de este contrato, de acuerdo con las leyes relativas a arbitraje allí vigentes”. En la parte I del contrato, parece que se decidió que la sede del arbitraje fuera Londres y de aplicación el Derecho inglés (así se indica en la sentencia citada de la *Queen’s Bench Division*, ap. 4).

“Front Comor” en Fujairah (Emiratos Árabes Unidos), de forma que el asegurador de este buque compareció para depositar una fianza a efectos de liberarlo y evitar mayores daños económicos. En septiembre de 2004, el fletante West Tankers obtuvo de la *High Court of Justice (England & Wales) Queen’s Bench Division (Commercial Court)* del Reino Unido (en adelante, *Queen’s Bench Division*), una *anti-suit injunction* por la que prohibía cautelarmente a las aseguradoras continuar el litigio ante el *Tribunale di Siracusa*. Mediante sentencia de 21 de marzo de 2005, el mismo tribunal inglés transformó en definitiva la *anti-suit injunction*. Las aseguradoras, por razón del sistema procesal inglés, pudieron apelar directamente ante la *House of Lords*, para intentar dejar sin efecto esta orden judicial.

La *House of Lords*, mediante decisión de 21 de febrero de 2007¹⁴, anunció que, al no ser obvia la respuesta a la apelación, era su deber remitir una cuestión prejudicial al TJCE, en base al art. 234 TCE, del siguiente tenor: “¿Es compatible con el Reglamento n° 44/2001 que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adopte una decisión por la que se prohíbe iniciar o proseguir un procedimiento judicial en otro Estado miembro, basándose en que dicho procedimiento infringe un convenio arbitral?”¹⁵. Adicionalmente, ofreció su opinión negativa a esta cuestión en base a los siguientes argumentos: 1) Es conforme al Derecho inglés y, en concreto, a la sección 37(1) de la *Supreme Court Act* de 1981. 2) La jurisprudencia comunitaria no prohíbe la *anti-suit injunction* si es usada para impedir el incumplimiento de un convenio arbitral. 3) El arbitraje y los procedimientos judiciales de esta naturaleza están excluidos del ámbito de aplicación en virtud del art. 1.2º.d) Reglamento n° 44/2001. 4) El convenio arbitral tampoco se rige por esta regulación. 5) La *anti-suit injunction* es útil para proteger a las partes del convenio arbitral y dar seguridad jurídica respecto al cumplimiento del convenio arbitral. 6) Es un medio para preservar la autonomía de la voluntad y, especialmente, como defensa de la elección de las partes del arbitraje como medio de solución de conflictos. 7) Compete al árbitro o al tribunal nacional ejerciendo jurisdicción valorar si el convenio arbitral es o no válido, en los términos que reconoce el Convenio de Nueva York. 8) La *anti-suit injunction* es útil para la

¹⁴ En *Lloyd’s Law Reports*, n° 1, 2007, pp. 391 ss.

¹⁵ El debate sobre esta cuestión prejudicial está siendo objeto de una enriquecedora discusión doctrinal, como prueban las opiniones vertidas en la página web <http://conflictoflaws.net> y los numerosos trabajos publicados. *Vid.* también A. Trukhtanov, “*Anti-suit injunctions* in support of arbitration – Is the ECJ about to take away the English Court’s powers”, *Int’l Arb. L. Rev.*, 2007, 10(4), pp. 136–138 y N. Sharp, “Compatibility of *anti-suit injunction* with the Brussels Regulation”, *Int’l Arb. L. Rev.*, 2008, pp. 77–79.

Unión Europea como medio para defender sus sedes arbitrales. Y 9) Londres como sede arbitral internacional está potencialmente afectada por la decisión que se adopte.

El 4 de septiembre de 2008 se hicieron públicas las conclusiones de la Abogado General del TJCE, Sra. Julianne Kokott, sobre esta cuestión prejudicial¹⁶. De las mismas se deduce que ante el Tribunal de Justicia habían presentado observaciones las partes en el litigio principal, los Gobiernos del Reino Unido y Francia, además de la Comisión de las Comunidades Europeas. La Abogado General recomendaba al Tribunal de Justicia que respondiese a la cuestión prejudicial indicando que el Reglamento nº 44/2001 se oponía a este tipo de órdenes conminatorias por los siguientes motivos: 1) Es de aplicación el precedente comunitario del caso *Turner*. 2) En aplicación de los precedentes comunitarios *Rich* (C-190/89, de 25 de julio de 1991) y *Van Uden* (C-391/95, de 17 de noviembre de 1998), para determinar si un proceso está o no regido por el Convenio de Bruselas/Reglamento nº 44/2001 hay que atender a su objeto y, aplicado a este caso, no es el arbitraje, sino una responsabilidad extracontractual. 3) El Convenio de Naciones Unidas sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (en adelante, Convenio de Nueva York), no reconoce una exclusiva al árbitro o al tribunal estatal de la sede del arbitraje para valorar la validez del convenio arbitral. 4) El precedente comunitario *Gasser* (C-116/02, 9 de diciembre de 2003) atribuye a cada tribunal la competencia en principio para verificar su propia competencia, sin que la mera alegación de la cláusula arbitral le prive de dicha facultad. 5) Los motivos de carácter económico no justifican la infracción del Derecho comunitario. 6) No puede prohibirse a la parte que no se considere vinculada por el convenio arbitral que acuda al tribunal que sea competente en aplicación del Reglamento nº 44/2001, lo que también vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva. 7) La *anti-suit injunction* implica el riesgo de que el laudo arbitral no sea reconocido en el país ante el que se presentó la demanda judicial. Y, 8) Con la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001, no hay forma de evitar soluciones divergentes, pero si el convenio arbitral es unívoco y claro lo normal será remitir a las partes a arbitraje conforme a lo dispuesto en el Convenio de Nueva York.

