

# PROPUESTAS DE INCLUSIÓN DEL ARBITRAJE EN EL REGLAMENTO 44/2001\*

MIGUEL GÓMEZ JENE

*Profesor titular de Derecho Internacional Privado*  
*UNED*

Recibido: 01.02.2010 / Aceptado: 12.02.2010

**Resumen:** El *Heidelberg Report* es un estudio encargado por la Comisión que tiene por objeto plantear propuestas de modificación del Reglamento 44/2001. Una de las propuestas más interesantes de este estudio es la que gira en torno a la inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación material del texto comunitario. Como era de esperar, esta propuesta ha sido, con mucho, la más polémica y, en consecuencia, la que ha originado el más amplio, interesante e interesado debate. Estando las propuestas ya publicadas, el TJUE dictó su sentencia en el asunto *West Tankers*. En esta sentencia el TJUE otorga competencia *exclusiva* al tribunal del lugar donde se plantee la cuestión relativa a la validez del convenio arbitral –por más que ese tribunal no sea el tribunal del lugar del arbitraje-. De este hecho se derivan dos consecuencias de distinta índole: (i) se da un paso decisivo en la inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001; y, (ii) se alcanza una solución que favorece estrategias procesales en contra del arbitraje –“torpedos”-. El análisis en perspectiva comunitaria de los supuestos controvertidos en la relación arbitraje–jurisdicción, así como el análisis de las propuestas a favor de la inclusión/exclusión del arbitraje, constituye el objeto fundamental de este trabajo.

**Palabras clave:** Arbitraje, Reglamento 44/2001, ámbito de aplicación material, convenio arbitral, relación arbitraje–jurisdicción, competencia exclusiva.

**Abstract:** The *Heidelberg Report* is a study commissioned by the Commission with the aim of preparing the proposals for the amendment of Regulation 44/2001. One of the most interesting proposals is the one dealing with the incorporation of arbitration within the material jurisdiction of the Regulation. As it was expected, the proposal has been the most controversial and therefore an interesting and interested debate has been raised. With the proposals already published, the ECJ delivered its judgment in the *West Tankers* case. This judgment grants exclusive jurisdiction to the tribunal of the place in which the issue related to the validity of the arbitration agreement is posed, regardless of such tribunal not being the one of the place of arbitration. As a result, two different consequences might be identified: (i) it is a decisive step forward in order to include arbitration within the scope of substantial applicability of Regulation 44/2001 and (ii) a solution favouring procedural tactics –“torpedo actions” against arbitration is achieved. The aim of this essay is to consider the community perspective on the complex relationship between arbitration and jurisdiction and to analyze the proposals in favour of the inclusion/exclusion of arbitrations being made after the *West Tankers* judgment.

**Key words:** Arbitration, Judgment Regulation 44/2001, material jurisdiction of the Regulation, arbitration agreement, relationship between arbitration and jurisdiction, exclusive jurisdiction.

**Sumario:** I. Introducción. II. El punto de partida: el alcance de la exclusión del arbitraje del Reglamento 44/2001. III. Las propuestas del *Heidelberg Report*. 1. Propuestas de inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001. 2. Crítica a las propuestas del *Heidelberg Report*. IV. La sentencia *West Tankers*: la inclusión del arbitraje en el Reglamento 44

---

\* Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación SEJ2007-67381/JURI patrocinado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

vía jurisprudencial. I. El juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral queda *incluido* en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001. 2. Las *antisuits injunctions* son incompatibles con el *espacio judicial europeo*. 3. El tribunal ante el que se plantea la demanda sobre el fondo tiene *competencia exclusiva* para pronunciarse a título incidental sobre la validez y aplicabilidad del convenio arbitral. V. Propuestas de inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001 tras la sentencia *West Tankers*. VI. Un nuevo reglamento comunitario para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. VII. A modo de conclusión.

## I. Introducción

1. El artículo 73 del *Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, R. 44) prevé que en un plazo máximo de cinco años desde la entrada en vigor del texto (1 de marzo de 2002), la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un *Informe* sobre su aplicación. Si procede, este *Informe* acompañará, además, propuestas destinadas a adaptar el Reglamento.

Con el fin de cumplir con lo estipulado en este precepto, la Comisión encargó dos estudios que sirven de base al *Informe* citado. Dichos estudios son: (i) el *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*<sup>1</sup> (en adelante, *Heidelberg Report*); y, (ii) el *Study on Residual Jurisdiction*<sup>2</sup>. El nivel de excelencia que reúnen ambos estudios hace prever con cierta seguridad que las propuestas que incorporan –de alto nivel técnico– serán asumidas por la Comisión. Cuestión distinta –más política que técnica– es la que gira en torno a su posible aceptación por las demás Instituciones comunitarias.

En cualquier caso, las propuestas que presentará la Comisión sobre una posible adaptación del Reglamento 44 merecen, cuanto menos, una primera reflexión; reflexión que a lo largo de las siguientes líneas se limitará a las propuestas que de un modo u otro afectan al arbitraje.

2. El último estudio citado –*Study on Residual Jurisdiction*– aborda la cuestión relativa a las “competencias residuales”; esto es, estudia las normas de competencia judicial internacional contempladas en los ordenamientos jurídicos de fuente interna de los Estados miembros y que son de aplicación en defecto de las normas de competencia judicial internacional previstas en los Reglamentos comunitarios (básicamente, R. 44 y Reglamento 2201<sup>3</sup>).

En materia civil y mercantil, por ejemplo, las normas de competencia *residual* son aquellas normas del ordenamiento jurídico de fuente interna que se aplican cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro de la UE (en España, art. 22 LOPJ). En efecto, es sabido que el criterio de aplicación personal del R. 44 es el domicilio del demandado en un Estado miembro; de tal modo que, de no darse esta circunstancia, las normas de competencia judicial internacional aplicables para determinar la competencia del juez ante el que se plantea –o pretenda plantearse– la demanda *no* son las previstas en el Capítulo II del texto, sino las previstas en su ordenamiento de fuente interna. En palabras del mismo R. 44: “Si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro” (art. 4).

Realizar un estudio comparado de las normas de competencia judicial internacional de los Estados miembros –prestando especial atención a los puntos de conexión que utilizan–, identificar los proble-

<sup>1</sup> *Study* JLS/C4/2005/03 presentado por los profesores B. HESS / T. PFEIFFER / P. SCHLOSSER. Documento disponible en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf) El trabajo también está publicado: *The Brussels I Regulation 44/2001. Application and Enforcement in the EU*, C. H. Beck, Munich, 2008. *Vid.* además los comentarios posteriores del ponente en: B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 2010, pp. 258-260.

<sup>2</sup> *Study* JLS/C4/2005/07-30-CE) 0040309/00-37 presentado por el profesor Nuyts. Documento disponible en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_residual\\_jurisdiction\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf)

<sup>3</sup> *Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000.*

mas que de una falta de armonización de estas normas se derivan, así como realizar recomendaciones en aras de una posible armonización, constituyen el fin último de este trabajo.

Aunque de indudable interés, es lo cierto que este segundo texto no aborda específicamente un estudio comparado de los fueros de competencia judicial internacional relativos a las funciones de apoyo y control del arbitraje. No abunda en la relación entre el arbitraje y las normas comunitarias de competencia judicial internacional, y, por ello, su interés a los efectos de este trabajo es relativo.

3. Por el contrario, el primer estudio citado –el *Heidelberg Report*– se ha convertido ya en un referente importante en lo que hace a la relación del arbitraje con el R. 44. Tanto si finalmente las propuestas que incluye en este punto son adoptadas y elevadas por la Comisión, como si no. En efecto, el *Report* controvertido tiene la virtud de: (i) poner de manifiesto las carencias del sistema procesal civil comunitario en relación con el arbitraje; (ii) plantear por primera vez una serie de propuestas de modificación del articulado del R. 44 para regular determinadas cuestiones conexas al mismo; y (iii) plantear la adopción de un nuevo instrumento comunitario, inspirado en los reglamentos de *segunda generación*, para regular a título principal el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales *intracomunitarios*.

En cualquier caso, es incuestionable que las propuestas que plantea este *Report* han llamado poderosamente la atención tanto de las instituciones públicas (ministerios, universidades...) como de distintas empresas y asociaciones privadas<sup>4</sup>. De hecho, tanto unas como otras han planteado interesantes observaciones y propuestas. Por lo que ahora importa, tanto a favor como en contra de incluir el arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento (*infra* V).

4. Con el fin de entender el alcance y la importancia de la cuestión –hipotética inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44–, procede, en primer lugar, concretar el marco de exclusión/inclusión del arbitraje en el ámbito del citado Reglamento. Tal y como hoy es interpretado. Se trata, en este primer apartado, de determinar qué cuestiones conectadas o relativas al arbitraje están incluidas en el ámbito de aplicación del mismo. Para ello, pondré de relieve las coordinadas jurisprudenciales que ofrecen las sentencias en la materia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>5</sup> (II). A continuación, analizaré el alcance de las propuestas que presenta el *Heidelberg Report* (III) y, posteriormente, (V) analizaré también las propuestas más recientes que han surgido como complemento –o contestación– a las planteadas en el *Report*. Ahora bien, en la medida en que la sentencia *West Tankers* (*infra* 5) plantea un escenario nuevo en este ámbito, dedicaré un epígrafe intermedio al análisis de este fallo (IV). Por fin, desarrollaré también otra cuestión que plantea el *Heidelberg Report*, cual es la hipotética elaboración de un Reglamento comunitario para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (VI).

## II. El punto de partida: el alcance de la exclusión del arbitraje del Reglamento 44/2001

5. La cuestión relativa al alcance de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del R. 44 ha sido profusamente estudiada por la doctrina. Sin ánimo de insistir en esta cuestión<sup>6</sup>, baste ahora con recordar que las coordinadas básicas para entender los límites de esa exclusión han sido fijadas por el TJUE en sus célebres sentencias *Marc Rich*, *Van Uden* y muy recientemente *West Tankers* (STJUE de 25.7.1991, 17.11.1998 y 10.2.2009, respectivamente)<sup>7</sup>.

