

## ***Procedimientos paralelos en torno a la validez del convenio arbitral: nuevos planteamientos despues de West Tankers***

Núria BOUZA VIDAL

Catedrática de Derecho internacional privado  
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

*Sumario* I. Introducción. II. La aplicación del Reglamento 44/ 2001 a los procesos sobre la validez del convenio arbitral. 1. La validez del convenio arbitral como objeto principal del proceso y como cuestión incidental. 2. Diversificación del régimen aplicable a las decisiones judiciales sobre validez del convenio arbitral. A) Consecuencias de la extensión del Reglamento Bruselas I cuando la validez del convenio arbitral se plantea incidentalmente como excepción procesal; B) El debate en torno a la aplicación del Reglamento Bruselas I a la excepción procesal de arbitraje con anterioridad a la sentencia *West Tankers*. III. Procedimientos paralelos relativos a la validez del convenio arbitral ante los tribunales de los Estados de la Unión Europea. Propuesta de reforma del Reglamento Bruselas I. 1. Las propuestas de reforma del art. 1.2º.d Reglamento Bruselas I. 2. Valoración de la propuesta de reforma a la luz del Convenio de Nueva York de 1958. IV. Procedimientos paralelos ante el juez y el árbitro. Las recomendaciones de la *International Law Association* (2006): A) Precisiones previas; B) Resolución 1/2006 de la *International Law Association*. V. Conclusiones.

### **I. Introducción**

1. La respuesta del TJCE a la cuestión prejudicial planteada por la *House of Lords* en el asunto *West Tankers*<sup>1</sup>, declarando que una or-

---

<sup>1</sup> S TJCE 10 de febrero de 2009. as. C–185/07: *Allianz SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers Inc*. El origen del litigio se encuentra en los daños causados en un embarcadero propiedad de “Erg” situado en Sicilia, por un buque, propiedad de “West Tankers” y fletado por “Erg Petroli”. Estos hechos dieron lugar a varios procesos. Erg Petroli inició, de conformidad con el convenio arbitral que había celebrado con “West Tankers” un arbitraje en Londres contra West Tankers para obtener la indemnización de los daños que excedían del importe cubierto por el seguro con Allianz. A continuación, el 30 de julio de 2003 la aseguradora Allianz presentó una demanda ante un juez de Siracusa contra “West Tankers” para obtener el reembolso de las cantidades pagadas a Erg Petroli. Posteriormente, el 10 de septiembre el 2004, “West Tankers” solicita a la *High Court* de Londres que declare aplicable a la aseguradora Allianz (sobre la base de la subrogación legal) el convenio arbitral suscrito entre West Tankers y Erg Petroli y que, además, dicte una orden conminatoria dirigida a Allianz para que se abstenga de proseguir el procedimiento iniciado ante el juez de Siracusa.

den conminatoria (*antisuit injunction*) dictada por un tribunal inglés en la que se prohíbe proseguir un procedimiento judicial ante un tribunal italiano por considerar que tal procedimiento es contrario a un convenio arbitral, es incompatible con el Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I), ha sido objeto de numerosos comentarios, en su mayoría críticos. En este estudio no se pretende insistir en la debilidad de los argumentos utilizados por el TJCE para justificar la aplicación del Bruselas I en este caso concreto ni en la crítica que, sobre la base de dicha aplicación, se hace a las medidas procesales inglesas destinadas a hacer cumplir un acuerdo de arbitraje, sino únicamente destacar que el razonamiento seguido por el TJCE le lleva a pronunciarse sobre una cuestión ampliamente debatida, como es la aplicación del Reglamento Bruselas I a la validez de la cláusula arbitral cuando dicha cuestión se plantea como excepción procesal en un proceso, que de no existir dicha cláusula, entraría dentro del ámbito material del Bruselas I. Concretamente el TJCE considera que una orden conminatoria inglesa es contraria al “efecto útil” del Reglamento 44/2001, ya que “impide que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro ejerza las competencias que tiene atribuidas en virtud del mencionado Reglamento”<sup>2</sup>, en particular, la facultad de pronunciarse sobre una excepción procesal (validez del convenio arbitral) de la que depende su propia competencia.

2. Para poder valorar el alcance de la decisión del TJCE en el asunto *West Tankers* es necesario analizar las consecuencias que se derivan de la aplicación del Reglamento Bruselas I a la decisión prejudicial de validez del convenio arbitral, más allá de la crítica a la orden conminatoria inglesa destinada a salvaguardar el derecho a resolver el litigio mediante arbitraje (II). El análisis de estas consecuencias, en particular, al aplicar las normas de litispendencia y de reconocimiento y ejecución del Reglamento Bruselas I en aquellos supuestos en que los tribunales de los Estados miembros discrepan respecto de la validez, eficacia o aplicabilidad de un mismo convenio arbitral, muestra las dificultades para hallar una regulación satisfactoria en el texto actual del Reglamento Bruselas I que, como se sabe, parte de la exclusión del arbitraje de su ámbito de aplicación. Probablemente, como apunta la Abogado General en el asunto *West Tankers* sea necesaria “una solución por vía normativa” (III). Sin embargo todo intento de evitar y

---

<sup>2</sup> Punto 24 de la Sentencia.

resolver, en su caso, los conflictos entre las decisiones de los tribunales de los Estados miembros llamados a pronunciarse directa o indirectamente sobre la validez de un mismo convenio arbitral es insuficiente por sí mismo, ya que no evita los litigios paralelos ante el juez y el árbitro. Sólo una acción coordinada de la actuación de jueces y árbitros puede contribuir a mejorar la situación existente en la dirección que indican las Recomendaciones de la *Internacional Law Association* adoptadas en su sesión de Toronto (2006) (IV).

## **II. La aplicación del Reglamento 44/ 2001 a los procesos sobre la validez del convenio arbitral**

3. El TJCE fundamenta la aplicación del Reglamento Bruselas I a la cuestión prejudicial o incidental de la validez del CA exclusivamente en la autoridad del Informe elaborado por los profesores Evrigenis y Kerameus relativo a la adhesión de Grecia al Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>3</sup>, ignorando el debate que en torno a este tema ya se planteó a raíz de la adhesión de Dinamarca, el Reino Unido e Irlanda al mencionado Convenio en 1978 y que se ha mante-

---

<sup>3</sup> En el punto 26, el TJCE hace suyas las conclusiones de la Abogada General Sra. J. Kokott, según las cuales “si por el objeto del litigio, es decir, por naturaleza de los derechos que deben salvaguardarse en un procedimiento, como una demanda de indemnización por daños y perjuicios, ese procedimiento está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001, una cuestión previa relativa a la aplicabilidad de un convenio arbitral que incluya, en particular su validez, está igualmente comprendida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento”.

El principal punto de apoyo lo encuentra en TJCE en el Informe Evrigenis/Karameus relativo a la adhesión de Grecia al Convenio de Bruselas de 1968, donde, después de afirmar que “ los procedimientos que se refieran directamente y con carácter primordial al arbitraje no pertenecen al ámbito del Convenio (p. e. intervención de un tribunal para la constitución del órgano de arbitraje, la revocación judicial, la comprobación de la validez de una sentencia arbitral o la existencia de vicios que la anulan.)” considera, por el contrario, “ como propio del Convenio de Bruselas, el control incidental de la validez del acuerdo de arbitraje solicitado por una de las partes con vista a cuestionar la competencia internacional de la jurisdicción ante que está convocada en aplicación del Convenio” (versión en español DO n° C 189/ 266 de 28 julio 1990)

Una vez incluida dentro del Reglamento 44/2001, sobre la base de este único fundamento, la excepción de incompetencia propuesta por *West Tankers* ante el Tribunal de Siracusa, el TJCE sostiene en el punto 28 de la Sentencia que “corresponde exclusivamente a dicho órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la referida excepción de competencia basada en la existencia y validez de un convenio arbitral, y sobre su propia competencia en virtud de los artículos 1 ap. 2 letra d) y 5. ap. 3 del Reglamento”.

nido hasta la actualidad. Basta recordar que en el asunto *Marc Rich*<sup>4</sup> una de las cuestiones prejudiciales que se planteó fue precisamente si la exclusión del arbitraje establecida en el art. 1.4º del Convenio de Bruselas 1968 (actual 1.2º.d Reglamento 44/ 2001) se aplicaba a los procesos en los que se discutía la existencia de una cláusula arbitral. El TJCE respondió a esta cuestión indicando que estaban excluidos del Bruselas I los litigios que tienen por objeto la existencia o validez de un convenio arbitral siempre que se susciten a título incidental en un procedimiento judicial de asistencia o soporte al arbitraje<sup>5</sup>, pero nada dijo respecto de los supuestos en que la validez del convenio arbitral constituye el objeto principal de la demanda presentada ante el juez o se plantea a título incidental en un procedimiento judicial cuya acción principal esta sujeta al Bruselas I.

#### *1. La validez del convenio arbitral como objeto principal del proceso y como cuestión incidental*

4. Respecto de las demandas cuyo objeto principal es la validez del convenio arbitral, existe una interpretación unánimemente aceptada de que deben quedar al margen del Reglamento Bruselas I<sup>6</sup>. El hecho de que lo que se discuta sea la existencia o validez del convenio arbitral y que de la decisión del juez dependa la aplicación o no del Reglamento Bruselas I no significa que el litigio deba de incluirse, por este motivo, en su ámbito material de aplicación. De lo contrario bastaría cualquier impugnación del convenio arbitral por infundada que fuese para desencadenar la aplicación de Reglamento Bruselas I.

Desde un punto de vista práctico cualquier intento de incluir dentro del Reglamento una acción declaratoria de validez o nulidad del convenio arbitral se enfrenta con la dificultad de precisar el criterio de competencia aplicable, incluido el foro general del domicilio del demandado. Los criterios de competencia judicial del Bruselas I no resultan adecuados ya que no responden a las expectativas de las partes que han decidido someter sus diferencias al arbitraje. Éstas o, en su

---

<sup>4</sup> Sentencia del TJCE de 25 de julio 1991, as. C.190/89: *Marc Rich y Co. AG. c. Società Italiana Impianti PA*.

<sup>5</sup> *Ibid*. Textualmente el TJCE declaró que “El punto 4 del párrafo segundo del art. 1 del Convenio debe interpretarse en el sentido de que la exclusión que prevé se aplica a un litigio pendiente ante un Tribunal estatal que tenga por objeto la designación de un árbitro, aun cuando dicho litigio suscite previamente la cuestión de la existencia o de la validez del convenio de arbitraje”.

<sup>6</sup> Informe del Sr. P. Jenard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión en español DO nº C 189/ 131, de 28 julio 1990).

caso, el árbitro, al elegir la sede del arbitraje aceptan implícitamente la competencia de los tribunales y de las leyes de este país, entre otras razones porque son estos tribunales los que tienen la última palabra ya que, una vez dictado el laudo, si éste es impugnado, podrán anularlo. Como señala el Abogado General M. Darmon en sus conclusiones relativas al asunto *Marc Rich*, el hecho de que el Convenio de Bruselas (actual Reglamento) no haya previsto ningún foro relativo a los tribunales del lugar del arbitraje, se explica precisamente por la exclusión del arbitraje de su ámbito de aplicación<sup>7</sup>.