¹⁶ La cuestión prejudicial fue publicada en el DO C 155/9, de 7 de julio de 2007. La opinión de la Abogado General puede consultarse en <http://curia-europa.eu>.

III. Fundamentos de Derecho empleados por el TJCE para decidir que la *anti-suit injunction* dictada para proteger el cumplimiento de un convenio arbitral es incompatible con el Derecho comunitario

El TJCE consideró que la *anti-suit injunction* sí era incompatible con el Reglamento n° 44/2001 por las siguientes razones: 1) Aunque el procedimiento judicial inglés en el que se dictó no está sometido a esta regulación, sí impide su efecto útil en cuanto que el Tribunale di Siracusa está ejerciendo su competencia en virtud de este Reglamento n° 44/2001. 2) El objeto del procedimiento judicial italiano (una reclamación extracontractual de daños y perjuicios) se encuentra en el marco de esta regulación y una cuestión previa relativa a la aplicabilidad de un convenio arbitral que incluya su validez está igualmente comprendida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento. 3) La *anti-suit injunction* pretende arrebatar al *Tribunale di Siracusa* la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia en virtud del Reglamento n° 44/2001. 4) Es un principio general que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al Convenio de Bruselas que cada órgano jurisdiccional ante el que se presenta una demanda determina, por sí solo, en virtud de las normas que le son aplicables, si es competente para resolver el litigio que se le somete, tal y como ya se estableció en el caso *Gasser*. 5) El Reglamento n° 44/2001 no autoriza el control de la competencia de un tribunal de un Estado miembro por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, como resulta de los casos *Overseas* y *Turner*. 6) La *anti-suit injunction* vulnera el principio de confianza mutua sobre el que se sustenta el sistema de competencia del Reglamento n° 44/2001. 7) La mera invocación del convenio arbitral no es suficiente para privar de competencia al tribunal que lo sea conforme a dicho Reglamento, pues la parte que discuta el convenio sería así privada de su derecho a la tutela judicial efectiva. Y, 8) Esta solución es acorde con el Convenio de Nueva York que prevé que el tribunal de un Estado contratante remita a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable (art. II.3°).

Vamos a centrarnos, en primer lugar, en el argumento del TJCE según el cual el procedimiento inglés que aboca en una *anti-suit injunction* es incompatible con el Reglamento n° 44/2001 porque impide que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro ejerza las competencias que tiene atribuidas en virtud del mismo Reglamento (ap. 24). En segundo lugar, analizaremos el porqué precisamente este tipo de *anti-suit injunction* dictada para proteger un supuesto convenio

arbitral puede implicar que el demandante quede privado de la tutela judicial a la que tiene derecho (ap. 31).

1. Impide que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro ejerza las competencias que tiene atribuidas por el Reglamento nº 44/2001, frustrando el efecto útil de sus normas de distribución de competencia judicial internacional

En primer lugar, el Tribunal de Justicia señala que aunque la *anti-suit injunction* emitida por la *Queen's Bench Division* inglesa no puede estar comprendida “en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001, puede tener consecuencias contrarias a su efecto útil, es decir, impidiendo que se cumplan los objetivos inherentes de las normas de conflicto de los órganos jurisdiccionales en materias civil y mercantil y de la libre circulación de resoluciones en esta misma materia. Así sucede, en particular, cuando tal procedimiento impide que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro ejerza las competencias que tiene atribuidas en virtud del Reglamento nº 44/2001” (aps. 23 y 24).

Es una solución muy distinta a la propuesta por la *House of Lords*. Este órgano jurisdiccional interpreta que si el Reglamento nº 44/2001 no regula la *anti-suit injunction*, al excluir esta normativa de su ámbito de aplicación al arbitraje (art. 1.2º.d), entonces *la anti-suit injunction* tampoco puede contradecir esta normativa. Sin embargo, el Tribunal de Justicia indica que los tribunales nacionales tampoco pueden actuar en detrimento del efecto útil del Derecho comunitario, aun cuando aplican el Derecho procesal nacional¹⁷. Aunque no lo dice el TJCE expresamente, la primacía del Derecho comunitario sobre las leyes nacionales de los Estados miembros fundamenta que éstas no puedan condicionar o limitar este “efecto útil” de la norma superior¹⁸.

¹⁷ Así, B. Steinbruck, “The Impact...”, *loc. cit.*, pp. 364–365.