A la luz de estas sentencias, el marco legal sobre la inclusión/exclusión del arbitraje del Reglamento 44 es el siguiente: Los *procedimientos de aplicación* de un arbitraje quedan excluidos del ámbito de aplicación material del R. 44. Por el contrario, sí se consideran incluidos en ese ámbito los *procedimientos de apoyo*. A partir de aquí, de la jurisprudencia del TJUE se deduce que *procedimientos de aplicación* son

<sup>4</sup> Todas las Opiniones pueden consultarse en: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/news\\_consulting\\_0002\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0002_en.htm)

<sup>5</sup> Tal y como pasa a denominarse tras la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa* (1.12.2009).

<sup>6</sup> *In extenso*, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: La eficacia del laudo arbitral*, Madrid, 2000, pp. 98-158.

<sup>7</sup> Asuntos C-190/89, C-391/95 y C-185/07, respectivamente.

aquéllos cuyo objeto verse directamente sobre arbitraje y cuya resolución se revela indispensable para su desarrollo (*ad. ex.* procedimiento para el nombramiento de un árbitro). *Procedimientos de apoyo*, en cambio, son aquéllos cuyo objeto no verse de modo directo sobre una cuestión arbitral; aquéllos, en fin, cuyo objeto no sea absolutamente indispensable para solventar posibles inconvenientes que afecten el normal devenir del arbitraje (*ad. ex.* medidas cautelares).

La reciente sentencia *West Tankers* puntualiza esta delimitación en los siguientes términos: Quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación material del R. 44 las *antisuit injunctions* dictadas en favor de un arbitraje (*infra* IV). Por el contrario, queda expresamente incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento 44 la cuestión relativa a la validez del convenio arbitral cuando ésta se presente a título incidental.

Lo cual supone tanto como que cuando un juez de un Estado miembro estime que no hay un convenio válido y, en consecuencia, entre a conocer sobre el fondo de la cuestión, la sentencia que dicte deberá ser reconocida en todos los Estados miembros en aplicación del R. 44. Supuesto que, a su vez, plantea otra cuestión: ¿podrá denegarse el exequátur de esa sentencia en base al orden público por estimar que el convenio arbitral era válido? (*infra* IV).

6. La distinción así planteada no es del todo satisfactoria. Y es que, además de la confusión que genera –los procedimientos de *apoyo* y *aplicación* no son, por más que se quiera, excluyentes- no deja de resolver las cuestiones más controvertidas. Así, por ejemplo, no resuelve la cuestión relativa al reconocimiento del laudo arbitral anulado en el Estado de origen. O lo que es lo mismo, no resuelve la cuestión relativa a la aplicación del R. 44 para reconocer una sentencia judicial que anula el laudo arbitral. Tampoco resuelve la cuestión en torno al *doble exequátur* del laudo; entendiéndose por *doble exequátur* en este ámbito el reconocimiento de la resolución judicial extranjera que declara ejecutable el laudo.

Este último hecho ha generado una jurisprudencia contradictoria entre los tribunales de los diferentes Estados miembros de la UE, pues existen resoluciones –las menos- que en aplicación del R. 44 reconocen estas sentencias, y resoluciones –las más- que niegan la aplicación del R. 44 a estos supuestos<sup>8</sup>. Esta situación es puesta expresamente de manifiesto en el *Heidelberg Report*. “*in some Member states, judgments endorsing arbitral awards are recognised under Article 32 JR, while other Member States deny the application of the Judgment Regulation by applying Article 1 (2) (d) JR.*”

7. Por otro lado, el *Report* pone de relieve hasta dos veces que, debido al estado de la cuestión –esto es, debido al alcance de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del R. 44-, existen una serie de supuestos relevantes en la práctica que no están satisfactoriamente resueltos. Tales supuestos se plantean, sobre todo, como consecuencia de juicios dispares sobre la validez del convenio arbitral: “*parallel civil and proceedings in different Member States are possible when the validity of the arbitration clause is affirmed by the arbitral tribunal, but disregarded in another Member State*”. En el mismo sentido: “*Consequently, the arbitration clause may be considered as valid in one Member State and as void in another with the result of parallel proceedings and conflicting judgments*”.

8. Hasta aquí, por tanto, dos primeras conclusiones: (i) todavía perviven ciertas dudas sobre la aplicabilidad del R. 44 a cuestiones conexas al arbitraje y, (ii) la exclusión del de esta materia del reglamento comunitario en los términos actuales –tal y como ha sido interpretado por el TJUE- impide solucionar ciertos problemas que en la práctica se plantean. El más importante de éstos es, sin duda, el hecho de que puedan activarse “torpedos” para dar al traste con el correcto devenir del arbitraje.

La práctica del “torpedo”: Básicamente consiste en plantear ante un foro “lento” una demanda sobre el fondo aún habiendo pactado las partes la sumisión a arbitraje para dirimir la controversia. Tanto el tiempo que puede transcurrir hasta que el juez entra a conocer del asunto, como el juicio sobre la validez del convenio arbitral controvertido, pueden obstaculizar seriamente el arbitraje.

<sup>8</sup> Sobre esta cuestión *in extenso*, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Colex, Madrid, 2007, pp. 189-195.

Como a continuación se verá, la sentencia *West Tankers* no hace sino complicar algo más las cosas (*infra* IV).

### III. Las propuestas del *Heidelberg Report*

#### 1. Propuestas de inclusión de arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001

9. A la luz de los supuestos analizados en la primera parte del *Report* –que dicho sea de paso, sólo son una parte de los supuestos que se dan- se articulan una serie de propuestas de *lege ferenda*. La justificación de estas propuestas se plasma de forma rotunda: “*the practical problems relating to the exclusion of arbitration can no longer be dissimulated*”.

El punto de partida en este contexto es claro. Dicho punto podría concretarse así: cualquier modificación que se adopte al respecto *no* debe interferir con el ámbito de aplicación del *Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros* (CNY). En concreto: “*Before addressing specific interfaces between the JR and arbitration, it seems appropriate to stress some guiding principles which should govern any inclusión of arbitral matters in the framework of the Judgment Regulation. Firstly, the New York Convention of 1958 provides a uniform framework for the enforcement of arbitral awards. The convention is in force worldwide and should not be set aside or weakened by a regional framework. Secondly, the most prominent achievement of the New York Convention consists in its broad scope of application entailing uniformity and legal certainty world-wide, in all contracting States. Therefore, the Judgment Regulation should not address issues dealt with by the New York Convention.*”(numeral 116 del *Report*).

10. A partir de aquí, el ámbito de aplicación de la propuesta queda perfectamente delimitado: se circunscribe a una ampliación del ámbito material del R. 44 para incluir en él –únicamente- los procedimientos conexos al arbitraje.

11. Sentado el punto de partida, el *Report* aboga, con carácter general, por *suprimir* la excepción prevista en el mismo artículo 1.4 R. 44 relativa al arbitraje. A partir de ahí, localiza cuatro puntos controvertidos sobre los que cabe plantearse una nueva regulación:

A) El reconocimiento del convenio arbitral.

B) Las cuestiones conexas al arbitraje tales como las relativas al nombramiento de árbitros, apoyo judicial para la concreción de pruebas y decisiones de los tribunales sobre los costes del arbitraje.

C) La cuestión relativa al reconocimiento y ejecución, y en concreto, la cuestión relativa al reconocimiento de la sentencia judicial dictada como consecuencia de considerar inválido el convenio arbitral -¿posible aplicación de la cláusula de orden público para denegar el reconocimiento de esa sentencia?-, y,

D) Las cuestiones relativas a los conflictos entre laudos arbitrales y sentencias judiciales en materia de arbitraje.

La cuestión relativa al reconocimiento de una sentencia judicial como consecuencia de considerar inválido el convenio arbitral ha quedado definitivamente zanjada en -sentido positivo- tras la sentencia *West Tankers* -C/. (*infra* IV). Para resolver las cuestiones relativas a los *conflictos entre laudos arbitrales y sentencias extranjeras*, el *Report* plantea de *lege ferenda* un nuevo instrumento comunitario. Tan interesante resulta esta cuestión que será objeto de un epígrafe aparte (*infra* VI).

12. En cuanto a la primera cuestión que plantea el *Report* (reconocimiento del laudo arbitral –A/.-) cabe decir lo siguiente. Estos supuestos tienen su origen en la diferente apreciación que los distintos tribunales de los Estados miembros están haciendo sobre la validez, y sobre todo, sobre la extensión de los efectos del convenio arbitral. Como consecuencia de esta situación: “*conflicting judgments and arbitral awards (and enforcement measures) may impair the predictability of judicial proceedings in the European Judicial Area. This situation is not satisfactory...*”

El problema en cuestión hace tiempo que fue denunciado. De hecho, las propuestas para ampliar el ámbito de aplicación material del R. 44 a estos supuestos son antiguas y gozan de amplia aceptación

doctrinal y jurisprudencial<sup>9</sup>. Y el hecho de que el *Report* reconozca ahora expresamente su relevancia tiene importancia, pues no sólo las hace suyas, sino que, además, las justifica plenamente: “*court proceedings supporting arbitration in civil and commercial matters would be covered by the scope of the Judgment Regulation and, accordingly, a (declaratory) judgment on the validity of an arbitration agreement could be recognised under Article 32 JR*”. Afirma, en este sentido, que la inclusión de esta materia en el ámbito del R. 44 supondría una estrecha conexión entre el CNY y el mismo Reglamento. Todo ello, además, asegurando la prevalencia del CNY sobre el R. 44 por mor del artículo 71 R. 44.

**13.** Los motivos que enumera el *Report* para justificar una ampliación del ámbito material del instrumento comunitario al reconocimiento del convenio arbitral son: la eliminación del riesgo de que se produzcan decisiones contrapuestas sobre la validez del mismo; la posibilidad de alcanzar los mismos efectos que en la práctica pretenden las *antisuit injunctions* dictadas para proteger la eficacia del convenio arbitral; y, la posibilidad también de alcanzar los mismos efectos que en la práctica se consiguen con la apreciación del efecto negativo del principio *Kompetenz-kompetenz*.