5. Las discrepancias son mayores cuando se trata de determinar si la exclusión del arbitraje del Reglamento Bruselas I también incluye los procedimientos en que la validez del convenio arbitral se suscita de forma incidental ante el juez llamado a conocer de un litigio subsumible en el Reglamento. Esta cuestión fue ampliamente debatida durante la negociación de la adhesión de Dinamarca, el Reino Unido e Irlanda del Norte al Convenio de Bruselas de 1968. La delegación del Reino Unido propuso sin éxito que se adoptase una declaración en la que se indicara que “todos los litigios para cuyo arreglo se haya pactado la competencia de un tribunal de arbitraje de forma aún válida, incluyendo todos los litigios secundarios, referentes al procedimiento de arbitraje previstos” debían quedar al margen del Convenio Bruselas I. Pero esta propuesta fue rechazada por los Estados originarios de la Comunidad, en particular si ello significaba que la sentencia dictada por un tribunal de un Estado miembro, después de ignorar la existencia de un convenio arbitral o de declarar su invalidez o inaplicabilidad al caso, quedaba excluida de las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución del Convenio Bruselas I<sup>8</sup>. A pesar de estos antecedentes, el TJCE ha venido a cerrar “en falso” este debate al declarar, en el asunto *West Tankers*, que el Reglamento Bruselas I resulta aplicable a la cuestión incidental de la validez del convenio arbitral. Es cierto que esta interpretación se ha hecho con el único propósito de poder declarar contraria al Reglamento la orden conminatoria inglesa. No obstante, el TJCE debería haberse planteado las consecuencias

---

<sup>7</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. M. Darmon presentadas el 19 de febrero de 1992, en el caso *Marc Rich*, Los esfuerzos para “construir” un foro a favor de los tribunales del lugar del arbitraje a partir de los criterios de competencia del Bruselas I, en particular de los arts. 5.1º y 17 del Convenio (actual 23 del Reglamento), sobre la base de la naturaleza contractual del convenio arbitral. resultan muy arriesgados y artificiosos (puntos 78–84).

<sup>8</sup> Informe del profesor Schlosser (puntos 61–65) sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del reino de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio de Bruselas de 1968 (versión en español DO nº C 189/203 de 28.07.1990).

de su decisión, en particular las derivadas de la aplicación de las normas sobre litispendencia (art. 27) y de reconocimiento y ejecución (art. 34 y 35) a las decisiones sobre el fondo del litigio una vez rechazada por un tribunal de un Estado miembro la validez del convenio arbitral que es, precisamente, la cuestión entorno de la cual se han manifestado las mayores discrepancias entre los Estados miembros. Si a ello se añade el impacto que puede tener esta decisión en las complejas relaciones del Reglamento Bruselas I con las leyes nacionales y Convenios internacionales sobre arbitraje, no es de extrañar que varios autores hayan tildado a la decisión del TJCE en el asunto *West Tankers* como limitada y “corta de miras”<sup>9</sup>.

## 2. Diversificación del régimen aplicable a las decisiones judiciales sobre validez del convenio arbitral

6. La decisión del TJCE en el asunto *West Tankers* ha introducido un régimen diversificado de los acuerdos de arbitraje en el marco del Reglamento Bruselas I que en nada favorece a su efectividad en el marco de la Unión Europea.

Por un lado, se excluyen del Reglamento los procesos que tienen por objeto principal el convenio arbitral (*v.gr.*, obtención de una declaración judicial acerca de su validez o invalidez) y los procesos en que la validez del convenio arbitral se plantea a título incidental en un proceso principal no subsumible en el ámbito material del Reglamento (*v.gr.* nombramiento de árbitros en el asunto *Marc Rich* u orden conminatoria destinada a salvaguardar el derecho a resolver el litigio mediante arbitraje en el asunto *West Tankers*). Por el otro, el Bruselas I se extiende a los procesos en que la validez del convenio arbitral se plantea a título incidental en un proceso principal al que resulta aplicable el Reglamento (*v.gr.*, responsabilidad por daños en el asunto *West Tankers*). Esta distinción resulta especialmente relevante en aquellos supuestos en que los tribunales de dos o más Estados miembros están llamados a pronunciarse respecto de la validez, eficacia o aplicabilidad de una misma cláusula de arbitraje, situación que pueden plantearse con relativa frecuencia como demuestran los mencionados asuntos *Marc Rich* y *West Tankers*<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Vid. las distintas reacciones que ha provocado la Sentencia *West Tankers* en <http://conflictoflaws.net>.

<sup>10</sup> Vid. *supra*, nota 1.

A) Consecuencias de la extensión del Reglamento Bruselas I cuando la validez del convenio arbitral se plantea incidentalmente como excepción procesal

7. La extensión del Reglamento Bruselas I a las decisiones prejudiciales sobre validez del convenio arbitral da lugar a un tratamiento asimétrico de las decisiones favorables y de las decisiones contrarias a la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. Mientras que en las primeras, una vez declarado que el convenio arbitral es válido, el Reglamento deja de ser aplicable, en las segundas una vez declarado que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable, la decisión sobre el fondo queda sujeta al Reglamento Bruselas I<sup>11</sup>.

Cuando el Reglamento Bruselas I resulte aplicable a la decisión sobre el fondo, una vez rechazada la excepción procesal de arbitraje, esta valoración negativa del convenio arbitral realizada por el tribunal llamado a conocer del caso se impone a los demás tribunales de los Estados miembros. Una demanda posterior sobre el mismo objeto y las mismas partes deberá ser rechazada en virtud de la regla de litispendencia del art. 27 del Reglamento, incluso en aquellos supuestos en que el tribunal llamado a conocer en segundo lugar considere que la cláusula arbitral es válida y que, por consiguiente, el Reglamento Bruselas I no resulta aplicable. Lo mismo sucede cuando se pretende el reconocimiento en otro Estado miembro de la sentencia sobre el fondo, ya que el Reglamento no prevé, entre los motivos de no reconocimiento, la existencia de un convenio de arbitraje válido, eficaz y aplicable según la ley del Estado requerido.

Esta concentración del control de la validez del convenio arbitral en manos de un único tribunal, ofrece la ventaja de que elimina la posibilidad de decisiones contradictorias en el seno de la Unión Europea respecto de una misma cláusula arbitral, pero presenta varios inconvenientes.

8. En primer lugar, debilita la eficacia del convenio arbitral, al imponer la opinión contraria a su validez realizada por el tribunal llamado a conocer en primer lugar al resto de tribunales de los Estados miembros en un ámbito no unificado, como es el de la validez y alcance de los acuerdos de arbitraje. Es cierto que el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitra-

---

<sup>11</sup> S. Besson, "Le sort et les effets au sein de l'Espace judiciaire européen d'un jugement écartant une exception d'arbitrage et statuant sur le fond", *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, Lausanne, 1999, pp. 331.

les extranjeras, del cual son parte todos los Estados de la UE, contiene normas sustantivas (art. II.2º) y conflictuales (art. V.1º.a) al respecto. Sin embargo, la existencia de estas normas comunes no ha impedido que las leyes nacionales de arbitraje hayan admitido condiciones de validez formal y sustancial del convenio arbitral menos estrictas que las previstas en el Convenio de Nueva York. Basta comparar la norma de conflicto del art. V.1º.a) CNY con la norma de conflicto del art. 9.6º de la Ley española de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre. El art. V.1º.a) del Convenio es una norma de conflicto rígida que, a pesar de incluir dos puntos de conexión: uno principal (la ley elegida por las partes) y, otro secundario (la ley del país en que se ha dictado el laudo), en la práctica, sólo resulta operativo el criterio subsidiario ya que las partes no suelen elegir la ley aplicable al convenio arbitral (a diferencia de lo que sucede cuando se trata del contrato subyacente)<sup>12</sup>. El art. 9.6º Ley 60/2003, en cambio, es una norma de conflicto flexible destinada a favorecer la validez del convenio arbitral ya que basta con que cumpla los requisitos establecido en cualquiera de las siguientes normas jurídicas: i) las elegidas por las partes, ii) las aplicable al fondo de la controversia, o iii) el Derecho español<sup>13</sup>. La posibilidad de que los Estados apliquen sus normas nacionales o las contempladas en otros Convenios internacionales, si resultan más favorables a la validez del convenio arbitral, está expresamente prevista en el art. VII CNY. Esta disposición, en principio adoptada para favorecer el reco-

---

<sup>12</sup> La aplicación de este criterio de conexión resulta inadecuado cuando la validez del convenio arbitral no se suscita en la fase del reconocimiento del laudo si no *ex ante* como excepción procesal ante el juez llamado a conocer de la controversia, a pesar de la existencia de un convenio arbitral. Desde esta perspectiva resulta más adecuada la norma de conflicto del art. 6.2º Convenio de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional de 1961 (ratificado por sólo 12 de los 27 Estados miembros de la UE) según la cual la ley aplicable es: a) la ley elegida por las partes para regular el acuerdo o compromiso arbitral; b) en su defecto, la ley del país donde deba dictarse el laudo y c) si en el momento en que la cuestión de la existencia o validez del convenio arbitral es sometida al tribunal judicial no hubiera posibilidad de determinar el país en que debe dictarse el laudo, se estará a la ley designada aplicable por las normas de conflicto del foro.

<sup>13</sup> C. Esplugues Mota, "Arbitration Agreements in International Arbitration. The New Spanish Regulation", *Yearb. PIL*, vol. 10, 2008, pp. 106–109, indica que la jurisprudencia española suele prescindir del enfoque conflictual a la hora de verificar la existencia y la validez sustancial del convenio arbitral, y que en su lugar adopta un enfoque sustancial consistente en analizar los hechos y circunstancias del caso susceptibles de revelar la existencia de una voluntad real de las partes a someter sus diferencia al arbitraje. En mi opinión, la importancia que los tribunales españoles atribuyen a la conducta de las partes (*v.gr.*, el hecho de no haber impugnado la validez del convenio arbitral ante el árbitro) se debe en que en la mayoría de los casos la impugnación de la validez y existencia del convenio arbitral ante nuestros tribunales tiene lugar en el momento en que se pretende el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero en España.

nocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, se ha aplicado también, en la práctica, para favorecer la validez del convenio arbitral. Esta extensión ha sido respaldada por la propia Uncitral en su *Recomendación* de 7 de julio de 2006 sobre interpretación de los arts. II.2º y VII CNY. Por consiguiente, nada impide que las partes interesadas puedan acogerse a las leyes y a los tratados vigentes en el país donde se solicita el reconocimiento del laudo o en el país donde se invoca la validez del convenio arbitral, cuando la aplicación de dichas leyes y tratados resulten más favorables para el reconocimiento del convenio arbitral o del laudo que la aplicación del Convenio de Nueva York.