¹⁸ R. Arenas, “Arenas on West Tankers”, en *conflictoflaws.net*, edición de 13 de febrero de 2009, indica que esta decisión del Tribunal de Justicia sólo puede ser entendida en base a la supremacía del Derecho comunitario. M.J. Elvira Benayas, “¿Existe alguna posibilidad...”, *loc. cit.*, pp. 20-21, señala que es necesario desplazar las normas nacionales a favor de las convencionales, aquéllas quedan supeditadas a la consecución de los objetivos convencionales. M. Virgos Soriano y F.J. Garcimartin Alferez, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 85–86, indican que de la prevalencia del Reglamento sobre la legislación nacional se deriva una regla de no frustración: los Derechos nacionales siguen vigentes para todas aquellas cuestiones procesales no reguladas en el reglamento, pero el Derecho nacional no puede menoscabar su efecto útil. L. López Guerra y otros: *Derecho constitucional*, vol. I, *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 7ª ed., Tirant lo Blanc, Valencia, 2007, p. 128, y la doctrina y jurisprudencia comunitaria aquí citada, indica que “cuando los Estados miembros han cedido el ejercicio de parte de sus compe-

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia indica si “por el objeto del litigio, es decir, por la naturaleza de los derechos que deben salvaguardarse en un procedimiento, como una demanda de indemnización de daños y perjuicios, ese procedimiento está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento n^o 44/2001, una cuestión previa relativa a la validez o no de un convenio arbitral está igualmente comprendida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento” (ap. 26).

En apoyo de esta conclusión cita el informe D. Evrigenis y K.D. Kerameus, de 1986, elaborado con ocasión de la incorporación de Grecia al Convenio de Bruselas, según el cual: “la verificación como cuestión incidental de la validez de un convenio arbitral que es citado por un litigante para contestar la jurisdicción de un tribunal delante del cual ha sido demandado, de acuerdo con el Convenio de Bruselas, debe ser considerado como incluido en su ámbito”¹⁹.

La exclusión del arbitraje del art. 1.2^o.d). Reglamento n^o 44/2001 no se extiende, pues, a los procedimientos que se refieren de manera incidental a la validez de un compromiso arbitral con ocasión del examen de competencia de un tribunal. Esta opinión del TJCE coincide también con la posición tradicional de los Estados originarios del Convenio de Bruselas²⁰, reiterada luego al incorporarse el Reino Unido a dicho Convenio en 1979²¹.

tencias a la Unión Europea, la acción de ésta ha de ser necesariamente uniforme en todos los Estados miembros, sin que pueda verse condicionada o limitada por una norma o decisión de uno de ellos”.

¹⁹ *Vid.* D. Evrigenis y K.D. Kerameus, “Informe relativo al Convenio de adhesión de la República de Grecia al Convenio de Bruselas en lo referente a la competencia judicial y la aplicación de decisiones en materia civil y mercantil de 1968” (DO, 1986, C 298, pp. 1 ss).

²⁰ *Vid.* P. Jenard, “Informe sobre el Anteproyecto de Convenio sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil y la ejecución de documentos públicos con fuerza ejecutiva, de 1965” (DO, C 59, 1979, p. 10), donde indica que “las materias excluidas (quiebra, regímenes matrimoniales, arbitraje, etc.) sólo lo están si son el objeto principal del litigio. Estas escapan a su exclusión cuando se plantean incidentalmente al juez a título preliminar”.

²¹ *Vid.* P. Schlosser, “Informe sobre el Convenio de adhesión del Reino de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia” (DO, C 59, 1979, pp. 92 y 93), que indica que “En el curso de los debates relativos a la interpretación a la exclusión del arbitraje, hubo dos tomas de posición diferentes e inconciliables. Por un lado, la delegación del Reino Unido decía que la exclusión del arbitraje en el Convenio de Bruselas cubría todos los litigios para la solución de los cuales la competencia de un tribunal arbitral haya sido acordada de manera válida. Si esto es así, si un Estado ignora la cláusula de arbitraje o le niega validez y se pronuncia sobre el fondo, otro Estado podría negar el reconocimiento y ejecución de esta sentencia, sobre la base de que, en realidad, el com-

La sentencia aquí comentada tiene la virtud de introducir seguridad jurídica al dar una respuesta comunitaria a una cuestión ya planteada, pero no totalmente resuelta, en los anteriores asuntos *Rich* y *Van Uden* del TJCE.

En 1991, en el caso *Marc Rich*, el TJCE ya señaló que estaban excluidos del Convenio de Bruselas los procedimientos judiciales cuyo asunto principal fuese el arbitraje y añadió que “sería contrario al principio de seguridad jurídica, que es uno de los objetivos perseguidos por el Convenio (*vid.* la decisión *Effer / Kantner*, de 1982) para la aplicación de la exclusión (de arbitraje) prevista en el art. 1.4º del Convenio variar de acuerdo con la existencia o no de una cuestión preliminar, que pudiera ser planteada en cualquier momento por las partes”.

En 1998, en el asunto *Van Uden*, el TJCE indicó que procede señalar que cuando las partes han sustraído válidamente un litigio derivado de un contrato a la competencia de los tribunales estatales para atribuirlo a un órgano arbitral, no existe, en el sentido del Convenio de Bruselas, tribunal estatal competente para conocer del litigio. No obstante, señaló que el objeto de las medidas provisionales solicitadas no se referían al arbitraje como materia, sino a la salvaguardia 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 salvaguardia garantizan.