En efecto, ampliando el ámbito de aplicación del R. 44 a estos supuestos es muy lógico suponer que una vez dictada una resolución judicial afirmando la validez del convenio arbitral –ya sea resolviendo a título principal, ya sea resolviendo a título incidental–, cualquier otro Estado miembro se abstendría de conocer sobre el fondo del asunto. Y si aún así lo hiciera; es decir, si aún así entrase o pretendiese entrar a conocer sobre el fondo de la cuestión, bastaría con instar ante ese tribunal el reconocimiento *incidental* de la resolución judicial extranjera que declara la validez del convenio para dar al traste con su aspiración (art. 33.3 del Reglamento).

**14.** Por tanto, la medida consistente en incluir los supuestos de reconocimiento del convenio arbitral en el ámbito de aplicación del R. 44 tiene todo su sentido. No obstante, a mi juicio plantea –o delata– un problema mayor, cual es el que se deriva del hecho de no querer ir más allá y armonizar cuestiones que en la práctica se están revelando extraordinariamente controvertidas: básicamente, los parámetros formales y la extensión de los efectos del convenio arbitral.

**15.** Por ello, la mejor opción en este punto pasaría por incluir en el articulado del instrumento comunitario una norma material que delimitara los contornos formales del convenio arbitral. Una norma muy similar en cuanto a su contenido y estructura al artículo 23 del texto (*prórroga de competencia*).

**16.** La opción en cuestión es, de hecho, considerada –y deseada– por el *Report* (numeral 126). Los motivos que esgrime para renunciar a esta vía son los siguientes: (i) una supuesta superposición con el artículo II CNY; (ii) una extensión de esa hipotética cláusula al ámbito de los consumidores; (iii) una posible colisión con el principio de *Kompetenz-Kompetenz*; y, (iv) una “comunitarización” no deseada de esa materia.

**17.** Los cuatro argumentos descritos individualmente considerados no son, a mi juicio, convincentes. El cuarto es, si acaso, entendible. Así es, pues la “comunitarización” de esta materia supondría tanto como una renuncia a la concepción autónoma que cada ordenamiento jurídico tiene sobre la cuestión. Una intrusión –si se quiere– en la cultura arbitral de cada Estado miembro.

Y aun siendo cierto este argumento, desde un punto de vista estrictamente teórico no parece tan grave. Armonizar la validez formal del convenio arbitral sólo aportaría seguridad jurídica –en términos de previsibilidad– al operador económico. De hecho, esto es lo que en su día pretendió el artículo II CNY (artículo ampliamente superado –por insuficiente– en la práctica arbitral).

**18.** Los otros tres argumentos son, cuanto menos, contestables. La interferencia de normas con el artículo II CNY (i) lleva mucho tiempo dándose en la práctica –a menudo se aplica la norma interna, más favorable–. Circunstancia ésta que, además, incrementa la inseguridad jurídica. Por otro lado, la exclusión de los consumidores de este ámbito (ii) se lograría tratando la cuestión en el mismo artículo:

<sup>9</sup> *In extenso*, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial...*, cit. nota 6, pp. 160-220.

haciendo una escueta mención (en términos de exclusión) en el tenor de la norma. Y por fin, la colisión con el efecto negativo del principio de *kompetenz-kompetenz* (iii) es discutible. En efecto, según este principio los árbitros tienen potestad para decidir sobre la misma validez del convenio arbitral, de tal modo que se atribuye al mismo árbitro el examen de su propia competencia cuando ésta sea impugnada. Además, esta particular competencia del árbitro no depende del hecho de que únicamente se haya impugnado la validez del mismo convenio arbitral o del hecho de que se haya impugnado el contrato en su totalidad. En ambos supuestos, el árbitro decide sobre la validez del citado convenio.

El efecto negativo de este principio ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia francesa<sup>10</sup>. En su virtud, cuando se plantee ante los tribunales de justicia una cuestión relativa a la validez del convenio, en vez de resolver, se limitarán a remitir al colegio arbitral para que sea éste quien juzgue la validez del mismo. Única excepción a esta regla es aquel supuesto en el que el tribunal judicial considere que el convenio arbitral es *manifestamente* nulo.

Siendo esto así no es fácil vislumbrar en qué modo puede interferir una regulación formal del convenio arbitral con este principio. Y es que, la armonización material del convenio arbitral en nada afecta a la forma en que cada ordenamiento decide cómo debe procederse a determinar la validez del mismo. Una cosa es la norma material que regula la validez formal del convenio y otra bien distinta es el procedimiento en virtud del cual se determina quién tiene la competencia inicial –juez o árbitro– para juzgar esa validez; validez, eso sí, que se juzgará a partir de los criterios formales que regule la norma material.

**19.** En cualquier caso, la vía escogida para reconocer el convenio arbitral tampoco desmerece y supone un verdadero avance en este ámbito. En concreto, pasa por entender que la parte vinculada por un convenio no debe quedar obligada a defenderse ante la jurisdicción ordinaria extranjera. La idea que subyace a esta regulación es que el tribunal [extranjero] que conozca de la controversia debe suspender el procedimiento si le consta la existencia de un convenio arbitral (por más que su validez sea controvertida) y remitir a las partes a los tribunales del lugar del arbitraje para que sean éstos los que resuelvan la cuestión relativa a la validez del convenio arbitral.

La propuesta finalmente presentada para regular estos supuestos se enmarca en la Sección 9ª del texto (*litispendencia y conexidad*) y es del siguiente tenor:

Artículo 27 A. *A court of a Member State shall stay the proceedings once the defendant contests the jurisdiction of the court with respect to existence and scope of an arbitration agreement if a court of the Member State that is designated as place of arbitration in the arbitration agreement is seized for declaratory relief in respect to the existence, the validity, and/or scope of that arbitration agreement*<sup>11</sup>.

**20.** Los procedimientos conexos al arbitraje relativos a cuestiones tales como el nombramiento de árbitros, el apoyo judicial para la concreción y custodia de pruebas y la adopción de medidas cautelares (B/) también deberían tener cabida, en opinión del *Report*, en el ámbito de aplicación material del R. 44 revisado.

**21.** Por lo que hace a las medidas cautelares, resulte muy sugerente la propuesta de aplicar las normas de competencia judicial internacional previstas en el Capítulo II del Reglamento. Repárese en que por más que tras la sentencia *Van Uden* (*supra* 5) parezca evidente la aplicación del texto comunitario a estos supuestos, es lo cierto que este fallo únicamente se limitó a establecer la compatibilidad entre el R. 44 y el arbitraje: la competencia final para adoptar dichas medidas vendría –y viene– determinada

<sup>10</sup> *Ad. ex. Cour de cassation*, 21.5.1997, *Rev. Arb.*, 1997, pp. 534-538. Sobre esta cuestión en la doctrina comparada *vid.*, por todos, E. GAILLARD, “L’effet négatif de la compétence-compétence”, *Études de procédure et d’arbitrage en l’honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, pp. 387-402.

<sup>11</sup> La traducción que hago de esta norma es: “El tribunal de un Estado miembro suspenderá el procedimiento si el demandado impugna su competencia alegando la existencia de un convenio arbitral aplicable, si se presenta ante el tribunal del Estado miembro designado sede del arbitraje una demanda mero declaratoria sobre la existencia, validez y alcance del convenio arbitral”.

por los ordenamientos procesales de fuente interna. Y no por lo establecido en el hoy artículo 31 R. 44, que, como norma de remisión que es, se limita a remitir la cuestión a los ordenamientos procesales de cada Estado<sup>12</sup>.

**22.** La forma de regulación propuesta para los supuestos de apoyo al arbitraje es muy estricta, pues se articula en torno a la creación de un fuero de competencia judicial internacional *exclusivo*.

Son bien conocidos los motivos y las implicaciones que de la concreción de la competencia judicial en un fuero *exclusivo* se derivan. Los motivos giran alrededor de un –cuestionable– interés particularmente intenso del Estado en cuyos tribunales recae este tipo de competencia. Y las implicaciones van desde la imposibilidad de prorrogar la competencia mediante una cláusula de sumisión a los tribunales de otro Estado, hasta la exclusión del juego del fuero general –domicilio del demandado– y, en su caso, del fuero especial.

La justificación del fuero *exclusivo* descansa, sobre todo, en la necesidad de evitar una “competencia” entre los diferentes tribunales de los Estados miembros para entrar a conocer de la misma cuestión. Se estima, en este sentido, que encuadrar esta cuestión en el ámbito de las competencias *especiales* supondría tanto como abrir la puerta a fueros concurrentes –fuero general (domicilio del demandado) *versus* tribunales designados por el fuero especial–.

La pega que una regulación de este tipo plantea –ya sea como fuero *exclusivo* o como fuero *especial*– reside en la concreción del lugar del arbitraje cuando nada al respecto está previsto en el convenio arbitral. Además, no debe olvidarse que tampoco existe una definición uniforme de sede del arbitraje en todos los Estados miembros. Por este motivo, la propuesta en torno a la creación de un fuero *exclusivo* viene acompañada de una pauta material uniforme para la concreción del lugar del arbitraje.

La propuesta finalmente presentada para regular estos supuestos es del siguiente tenor:

Artículo 22. 6: *The following courts shall have exclusive jurisdiction, regardless of domicile, (...) (6) in ancillary proceedings concerned with the support of arbitration the courts of the Member State in which the arbitration takes place.*

*The place of arbitration shall depend on the agreement of the parties or be determined by the arbitral tribunal. Otherwise, the court of the Capital of the designated member State shall be competent, lacking such a designation the court shall be competent that would have general jurisdiction over the dispute under the Regulation if there was no arbitration agreement.*

## 2. Crítica a las propuestas del *Heidelberg Report*

**23.** Cargadas de sentido común, las propuestas del *Heidelberg Report* representan –qué duda cabe– un paso adelante en la necesaria regulación de la relación entre el arbitraje internacional –o mejor, entre el arbitraje comunitario– y la jurisdicción ordinaria. Y ello, aun cuando en un primer momento se descarte la inclusión de una norma material que regule la validez formal del convenio arbitral<sup>13</sup>. En palabras del *Report*: “*In the present state of affairs, it seems appropriate not to propose far-reaching amendments of the Judgement Regulation in this field*” (numeral 130).