9. La libre circulación de las decisiones judiciales contrarias a la validez del convenio arbitral al amparo del art. 32 del Reglamento Bruselas I, en una materia, en que, como se acaba de señalar, la diversidad entre los Estados miembros continua siendo muy acusada contrasta con el doble control al que continúan sujetas las decisiones favorables a su validez<sup>14</sup>. Cuando el juez llamado a conocer de un litigio que las partes habían acordado someter a arbitraje, declara, a instancia de una de ellas, que el convenio arbitral es válido y aplicable a la controversia y remite a las partes al arbitraje, ésta decisión no sólo no vincula al árbitro sino que tampoco vincula a los jueces que con posterioridad a la emisión del laudo sean llamados a pronunciarse de nuevo sobre dicha validez, ya sea en el marco de un recurso de nulidad ya sea con ocasión a la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo. Tanto el art. IX.a) del Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional como el art. V.1º.a) CNY, permiten, respectivamente, declarar nulo el laudo o no susceptible de reconocimiento y ejecución si el juez considera que el árbitro no era competente debido a que el acuerdo de arbitraje era nulo, ineficaz o inaplicable al caso.

La distinta eficacia de las decisiones judiciales previas a la emisión del laudo: territorial en el caso de las decisiones favorables a la validez del acuerdo de arbitraje y extraterritorial (en el sentido de aplicables en todo el territorio de la Unión Europea) cuando la decisión es contraria a dicha validez, resulta paradójica, si se tiene en cuenta que todos los Estados de la Unión Europea están obligados en virtud del Convenio de Nueva York, a reconocer los convenios de arbitraje que de acuerdo con su derecho nacional y convencional sean válidos, efectivos y aplicables. Es necesario a fin de evitar esta paradoja mejorar la coordinación y articulación del Reglamento Bruselas I y de las leyes nacionales y Convenios internacionales sobre arbitraje.

---

<sup>14</sup> S. Besson, *op. cit.*, pp. 331.

10. Otra observación que cabe hacer, al hilo de la sentencia *West Tankers*, es que el TJCE al atribuir al órgano jurisdiccional, ante el cual el demandante ha decidido someter la controversia, “una competencia exclusiva para pronunciarse sobre la excepción procesal de arbitraje planteada por el demandado”<sup>15</sup>, permite que la parte que prescinde de la existencia del convenio arbitral haga un uso oportunista del *forum shopping* (posibilidad de acudir a uno de los foros alternativos al domicilio del demandado) con la única finalidad de obstruir, frustrar o “torpedear” el procedimiento arbitral. Factores tales como: lentitud en la administración de justicia en el Estado del tribunal elegido por el demandante; brevedad de los plazos previstos en el Derecho procesal del foro para interponer la declinatoria; sistema de recursos contra la decisión del tribunal desestimándola; aplicación de criterios restrictivos en la determinación de la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral y coste adicional que puede suponer para el demandado tener que presentar la declinatoria fuera del país de su domicilio o del país de la sede del arbitraje son, entre otros, elementos susceptibles de evitar o dificultar la intervención del tribunal arbitral que las partes acordaron.

El actual texto del Reglamento Bruselas I carece de mecanismos eficaces para poder evitar y, en su caso, sancionar estas conductas abusivas y sus consecuencias perjudiciales para el demandado, a diferencia de los Derechos nacionales de algunos Estados miembros. Basta mencionar las órdenes conminatorias adoptadas por la *High Court* en el asunto *West Tankers* con el fin de salvaguardar el derecho a resolver el litigio mediante arbitraje, o la posibilidad de obtener una condena por daños derivados del incumplimiento de un convenio arbitral, como ha admitido recientemente el Tribunal Supremo español en relación a un cláusula de elección de foro<sup>16</sup>. Por esta razón, el

---

<sup>15</sup> Punto 27 de la Sentencia.

<sup>16</sup> Resulta de gran interés, la reciente sentencia del Tribunal Supremo español de 12 de enero de 2009, la importancia de la cual es destacada por M. Requejo Isidro en <http://conflictoflaws.net/page/4/> de 24.abril 2009. Aunque se refiere al incumplimiento de una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de Barcelona (España), al plantearse la demanda ante los tribunales de Florida (USA), la decisión del TS es extensible a los acuerdos de arbitraje. Después de pronunciarse sobre la naturaleza contractual de las cláusulas de elección de foro, el TS reconoce a la parte perjudicada por su incumplimiento el derecho a obtener la correspondiente indemnización por los costos que le ha supuesto tenerse que defender ante un tribunal distinto del previsto en la mencionada cláusula. El TS presta una especial atención al significado que el incumplimiento de la cláusula de elección de foro puede tener en la economía de la relación obligatoria entre las partes. Desde esta perspectiva señala que “La elección del Derecho aplicable y del fuero competente pueden haber sido decisivos, en el caso, para la voluntad de establecer la

tribunal de justicia debería haber sido más prudente a la hora de proclamar la competencia exclusiva del tribunal ante el que se plantea la demanda sobre el fondo del asunto para pronunciarse sobre la validez y aplicabilidad del convenio arbitral, sobre todo si se tiene en cuenta, como ya se ha señalado, el efecto extraterritorial de la decisión desestimando la declinatoria por haberse sometido el asunto a arbitraje.

11. Por último, el hecho de que los tribunales de los Estados miembros estén obligados a respetar la decisión contraria a la validez del convenio arbitral del tribunal competente para conocer del fondo de acuerdo con el Reglamento Bruselas I, no impide que con anterioridad o posterioridad a dicha decisión, tenga lugar el arbitraje previsto en la mencionada cláusula. Los árbitros no están vinculados por las decisiones que sobre la validez del convenio arbitral puedan hacer los órganos jurisdiccionales de los Estados, salvo que se trate de los tribunales del Estado de la sede, cuestión a la que se hará referencia más adelante. Así pues, la eliminación de un eventual conflicto entre las decisiones de los tribunales de los Estados miembros de la UE llamados a pronunciarse sobre la validez de un mismo convenio arbitral no impide que este conflicto subsista entre la decisión de un tribunal declarando que el acuerdo de arbitraje es inválido, ineficaz o inaplicable y la decisión del árbitro en sentido contrario. En este caso, el Reglamento Bruselas I, no contiene ninguna disposición expresa que establezca el criterio a seguir ante dos decisiones inconciliables. Un laudo arbitral cuyo reconocimiento y ejecución se regula por el Convenio de Nueva York y una sentencia judicial sujeta al Reglamento Bruselas I. Este conflicto, no se plantearía si la sentencia sobre el fondo, una vez rechazada la validez del convenio arbitral, se mantuviera fuera del ámbito de aplicación del Bruselas I cómo propuso la delega-

---

relación, con clara trascendencia en la economía contractual, habida cuenta de que la aplicación del Derecho español establece un marco contractual determinado desde la perspectiva de la valoración del daño (pues se excluyen los daños punitivos admisibles en el Derecho de EE UU) y apunta a una valoración de las costas procesales por honorarios de abogado de muy distinto alcance. El consciente incumplimiento del pacto, al presentar demanda en la que se solicita la aplicación del Derecho de los EE UU, ante un tribunal de esta República, en reclamación de una importante cifra por “daños punitivos” ha determinado la necesidad de defensa, generando costes que desbordan el marco previsible en el desarrollo normal o patológico de la relación contractual”. Resulta también de interés las consideraciones que hace el TS respecto del Tribunal competente para conocer de la acción por incumplimiento de la cláusula de elección de foro, inclinándose a favor del tribunal elegido por las partes, al afirmar que: “El tribunal que debe declarar y fijar los daños no es aquél en cuyo partido judicial se haya generado el evento incumplidor sino el que las partes han establecido en el contrato, porque éste es el llamado a regular las consecuencias jurídicas derivadas de los actos de las partes”.

ción del Reino Unido en el curso de las negociaciones tendentes a su adhesión al Convenio de Bruselas de 1968<sup>17</sup>, aunque también cabe la posibilidad de evitarlo, sin llegar a esta postura extrema, a través de una interpretación integradora de ambos textos, como se verá a continuación.

B) El debate en torno a la aplicación del Reglamento Bruselas I a la excepción procesal de arbitraje con anterioridad a la sentencia *West Tankers*

12. Una vez analizadas las consecuencias a que conduce la decisión del TJCE de incluir la excepción procesal de arbitraje en el ámbito material del Reglamento Bruselas I, cabe preguntarse si la situación anterior a la sentencia *West Tankers* ofrecía una mayor protección a los acuerdos de arbitraje en caso de discrepancia entre los tribunales de los Estados miembros respecto de su validez, eficacia y aplicabilidad.

La primera constatación que cabe hacer es la ausencia de una interpretación unánime, tanto respecto a la cuestión de si el Bruselas I resulta aplicable para determinar la competencia judicial internacional del juez ante el cual se ha planteado una excepción procesal de arbitraje, como respecto a la cuestión de si las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de decisiones del Bruselas I resultan aplicables a la decisión sobre el fondo una vez el juez de origen ha rechazado la excepción de arbitraje

13. Con relación a la cuestión de la competencia judicial internacional, la doctrina ha defendido tres criterios distintos: i) El Reglamento Bruselas I no resulta aplicable ni a la excepción procesal ni a la decisión sobre el fondo del asunto una vez rechazada dicha excepción por invalidez o inaplicabilidad del convenio arbitral. El principal argumento es que la mera existencia de un convenio arbitral excluye el litigio cubierto por dicho convenio del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I. ii) El Reglamento Bruselas I se aplica tanto a la excepción procesal como a la decisión sobre el fondo. El principal argumento es que “el juez de la acción también lo es de la excepción” y iii) Solución intermedia: cuando ante el juez de un Estado miembro se plantea un litigio cuyo objeto principal entra dentro del ámbito del Reglamento Bruselas I y una cuestión incidental sobre una materia ajena a él, la competencia para conocer de la cuestión principal se

---

<sup>17</sup> *Vid. supra*, nota 8.

determina por el Reglamento y la competencia para conocer de la cuestión incidental por el Derecho interno

De estos tres criterios el último es el más acorde con el texto actual del Reglamento Bruselas I. Frente al primero cabe argumentar que cualquier invocación de la existencia de un convenio arbitral, por infundada, intempestiva o irracional que fuese excluiría el litigio cubierto por el convenio arbitral del ámbito material del Reglamento Bruselas I. Tampoco, el segundo criterio resulta apropiado ya que ninguna disposición del Reglamento Bruselas I permite afirmar la existencia de una “competencia funcional por conexión” (el tribunal competente para conocer de la acción principal también lo es para conocer de la cuestión incidental), ni contiene, como es lógico, normas de competencia para materias ajenas a su ámbito de aplicación. Por último, respecto del tercer criterio cabe señalar que la aplicación del Derecho nacional para determinar la competencia para conocer de la cuestión incidental, conduce en la práctica al mismo resultado que el criterio anterior, al menos en aquellos sistemas jurídicos que como el español, el tribunal competente para conocer de la cuestión principal también lo es para resolver los incidentes (art. 61 LEC)