La sentencia del asunto *West Tankers* da también la razón a la posición doctrinal que consideraba que, tras los casos *Rich* y *Van Uden*, los tribunales nacionales debían analizar si efectivamente en cada supuesto concreto existe o no una cuestión comprendida dentro del

promiso arbitral era válido y que la decisión no entra en el campo de aplicación del Convenio de Bruselas. Según el otro punto de vista, sostenido por los Estados miembros originarios, el arbitraje cubre los procedimientos que se desarrollen ante los tribunales estatales sólo cuando se refieran a procedimientos de arbitraje, ya concluidos, en curso o por venir. Todo litigio que tenga por objeto un compromiso de arbitraje no puede, según el sentido mismo del término, estar excluido del Convenio. La exclusión del art. 1.4º cubre los procedimientos que se desarrollan ante tribunales estatales que se relacionan principalmente con un arbitraje, y no a aquellos relativos que se refieren de manera incidental a la validez de un compromiso arbitral con ocasión del examen de competencia de un tribunal”. Como relata el informe Schlosser, “al menos hubo acuerdo en no modificar el texto del Convenio de Bruselas, de manera que los nuevos Estados podrían tener en cuenta en su legislación de introducción está incertidumbre en la interpretación”, B.M. Cremades, “Convenio de Bruselas y arbitraje”, *La Ley*, 1999, 2, D-67, p. 1707, indica que el Reino Unido estaba preocupado porque su adhesión pudiese perjudicar de alguna manera el exitoso arbitraje londinense.

ámbito de aplicación material del Convenio de Bruselas, sin que quapan exclusiones a priori porque haya relación con el arbitraje²².

En tercer lugar, el TJCE indica que “de ello se deduce que la excepción de incompetencia propuesta por *West Tankers* ante el *Tribunale di Siracusa*, basada en la existencia de un convenio arbitral, incluida la cuestión relativa a la validez de éste, está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 y, por tanto, corresponde exclusivamente a dicho órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la referida excepción y sobre su propia competencia, en virtud de los arts. 1, ap. 2, letra d) y 5, ap. 3, de dicho Reglamento” (ap. 27).

El TJCE no acepta el argumento de la *House of Lords* según el cual los Estados miembros de la Unión Europea deben confiar la decisión sobre si la cláusula arbitral es o no vinculante en los propios árbitros (según el principio competencia–competencia) o en los tribunales nacionales que ejercen una jurisdicción de supervisión. Por el contrario, el Tribunal europeo la atribuye expresamente al tribunal nacional que sea competente para resolver sobre el objeto principal del proceso, en este caso, el *Tribunale di Siracusa*. Corrobora esta conclusión, señala el Tribunal de Justicia, “el art. II.3, del Convenio de Nueva York, según el cual, el tribunal de uno de los Estados parte al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes a arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho pacto es nulo, ineficaz o inaplicable” (ap. 33). De hecho, la propia inglesa *Arbitration Act 1996* también reconoce la capacidad del tribunal judicial que conoce primero del asunto para rechazar el convenio arbitral si no lo considera válido (art. 9.4^o)²³.

²² Así se manifiesta B.M. Cremades, “Convenio...”, *loc. cit.*, p. 1708. P. Vlas, “The EEC Convention on Jurisdiction and judgements of 27 september 1968: Rich”, *Netherlands International Law Review*, 1992, vol. 3, p. 388, ya señaló que del caso Rich podría deducirse en contrario que si el principal asunto entra dentro del ámbito de aplicación, pero no la cuestión preliminar, el Convenio de Bruselas permanecía aplicable. De la misma opinión, también H. Tagaras, “Chronique de jurisprudence de la Cour de Justice relative a la convention de Bruxelles: Rich”, *Cahiers dr. eur.*, nº 5 y 6, 1992, p. 670. En España, M. Amores Conradi y J. Serra Callejo, “Arbitraje y Convenio de Bruselas (a propósito de la STJCE 25 de julio de 1991, as. C–190/89: *Marc Rich and Co Ag / Società Italiana Impianti SpA*, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1991, pp. 86 y 88, señalaron también que “los ámbitos excluidos deben interpretarse restrictivamente, siendo la regla general la aplicabilidad a toda materia civil y mercantil”.

²³ En cambio, si el árbitro ya se ha declarado competente, el art. 67 de la misma ley reconoce el derecho de las partes a recurrir ante los tribunales para discutir si el árbitro puede o no resolver sobre el fondo del asunto. Sin embargo, este recurso judicial no tiene efecto suspensivo, de forma que el tribunal arbitral podrá dictar un laudo sobre el fondo, neutralizando así las maniobras dilatorias de la parte que quiera sustraerse del procedimiento arbi-

Planteada así la reclamación por vía extracontractual por las aseguradoras ante el *Tribunale di Siracusa*, así como la excepción de arbitraje formulada por West Tankers, sólo este órgano jurisdiccional italiano debía juzgar si era o no competente de acuerdo con las normas de competencia judicial internacional establecidas en el Reglamento nº 44/2001. Juzgar incluye calificar la acción en orden a seleccionar la norma de competencia pertinente²⁴ y la excepción para ver si es o no válido el convenio arbitral invocado²⁵. Como corolario, si existe algún tipo de fraude procesal al formular la reclamación en Italia, es competencia del *Tribunale di Siracusa* desestimar la demanda, sin perjuicio de que tal y como ha señalado la doctrina sería conveniente establecer unas normas en común sobre los presupuestos del abuso procesal²⁶.