**24.** El primer paso de esta propuesta, que consiste en suprimir la mención al “arbitraje” tal y como hoy está recogido en el párrafo segundo del artículo 1 del Reglamento 44 es muy acertado. Y es que, este mínimo cambio de redacción del artículo 1 supondrá tanto como que el exequátur de la sentencia judicial que anula el laudo arbitral pueda llevarse definitivamente a cabo a partir de los cauces que prevé el reglamento comunitario. De este modo, será difícil que vuelvan a darse supuestos tan contrarios a la

<sup>12</sup> Escapa a este estudio mediar en la polémica doctrinal en torno a la calificación del artículo 31 R. 44 (norma de competencia *versus* norma de remisión) y sobre la relevancia de la sentencia *Van Uden* para el arbitraje internacional. Sobre estas cuestiones *vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI / M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje, medidas cautelares y Convenio de Bruselas (A propósito de la Sentencia del TJCE de 17 de Noviembre de 1998 en el asunto *Van Uden c. Deco Line*)”, *Tribunales de Justicia* 1999/4, pp. 303-318.

<sup>13</sup> Ya en este sentido, M. GÓMEZ JENE, “Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Binnenmarkt”, *IPRax*, 2005, pp. 84-93.

lógica comunitaria –e irrespetuosos con la autonomía de la voluntad de las partes- como el que representa el asunto *Putrabali*<sup>14</sup>: un laudo anulado en Londres –sede expresamente elegida para las partes- es reconocido en París.

25. Por lo demás, la propuesta es coherente con el grado de regulación que pretende alcanzar. En efecto, en la medida en que la idea que subyace a esta reforma es la de preservar la “cultura arbitral” de cada Estado, tiene sentido que se otorgue competencia *exclusiva* a los tribunales de la sede del arbitraje para que conozcan de los procedimientos de apoyo y control. Excluyendo de esa competencia las acciones relativas a la validez del convenio arbitral. Repárese en que ciertos ordenamientos jurídicos en materia arbitral no permiten que los jueces entren a conocer a título principal de la validez del convenio (es el caso, por ejemplo, del ordenamiento jurídico español –arts 7 y 8 LA-). En este sentido, parece lógico evitar una competencia judicial en grado de exclusividad a favor de un tribunal que, en virtud de su ordenamiento procesal interno, puede que ni tan siquiera tenga competencia para conocer de ese supuesto. De hecho, en coherencia con el principio de “mínima invasión” que informa a esta propuesta de reforma, la regla que propone en materia de conexidad –consistente en una remisión a los tribunales sede del arbitraje- únicamente opera si el tribunal en cuestión “*is seized for declaratory relief in respect to the existence, the validity and/or the scope of that arbitration agreement*”. O lo que es lo mismo: la regla para evitar procedimientos paralelos que plantea el *Report* sólo entra en juego cuando la parte interesada –de ordinario, la parte demandada en el procedimiento principal- anuncie su voluntad de plantear a título principal una demanda sobre la validez del convenio arbitral ante los tribunales de la sede del arbitraje.

26. A mi juicio esta regla plantea, al menos, dos problemas. El primero gira en torno al requisito que se impone al demandado para que entre en juego la regla de conexidad: se le exige que plantee una demanda mero declaratoria ante los tribunales de la sede del arbitraje sobre la validez del convenio arbitral. El segundo, directamente relacionado con el anterior, gira en torno al supuesto que no regula: ¿qué ocurre si el demandado opta por iniciar directamente el arbitraje sin plantear la demanda mero declaratoria pertinente?

Como ya adelantara anteriormente (*supra* 24), ciertos ordenamientos jurídicos –como el español-, en su afán por limitar la intervención judicial en el arbitraje, no permiten que los jueces entren a conocer a título principal de la validez del convenio arbitral. Siendo esto así –y no hay duda de que lo es- debemos convenir que la norma propuesta en el *Report* condiciona su misma aplicación a que se cumpla un requisito de imposible cumplimiento: planteamiento de una demanda que no se puede plantear.

Y por otro lado, la regla de conexidad propuesta no regula el supuesto más común. Así, cuando el demandante en la jurisdicción ordinaria presenta su demanda, lo que indirectamente está haciendo es incumplir con lo pactado en el convenio arbitral (renuncia a la jurisdicción). Ante esta situación, el demandado ante la jurisdicción ordinaria podrá optar por seguir fiel a lo pactado en el convenio e iniciar el arbitraje –renunciando a plantear ninguna acción mero declarativa sobre la validez del mismo-. Pues bien, como podrá comprobarse, este supuesto no está contemplado en el tenor de la norma.

#### IV. La sentencia *West Tankers*: la inclusión del arbitraje en el Reglamento 44 vía jurisprudencial

27. Estando en todo su apogeo el debate en torno a las propuestas de modificación que plantea el *Heidelberg Report*, el TJUE dictó su ya conocida sentencia *West Tankers*. La sentencia, como no podía ser de otro modo, ha generado una amplia e intensa discusión doctrinal<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> *Cour d'Appel* de París, 31.3.2005, *Rev. Arb.*, 2006, pp. 665- 666. *Cour de Cassation*, 29.7.2007, *Rev. Arb.*, 2007, pp. 507-517.

<sup>15</sup> *Vid.* el interesantísimo debate doctrinal en: conflictoflaws.net *Vid.* también, En la doctrina extranjera, *vid.* : S. BOLLÉÉ, « La Cour de justice des communautés européennes condamne les injonctions anti-suit visant à protéger la compétence arbitral, note sous CJCE, 10 février 2009 », *Rev. Arb.*, 2009, pp. 407-428 ; M. ILLMER, « Anti-suit injunctions zur Durchsetzung von Schiedsvereinbarungen in Europa – der letzte Vorhang ist gefallen », *IPRax*, 2009, pp. 312-318; H. P. SCHROEDER, « Gemeinschaftswidriges gerichtliches Verbot der Klagerhebung wegen Schiedsvereinbarung », *EuZW*, 2009, pp. 218- 219 ; S. SEELMANN-EGGEBERT / P. CLIFFORD, « Lost a sea ? Anti-suit injunctions after West Tankers », *SchiedsVZ*, 2009, pp.- 139-142. En la doctrina española, *vid.* : R. ARENAS GARCÍA, « La inclusión progresiva del arbitraje

28. De la sentencia *West Tankers* se derivan, al menos, tres importantísimas consecuencias:

1ª. Queda comprendida en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001 (R. 44) la *cuestión incidental* relativa a la validez del convenio arbitral, cuando se plantee ante el tribunal de un Estado miembro que va a conocer sobre el fondo en base a uno de los fueros de competencia judicial del Reglamento;

2ª. Las *antisuits injunctions* son incompatibles con el *espacio judicial europeo*; y,

3ª. El tribunal ante el que se plantea la demanda sobre el fondo tiene *competencia exclusiva* para pronunciarse a título incidental sobre la validez y aplicabilidad del convenio arbitral (numeral 27 de la sentencia).

Ésta última consecuencia es, sin duda, la más relevante a los efectos de este trabajo.

### 1. El juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral queda *incluido* en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001

29. Si bien desde el punto de vista del Derecho anglosajón la relevancia del fallo reside, básicamente, en concretar el alcance de las *antisuits injunctions* en el *espacio judicial europeo*, la sentencia *West Tankers* es importante también en la medida en que zanja definitivamente una cuestión relativa a la exclusión / inclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del R. 44. Dicha cuestión es, en concreto, la relativa a la aplicabilidad del R. 44 cuando presentada una demanda sobre el fondo ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro se plantee a título incidental la existencia de un convenio arbitral. Es decir, habida cuenta de que el artículo 1.2.d/ del R. 44 excluye el arbitraje de su ámbito de aplicación, se cuestiona el hecho de que un juez de un Estado miembro pueda declararse competente en base a los fueros del R. 44 cuando alguna de las partes –normalmente, la demandada- alegue la existencia de un convenio arbitral –en su opinión- válido.

Para resolver esta cuestión el TJUE ha otorgado, además, *competencia exclusiva* al tribunal ante el que se plantea la cuestión principal.

30. La aplicación del R. 44 cuando se plantee a título incidental la validez del convenio arbitral ha sido ampliamente discutida por la doctrina. En términos generales puede afirmarse que la opinión a favor de considerar *incluido* este supuesto en el ámbito de aplicación material del Reglamento ha sido, desde siempre, muy mayoritaria. Tanto en la doctrina continental<sup>16</sup> como en la doctrina anglosajona<sup>17</sup>.

en el Reglamento 44/2001 : de Van Uden a *West Tankers* y sus consecuencias » ; M. REQUEJO ISIDRO, « *West Tankers* : otra vez no a las *antisuits injunctions* » ; E. SIERRA NOGUERO, « Un revés europeo al arbitraje londinense : la anti-suit injunctions es incompatible con el Derecho comunitario », los tres estudios publicados en *Arbitraje*, Vol. II, 2009 (2), pp. 401-428 ; pp. 429-438 ; y, pp. 439-458, respectivamente; N. BOUZA VIDAL, « Procedimientos paralelos en torno a la validez del convenio arbitral: nuevos planteamientos después de *West Tankers* », *Arbitraje*, Vol. II, 2009 (3), pp. 675-708.

<sup>16</sup> D. MARTINY, “Anerkennung nach multilateralen Staatsverträgen”, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Vol. III/2, Tubingia, 1984, pp. 83-85; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVÜ und Lugano Übereinkommen*, Heidelberg, 1996, pp. 73-74 –mismo criterio en sucesivas ediciones-; P. SCHLOSSER, *EuGVÜ. Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen mit Luganer Übereinkommen und den Haager Übereinkommen über Zustellung und Beweisaufnahme*, Munich, 1996, pp. 29-30; R. GEIMER / R. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano- Übereinkommen*, Munich, 1997, p. 501 –mismo criterio en ediciones posteriores-; P. MANKOWSKI en T. RAUSCHER (Ed.), *Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar*, 2ª Ed., 2006, pp. 97-101. En la doctrina española, a favor, M. GÓMEZ JENE, “Convenio arbitral y orden público europeo (a propósito de la Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000 en el asunto *Krombach c. Bamberski*)”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Núm. 209, Sep/oct. 2000, pp. 86-92; con cautelas, R. ARENAS GARCÍA, “La inclusión...”, *cit.*, nota 15, pp. 414-415. En contra, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 616-617.