14. Mayor trascendencia teórica y práctica reviste el debate en torno a la aplicación del Reglamento Bruselas I al reconocimiento y ejecución de las decisiones sobre el fondo pronunciadas después que el tribunal de origen haya rechazado la excepción de arbitraje por considerar que el acuerdo arbitral es válido, eficaz y aplicable al litigio en cuestión. La posición mayoritaria avalada por la jurisprudencia de los distintos países sostiene la aplicación del Capítulo del III del Reglamento a la sentencia sobre el fondo incluso cuando el tribunal requerido discrepa de la valoración negativa que el tribunal de origen ha hecho de la validez del convenio arbitral. En apoyo a este criterio se invoca básicamente el art. 35.2º del Reglamento según el cual “el tribunal requerido queda vinculado por las apreciaciones de hecho sobre las cuales el tribunal del Estado miembro de origen hubiera fundamentado su competencia”. Sin perjuicio de la solidez de este fundamento ya que resulta difícil argumentar que el Reglamento Bruselas I deje de aplicarse cuando a título incidental se plantea una cuestión (validez del convenio arbitral) ajena a su ámbito material de aplicación, merece la pena detenerse brevemente en la opinión de la doctrina minoritaria favorable a la posibilidad de que el juez del Estado requerido rechace el reconocimiento de la resolución sobre el fondo si considera que el convenio arbitral es válido y eficaz. Los argumentos esgrimidos son varios: i) el juez de origen al rechazar la excepción

procesal de arbitraje no se pronuncia sobre su competencia sino sobre si el Reglamento Bruselas resulta aplicable dada la existencia de un convenio arbitral, por consiguiente la decisión del juez de origen sobre la aplicabilidad del Reglamento no vincula al juez del exequátur<sup>18</sup>, ii) el reconocimiento de una sentencia en la que el juez de origen ha ignorado la existencia de un convenio arbitral considerado valido y eficaz por el juez del exequátur es contraria al orden público del Estado requerido<sup>19</sup>, y iii) necesidad de proceder a una interpretación armonizadora del Reglamento Bruselas I y del Convenio de Nueva York de 1958<sup>20</sup> ya que se trata de un problema cuya solución puede afectar a las obligaciones de los Estados miembros derivadas del Convenio de Nueva York. De todos estos criterios, el último es el más sólido y digno de atención. No hay que olvidar que la obligación que el Convenio de Nueva York impone al juez del exequátur de reconocer un laudo si considera que el convenio arbitral es valido, puede entrar en conflicto con el Reglamento Bruselas I, si éste obliga a este mismo juez a reconocer las sentencias procedentes de un Estado miembro incluso cuando en su opinión existe un convenio valido aplicable al caso.

Esta interpretación armonizadora parte, por un lado, de la voluntad de los Estados, al excluir el arbitraje del ámbito material del Reglamento Bruselas I (art. 1.2º.d), de no interferir en la aplicación de los Convenios internacionales sobre arbitraje existentes en el momento de la negociación, en particular el Convenio de Nueva York<sup>21</sup> y por el otro, de una lectura del art. II.3º CNY en clave de reconocimiento y ejecución. Es cierto, que este artículo se limita a obligar a los tribunales, ante los que se ha sometido un litigio respecto del cual las partes han concluido un acuerdo de arbitraje, a remitir a éstas al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. Sin embargo, el hecho de que esta disposición se refiera únicamente a la actitud que deben observar los tribunales en la fase previa a la emisión del laudo, no impide poder interpretar que también les obliga a observar la misma actitud de respeto al acuerdo de arbitraje cuando se enfrentan a una sentencia pro-

---

<sup>18</sup> J.-P. Beraudo, "The Arbitration Exception of the Brussels and Lugano Conventions: Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgment", *J. Int'l Arb.*, 2001, p. 23.

<sup>19</sup> H. Van Houtte, "May Court Judgments that Disregard Arbitration Clauses and Awards be Enforced under the Brussels and Lugano Conventions?", *Arb. Int'l*, 1997 p. 88.

<sup>20</sup> En España, M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartin Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2007 pp. 100 y 615-617.

<sup>21</sup> Informe del Sr. P. Jenard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión en español DO nº C 189/ 138 de 28 julio 1990).

cedente de un Estado miembro en la que el tribunal de origen ha rechazado el convenio arbitral<sup>22</sup>. El Convenio de Nueva York, no impone la “confianza mutua” de los Estados en la apreciación de la validez del convenio arbitral y tampoco puede hacerlo el Reglamento Bruselas I en una materia ajena a su ámbito de aplicación<sup>23</sup>. Corrobora a esta interpretación, la cláusula de compatibilidad del art. 71.1º Reglamento Bruselas I, en virtud de la cual dicho Reglamento no queda afectado por los Convenios ratificados por los Estados miembros que en materias particulares regulen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones. No obstante, una vez excluido el arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I, resulta difícil defender la aplicación del art. 71.1º a los Convenios en materia de arbitraje que contengan normas de competencia judicial y/o de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, en particular los Convenios de Ginebra de 1962 y de Nueva York de 1958.

15. Con el fin de evitar estas dudas interpretativas, cabe señalar que en el frustrado proceso negociador destinado a elaborar, en el seno de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, un Convenio “mundial” sobre competencia judicial y reconocimiento de decisiones judiciales, se propuso clarificar la disposición en la que se excluía el arbitraje de su ámbito material de aplicación indicando que: “Esta Convención no se aplicará al arbitraje ni a los procedimientos relacionados con el mismo, ni obligará a un Estado contratante a reconocer y ejecutar una sentencia judicial, si el tribunal de origen al ejercer su jurisdicción actuó en contradicción a lo pactado en el acuerdo de arbitraje”<sup>24</sup>. Esta disposición se mantuvo en los trabajos iniciales del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005, aunque al final no se incorporó al texto definitivamente aprobado, limitándose éste a indicar en su art. 2.4º que “La presente

---

<sup>22</sup> Esta interpretación estuvo presente en la redacción del art. 12.3º Convenio de La Haya de 1971 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil (que no ha llegado a entrar en vigor) al disponer que “la competencia del tribunal de origen, puede no ser reconocida por la autoridad requerida si dicha autoridad se considera obligada a reconocer un acuerdo en virtud del cual se atribuye una competencia exclusiva a los árbitros”.

<sup>23</sup> S. Bollée, “Quelques remarques sur les injunction *anti-suit* visant à protéger la compétence arbitrales à l’occasion de l’arrêt *The Front Comor* de la Chambre des Lords”, *Rev. arb.*, 2007,2, p. 243.

<sup>24</sup> C. Ambrose, “Arbitration and the Free Movement of Judgements”, *Arb. Int’l*, 2003, 1, p. 18.

Convención no se aplica al arbitraje y a los procedimientos relacionados con el arbitraje”<sup>25</sup>.

16. La diversidad de interpretaciones a las que me he referido y el hecho de que después de la sentencia *West Tankers* resulta más difícil sostener que la valoración del convenio arbitral realizada por el tribunal al que ha acudido el demandante no se impone al resto de tribunales de la Unión Europea, hacen necesario clarificar esta cuestión.

El proceso de reforma del Reglamento Bruselas I que acaba de iniciar la Comisión europea<sup>26</sup> en base al art. 73, puede ser una buena ocasión para superar la actual inseguridad jurídica respecto del significado y alcance de la exclusión del arbitraje prevista en art. 1.2º.d) del Reglamento Bruselas I<sup>27</sup>. Toda precisión respecto del alcance material de la exclusión del arbitraje deberá dirigirse, no sólo a evitar los procesos paralelos entre tribunales de los Estados miembros derivados de una distinta apreciación de la validez de un mismo convenio arbitral y las eventuales decisiones incompatibles que resulten de dichos procesos, sino también deberá tener en cuenta la posibilidad de procedimientos paralelos ante un juez y un árbitro y de un laudo y una sentencia contradictorias sobre un mismo litigio. Sólo una visión global de estos problemas puede permitir articular soluciones aceptables tanto desde el punto de vista del Derecho comunitario europeo como desde el punto de vista del arbitraje.

---

<sup>25</sup> Como refleja el Doc. Prel. nº 9 de 9 de marzo de 1998 pp. 11–12, en la segunda reunión de la Comisión especial destinada a preparar un ante-proyecto de Convenio sobre la competencia judicial internacional y los efectos de las sentencias extranjeras en materia civil y mercantil, tuvo lugar un debate a cerca de la necesidad de precisar el significado y el alcance de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del mencionado Convenio. Los argumentos que condujeron a excluir la incorporación de una norma interpretativa respecto a la cuestión de si el juez requerido está obligado a ejecutar una sentencia procedente de un Estado parte en la que el tribunal de origen no ha respetado un convenio arbitral, resultan poco convincentes ya que se basan en la dificultad de poder justificar porqué la concepción del juez requerido respecto de la validez de la cláusula de arbitraje debe prevalecer sobre la del juez de origen o viceversa.

<sup>26</sup> Informe de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité Económico y social europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, Doc. COM (2009) 174 y Libro verde sobre la revisión de dicho Reglamento Doc. COM (2009) 175, ambos de 21 de abril de 2009.

<sup>27</sup> La progresiva reducción que el TJCE ha realizado de la exclusión de la “materia arbitral” del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 es analizada por R. Arenas “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*, 2009, 2, pp 402–413.

### III. Procedimientos paralelos relativos a la validez del convenio arbitral ante los tribunales de los Estados de la Unión Europea. Propuesta de reforma del Reglamento Bruselas I

17. Con anterioridad a la Sentencia *West Tankers*, la Comisión europea encargó un estudio a los profesores B. Hess, Th. Pfeiffer y P. Schlosser (en adelante “Informe Heidelberg”), sobre la aplicación del Reglamento 44/ 2001 en los Estados miembros<sup>28</sup>. Para preparar este estudio, se elaboró un cuestionario sobre distintas cuestiones jurídicas. Una de las preguntas era si debería ampliarse el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 a fin de incorporar los procedimientos de arbitraje y mediación. La mayoría de las respuestas procedentes de los distintos Estados miembros y círculos profesionales próximos al arbitraje, fue que dicha ampliación no era necesaria, ya que el Convenio de Nueva York funcionaba razonablemente bien<sup>29</sup>. Sin embargo, es posible que esta percepción haya cambiado después del asunto *West Tankers*. Quizás las consecuencias que se derivan de esta decisión y a las que se ha hecho referencia con anterioridad, contribuyan a demostrar los límites de una visión particularista y preocupada exclusivamente por asegurar que las decisiones judiciales puedan circular fluidamente en la Unión Europea y la necesidad de una visión global en la que se tengan en cuenta la intersección de ordenes jurídicos distintos (nacional, comunitario e internacional) en materia de arbitraje.

#### 1. Las propuestas de reforma del art. 1.2º d) del Reglamento Bruselas I

18. El “Informe Heidelberg” merece una especial atención ya que constituye un notable esfuerzo por extender el Reglamento Bruselas I a los procesos judiciales en materia de arbitraje sin alterar con ello el modelo de regulación del arbitraje comercial internacional tal como viene definido a nivel mundial por el Convenio de Nueva York de 1958. A continuación se verá si este objetivo se ha logrado, pero antes es preciso analizar el ámbito de aplicación espacial de la propuesta de

<sup>28</sup> *Study JLS/C4/2005/03*, septiembre 2007

<sup>29</sup> *Ibid.*, *Compilation of All National Reports (Questionnaire No.3)*, pp. 54–70. Para la preparación del estudio sobre la aplicación del Reglamento 44/2001 se elaboraron tres cuestionarios destinados a recopilar datos estadísticos e información sobre la aplicación (cuestionario n. 1) el funcionamiento (cuestionario n. 2) y los problemas jurídicos (cuestionario n. 3) del Reglamento en los Estados miembros. Estos cuestionarios se mandaron a los informadores de los distintos Estados que los transmitieron a las personas con experiencia de sus respectivos Estados (*v.gr.*, jueces, abogados, funcionarios judiciales que actúan en el ámbito del Reglamento)

reforma y su contenido esencial. En este análisis me limitaré a los procesos en los que se pretende hacer valer la validez del convenio arbitral y a los procesos paralelos en los que se debate la validez de un mismo convenio arbitral, ya que sólo éstos constituyen el objeto del presente estudio<sup>30</sup>.