Ciertamente, el *Tribunale di Siracusa* podría haber considerado que en realidad las aseguradoras estaban subrogadas en un derecho de naturaleza contractual que conservaba esta condición tras la cesión; aplicar la exoneración por culpa náutica de la póliza de fletamento y no atribuir responsabilidad civil a West Tankers. También es verdad que no era la típica reclamación de daños en las mercancías transportadas a bordo del buque fletado, sino unos daños y perjuicios ocasionados en un muelle del fletador durante la ejecución del contrato, y puede haber base para la reclamación delictual. Su sentencia podía ser discutida y recurrida ante el órgano judicial superior italiano, pero no mediante una *anti-suit injunction*, como sentencia el TJCE.

La *Queen's Bench Division* estaba obligada a respetar la competencia del *Tribunale di Siracusa*, resultante de normas comunes, vinculantes y obligatorias de distribución de la competencia judicial inter-

tral (O. Cachard, "L'étendue de la voie de recours contre une sentence intérimaire sur la compétence des arbitres", *Droit Maritime Français*, nº 687, mayo 2007, pp. 425 ss)

²⁴J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 4ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, p. 50.

²⁵M. Virgos Soriano y F.J. Garcimartin Alférez, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 100, indican que "en el caso de que la validez de la cláusula arbitral se plantee como excepción en el proceso principal cuyo objeto es subsumible en el Reglamento nº 44/2001, la competencia para conocer de esa excepción y sus consecuencias vendrán determinadas por el Derecho nacional (...) aunque con el límite del efecto útil, que exigirá en la mayoría de los supuestos que la competencia a título principal se extienda a las cuestiones previas o incidentales (...). Por tanto, se ha dicho que esta extensión es un principio estructural inmanente al propio reglamento".

²⁶ Así, *vid.* M. Requejo, "Comentario a la sentencia Turner", *REDI*, 2004, p. 859; *id.*, "Medidas antiproseso: Turner v. Grovit, final discutible de un debate", *La Ley*, vol. 3, 2004, p. 2000 y A. Dickinson, "A charter for tactical litigation in Europe? Turner v. Grovit", *Lloyd's Maritime Commercial and Law Quarterly*, 3, 2004, p. 278, entre otros autores.

nacional²⁷. Sin embargo, por considerar que el tribunal italiano “aceptó erróneamente la jurisdicción” (*sic*)²⁸ emitió la *anti-suit injunction* que, según el TJCE, “equivale necesariamente a arrebatarse la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia en virtud del Reglamento n° 44/2001” (ap. 28), a “controlar la competencia sobre el tribunal de otro Estado miembro” (ap. 29) y a actuar “en contra de la confianza mutua en la que se sustenta el sistema de competencias del Reglamento n° 44/2001” (ap. 30). Finalmente, el TJCE no atiende a los argumentos de carácter económico planteados por la *House of Lords*. De modo que ni el interés europeo e inglés en atraer el arbitraje puede justificar el incumplimiento de las normas comunitarias²⁹.

2. Impide al demandante que considere que dicho pacto es nulo, ineficaz o inaplicable el acceso al órgano jurisdiccional ante el que hubiera acudido en virtud del mismo Reglamento y, por tanto, se vería privado de una forma de tutela judicial a la que tiene derecho

El TJCE añade un principio esencial para comprender y justificar su interpretación: “si mediante una *anti-suit injunction* se impide al Tribunale di Siracusa examinar por sí mismo la cuestión previa relativa a la validez o a la aplicabilidad del convenio arbitral, cualquiera de las partes podría sustraerse al procedimiento limitándose a invocar dicho convenio y, de este modo, se impediría al demandante que considerara que dicho pacto es nulo, ineficaz o inaplicable el acceso al órgano jurisdiccional estatal ante el que hubiera acudido en virtud del art. 5, ap. 3, del Reglamento n° 44/2001 y, por lo tanto, se vería privado de una forma de tutela judicial a la que tiene derecho” (ap. 31)³⁰.

²⁷ El Reglamento n° 44/2001 es un instrumento jurídico comunitario vinculante y directamente aplicable (cdo. n° 6). Es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros con arreglo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 76). El Reino Unido e Irlanda, por razón de los términos de su adhesión, podían haber optado por no aceptar este acto legislativo comunitario en el ámbito de la cooperación judicial civil transfronteriza, sin embargo, comunicaron su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento (considerando n° 20). En este sentido, *vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 58 y M. Virgos Soriano y F.J. Garcimartin Alférez, *op. cit.*, p. 81.

²⁸ *Vid.* ap. 47 de la sentencia del *Queen's Bench Division*.

²⁹ B. Steinbruck, “The Impact...”, *loc. cit.*, pp. 371 y 372.

³⁰ M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero...*, *op. cit.*, pp. 24 y 191, ya indicó previamente que si el juez que resulte competente de acuerdo con una norma de atribución o distribución de competencia judicial internacional paraliza un proceso por efecto de una *anti-suit injunction* está vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de quien no se considere vinculado al arbitraje.