<sup>17</sup> T. C. HARTLEY, *Civil Jurisdiction and Judgments*, Londres, 1984, pp. 96-97; D. LASOK / P. A. STONE, *Conflict of laws in the European Community*, 1987, p. 186; P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Oxford, 1987, pp. 147-148; S. O'MALLEY / A. LAYTON, *European Civil Practice*, Londres, 1989, pp. 346-347; P. M. NORTH / J. J. FAWCET, *Cheshire and North's Private International Law*, Londres, 1992, pp. 435-436 –mismo criterio en ediciones posteriores-; A. BRIGGS en: P. REES (Ed.), *Norton Rose on Civil Jurisdiction and Judgments*, Londres, 1993, p. 33.

De hecho, el *Heidelberg Report* plantea su propuesta de inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación del R. 44 partiendo de esta premisa: “*the preliminary issue relating to the validity of an arbitration clause did not affect the applicability of the Judgments Convention*” (numeral 106).

**31.** Pero además del apoyo doctrinal comentado, la jurisprudencia comparada también ha venido asumiendo desde antiguo esta interpretación. Hasta tal punto que ha venido otorgando el exequátur a aquellas sentencias dictadas como consecuencia de un juicio previo de nulidad o inexistencia del convenio arbitral. Sin ni tan siquiera aceptar el juego de la cláusula de orden público en este estadio.

Así, por ejemplo, resulta especialmente nítida en este sentido la resolución (*Beschluss*) del *Oberlandesgericht (OLG)* de Celle (Alemania) de 8.12.1977<sup>18</sup>. En este supuesto el tribunal aplicó el hoy R. 44 para reconocer una sentencia italiana dictada en las condiciones anteriormente descritas, desestimando el juego de la cláusula del orden público en sede de exequátur. Para el tribunal alemán, la consideración sobre la invalidez del convenio arbitral realizada por el juez de origen, si bien cerraba la posibilidad a un procedimiento arbitral, no impedía su resolución vía judicial, por lo que en ningún momento se actuaba en contra del orden público.

En esta misma línea interpretativa se encuadra la resolución del *OLG* de Hamburgo de 5.8.1988<sup>19</sup>. En efecto, en un asunto donde, entre otras cuestiones, la demandante esgrimía la existencia de un convenio arbitral como causa para evitar el reconocimiento de una sentencia francesa, el *OLG* no consideró la aplicación de la cláusula de orden público para denegar el reconocimiento solicitado.

Idénticos parámetros hermenéuticos adoptó la *High Court of Justice* con ocasión del asunto “*The Heidelberg*”<sup>20</sup>. En este caso, la *High Court* estimó que una sentencia dictada por el *Tribunal de Commerce* de Burdeos, que resolvía sobre el fondo del litigio tras rechazar la validez del convenio arbitral, entraba en el ámbito de aplicación del hoy R. 44 y que, por lo tanto, el tribunal inglés estaba obligado a reconocerla.

Como se observa, en estos tres supuestos los pertinentes órganos jurisdiccionales que conocen del exequátur llegan a la misma conclusión: la apreciación hecha por el juez del Estado de origen sobre la validez del convenio arbitral no puede corregirse mediante el juego de la excepción de orden público en sede de exequátur y, en consecuencia, no es causa para denegar el reconocimiento de la sentencia.

**32.** Siendo esto así –apoyo doctrinal y jurisprudencial claro- causa cierta extrañeza que el Tribunal haya sido tan parco en sus argumentos para zanjar –como ha zanjado- una cuestión tan relevante para los prácticos del arbitraje. Tan es así que, en su sentencia, el TJCE únicamente se apoya en el *Informe Evrigenis y Kerameus*<sup>21</sup> para justificar su postura.

**33.** A mi juicio, sin embargo, existen poderosos argumentos adicionales a favor de esta interpretación; argumentos que bien podrían haberse puesto de relieve en un considerando adicional (como así apuntó, cuanto menos, la Abogado General en sus Conclusiones al fallo). De este modo, se hubiera transmitido una sensación de solidez argumental muy necesaria habida cuenta de la relevancia del tema.

Dichos argumentos se localizan en el *Informe Schlosser*<sup>22</sup>, en la misma jurisprudencia del TJUE y en las nefastas consecuencias que se derivarían de no aceptar la interpretación que finalmente ha hecho el TJUE.

<sup>18</sup> OLG Celle, *Beschluss* del 8.12.1997 – 8 W 276/77, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1979, pp. 131-132.

<sup>19</sup> OLG Hamburgo, *Beschluss* del 5.8.1993 – 6 W 92/89, *IPRax*, 1995, pp. 391-393.

<sup>20</sup> *Asunto Partenreederei M/S “Heidelberg” and Vega Reederei Friedrich Dauber c. Grosvenor Grain and Feed Co. LTD. Union Nationale des Cooperatives Agricoles de Cereales and Assurances Mutuelles Agricoles, Queen’s Bench Division (Commercial Court)*, 8,9,13,14 y 16 de diciembre de 1993, [1994] Vol. 2, *Lloyd’s Law Reports*, pp. 287-314.

<sup>21</sup> *Informe de los Profesores D. EVRIGENIS / K. D. KERAMEUS relativo a la adhesión de la República Helénica al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, DOCE núm. C 189, de 28.7.1990, núm. numeral 35, p. 266.

<sup>22</sup> *Informe del Profesor P. SCHLOSSER sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia*. DOCE, núm. C 189 de 28.7.1990, pp. 184-256.

**34.** Por lo que hace al *Informe Schlosser*, cabe apuntar lo siguiente. Relata este texto que en el marco de las negociaciones conducentes a la adhesión del Reino Unido, Dinamarca e Irlanda al hoy R. 44 se planteó la siguiente cuestión:

En el caso de que un tribunal estatal, por ignorar la existencia de un convenio arbitral o por no considerarlo válido, se pronunciase sobre el fondo del asunto dictando sentencia, ¿podría otro Estado miembro rechazar el reconocimiento de dicha resolución basándose en que, en realidad, el convenio arbitral era válido y la decisión no entraría, por tanto, en el ámbito de aplicación del hoy R. 44 en virtud del artículo 1.4?

Situados en este contexto, debe señalarse que *únicamente* el Reino Unido defendió la tesis de que la existencia de un convenio arbitral válido era causa suficiente para no aplicar el hoy R. 44. Esta interpretación, además de ser criticada ampliamente por la doctrina anglosajona (*supra* 29), fue rechazada por la mayoría de los Estados miembros, que se inclinaron por la interpretación contraria; esto es, la existencia de dicho convenio no era óbice para el reconocimiento –vía reglamento- de la sentencia judicial que hubiera conocido sobre el fondo.

La postura de este sector mayoritario se cimentaba, por lo que ahora importa, en que la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del R. 44 no operaba cuando la cuestión de la validez de un convenio arbitral se plantease de forma incidental. Justo el supuesto que ahora se plantea en el asunto *West Tankers*.

En consecuencia, si bien es cierto que el *Informe Schlosser* dejó deliberadamente abierta esta cuestión (“Los Estados miembros podrán tener en cuenta esta interpretación incierta en su legislación de introducción”<sup>23</sup>), no es menos cierto que también demuestra con particular nitidez como una amplia mayoría en el seno del grupo legislador se decantó a favor de la interpretación que finalmente ha adoptado el TJUE.

Es más, incluso puede afirmarse que, bien leído, el numeral 62 del *Informe Schlosser* asume implícitamente la interpretación mayoritaria: “...el punto 4 del párrafo segundo del artículo 1 del Convenio sólo cubre los procedimientos que se desarrollen ante los tribunales estatales en los casos en que dichos procedimientos se vinculen a la pretensión principal de un procedimiento arbitral, y no cuando se refieran sólo incidentalmente a la cuestión de la validez de un compromiso arbitral con ocasión del examen de la competencia del tribunal.”

**35.** Queda claro, por tanto, que, a la luz de los *Informes* anteriormente citados, la *interpretación teleológica* sobre de la exclusión del arbitraje del R. 44 (o sobre su artículo 1.4.d/) pasa por considerar incluido en el ámbito de aplicación material del instrumento comunitario el supuesto planteado.

Pero además, entiendo que el mismo TJUE ya hizo una rápida referencia a esta cuestión en su sentencia *Marc Rich*<sup>24</sup>, manifestándose entonces en el mismo sentido en que se ha manifestado ahora en la sentencia *West Tankers*.

En efecto, en el considerando 28 de aquel fallo, el TJUE estableció que: “la circunstancia de que se suscite una cuestión previa sobre la existencia o la validez del convenio arbitral no tiene incidencia alguna en la exclusión del ámbito de aplicación del Convenio de un litigio cuyo objeto sea la designación de un árbitro”. A mi entender, lo que el TJUE quiso decir con que este inciso es que, del hecho de que la cuestión previa *si* esté incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento (en el caso, juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral) no puede deducirse necesariamente que la cuestión principal en cuyo seno se plantea (en el caso, procedimiento de designación de árbitro) también deba quedar incluida en el ámbito de aplicación material del R. 44. Una perspectiva inversa, si se quiere, desde la que estudiar la exclusión del arbitraje del R. 44.

En consecuencia, podría incluso sostenerse que la sentencia *West Tankers* no hace en este punto más que desarrollar lo que el mismo TJUE ya apuntó en la sentencia *Marc Rich*. Y desde esta perspectiva, me parece que la coherencia entre ambas sentencias es absoluta.

<sup>23</sup> Cfr. los numerales 61 y 62 del Informe *SCHLOSSER*, pp. 202-203.

<sup>24</sup> STJCE de 25.7.1991, asunto C-190/89. Sobre esta sentencia, con más detalle, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial...*, cit., nota 6, pp. 106-123.