19. En relación al ámbito de aplicación espacial, la reforma sólo pretende aplicarse a los supuestos en que la sede del arbitraje se localiza en un Estado miembro. Por consiguiente, quedan fuera: i) los procedimientos relativos a la validez del convenio arbitral ante un tribunal de un tercer Estado, ii) los procedimientos paralelos entre las mismas partes, objeto y causa, ante los tribunales de dos Estados no comunitarios o ante un tribunal de un tercer Estado y un tribunal de un Estado miembro, y iii) los procedimientos paralelos entre la mismas partes, objeto y causa ante un juez y un árbitro. También se ha decidido excluir el conflicto entre un laudo arbitral y una sentencia judicial dictada en un Estado miembro entre las mismas partes y sobre el mismo objeto y la misma causa<sup>31</sup>.

En el “Informe Heidelberg”, no se precisa si además de la localización de la sede del arbitraje en un Estado miembro también se requiere que el demandado o al menos una de las partes (como sucede en

---

<sup>30</sup> El contenido del “Informe Heidelberg” es más amplio, ya que también se analiza la posibilidad de incluir dentro del ámbito material del Reglamento 44/2001: i) los procedimientos judiciales en apoyo del arbitraje, incluida la adopción de medidas cautelares ; ii) el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales que incorporan un laudo; iii) el reconocimiento y ejecución las sentencias de nulidad del laudo y iv) la eventual posibilidad de que el Estado de la sede sea el único competente para reconocer y declarar ejecutivo el laudo, de tal modo que su decisión de ejecutabilidad resulte obligatoria para los demás Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento intermedio de homologación y exequatur, de forma similar a lo previsto en el Reglamento 805/2004 sobre título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. C. Otero García-Castrillón, “Nuevas perspectivas para la regulación coordinada del arbitraje y la jurisdicción civil en la Unión Europea”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2008,2, pp. 495–500.

<sup>31</sup> Los autores del informe no consideran aconsejable introducir en el art. 34 del Reglamento 44/ 2001 un nuevo motivo de no reconocimiento tal como propone H. van Houtte, “Why Not include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation?”, *Arb. Int'l*, 2005,4, p. 520–521. Este autor se muestra partidario de añadir al art. 34 un quinto motivo de no reconocimiento en aquellos casos en que una decisión judicial de un Estado miembro es inconciliable con un laudo emitido en otro Estado miembro entre las mismas partes, objeto y causa siempre que sea obligatorio para la parte o no ha sido anulado o suspendido por un tribunal de otro Estado miembro y reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido.

las cláusulas de elección de foro), esté domiciliado en la Comunidad<sup>32</sup>. En opinión de quien escribe este requisito no debería ser necesario, ya que la obligación que se pretende introducir de que los tribunales de los Estados miembros suspendan el procedimiento hasta que el tribunal del Estado miembro de la sede del arbitraje se pronuncie sobre la validez del convenio arbitral, debería mantenerse con independencia de que la competencia de dichos tribunales para conocer del fondo del asunto se base en el Reglamento Bruselas I (lo cual presupone que el demandado está domiciliado en la Comunidad) o en su Derecho interno (aplicable cuando el demandado está domiciliado en un tercer Estado). Esta precisión es necesaria, en la medida en que la competencia a favor de los tribunales de la sede del arbitraje no se configura como una competencia exclusiva sino únicamente como una competencia preferente para determinar la validez del convenio arbitral<sup>33</sup>.

20. Con el fin de evitar litigios paralelos sobre la validez del acuerdo arbitral en diferentes Estados miembros y reducir de este modo el conflicto entre decisiones inconciliables sobre un mismo acuerdo de arbitraje (se considera válido en un Estado miembro y nulo en otro) se propone añadir un art. 27 A al Reglamento Bruselas I, en el cual se atribuya una “competencia preferente” a los tribunales del Estado miembro de la sede del arbitraje<sup>34</sup>. Según este nuevo artículo: “El tribunal de un Estado miembro debe suspender el procedimiento si el demandado impugna su competencia alegando la existencia y aplicabilidad de un acuerdo de arbitraje, siempre que se presente ante el tribunal del Estado miembro designado como sede del arbitraje una

---

<sup>32</sup> El “Informe Heidelberg” sólo indica expresamente que no es necesario que el demandado esté domiciliado en la Comunidad al referirse a la competencia exclusiva del tribunal del Estado miembro de la sede del arbitraje en los procedimientos en apoyo o asistencia al arbitraje.

<sup>33</sup> A favor de configurar como exclusiva la competencia de los tribunales de la sede en aquellos supuestos en que se pretenda una decisión declaratoria de la validez del convenio arbitral se ha pronunciado H. van Houtte, *ibid.*, p. 519.

<sup>34</sup> Se trata de un foro de competencia que ya estuvo presente en los trabajos preparatorios del Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional, pero que no fue recogido en el texto final por falta de consenso. Concretamente se proponía que la decisión del tribunal de la sede del arbitraje sobre la validez y existencia del acuerdo de arbitraje tuviese fuerza de cosa juzgada tanto para los tribunales arbitrales como para los tribunales judiciales llamados a pronunciarse posteriormente sobre una cuestión cubierta por dicho acuerdo de arbitraje o para los tribunales llamados a reconocer y ejecutar el laudo dictado sobre la base del acuerdo de arbitraje cuya validez hubiese sido establecida por el tribunal llamado a conocer en primer lugar. *Vid.* D.T. Hascher, “Recognition and Enforcement of Judgments on the Existence and Validity of an Arbitration Clause under the Brussels Convention”, *Arb. Int'l*, 1997, 3, p. 41.

demanda solicitando que se declare la existencia, validez y/o alcance del acuerdo de arbitraje”.

Esta propuesta supone introducir una excepción a la regla de litispendencia (*prior tempore*) prevista en el actual art. 27 del Reglamento Bruselas I. Así mismo, resulta coherente con la previsible introducción de otra excepción a dicha regla en aquellos casos en que el tribunal llamado a conocer en segundo lugar es el elegido por las partes en virtud de una cláusula de elección de foro exclusiva. Esta reforma si prospera permitirá abandonar la “desafortunada” jurisprudencia sentada en el asunto *Gasser*<sup>35</sup> en el que el TJCE declaró que la regla a favor del tribunal llamado a conocer en primer lugar resulta aplicable incluso cuando dicho tribunal no es el elegido por las partes.

La importancia que se otorga al tribunal de la sede del arbitraje aconseja introducir un criterio uniforme para determinar dicho lugar. Puede suceder que en el momento en que se plantea la cuestión de la validez del convenio arbitral no se haya fijado todavía la sede del arbitraje. Además no todos los Estados miembros siguen el mismo criterio a la hora de definir la sede del arbitraje<sup>36</sup>. Para evitar estas dificultades se propone la siguiente regla: “el lugar del arbitraje será el acordado por las partes o el determinado por el tribunal arbitral. En estos casos será competente el tribunal de la capital del Estado miembro designado. En su defecto, corresponde fijarlo al tribunal que, de no haber existido el acuerdo de arbitraje, sería competente según el Reglamento para conocer de la diferencia”<sup>37</sup>.

21. Todavía es pronto para saber hasta qué punto las conclusiones del “Informe Heidelberg” se tendrán en cuenta en la propuesta de reforma del Reglamento Bruselas I que finalmente formule la Comisión Europea. Basta indicar que en la invitación que ha hecho la Co-

---

<sup>35</sup> STJCE, as. C-116/02: *Gasser c. Misat*.

<sup>36</sup> J.C. Fernandez Rozas, “Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral”, *Lima Arbitration*, 2007,2, pp. 25-37.

<sup>37</sup> En los trabajos preparatorios del Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional, ya se propuso (sin éxito) que la decisión del tribunal de la sede del arbitraje sobre la validez y existencia del acuerdo de arbitraje tuviese fuerza de cosa juzgada tanto para los tribunales arbitrales como para los tribunales judiciales llamados a pronunciarse posteriormente sobre una cuestión cubierta por dicho acuerdo de arbitraje o para los tribunales llamados a reconocer y ejecutar el laudo dictado sobre la base del acuerdo de arbitraje cuya validez hubiese sido establecida por el tribunal llamado a conocer en primer lugar. *Vid.* D.T. Hascher, “Recognition and Enforcement of Judgments on the Existence and Validity of an Arbitration Clause under the Brussels Convention”, *Arb. Int'l*, 1997, 3, p. 41.

misión a través del Libro verde sobre la revisión del Reglamento<sup>38</sup> a todas las partes interesadas para que antes del 30 de junio de 2009 le hagan llegar sus observaciones, la cuestión de la correlación entre el Reglamento 44/2001 y el arbitraje ocupa un lugar destacado. Resulta llamativo el interés que muestra la Comisión por conocer la opinión acerca de las medidas que deberían adoptarse para asegurar una adecuada coordinación entre los procedimientos judiciales y arbitrales y para mejorar la eficacia de las sentencias arbitrales. En opinión de quien escribe se trata de aspectos para cuya regulación el Reglamento Bruselas I no es el instrumento más adecuado. Desde este punto de vista el enfoque que el “Informe Heidelberg” ha dado a la reforma parece mucho más correcto, en la medida en que ha intentado no invadir espacios propios del Derecho nacional e internacional del arbitraje. La lectura de dicho Informe, junto con algunas precisiones realizadas posteriormente<sup>39</sup>, permite afirmar que la atribución de competencia al tribunal de la sede del arbitraje para declarar la validez del convenio arbitral no impide que dicho tribunal continúe aplicando su Derecho interno a la cuestión de la competencia–competencia de los árbitros. La profundidad con la cual el tribunal de la sede del arbitraje debe proceder a la hora de verificar la validez, eficacia y aplicabilidad del acuerdo de arbitraje (si debe limitarse a una prueba *prima facie* de la existencia del convenio arbitral o puede entrar a analizar con más profundidad si se han cumplido las condiciones necesarias para su validez formal y sustancial) son cuestiones que corresponde resolver al Derecho interno (*v.gr.*, arts. 11 y 22 LA/2003) y a los Convenios internacionales en materia de arbitraje (arts. II.3º CNY y art.6.3º Convenio de Ginebra de 1961). Si, por ejemplo, la sede del arbitraje se encuentra en Francia el hecho de que el futuro el Reglamento Bruselas I atribuya una competencia preferente a sus tribunales para pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral, no significa que el efecto negativo de la regla competencia–competencia previsto en el art. 1458 del Nuevo Código de Derecho procesal francés<sup>40</sup> ya no pueda aplicarse. Para ello sería necesario que se elaborase una ley euro-

---

<sup>38</sup> *Vid. supra*, nota 26.