Este argumento se relaciona con la propia naturaleza jurídica del arbitraje como medio alternativo a la resolución de conflictos por parte de los órganos jurisdiccionales³¹. Mientras el acceso a los jueces y tribunales es un derecho fundamental reconocido, el recurso al arbitraje es consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad³², lo que lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. De manera que por cuanto puede interpretarse como una excepción a la general sumisión a la jurisdicción estatal, es imprescindible que quede acreditada la voluntad de las partes en someterse a arbitraje. Por esto, aunque la moderna normativa tiende a ser más tolerante en las formalidades exigidas al convenio arbitral, el sometimiento de las controversias pasadas, presentes o futuras a arbitraje requiere el consentimiento de las partes³³.

Por consiguiente, la reclamación de las aseguradoras en Italia no es un incumplimiento de un supuesto convenio arbitral, que el *Tribunale di Siracusa* estima inexistente entre las partes, sino la invocación de un derecho subjetivo a la tutela judicial efectiva³⁴. Asimismo, los intereses económicos europeos e ingleses en preservar el arbitraje en Londres tampoco limitan el derecho a una parte a obtener una decisión judicial sobre la validez y aplicabilidad de un convenio arbitral³⁵.

IV. Un pronóstico doctrinal sobre los efectos jurídicos y comerciales de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Allianz y Generali / West Tankers*

En primer lugar, dado que se trata de un instrumento jurídico comunitario, el Reglamento n° 44/2001 está directamente sometido a la

³¹ H. Gaudemet-tallon, "Cour de Justice des Communautés Européennes", *Rev. arb.*, n° 1, 1999, p. 150, indica que la mera invocación de un supuesto convenio arbitral no prohíbe la intervención de un juez estatal que sea competente en virtud del Reglamento n° 44/2001. P. Bonassies, "Des exceptions au principe compétence-compétence et de la question de la légalité de ce principe", *Droit Maritime Français*, fasc. n° 687, mayo 2007, pp. 399 ss, indica que el principio competencia-competencia supone privar al demandante del derecho al recurso ante su juez natural: una jurisdicción de orden judicial.

³² M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero...*, *op. cit.*, p. 108, señala que las cláusulas de elección de foro o arbitraje tiene naturaleza contractual, pero la obligación no es completa, sino imperfecta, en cuanto supeditada a la carga de interponer la excepción procesal o la cuestión de competencia.

³³ *Vid.* E. Sierra Noguero, "El convenio arbitral en los seguros marítimos y su eficacia frente a terceros", *Congreso Hispano-Luso de Derecho de los seguros*, Madrid, Editorial Española de Seguros, S.L., 2005, pp. 315-316, y la doctrina y jurisprudencia allí citada.

³⁴ B. Steinbruck, "The Impact...", *loc. cit.*, p. 368.

³⁵ *Ibid.*, p. 374.

interpretación unitaria y vinculante del TJCE³⁶. No parece haber dudas, pues, de que una vez que el Tribunal de Justicia ha interpretado que este tipo de *anti-suit injunction* es incompatible con el Reglamento n° 44/2001, la *House of Lords* está vinculada por esta interpretación³⁷ y obligada a fundar su propia decisión en la interpretación del Derecho comunitario aplicable al litigio principal que el TJCE ha aplicado al responderla³⁸. Por consiguiente, la *House of Lords* debería aceptar el recurso planteado por las aseguradoras contra la decisión de la *Queen's Bench Division* de emitir la *anti-suit injunction* y dejarla sin efecto.

En segundo lugar, la sentencia de la *House of Lords*, como es natural, sólo tiene efectos entre las partes del procedimiento, pero constituye un precedente de obligado seguimiento para todos los demás tribunales ingleses inferiores, sin excepción. Por tanto, si hasta ahora la *Queen's Bench Division* emitía una *anti-suit injunction* en aplicación del caso resuelto por la *Court of Appeal*, el antes citado *Through Transport*, tal y como hizo en el presente asunto, ahora el precedente será la sentencia de la *House of Lords*, conocido allí con el nombre del buque, "The Front Comor". No obstante, recordemos que de acuerdo con su declaración conocida como "*Practice Statement—Judicial Precedent*", de 1966, el Alto Tribunal inglés se atribuye el poder de alejarse de sus propios precedentes cuando le parezca justo hacerlo³⁹, lo que en la hipótesis de realizarlo en este tema, abriría un debate en el seno de la Unión Europea.

En tercer lugar, existe el temor expresado por la *House of Lords* de malas perspectivas para el arbitraje londinense y para aquellos que escogen Londres confiando en los poderes de los que disponen sus tribunales en apoyo del arbitraje local⁴⁰. Sin embargo, en efecto esta

³⁶ Vid. arts. 68 y 234 (antiguo art. 177) TCE.

³⁷ El planteamiento de la cuestión prejudicial de la *House of Lords* ante el TJCE ha llevado consigo la suspensión del proceso inglés que discute la legalidad de la *anti-suit injunction* hasta que el Tribunal de Justicia se ha pronunciado (art. 25 de la Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales, DO C 143/1, de 11 de junio).