**36.** Visto que los Informes al entonces *Convenio de Bruselas de 1968* se decantaron por considerar como incluido en el ámbito de aplicación material del hoy R. 44 el juicio incidental sobre la validez del convenio, y, visto que la jurisprudencia del TJUE en la sentencia *Marc Rich* ya alumbraba el sentido del fallo *West Tankers* en este punto, queda entonces por indagar en algún otro motivo –de carácter práctico- que justifique el sentido del fallo.

Tal motivo, aunque lamentablemente no ha sido tenido en cuenta por el TJUE, existe. Y se concreta en el estudio de las consecuencias que se derivarían de no aceptar la interpretación que ha hecho el TJUE. Es decir, ¿qué ocurriría en la práctica si el juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral no se considerase incluido en el ámbito de aplicación material del R. 44?

Pues bien, habida cuenta de la heterogeneidad de soluciones jurisprudenciales sobre la cuestión relativa a la *extensión de los efectos* del convenio arbitral, y, en este sentido, habida cuenta también de la dificultad por determinar la eficacia del convenio arbitral en una cadena contractual –*ad. ex. serie de contratos con remisión a un primer contrato-*, resulta que una mera exhibición –incluso de manera intempestiva o fraudulenta- de un pretendido convenio arbitral sería suficiente para dar al traste con la aplicación del R. 44.

Por tanto, de no aceptarse esta interpretación positiva –a favor de la inclusión de la cuestión incidental relativa a la validez del convenio arbitral en el ámbito material del R. 44-, la aplicación de este instrumento comunitario podría burlarse fácilmente; pues, la simple exhibición, por alguna de las partes implicadas, de un pretendido convenio arbitral sería motivo suficiente para impedir el juego del mismo.

**37.** Ahora bien, es obligado reconocer que con la inclusión de este supuesto en el ámbito del R. 44 no se solucionan todos los problemas. De hecho, al incluirse este supuesto en el régimen del reglamento comunitario puede darse –muy excepcionalmente, eso sí- conflictos entre el R. 44 y el Convenio de Nueva York de 1958 (CNY)<sup>25</sup>. Así, es concebible el supuesto en el que una parte plantee demanda sobre el fondo ante un órgano judicial de un Estado miembro, mientras que la otra parte opte por poner en marcha el arbitraje acordado en el oportuno convenio. En este caso, podría ocurrir que el juez apreciase a título incidental la invalidez del convenio arbitral y dictara sentencia sobre el fondo. Al mismo tiempo, los árbitros podrían hacer el juicio contrario respecto de la validez del convenio, reputándolo válido y dictando, en consecuencia, el consiguiente laudo arbitral. Llegado el momento del exequátur en un tercer Estado la colisión entre ambos instrumentos es evidente: por un lado el juez debería reconocer la sentencia dictada sobre el fondo (en aplicación del R. 44) y por otro debería reconocer el laudo arbitral dictado también sobre el mismo fondo (en aplicación del CNY).

Ahora bien, aún siendo teóricamente posible un supuesto de este tipo, es francamente difícil que llegue a darse. De hecho, en los supuestos reales en los que podría haberse dado tal circunstancia, la parte afectada siempre ha renunciado a iniciar la vía arbitral. Los motivos son obvios. Desde los excesivos costes que se derivan del hecho de mantener dos vías procesales abiertas, pasando por la incertidumbre jurisprudencial que genera la cuestión relativa a los efectos del convenio arbitral en sede de exequátur –con los riesgos inherentes de denegación del mismo<sup>26-</sup>, hasta las prácticas dilatorias que pueden llevarse a cabo en el seno del arbitraje (*ad. ex. nombramiento judicial del árbitro*), han prevalecido en la decisión final –en términos de renuncia al arbitraje- de la parte que, en un primer momento –vía declinatoria-, alegaba la existencia del convenio arbitral.

Además, también parece posible prever que, de darse este tipo de supuestos, el criterio de la *prioridad temporal* de un título respecto del otro (ya sea la sentencia, ya sea el laudo) acabaría por erigirse en el criterio aplicable para resolver el conflicto entre ambos instrumentos.

**38.** Sea como fuere, la decisión del TJUE tiene trascendental importancia sobre la jurisprudencia española, pues corrige la interpretación en su momento dada por el TS sobre este particular. En efec-

<sup>25</sup> Ya en este sentido, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho... cit.* nota 16, pp. 616-617. *Vid.* también en este sentido, N. BOUZA VIDAL, “Procedimientos...”, *cit.*, nota 15, pp. 688-690.

<sup>26</sup> Y en este sentido, la jurisprudencia española es un claro ejemplo. Como último referente, denegando el exequátur en base a la invalidez del convenio en un supuesto de extensión de efectos del mismo, *vid.* Auto de la AP de Burgos de 27.4.2009 (EDJ 2009/102800).

to, en su sentencia de 17.5.2007<sup>27</sup>, el TS se inclinó por la no aplicación del reglamento comunitario al control incidental de la validez del convenio arbitral. De hecho, el argumento parece basarse en la misma exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento: “*cabría sostener que el control reflejo de la competencia del tribunal sentenciador por virtud de la existencia y validez de una cláusula de arbitraje es posible... toda vez que el arbitraje se encuentra excluido de su ámbito material de aplicación*”. Conforme a esta orientación, sostuvo el TS que “*la decisión del tribunal de origen sobre la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje no habría de vincular al tribunal del Estado receptor, que tendría que verificar la concurrencia de los presupuestos del reconocimiento, y entre ellos la existencia y validez del convenio arbitral como excluyente de la jurisdicción del tribunal sentenciador, a la vista de lo dispuesto en el Convenio de Nueva York de 1958*”.

**39.** Hasta aquí un primer comentario sobre la decisión adoptada por el TJCE en la cuestión relativa al juicio incidental del convenio arbitral, así como de las consecuencias que de ello se derivan para la jurisprudencia española. No obstante, queda todavía por indagar en las consecuencias que, con carácter general, se derivan de este fallo en el sistema del R. 44. Es decir, queda todavía por indagar en la repercusión que esa decisión incidental del juez de origen sobre la validez del convenio arbitral tiene en la fase posterior del exequátur de la sentencia. O dicho de otro modo: en los supuestos en los que ha habido un juicio incidental sobre la validez del convenio, ¿cabe un control de la competencia del juez de origen en sede de exequátur? Y si esto no fuera finalmente posible, ¿debe aceptarse el juego de la cláusula de orden público como motivo de denegación del exequátur de la controvertida sentencia?

La cuestión, aunque antigua (*vid. supra* 30 la jurisprudencia analizada anteriormente), ha recobrado cierta importancia, pues se ha reinterpretado minuciosamente a la luz de la sentencia *West Tankers*<sup>28</sup>. En efecto, el supuesto de hecho que origina la sentencia de la *Court of Appeal* en el asunto *National Navigation Co v. Endesa Generación SA*<sup>29</sup> constituye un paradigma de los conflictos que no acaba de resolver el fallo del TJUE.

**40.** Los datos ahora relevantes sobre este caso son los siguientes: en el marco de un pleito entre una empresa española y unos armadores británicos, el Juzgado de lo Mercantil de Almería resolvió negativamente una excepción de sumisión a arbitraje (declinatoria) por considerar que los efectos del convenio arbitral controvertido no alcanzaban al supuesto objeto de la controversia. Se instó el exequátur en Londres de la resolución judicial del Juzgado de Almería en cuya virtud se consideraba que el convenio arbitral no alcanzaba al litigio controvertido. A su vez, la parte interesada en iniciar el arbitraje solicitó del juez inglés una sentencia mero declarativa a favor de la validez del convenio arbitral. Importa destacar que, en su razonamiento, la *High Court* toma en consideración la jurisprudencia *West Tankers* —en la medida en que considera incluida en el ámbito de aplicación del R. 44 la resolución dictada por el juzgado español, pero no la acción relativa a la mera declaración sobre la validez del convenio arbitral—.

Pues bien, partiendo de este razonamiento, el exequátur de la resolución judicial española fue denegado por la *High Court* en base a la excepción de orden público (motivo de denegación del exequátur previsto en el artículo 34.1 R. 44). Básicamente se estimó que sería contrario al orden público inglés reconocer una sentencia extranjera dictada “*in breach*” de un convenio arbitral válido a la luz de su ley aplicable, así como que también sería contrario al orden público inglés incumplir con la obligación internacional prevista en el artículo II del CNY.

<sup>27</sup> STS núm. 558/2007 (Sala de lo Civil) de 17.5.2007, *Spain Arbitration Review*, Nº. 4/2008 (con nota de M. GÓMEZ JENE).

<sup>28</sup> Lo que viene a demostrar a las claras que los conflictos entre el arbitraje y el R. 44 son mucho más frecuentes de lo que se piensa. Como supuestos posteriores a *West Tankers* en los que se plantea, desde diferentes perspectivas, la relación entre el arbitraje y el R. 44 *vid.:* *DHL v. Fallimento Finmatica*, 20.2.2009, *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, [2009] EWHC 291 (Comm); *Youell and others v. La Reunion Aérienne and others*, 11.3.2009, *Court of Appeal*, [2009] EWCA Civ 175; *National Navigation Co v. Endesa Generación SA*, 1.4.2009, *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, [2009] EWHC 196 (Comm). Todas las sentencias disponibles en: [www.bailii.org](http://www.bailii.org)

<sup>29</sup> *Vid.* la referencia de la sentencia en la nota anterior.

41. Sin embargo, sí se dictó la mero declarativa solicitada, argumentando –a mi juicio interesadamente-, que “*the purpose of the declaration sought... is not prevent or impede the Almería Court from assuming, or deciding upon, its own jurisdiction*”. O lo que es lo mismo: “*any declaration granted by this Court would not threaten or impede or otherwise obstruct any decision by the Spanish court as to its own jurisdiction*”<sup>30</sup>.

42. Respecto de las cuestiones que el fallo *West Tankers* no resuelve -control de la competencia del juez de origen en sede de exequátur y posible juego de la cláusula de orden público como motivo de denegación del exequátur de la sentencia- cabe apuntar lo siguiente.