<sup>39</sup> Me refiero a la intervención del prof. B. Hess en el Simposio *on line* organizado por *Conflict of laws.net*.

<sup>40</sup> Según el art. 1458 NCPC Si el litigio ya está pendiente ante el tribunal arbitral, el juez debe, a instancia de parte, declinar su competencia. La jurisprudencia ha interpretado muy estrictamente esta obligación de tal modo que no cabe ni siquiera un examen *prima facie*. Si el arbitraje ya se ha iniciado, el juez también está obligado a declinar su competencia salvo que el acuerdo de arbitraje sea “manifiestamente nulo”.

pea del arbitraje en la que se precisase el alcance e intensidad del control del juez de la sede del arbitraje sobre el convenio arbitral.

## *2. Valoración de la propuesta de reforma a la luz del Convenio de Nueva York de 1958*

22. La derogación parcial del art. 1.2º.d) del Reglamento Bruselas I, con el fin de incluir dentro de su ámbito material los procedimientos en materia arbitral, sólo puede justificarse si a la vez que se mejora la eficacia de los acuerdos de arbitraje dentro del sistema europeo de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, se respeta el modelo internacional de control de la cláusula arbitral establecido en el Convenio de Nueva York de 1958 y desarrollado en la Ley Modelo de Uncitral de 1985, la cual, a pesar de no ser obligatoria para los Estados, se ha incorporado, directa o indirectamente, al Derecho interno de numerosos Estados.

23. Las eventuales ventajas que se derivarían de la aplicación del Reglamento Bruselas I a los convenios de arbitraje y de la atribución de un criterio de competencia preferente al tribunal de la sede del arbitraje pueden resumirse en las siguientes:

i) La extensión del Reglamento a los procedimientos judiciales en materia de arbitraje permitiría reforzar la primacía del Convenio de Nueva York de 1958 respecto del Reglamento, ya que se eliminarían las dificultades que actualmente existen para poder justificar la aplicación de la regla de compatibilidad del art. 71 del Reglamento Bruselas I a los Convenios relativos a una materia, el arbitraje, sustraída de ámbito de su aplicación<sup>41</sup>;

ii) La atribución de una competencia preferente al tribunal de la sede del arbitraje, permitiría desactivar la utilización oportunista y abusiva de los foros alternativos del Reglamento por parte del demandante que de mala fe y, a pesar de haber celebrado un acuerdo de arbitraje válido y aplicable al caso, pretende eludir su aplicación. La presentación de una demanda sobre el fondo del asunto ante un tribunal de un Estado miembro distinto al de la sede del arbitraje puede que tenga como único objetivo acosar y perjudicar al demandado y/o retrasar, “torpedear” o incluso impedir la celebración del arbitraje. Si el único tribunal competente para declarar la validez del convenio

---

<sup>41</sup> *Vid. supra*, epígrafe 14.

arbitral fuese el de la sede del arbitraje los intereses de la parte que confía en la validez del arbitraje resultarían mejor protegidos<sup>42</sup>;

iii) La concentración en un único tribunal del control de la cláusula arbitral evitaría decisiones judiciales divergentes en el seno de la Unión Europea. A diferencia de lo que sucede actualmente<sup>43</sup> tanto las decisiones favorables como las decisiones contrarias al convenio arbitral del tribunal de la sede del arbitraje se beneficiarían del régimen de reconocimiento automático del art. 32, y

iv) Si, a pesar de la declaración de nulidad o inaplicabilidad del convenio arbitral por parte del tribunal de la sede del arbitraje, se iniciara o prosiguiera el procedimiento arbitral y se dictara un laudo, los demás Estados miembros no podrían reconocerlo ni ejecutarlo al quedar vinculados por la decisión del tribunal de la sede del arbitraje. Esta eficacia extraterritorial de la decisión de nulidad del laudo evitaría que los tribunales de los Estados miembros se vieran obligados, como sucede en la actualidad, a reconocer y ejecutar el laudo, si consideran que el convenio arbitral es válido y no concurre ningún otro motivo de no reconocimiento (art. V CNY) y a reconocer y ejecutar una decisión judicial procedente de otro Estado miembro en base al Reglamento Bruselas, aunque el laudo y la decisión judicial sean inconciliables<sup>44</sup>. No obstante, cabe preguntarse si ésta pérdida de libertad del juez del exequátur para verificar la validez del convenio arbitral a que conduciría la transferencia del control sobre el acuerdo de arbitraje al tribunal de la sede del arbitraje es compatible con el Convenio de Nueva York de 1958.

---

<sup>42</sup> *Vid. supra*, epígrafe 10.

<sup>43</sup> *Vid. supra*, epígrafes 7 y 9.

<sup>44</sup> *Vid. supra*, epígrafe 14.

24. Según el Convenio de Nueva York<sup>45</sup> el control de validez y aplicabilidad del convenio arbitral por parte de los tribunales estatales puede tener lugar antes de iniciarse el arbitraje, durante el procedimiento arbitral y una vez emitido el laudo. El control *ex ante* corresponde al Estado cuyos órganos jurisdiccionales serían competentes de no existir el acuerdo de arbitraje y tiene lugar por la vía de la declinatoria (foro derogado)<sup>46</sup>. El control *ex post* corresponde a los tribunales del Estado de la sede del arbitraje por la vía de la acción de anulación (foro de la nulidad) y a los tribunales del país o países donde se pide su reconocimiento y ejecución (foro del reconocimiento). Las decisiones de estos tribunales tienen un alcance distinto, ya que sólo las decisiones en las que se declara la nulidad del laudo pronunciadas por un tribunal de la sede del arbitraje tienen un alcance universal. El resto tienen una eficacia limitada al territorio en que se han dictado. Ello explica que una misma cláusula de arbitraje pueda ser considerada válida en un Estado y nula en otro, o que un mismo laudo pueda ser reconocido y ejecutado en un Estado pero no en otro. En cambio la anulación de un laudo por los tribunales de Estado de la sede del arbitraje es motivo de no reconocimiento en los demás Estados parte<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> En esta referencia al Convenio de Nueva York se sigue el esquema de análisis propuesto por su claridad expositiva por M. Virgós, "Arbitraje comercial internacional y convenio de Nueva York de 1958", *Diario La Ley*, nº 6.679, de 26 de marzo 2007. Según la interpretación de este autor "El Convenio de Nueva York sigue el esquema implícito de reparto de papeles que opera sobre la distinción "jurisdicción primaria" y "jurisdicción secundaria". Jurisdicción primaria es aquella jurisdicción nacional a la que se reconoce competencia para controlar de forma directa el arbitraje y su resultado, el laudo o sentencia arbitral. Jurisdicciones secundarias son todas las demás en las que el convenio arbitral (foro derogado) o el laudo (foro de ejecución) se quiera hacer valer. El Convenio de Nueva York de 1958 obliga a estas jurisdicciones (*v.gr.*, el Estado cuyos tribunales serían competentes de no ser por la sumisión al arbitraje y el Estado o Estados donde el laudo debe ser ejecutado) a reconocer el acuerdo arbitral y el laudo dictado como resultado de ese acuerdo. El Convenio de Nueva York reconoce a la jurisdicción primaria y a la jurisdicción secundaria radios de acción muy distintos: universal la primera y territorial la segunda. Sólo una jurisdicción primaria puede anular un laudo".

<sup>46</sup> En esta fase previa a la emisión del laudo, cabe la posibilidad de que los tribunales de la sede del arbitraje puedan verificar la existencia del convenio arbitral cuando p. e. una de las partes solicita su intervención para proceder al nombramiento de los árbitros (*v.gr.*, en España, art. 15.3º Ley 69/2003).

<sup>47</sup> Esta afirmación debe ser matizada. En Francia, aunque no exclusivamente en este país, la *Cour de Cassation* ha sostenido reiteradamente la posibilidad de reconocer un laudo a pesar de haber sido anulado previamente por los tribunales del Estado de la sede del arbitraje. El Convenio de Ginebra también prevé esta posibilidad aunque limitada a los casos en que el motivo de la anulación ha sido la no arbitrabilidad de la diferencia o la contrariedad con el orden público (art. IX).

Si se proyecta este esquema de regulación sobre la propuesta de reforma del Reglamento Bruselas I, se observa que la principal diferencia reside en la concentración del control “*ex ante*” del convenio arbitral en el Estado de la sede del arbitraje. No obstante, esta diferencia no puede considerarse contraria al “efecto útil” del Convenio de Nueva York, ya que en modo alguno debilita a la protección que dicho Convenio ofrece tanto al convenio arbitral como al laudo.

A favor de la compatibilidad de la reforma proyectada del Reglamento Bruselas I con el Convenio de Nueva York cabe esgrimir los siguientes argumentos:

i) El Convenio de Nueva York sólo obliga a los tribunales de los Estados contratantes a remitir a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, salvo que el tribunal compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. Es cierto que de la redacción del art. II.3º CNY se desprende que en la fase anterior al laudo, dicha obligación se dirige al tribunal del “foro derogado”, pero nada impide que los Estados de la Unión Europea obliguen al “foro derogado”, ante el que se plantea la declinatoria, a suspender el procedimiento hasta que el tribunal del Estado de la sede se pronuncie sobre la in(validez) del acuerdo de arbitraje, siempre que se trate de tribunales de los Estados miembros.

ii) El Convenio de Nueva York atribuye un papel decisivo al tribunal de la sede del arbitraje<sup>48</sup> ya que es el único que pueden anular el laudo, entre otros motivos, por inexistencia o invalidez del convenio arbitral. Nada impide que los Estados de la Unión Europea decidan adelantar ésta intervención decisiva del Estado de la sede a la fase anterior a la emisión del laudo permitiéndole controlar la validez del convenio arbitral. Como ya se ha señalado, este control “*ex ante*” con efectos vinculante para el tribunal del “foro derogado” y para el/ los tribunale(s) del “foro(s) del reconocimiento” desincentiva conductas oportunistas de la parte en el convenio arbitral que con mala fe desea desvincularse del compromiso asumido, a la vez que concede una mayor protección a la parte que desea que se respete el convenio arbitral.