³⁸ En M. Bacigalupo Saggese, "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como intérprete supremo del ordenamiento jurídico comunitario: la cuestión prejudicial de interpretación (art. 234 TCE)", *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 3ª ed., Madrid, Colex, 2006, p. 590, que añade que, tal y como se desprende de la sentencia *Defrenne*, 8 de abril de 1976, as. 43/75, el TJCE parte de la base de que sus decisiones vinculan a todos los tribunales europeos, también a los que no plantearon la cuestión prejudicial.

³⁹ Vid. F. Moretti, "Il precedente giudiziario nel sistema inglese", *Atlante di Diritto Privato comparato* (F. Galgano, coord.), 2ª ed., Bologna, Giapicchelli, 1992, p. 5.

⁴⁰ A. Trukhtanov, "Anti-suit...", *loc. cit.*, pp. 136 y 138.

sede arbitral tendrá que competir en igualdad de armas con otras sedes europeas. Además, otras sedes no disponen de este instrumento procesal y siguen emitiendo laudos arbitrales⁴¹ y, en todo caso, esta ventaja londinense quedaría anulada si todos los países hiciesen lo mismo⁴². Finalmente, Londres cuenta con la ventaja de su prestigio y experiencia, que el TJCE no pone en duda en ningún momento.

En cuarto lugar, el revés europeo se produce directamente sobre una determinada institución inglesa, la *anti-suit injunction*, expresiva de un foro que creemos que puede calificarse de “exorbitante”⁴³ de competencia judicial internacional a favor del Reino Unido⁴⁴. Las ventajas que se le suelen atribuir como el hecho de ser una técnica para corregir conductas procesales abusivas, evitar seguir dos procedimientos similares y evitar el riesgo de decisiones contradictorias⁴⁵, así como la forma de remediar los defectos reales de las reglas de competencia europeas⁴⁶, no evita la censura del Tribunal comunitario de las *anti-suit injunctions* inglesas.

En quinto lugar, es cierto que el Derecho comunitario no impide a los tribunales ingleses continuar emitiendo *anti-suit injunctions* para

⁴¹ B. Steinbruck, “The impact...”, *loc. cit.*, p. 366 y 372. Por ejemplo, los tribunales franceses no emiten *anti-suit injunctions* para proteger el convenio arbitral a favor de la Cámara Arbitral Marítima de París y este órgano sigue dictando laudos marítimos *vid.* los diecinueve laudos sobre cuestiones de Derecho marítimo de la Cámara Arbitral Marítima de París que ha publicado la revista *Le Droit Maritime Français*, en sus n^{os} 691, 693, 696 y 697, de 2008.

⁴² B. Steinbruck, “The impact...”, *loc. cit.*, p. 370.

⁴³ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 53 y 54, señalan que cada legislador estatal es libre de establecer en sus normas de competencia judicial internacional foros exorbitantes, pero puede llevar aparejada una sanción de los demás Estados: la denegación del reconocimiento de la decisión fundada en semejantes criterios exorbitantes a la hora de proteger intereses puramente estatales.

⁴⁴ M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero...*, *op. cit.*, p. 184, señala que “la *anti-suit injunction* y el *forum non conveniens* no tienen cabida en el marco del Convenio de Bruselas, pues no son necesarios, pues las reglas de competencia ya incorporan el vínculo de conexión suficiente para los casos típicos. Y para los atípicos, se prefiere prescindir de aquellos buscando la seguridad jurídica y la unidad de soluciones para todos los Estados parte”. En el mismo sentido, también M.J. Elvira Benayas, “Existe alguna posibilidad...”, *loc. cit.*, p. 17; M.A. Lupoi, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 902 y 903 añade que el CB plantea un sistema cerrado, de forma que para regular la litispendencia y el conflicto de decisiones se deben aplicar sólo sus previsiones.

⁴⁵ *Vid.* J. Fernández Rozas, “Anti-suit...”, *loc. cit.*, p. 583 y C. Hare, “A lack of restraint in Europe”, *The Cambridge Law Journal*, november 2004, p. 573.

⁴⁶ P. Thery, “Heurs et malheurs des injunctons *in personam*”, *Rev. trim. dr. civ.*, julio-septiembre, 2004, n^o 3, p. 549.

paralizar procedimientos judiciales extracomunitarios⁴⁷. Sin embargo, la tacha judicial europea incide también muy negativamente en la consideración internacional de este típico instrumento procesal anglosajón. De forma que algunos tribunales extracomunitarios pueden animarse ahora a ser menos considerados cuando sus litigantes reciben una intimidatoria *anti-suit injunction*, estimar que son contrarias a sus normas de orden público (derecho a la tutela judicial efectiva) y no declinar su competencia para resolver el asunto principal, como han venido haciendo en algunas ocasiones⁴⁸.

En sexto lugar, la industria naviera no va a cambiar fácilmente el sistema de condicionados generales de los contratos—tipo y la habitual sumisión por defecto a arbitraje en Londres o Nueva York.