Aceptada la aplicabilidad del R. 44 para reconocer las sentencias judiciales dictadas previa consideración de un convenio arbitral como nulo o inválido y con independencia del título competencial utilizado por el juez del Estado de origen para conocer sobre el fondo, debemos plantearnos si dentro de los posibles márgenes que ofrece el texto comunitario para rechazar el reconocimiento de una sentencia tiene cabida la *reconsideración* de la validez del convenio arbitral por el juez del Estado de destino. O dicho en otros términos, si la validez de dicho convenio puede *integrarse* en el estricto marco que configuran los motivos de denegación del reconocimiento previstos en sus artículos 34 y 35.

En defecto de una interpretación del TJUE sobre este particular, en la doctrina pueden apreciarse interpretaciones dispares sobre el modo de resolver esta posible *integración*. Pero de la lectura de estas interpretaciones se advierte que todas las construcciones realizadas presentan como denominador común -o como *vía de integración*- la invocación de la cláusula de orden público.

Las interpretaciones doctrinales sobre la posibilidad de que la cláusula de orden público actúe en este contexto no son pacíficas, si bien es cierto que predomina claramente aquel sector que defiende la aplicación de la referida cláusula al supuesto descrito.

43. Así, entre los diferentes argumentos expuestos, se mantiene que la aplicación del Título III del R. 44 chocaría frontalmente con la aplicación del artículo II.3 del CNY, pues éste obliga implícitamente a los tribunales del Estado de destino a rechazar el reconocimiento de una sentencia judicial cuando consideren que existía un convenio arbitral válido<sup>31</sup>. Como hemos visto en el supuesto anteriormente comentado (*National Navigation Co v. Endesa Generación SA –supra 14-*), a partir de este razonamiento puede plantearse la aplicación del artículo 34.1 R. 44 (orden público como motivo de denegación del exequátur), pues la quiebra en la obligación internacional de aplicar el CNY atentaría contra el orden público del Estado de destino. Abundando en esta línea argumental, el profesor SCHLOSSER<sup>32</sup> realiza una interesante construcción doctrinal basada en la sistemática del Reglamento. En efecto, el autor reconoce que según lo estipulado en el artículo 35.3 *no podrá oponerse la excepción del orden público para comprobar la competencia del juez del Estado de origen*. Aún así, prosigue el autor en su razonamiento, debe matizarse que la operatividad del citado artículo viene referida únicamente a las reglas de competencia que establece el propio Reglamento. En consecuencia, y como en éste no se especifican las reglas que determinan la validez del convenio arbitral, para estos casos sí podría alegarse la excepción de orden público del Estado de destino.

44. Pues bien, a mi juicio, el artículo 35.3 R. 44 (a cuyo tenor, recuérdese, *no podrá oponerse la excepción del orden público para comprobar la competencia del juez del Estado de origen*) es aplicable en este supuesto. Y es que, si se considera la auténtica naturaleza del convenio arbitral (un convenio que aún teniendo origen contractual despliega efectos eminentemente procesales), habremos de convenir que la revisión del pronunciamiento sobre la validez del convenio arbitral equivaldría a una revisión de

<sup>30</sup> Es evidente que esta declaración no impide la competencia del Juzgado de Almería. Esa afirmación de la *High Court* es obvia y evidente. Y por tanto innecesaria. Sin embargo, no escapa a nadie que dictando tal declaración el exequátur de la futura sentencia española no prosperará: bastará con alegar el carácter inconciliable de la sentencia española con la sentencia mero declarativa dictada por la *High Court* para truncar definitivamente el exequátur (art. 34 R. 44). Por eso califico de “interesado” el pronunciamiento del tribunal inglés en este punto.

<sup>31</sup> H. VAN HOUTTE, “May Court Judgments that Disregard Arbitration Clauses and Award be Enforced under the Brussels and Lugano Conventions?”, *Arbitration International*, Vol. 13/Nº. 1, 1997, p. 88.

<sup>32</sup> P. SCHLOSSER, “Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage”, *Revue de l'arbitrage*, 1991, pp. 389-390.

la competencia judicial del juez del Estado de origen. De tal forma, que si el tribunal del Estado de destino en aplicación de la cláusula de orden público decidiera no reconocer la sentencia estaría cuestionando directamente la competencia del juez del Estado de origen; pues para el juez del Estado de destino ésta radicaría en el colegio arbitral. En consecuencia, se estaría vulnerando la prohibición de revisión de la competencia judicial que impone el artículo 35.3; artículo que, en virtud de lo establecido en la sentencia *Krombach*<sup>33</sup>, será de aplicación con independencia del título competencial invocado por el juez del Estado de origen para basar su competencia.

45. En cualquier caso, aún reconociendo los inconvenientes que a partir de la decisión del TJUE sobre este punto pueden darse –como el apuntado en los numerales anteriores–, estimo que la solución finalmente dada por el Tribunal de Luxemburgo es la mejor posible. Al menos hasta que no se decida llevar a cabo una modificación del R. 44 en este punto. Y es que, si finalmente se incluyera en el tenor del Reglamento un fuero de competencia judicial *exclusivo* a favor de los tribunales sede del arbitraje para conocer de la validez del convenio arbitral, el problema planteado quedaría solucionado definitivamente (*infra* 56 ss).

## 2. Las *antisuits injuncti* son incompatibles con el espacio judicial europeo

46. No puede decirse que esta última consecuencia que se deriva de la sentencia *West Tankers* haya causado la menor sorpresa en la doctrina continental. De hecho, una vez salvado el obstáculo que suponía la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001 (art. 1.2 d/), el sentido del fallo era evidente. La reconocida aversión del TJUE hacia ciertos mecanismos procesales anglosajones –extendible también a la figura del *forum non conveniens*<sup>34</sup>– era y es bien conocida y, en este sentido, alumbraba ya el sentido del fallo. La sentencia *Turner*<sup>35</sup> ya fue lo suficientemente tajante por lo que a la compatibilidad de las *antisuits* con el espacio judicial europeo se refiere.

47. Para dar cierta coherencia a su razonamiento, el TJUE se ampara en una construcción propia, cual es la del *efecto útil*. En virtud de esta doctrina –que no es nueva<sup>36</sup>– la orden conminatoria solicitada ante los tribunales ingleses es contraria al *efecto útil* del reglamento porque impide “*que se cumplan los objetivos inherentes de las normas de conflicto de los órganos jurisdiccionales en materia civil y mercantil y de libre circulación de las resoluciones en esta misma materia*” (numeral 24).

48. Pese a las sólidas críticas que este razonamiento ha suscitado<sup>37</sup>, me parece, sin embargo, que el argumento del TJUE es lo suficientemente sólido como para ser asumible. A mi juicio, una *antisuit* dirigida contra una parte en un proceso en un Estado miembro tiene un efecto *subjetivo* inmediato. Por más que para desplegar toda su eficacia deba ser –técnicamente– reconocida en el Estado miembro donde pretenda hacerse valer. Y es que, el hecho de ser apercibido incluso con penas de privación de libertad en el supuesto de que la parte contra la que ha sido dictada viaje a Inglaterra, no es cuestión baladí. Máxime si se contempla esta cuestión desde la perspectiva *integrada* (libertad de circulación...) que el espacio judicial europeo supone.

Por otro lado, no es seguro que las *antisuits* ni faciliten ni impidan actitudes fraudulentas de las partes. En el supuesto de hecho que dio origen a la sentencia *West Tankers* –como en la inmensa mayoría de los supuestos en los que estas cuestiones se plantean– no se percibe mala fe procesal. Antes al contrario, se percibe una legítima duda sobre la *extensión de los efectos* del convenio arbitral. Cuestión, esta sí, que exige una armonización legal.

<sup>33</sup> STJCE de 28.3.2000, asunto C-7/98.

<sup>34</sup> *Vid.* la STJCE de 1.3.2005, asunto C-281/02, *Owusu*.

<sup>35</sup> STJCE de 27.4.2004, asunto C-159/02.

<sup>36</sup> Ya en este sentido, STJCE de 15.1.1983, asunto C-288/82, *Goderbauer* y STJCE de 15.1.1990, asunto C-365/88, *Hagen*.

<sup>37</sup> *Vid.* R. ARENAS GARCÍA, “La inclusión...”, *cit.*, nota 15, pp. 418-423; M. REQUEJO ISIDRO, “West Tankers: otra vez no...”, *cit.*, nota 15, pp. 434-435.

49. En cualquier caso, el hecho de que las *antisuits injunctions* sean incompatibles con el *espacio judicial europeo* no supone en absoluto que no puedan dictarse contra aquellas personas que, albergando dudas sobre la eficacia del convenio arbitral, planteen demandas ante tribunales de terceros Estados. La jurisprudencia británica ya ha tenido ocasión de manifestarse en este sentido<sup>38</sup>.

### 3. El tribunal ante el que se plantea la demanda sobre el fondo tiene *competencia exclusiva* para pronunciarse a título incidental sobre la validez y aplicabilidad del convenio arbitral

50. Escondido en el numeral 27 se encuentra una de las consecuencias importantes de esta sentencia. Según este inciso, el tribunal ante el que se plantea la demanda sobre el fondo tiene *competencia exclusiva* para pronunciarse a título incidental sobre la validez y aplicabilidad del convenio arbitral: “De ello se deduce que la excepción de incompetencia propuesta por *West Tankers* ante el Tribunale di Siracusa, basada en la existencia del un convenio arbitral, incluida la cuestión relativa a la validez de éste, está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 44/2001 y que, por tanto, corresponde exclusivamente a dicho órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la referida excepción y sobre su propia competencia...”

51. La primera cuestión que plantea esta nueva “norma” de competencia judicial es la de determinar el alcance de la competencia exclusiva que proclama. Y es que, si interpretamos este particular fuero a la luz de la jurisprudencia del TJUE, resultaría que cuando la cuestión relativa a los efectos del convenio se plantease a título incidental, el tribunal que en puridad debería tener esa competencia (el tribunal de la sede del arbitraje) no podría entrar a conocer del supuesto. Y aún más, pues en el hipotético supuesto de que ya estuviera conociendo a título principal de la cuestión, resulta que debería *suspender* su procedimiento y remitir a las partes al tribunal que está conociendo de la cuestión de forma incidental. A tan particular interpretación se llega, en efecto, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE sobre el alcance de las competencias *exclusivas*: “la competencia exclusiva que establece dicha disposición [art. 22 R. 44] debe aplicarse con independencia del marco procesal en el que se suscite la cuestión... ya sea por vía de acción o por vía de excepción, en el momento de interponer la demanda o en una fase posterior del proceso”<sup>39</sup>.