---

<sup>48</sup> M. Virgós, *loc. cit.*, “El Convenio de Nueva York de 1958 arranca de un modelo de arbitraje localizado, donde la jurisdicción primaria (la sede del arbitraje) tiene un rol determinante tanto en lo positivo (un laudo vinculante pronunciado en ese país extiende su autoridad a todos los Estados contratante que sólo pueden denegar su reconocimiento por razones tasadas), como en lo negativo (si el laudo es anulado, carece de autoridad en ese país y ello es motivo de denegación de su reconocimiento en los demás Estados contratantes).

iii) El Convenio de Nueva York permite que el juez del exequátur deniegue el reconocimiento del laudo si comprueba que el acuerdo de arbitraje no es válido de acuerdo con la ley del Estado en que se ha dictado la sentencia (art. V.1º.a). En el marco de la Unión Europea, nada impide sustituir esta técnica conflictual (remisión a la ley de la sede del arbitraje) por la técnica del reconocimiento mutuo (la decisión que adopte el tribunal de la sede del arbitraje en base a su Derecho interno, incluidas las normas de Derecho internacional privado, se impone al resto de tribunales de los Estados miembros). La única pregunta que cabe plantearse es si la aplicación del principio del reconocimiento mutuo es apropiada en un ámbito en el que subsisten importantes diferencias entre los Estados. Pero esta cuestión no afecta al Convenio de Nueva York ya que sólo se refiere a los límites que cabe establecer al principio de confianza mutua comunitario

iv) Por último, el Convenio de Nueva York establece un modelo de competencia concurrente de los tribunales nacionales y de los árbitros sobre la validez y aplicabilidad del convenio arbitral. La propuesta de reforma del Reglamento Bruselas I, al menos en los términos en que ha sido formulada en el "Informe de Heidelberg", asume esta concurrencia y la posibilidad de litigios paralelos ante el juez y el árbitro a raíz de una distinta valoración de la validez y aplicabilidad de una misma cláusula arbitral. No obstante, la atribución de una competencia preferente al tribunal de la sede para declarar la validez o nulidad del acuerdo de arbitraje puede contribuir, como se verá a continuación, a evitar dicha concurrencia.

#### **IV. Procedimientos paralelos ante el juez y el árbitro. Las recomendaciones de la *International Law Association* (2006)**

##### *1. Precisiones previas*

25. La ausencia de competencia de los jueces para resolver los litigios que las partes han decidido someter a arbitraje no impide que los jueces, al igual que los árbitros, se pronuncien sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. La posibilidad de que el juez y el árbitro mantengan criterios distintos respecto de un mismo convenio no debe considerarse una situación excepcional dada la complejidad que en ocasiones puede suponer, por ejemplo, probar su existencia o determinar su alcance. Basta recordar el caso *West Tankers* en el que el demandante ante los tribunales italianos no era ninguna de

las partes en el acuerdo de arbitraje sino un tercero—asegurador que se había subrogado en los derechos de una de ellas<sup>49</sup>. Si juez y árbitro mantienen criterios distintos sobre la validez de un mismo convenio arbitral y ambos se consideran competentes para conocer del caso, no existen en la actualidad criterios uniformes para resolver este conflicto.

El Convenio de Nueva York de 1958 se limita a obligar a los jueces a remitir a las partes al arbitraje salvo que, a instancia de una de ellas, compruebe que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o inaplicable (art. II.3º). El Convenio de Ginebra de 1961 es algo más preciso al disponer que una vez incoado el procedimiento arbitral si una de las partes en el acuerdo de arbitraje se dirige a un tribunal judicial, éste “deberá diferir toda resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta el momento en que se dicte el laudo sobre el fondo del asunto salvo que tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma”. Pero esta disposición no tiene en cuenta otros escenarios posible. Por consiguiente, corresponde al Derecho nacional establecer los criterios a seguir cuando una parte en el convenio arbitral inicia el arbitraje y a continuación el demandado se dirige a un tribunal estatal para que conozca del fondo del asunto o cuando se presenta una demanda ante un juez estatal y a continuación el demandado inicia el arbitraje. Ni la Ley Modelo Uncitral de 1985 ni las leyes de arbitraje nacionales, suelen contener disposiciones que obliguen al árbitro a suspender el procedimiento cuando existe un litigio pendiente ante el juez o viceversa. Son muy pocos los Estados que admiten el “efecto negativo” de la regla competencia—competencia, es decir, la obligación del juez a inhibirse a favor del árbitro una vez ya se ha iniciado el arbitraje<sup>50</sup>. La mayoría de los Estados se limitan a reconocer su “efecto positivo” (facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia). Otros mecanismos tales como la reducción del control judicial sobre el convenio arbitral a un examen *prima facie* de su existencia o la posibilidad de que las partes soliciten la supervisión judicial inmediata de la decisión del árbitro sobre su competencia sin tener que esperar, como sucede en España (art. 22.3º Ley 60/2003), la impugnación del laudo por la vía de la acción de nulidad permiten atenuar, pero no eliminar, los procedimientos paralelos entre jueces y árbitros. Además hay que tener en cuenta que ninguna de estas dispo-

---

<sup>49</sup> *Vid. supra*, nota 1.

<sup>50</sup> Además del art. 1458 NCPC francés, al que ya se ha hecho referencia en la nota 40, la reforma del Código de procedimiento civil italiano en materia de arbitraje por Decreto Legislativo nº 40 de 2 de febrero 2006 dispone en su art. 819 ter, que “La pendencia de un procedimiento arbitral impide plantear al juez una demanda que tenga por objeto la invalidez o la ineficacia del Convenio arbitral”.

siciones impide que los árbitros inicien o prosigan las actuaciones arbitrales a pesar de la existencia de un procedimiento pendiente sobre el mismo objeto y las mismas partes ante un juez estatal.

26. La dificultad por regular los procedimientos paralelos ante jueces y árbitros a fin de evitar decisiones inconciliables, ahorrar los costes derivados de la duplicidad de procesos y proteger a las partes de conductas abusivas, se debe al distinto fundamento de la competencia judicial y de la competencia arbitral. Cuando un juez y un árbitro están llamados a pronunciarse sobre un mismo convenio arbitral o sobre el fondo de una misma controversia no se trata de dos órganos dotados de competencia para conocer de estas cuestiones como sucede en los procedimientos paralelos ante dos tribunales judiciales. En la litispendencia entre dos jueces distintos se trata únicamente de determinar cuál de ellos puede ejercer su competencia, ya sea aplicando la regla *prior tempore* (países de Derecho civil) o la doctrina del *forum non conveniens* (países del *common law*.) En cambio cuando la concurrencia se plantea entre un juez y un árbitro la competencia de uno excluye la competencia del otro. No puede haber un juez y un árbitro simultáneamente competentes para conocer del mismo litigio. Si el convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable sólo el juez del “foro derogado” es competente. Si por el contrario, el convenio arbitral es válido, eficaz y aplicable la competencia del árbitro excluye la de cualquier otro tribunal estatal<sup>51</sup>. Esta diferencia aparece con claridad en el distinto tratamiento que el Derecho procesal dispensa a la litispendencia y a la impugnación de la jurisdicción del juez por corresponder el conocimiento del litigio a los árbitros (en España, arts. 451 y 63 LEC, respectivamente)<sup>52</sup>.

Estas dificultades sólo pueden superarse o bien, concediendo una prioridad clara a los árbitros para determinar la validez del convenio arbitral (reconociendo el efecto negativo de la regla competencia–competencia o, en menor medida, reduciendo el control judicial del convenio arbitral a un examen *prima facie*), o bien, recomendando a los árbitros que al pronunciarse sobre su competencia tengan en cuenta que en última instancia corresponde a los tribunales de la sede del arbitraje decidir cuál de los dos (el juez o el árbitro) es el competente para resolver la controversia. No es razonable que el árbitro ante

---

<sup>51</sup> P. Mayer, “Litispendence, connexité et chose jugée dans l’arbitrage international”, *Liber Amicorum Claude Reymond autour de l’arbitrage*, 2004, p. 190.

<sup>52</sup> B.M. Cremades e I. Madalena, “Parallel Proceedings in International Arbitration” *Arb. Int’l*, 2008, 4, pp. 510–511.

una impugnación de su competencia o ante la solicitud de una de las partes de que suspenda el procedimiento debido a la existencia de un litigio pendiente ante un tribunal judicial, prescinda o ignore que su decisión podrá ser anulada por los tribunales de la sede del arbitraje<sup>53</sup>. Este enfoque es el que subyace en la Resolución adoptada por el Comité de arbitraje internacional de la *International Law Association* (ILA) en su sesión de Toronto de 2006.

## 2. Resolución 1/2006 de la Internacional Law Association

27. Como sucede con frecuencia, y el asunto *West Tankers* es un buen ejemplo, una desafortunada decisión judicial muestra la necesidad de introducir cambios en un determinado sector del ordenamiento. En el caso de los litigios paralelos ante un juez y un árbitro ha sido principalmente la sentencia del Tribunal Federal suizo de 14 mayo 2002 en el asunto *Fomento de Construcciones SA c. Colon Container Terminal SA* la que ha ocasionado mayores reacciones y ha tenido mayores consecuencias, ya que ha provocado la modificación del art. 186 de la Ley Federal suiza de Derecho internacional privado<sup>54</sup>. El Tribunal Federal suizo resolvió este caso<sup>55</sup> aplicando la regla *prior tempore* del art. 9 de la Ley Federal de Derecho internacional privado<sup>56</sup> prevista para las situaciones de litispendencia entre tribunales

<sup>53</sup> P. Ch. Söderlund, “*Lis Pendens, Res Judicata, and the Issue of Parallel Judicial Proceeding*”, *J. Int'l Arb.*, 2005, 4 p. 322.

<sup>54</sup> En el nuevo apartado 1 del art. 186 introducido por Ley de 6 de octubre de 2006 (en vigor a partir de 1 de marzo de 2007) dispone que: “El tribunal arbitral se pronunciará sobre su competencia sin tener en cuenta la pendencia de una acción que tenga el mismo objeto y entre las mismas partes ante un tribunal estatal o arbitral, salvo que motivos importantes exijan suspender el procedimiento”.

<sup>55</sup> Los hechos fueron básicamente los siguientes: Colon (Panamá) encargó a Fomento (España) la construcción de la Terminal del puerto de Panamá. En el contrato se incluyó una cláusula de arbitraje CCI con sede en Ginebra. A raíz de una controversia Fomento presentó una demanda contra Colon ante los jueces de Panamá. Colon dejó pasar algún tiempo antes de plantear una declaratoria basada en la existencia de un acuerdo de arbitraje. El tribunal de Primera Instancia de Panamá rechazó la excepción sobre la base de que se había presentado fuera del plazo establecido en el derecho procesal panameño. Recurrida la sentencia, el tribunal de apelación falló a favor de Colon. Mientras tanto, Colon inició el arbitraje en Ginebra y el árbitro dictó un laudo parcial afirmando su competencia. Posteriormente, Fomento recurrió la sentencia del tribunal de apelación y el Tribunal Supremo confirmó la sentencia del juez de Primera Instancia. A continuación, Fomento impugno ante el Tribunal suizo el laudo.

<sup>56</sup> Art. 9 de la Ley Federal Suiza de Derecho internacional privado de 1987. “1. Cuando una acción con el mismo objeto este pendiente entre las mismas partes en el extranjero, el tribunal suizo suspenderá el procedimiento si es previsible que la jurisdicción extranjera pronuncie, en un plazo razonable, una decisión susceptible de ser reconocida en Suiza. 2. Para determinar cuando una acción se ha planteado en Suiza la fecha del primer acto

judiciales de distintos Estados. Este criterio condujo a declarar que el tribunal arbitral con sede en Suiza debía de haber suspendido el procedimiento, dada la existencia de un litigio pendiente sobre el mismo objeto y entre las mismas partes ante un tribunal judicial extranjero (Panamá) Esta decisión<sup>57</sup> se aparta del criterio mantenido tradicionalmente por la jurisprudencia suiza basado en la localización de la sede del arbitraje. Según este criterio el juez suizo debe proceder a un examen en profundidad de su competencia si la sede del arbitraje se encuentra en el extranjero mientras que basta un examen *prima facie* si la sede del arbitraje se encuentra en Suiza, sobre la base, de que en éste último supuesto, el tribunal suizo tendrá ocasión de realizar un examen más detenido de la validez del convenio arbitral (= competencia del árbitro) si se impugna el laudo<sup>58</sup>.