Por último, las cláusulas de arbitraje claras pueden ayudar a la ausencia de *anti-suit injunctions*, de modo que, como señalaba la Abogada General Sra. Julianne Kokott, cuando una cláusula de arbitraje está redactada de manera unívoca y no existen dudas acerca de su validez, los tribunales estatales no tienen motivo alguno para no remitir a las partes, de conformidad con el Convenio de Nueva York, al tribunal de arbitraje llamado a resolver la controversia (ap. 73 de su Informe)⁴⁹. Podemos añadir que ésta es la ya la tendencia actual de algunos países, entre ellos, España⁵⁰.

⁴⁷ *Vid.*, *v.gr.*, la citada sentencia inglesa de la *Queen's Bench Division*, de 26 de julio de 2007; P. Gross, "Anti-suit injunctions and arbitration", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2005, pp. 26 y 27, indica que no hay razón para dudar de la continuidad de emitir *anti-suit injunction* frente a partes que incumplen el arbitraje y no están domiciliadas en la UE y los procedimientos judiciales no tienen lugar en la Unión Europea". También, N. Sharp, "Compatibility...", *loc. cit.*, pp. 78–79.

⁴⁸ Por ejemplo, una sentencia de la *Federal Court of Appeal* de Canadá terminó por confirmar la competencia del tribunal que emite una *anti-suit injunction* por "mayor conexión del litigio" (*sic*), cuando el conocimiento de embarque se había emitido en Toronto y el transporte marítimo de mercancías cubría la ruta entre Nueva York y Monrovia (R.F. Southcott y K.A. Walsh, "Canadian maritime Law Update: 2006", *Journal of Maritime Law and Commerce*, 3, julio 2007, pp. 344 y 346. O en Australia, la sentencia de la *Federal Court of Australia*, de 25–26 de octubre y 20 de diciembre de 2006, sobre un buque alquilado por un tiempo para una expedición en la Antártica, con sumisión a arbitraje en Londres. El tribunal declina su jurisdicción, acepta la *anti-suit injunction* inglesa y considera contrario al orden público no respetar una cláusula arbitral (*sic*), eliminando una *anti-anti suit injunction* emitida por el tribunal inferior australiano.

⁴⁹ Así, también N. Sharp, "Compatibility...", *loc. cit.*, pp. 78–79.

⁵⁰ El Tribunal Supremo también es generalmente favorable a admitir la validez de los convenios arbitrales incluidos en determinados contratos marítimos, al respecto, para los fletamentos, *vid.* E. Sierra Noguero, *El contrato de fletamento...*, *op. cit.*, pp. 81–86. En EE UU, el caso *Vicmar Seguros y Reaseguros / M/V Sky Reefer*, de 1995, marcó un cambio en la jurisprudencia de este país a favor de la eficacia de las cláusulas de arbitraje

SUMARIO: El objetivo de este artículo es comentar los efectos de la sentencia del TJCE que considera que la concesión de una *anti-suit injunction* inglesa por estimar que el procedimiento judicial ante otro Estado miembro sería contrario a un acuerdo arbitral es incompatible con el Reglamento n° 44/2001. El Tribunal indica que aunque la *anti-suit injunction* no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento, puede tener consecuencias contrarias a su efecto útil. Además, señala expresamente que el juez que sea competente en virtud del Reglamento 44/2001 tiene la exclusiva para pronunciarse sobre la cuestión previa relativa a la validez y eficacia del convenio arbitral y, además, su decisión se incluye en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento. Considera que si por la mera invocación de una parte, el juez se abstuviese, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que considera que dicho convenio es nulo, ineficaz o inaplicable. El autor realiza un pronóstico sobre los efectos jurídicos y legales de la sentencia sobre las *anti-suit injunctions* en Europa y a nivel internacional y de Londres como sede de arbitraje marítimo.

PALABRAS CLAVE: ANTI-SUIT INJUNCTION – ARBITRAJE MARÍTIMO – PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO – FORUM SHOPPING

ABSTRACT: *The aim of this article is to discuss the judgement of the CJEC (case c-185/07, Allianz and Generali v. West Tankers) that finds incompatible with Regulation n° 44/2001 to grant an anti-suit injunction on the ground that proceedings before the court of another Member State would be contrary to an arbitration agreement. The Court says that even though the anti-suit injunction do not come within the scope of Regulation, it may nevertheless have consequences which undermine its effectiveness. Furthermore, it is exclusively for the Court in the exercise of the powers conferred on it by Regulation No 44/2001 to rule on a preliminary issue concerning the applicability of an arbitration agreement. This verification must be considered as falling within the scope of application of Regulation as well. The Court considers that if a anti-suit injunction takes effect, a party could avoid the proceedings merely by relying on the alleged arbitration agreement and the applicant, which considers that the agreement is void, inoperative or incapable of being performed, would therefore be deprived of a form of judicial protection to which it is entitled. The author forecasts the legal and commercial effects of this judgement on the anti-suit injunctions in the EU and worldwide and on London as a maritime seat of arbitration.*

KEY WORDS: ANTI-SUIT INJUNCTION - MARITIME ARBITRATION – LONDON - PRIMACY OF EUROPEAN LAW - FORUM SHOPPING.

marítimo extranjero. Al respecto, más ampliamente, *vid.* A.A. Radicke, “Strange ways: COGSA, the action in rem, and Sky Reefer’s progeny”, *Tulane Maritime Law Review*, vol. 1, invierno 2007, pp. 203-219.