28. El asunto *Fomento* y la distinción entre los supuestos en que el tribunal judicial llamado a conocer, a pesar de la existencia de un convenio arbitral (foro derogado) es un tribunal del Estado de la sede del arbitraje y los supuestos en que se trata de un tribunal extranjero, están presentes en las Recomendaciones sobre litispendencia y autoridad de cosa juzgada en el arbitraje adoptadas por el Comité de arbitraje internacional de la *International Law Association* en su sesión de Toronto de 2006<sup>59</sup>.

29. Las Recomendaciones del ILA están dirigidas a ofrecer a los árbitros una guía útil en caso de procedimientos paralelos. Al formular estas Recomendaciones se contemplan tres escenarios distintos en función de que el procedimiento paralelo al que se enfrenta el tribunal arbitral sea un procedimiento: i) ante un tribunal nacional, ii) ante otro tribunal arbitral o iii) ante una Corte o Tribunal internacional. De estos tres supuestos sólo se considerará el primero de ellos. Dentro de los procedimientos paralelos ante un juez y un árbitro, la guía distingue entre aquellos que tienen lugar ante un tribunal judicial del

---

necesario para la introducción de la instancia es decisiva. Basta con la citación para la conciliación. 3. El tribunal suizo se inhibe a partir del momento en que se presenta en Suiza la solicitud de reconocimiento de la decisión extranjera.

<sup>57</sup> El Tribunal Federal ya había mantenido un criterio semejante en dos ocasiones anteriores: Sentencia 19 de abril de 1994, *Westland Helicopters* y Sentencia 19 de diciembre de 1997, *Cía Minera Condesa SA y Minas Buenaventura SA c. BRGM Perú S.A.*

<sup>58</sup> Para un análisis más detenido de esta sentencia *vid.* A. Bucher, "L'examen de la compétence internationale par le juge suisse", *La semaine judiciaire*, 2007, n. 5, pp. 182–188.

<sup>59</sup> El texto y el Informe de los profesores Filip De Ly y Audley Sheppard han sido publicados en la revista *Arb. Int'l*, 2009, 1, pp. 3–34 y 83–85.

Estado de la sede del arbitraje y aquellos en que el tribunal judicial pertenece a otro Estado.

Las Recomendaciones definen los “procedimientos paralelos” en términos muy amplios ya que se refieren a todo proceso pendiente ante un tribunal nacional entre las mismas partes y respecto a una o más cuestiones litigiosas idénticas o sustancialmente idénticas a las sometidas al tribunal arbitral.

Cuando el procedimiento paralelo se encuentra pendiente ante un tribunal de la sede del arbitraje se recomienda que el árbitro realice una interpretación flexible de la regla competencia–competencia, de tal modo que antes de decidir si suspende o no el procedimiento tenga en cuenta la ley y la práctica vigente en dicho Estado. Esta recomendación se basa en que los tribunales de la sede del arbitraje son los únicos competentes para anular el laudo (jurisdicción primaria) y en que difícilmente el Estado de la sede tolerará decisiones inconciliables dentro de su territorio. Así mismo si la ley del Estado de la sede prevé que las cuestiones relativas a la competencia deben ser resueltas por los jueces<sup>60</sup>, el árbitro deberá actuar en consecuencia.

El resto de recomendaciones se dirigen a los árbitros en aquellos supuestos en que existe un litigio pendiente ante un juez de un Estado distinto del de la sede del arbitraje. La directriz básica es que el árbitro debe aplicar la regla competencia–competencia y, si considera que el convenio arbitral es válido, proseguir el procedimiento y dictar el laudo. Sólo así se puede proteger a la parte que desea que se respete el convenio arbitral frente a las maniobras obstruccionistas de la parte que de mala fe se opone al arbitraje planteando una demanda ante un tribunal extranjero (foro derogado). Esta aplicación rígida de la regla

---

<sup>60</sup> El art. 32 (1) y (2), de la *Arbitration Act* inglesa de 1996, con el fin de proteger los intereses de la parte que se opone al arbitraje, permite que antes de que los árbitros se pronuncien sobre su competencia, se dirija al juez para que resuelva las cuestiones de competencia. El juez puede pronunciarse al respecto a condición de que los árbitros estén de acuerdo con esta petición (o alternativamente todas las partes estén de acuerdo). Se presume que los árbitros están de acuerdo únicamente cuando esta petición no encubra tácticas dilatorias. Si los árbitros están de acuerdo pero no lo está la otra parte, basta con que el juez considere que su intervención está justificada.

También la Ley de arbitraje alemana de 1998 permiten a los jueces pronunciarse respecto de la competencia de los árbitros, a condición de que la solicitud se formule con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral (§. 1032 (2)). Por otro lado, el Derecho alemán, al igual que el art. 8 Ley Modelo Uncitral, permite que la decisión incidental de los árbitros respecto de su competencia pueda ser inmediatamente sometida al juez (§ 1040). J.J. Barceló III, “Who Decides the Arbitrators’ Jurisdiction? Separability and Competence–Competence in Transnational Perspective”, *Vanderbilt J. Trans. L.*, 2003 pp. 1130–1131.

competencia—competencia puede ser flexibilizada cuando concurren determinadas circunstancias tales como que el demandado ante el tribunal judicial extranjero haya realizado actuaciones distintas a las de interponer en su debido tiempo la declinatoria. Así mismo, el árbitro también puede apreciar la conveniencia de suspender el procedimiento cuando exista una razón poderosa que lo aconseje. Por ejemplo, cuando la decisión del juez extranjero resulte relevante para la solución del litigio planteado ante el árbitro (convenio arbitral entre un empresario y un contratista y litigio entre el contratista y un subcontratista ante un juez de un país extranjero) o cuando resulte apropiado reducir los costes de una dualidad de procedimientos o el riesgo de decisiones contradictorias.

## V. Conclusiones

30. Desde la perspectiva del presente estudio, el énfasis que las Recomendaciones del ILA ponen en el respeto por parte de los árbitros de las leyes y prácticas vigentes en el Estado de la sede del arbitraje, facilita la coordinación de las actuaciones arbitrales con las actuaciones ante los jueces de dicho Estado que, como reiteradamente se ha señalado, es el único Estado al que el Convenio de Nueva York reconoce jurisdicción para anular el laudo y por consiguiente para decidir *ex post* la cuestión de si la competencia para conocer del caso correspondía al juez o al árbitro. Todo mecanismo que permita adelantar la solución a este conflicto favorece la seguridad jurídica, evita los costes que supone la duplicidad de procedimientos relativos a una misma controversia y sobre todo, protege a la parte que desea que se cumpla el convenio arbitral de las tácticas dilatorias y obstruccionistas de la parte que de mala fe incumple el compromiso libremente asumido

31. Si se procede a una lectura conjunta de las Recomendaciones del ILA y de las propuestas de reforma del Reglamento Bruselas I tendientes a atribuir una competencia preferente a los tribunales de la sede del arbitraje para determinar la validez del convenio arbitral, se advierte que desde dos ópticas distintas, la judicial y la arbitral, se obtienen unos resultados que convergen en un mismo punto: el protagonismo de los tribunales judiciales del Estado de la sede del arbitraje para evitar los procedimientos paralelos tanto entre jueces como entre jueces y árbitros.

32. Este mayor protagonismo de los tribunales de la sede del arbitraje en relación al papel que les atribuye el Convenio de Nueva York

de 1958 no debe interpretarse como un afán de la Unión Europea por controlar el arbitraje. Se propone que los tribunales de la sede del arbitraje intervengan para verificar la validez del acuerdo de arbitraje desde el inicio del procedimiento arbitral cuando una de la partes plantea una demanda ante un juez de un Estado miembro distinto al de la sede, en lugar de limitar su intervención a la fase post-laudo por la vía de la acción de nulidad, como sucede actualmente. Esta propuesta en nada debería afectar a la autonomía de los Estados para adoptar la política que estimen más conveniente respecto del arbitraje (*v.gr.*, atribuir preferencia al árbitro para determinar la validez del convenio arbitral) ni a la libertad de las partes para elegir el Estado de la sede del arbitraje cuyas leyes y prácticas estimen más conveniente para sus intereses.

**RESUMEN:** Análisis de las consecuencias que se derivan de la sentencia del TJCE en el asunto *West Tankers* de extender la aplicación del Reglamento 44/2001 a la excepción procesal de arbitraje cuando dicha excepción se plantea en un procedimiento cuyo objeto principal está incluido en su ámbito material de aplicación. Esta decisión tiene efectos negativos tanto para las partes en el convenio arbitral (la parte que desea “torpedear” el arbitraje puede hacer un uso oportunista del *forum shopping* y de la regla de litispendencia *prior tempore*) como para los Estados (el tribunal de un Estado miembro está obligado a reconocer la sentencia pronunciada por el tribunal de otro Estado miembro aunque no comparta la decisión del juez de origen respecto de la nulidad del convenio arbitral). La propuesta de introducir en el Reglamento 44/2001 una norma que atribuya competencia preferente a los tribunales del Estado de la sede del arbitraje para verificar la validez del convenio arbitral parece una solución adecuada. Se trata de un criterio de competencia compatible con el modelo internacional de control del convenio arbitral establecido en el Convenio de Nueva York de 1958 y acorde con las Recomendaciones que con el fin de evitar procedimientos paralelos ante jueces y árbitros ha formulado la *International Law Association*.

**PALABRAS CLAVE:** CONVENIO ARBITRAL – PROCEDIMIENTOS PARALELOS – REGLAMENTO 44/2001 – CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958 – RECOMENDACIONES DE LA INTERNACIONAL LAW ASSOCIATION (2006)

**ABSTRACT:** Analysis of the consequences of the *West Tankers* ECJ’s judgement by extending the applicability of Regulation 44/2001 to the preliminary issue on the validity of an arbitration agreement when the main subject matter of the proceedings falls under the scope of the before mentioned Regulation. This decision has negative effects for both the parties to the arbitral agreement as to the Member States. The party that would hinder the arbitration could make an abusive use of the *forum shopping* or the firsttime rule of *lis pendens*. The Member State’s courts cannot refuse recognition and enforcement of a judgement of another member State on the ground that de court of origin adjudicated over a dispute which the recognitioncourt considers to fall within the scope of a valid arbitration agreement. The

*proposal to include within the Regulation a preferential jurisdiction rule of the courts of seat of arbitration to verify the validity of the arbitration agreement seems an appropriate solution. It is a criterion of jurisdiction compatible with the international model for control of the arbitration agreement established by the in New York Convention and consistent with the recommendations made by the International Law Association in order to avoid parallel proceedings before judges and arbitrators*

**KEY WORDS:** *ARBITRATION AGREEMENT – PARALLEL PROCEEDINGS – REGULATION 44/2001 – NEW YORK CONVENTION OF 1958 – ILA RECOMMENDATIONS (2006)*