52. La solución así apuntada no me parece satisfactoria, pues –ahora sí- puede llegar a favorecer actuaciones de *forum shopping*<sup>40</sup>. En efecto, aun con un alcance limitado –entre fuero general y fuero especial por razón de la materia-, un estudio prospectivo de la jurisprudencia en la materia dictada por los posibles tribunales competentes puede llevar al demandante a elegir el fuero ante el que “dejar caer” la cuestión incidental.

53. En consecuencia, a partir de la sentencia *West Tankers* queda más patente si cabe la necesidad de modificar el R. 44 en aras de incluir el arbitraje en su ámbito de aplicación material.

## V. Propuestas de inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001 tras la sentencia *West Tankers*

54. Tras la solución jurisprudencial impuesta por la sentencia *West Tankers* a la relación arbitraje-jurisdicción ordinaria, las propuestas legales en torno a la inclusión del arbitraje en el ámbito material del R. 44 se han incrementado notablemente. El debate doctrinal que en un primer momento giró en torno a la procedencia o no de tal inclusión, se ha tornado en un debate de propuestas concretas.

55. Una de las más interesantes es la que han presentado al respecto de forma conjunta el *Club*

<sup>38</sup> *Shashou & Ors v. Sharma*, [2009] EWHC 957 Comm.

<sup>39</sup> STJCE de 13.7.2006, asunto C-4/03, numeral 25.

<sup>40</sup> Ya en este sentido, N. BOUZA VIDAL, “Procedimientos...”, *cit.*, nota 15, p. 684.

*Español del Arbitraje* (CEA)<sup>41</sup> y la sección española de la International Law Association (ILA SE).

La propuesta en cuestión<sup>42</sup> pasa por completar la exclusión del arbitraje del Reglamento 44/2001 (dejando sin modificar, por tanto, el artículo 1.2.d/ del texto) con una regla del siguiente tenor:

*Artículo XX: Respeto de los acuerdos de arbitraje*

1. *Cuando las partes hubieran celebrado un escrito sometiendo sus disputas a un arbitraje con sede en un Estado miembro, los tribunales de los demás Estados miembros sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal arbitral hubiere declinado su competencia o haya dictado un laudo sobre el fondo que no sea susceptible de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro a cuyos tribunales judiciales se haya acudido y que serían competentes para conocer sobre el fondo conforme a este Reglamento.*
2. *Esta regla no será de aplicación cuando el acuerdo de arbitraje sea manifiestamente nulo o inaplicable.*

56. La propuesta, además de guardar un importante paralelismo con el artículo II. 3 CNY, es impecable en todos sus términos. No obstante, tiene su talón de Aquiles en la cláusula de escape que incorpora. Como de los supuestos de hecho que dan origen tanto a la sentencia *West Tankers* como a la sentencia *National Navigation*<sup>43</sup> se deduce, los tribunales de justicia entran a conocer del fondo del asunto, precisamente, porque estiman que el acuerdo arbitral es nulo. O mejor, porque estiman que los efectos del convenio arbitral no alcanza a alguna de las partes implicadas.

Además, el hecho de que pretenda mantenerse la exclusión (esto es, dejar inalterado el mismo tenor del artículo 1.2 d/ del Reglamento) es insatisfactorio, pues induce a interpretar que el reconocimiento de la sentencia judicial que anula el laudo arbitral (*Putrabali*) queda excluida del ámbito de aplicación material del R. 44.

57. A mi juicio, la única forma de impedir que se menoscabe la eficacia del convenio arbitral pasa por impedir que cualquier otro tribunal de un Estado miembro que no sea el de la sede del arbitraje pueda interpretar el alcance del mismo. O dicho de otro modo, la cláusula de escape que incorpora la propuesta anterior, sobra.

En este sentido, la solución que creo mejor para preservar tanto la eficacia del convenio arbitral como la autonomía de la voluntad de las partes –en cuanto que han elegido libremente la sede del arbitraje– pasa por la inclusión de la cuestión relativa a los efectos del convenio arbitral en un fuero de competencia judicial internacional *exclusivo* a favor de los tribunales de la sede del arbitraje. Esto es, se trataría de ampliar la competencia *exclusiva* de los tribunales del lugar del arbitraje propuesta por el *Heidelberg Report* para los procedimientos de apoyo y control a los procedimientos sobre la validez del convenio arbitral<sup>44</sup>.

La norma así propuesta tiene la virtualidad de vaciar de contenido la propuesta que plantea el *Heidelberg Report* en torno a la adopción de un nuevo artículo 27 A (*supra* 18) que tenga por objeto impedir supuestos de conexidad. Pues, en virtud de aquélla, el tribunal ante el que se plantee a título incidental la cuestión relativa a la validez de un convenio arbitral, deberá –en cumplimiento de lo establecido por el TJUE en su jurisprudencia<sup>45</sup>– suspender el procedimiento sobre el fondo y remitir a las partes al tribunal de la sede del arbitraje para que éste, o bien se pronuncie a título principal sobre la validez del convenio arbitral, o bien –en virtud del efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz*– remita a las partes al arbitraje.

En consecuencia, a mi entender, el artículo 22. 6 R. 44 debería tener el siguiente tenor:

<sup>41</sup> <http://www.clubarbitraje.com/>

<sup>42</sup> Puede consultarse íntegramente tanto en la pág. Web del CEA (<http://www.clubarbitraje.com/>) como en la pág. Web de la Comisión [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/news\\_consulting\\_0002\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0002_en.htm)

<sup>43</sup> *Vid. supra* nota 28.

<sup>44</sup> También a favor de la inclusión de una norma de este tipo –aunque con matices–, B. STEINBRÜCK / M. ILMER, “Brussels I and Arbitration. Declaratory relief as an Antidote to Torpedo Actions under a reformed Brussels I Regulation”, *SchiedsVZ*, 2009, pp. 188-196.

<sup>45</sup> *Vid. supra* nota 39.

Artículo 22. 6: *The following courts shall have exclusive jurisdiction, regardless of domicile, (...) (6) in proceeding relating the existence and scope of an arbitration agreement and ancillary proceedings concerned with the support of arbitration, the courts of the Member State in which the arbitration takes place.*

No plantea ninguna objeción, por el contrario, la pauta material uniforme para la concreción del lugar del arbitraje en caso de que éste no esté especificado en la cláusula.

## VI. Un nuevo reglamento comunitario para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales

58. La propuesta más novedosa y a mi juicio más interesante que plantea el *Heidelberg Report* es la que gira en torno a la creación de un nuevo instrumento comunitario específico para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros –*rectius*, laudos *intra*comunitarios–.

Concebido como una solución encaminada a asimilar los laudos arbitrales con las sentencias judiciales en el espacio judicial europeo, parte de la base de que una extensión del principio de *reconocimiento mutuo* a estos supuestos podría ser deseable. Reconoce, sin embargo, que debido a la heterogeneidad de la regulación del arbitraje en los diferentes Estados miembros, un control judicial residual todavía es necesario.

Escapa al objeto de este trabajo abordar la cuestión relativa al *reconocimiento mutuo* como principio aplicable al ámbito procesal civil internacional<sup>46</sup>. Sin embargo, debe destacarse que su implementación a este ámbito es ya una realidad, pues el *Reglamento por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados* (R. 805) parte de este principio<sup>47</sup>. Además, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1.12.2009) hace del *reconocimiento mutuo* el principio base de referencia. Así, en virtud del artículo 81.1 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*: “La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de *reconocimiento mutuo* de las resoluciones judiciales y extrajudiciales”.

59. La base jurídica para regular desde esta perspectiva la eficacia del laudo *intra*comunitario está en el artículo 81.2 del *Tratado de de Funcionamiento de la Unión Europea*: “A los efectos del apartado 1 y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) *el reconocimiento mutuo* entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y *extrajudiciales*, así como su ejecución...”

60. Según el *Report*, el futuro instrumento debería regular, en primer lugar, un procedimiento *ad hoc* para dar eficacia al laudo arbitral en el espacio judicial europeo y, en este sentido, armonizar los motivos de *denegación del exequátur* o *anulación del laudo*, dependiendo del órgano judicial que asuma el control del mismo.

61. Esta última perspectiva es la más interesante. En efecto, amparados en la experiencia que brindan los Reglamentos comunitarios de “segunda generación” –caracterizados por la supresión *total* del procedimiento de exequátur<sup>48</sup>–, la propuesta esbozada pretende concentrar ante los órganos jurisdiccionales del lugar del arbitraje el control del laudo. Pero en el bien entendido –y es aquí donde radica la novedad de la propuesta– en que el control del laudo sólo podría llevarse a cabo en esa sede. Si el laudo no se somete a control, su eficacia no podrá impugnarse ya en sede de exequátur. Entre otras cosas, porque el procedimiento de exequátur desaparece.

62. El futuro instrumento se inspira, de este modo, en el mismo principio de preclusión que in-

<sup>46</sup> Sobre esta cuestión, *vid.*, H. P. MANSEL, “Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums”, *RabelsZ*, 2006, pp. 653-730. En la doctrina española, entre otros, M. GUZMÁN ZAPATER, “El principio del reconocimiento mutuo: ¿un nuevo modelo para el Derecho internacional privado?”, *RDCE*, 1998, pp. 137-170.

<sup>47</sup> *Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.*

<sup>48</sup> *Ad. ex.*, el Reglamento citado en la nota anterior.

forma al R. 805. En su virtud, quien no solicite la nulidad del laudo en el Estado de origen pudiendo hacerlo, no se merece una segunda oportunidad en el Estado donde el laudo desplegará su eficacia.

**63.** Es posible que una primera lectura de esta propuesta pueda causar cierta perplejidad. Pero bien mirada y puesta en relación con lo que para el ámbito de la *Cooperación judicial en materia civil* supone la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa*, resulta de todo punto coherente.

Para empezar, muestra una notable confianza del legislador comunitario en el arbitraje como método de resolución de controversias en el ámbito *intracomunitario*. El hecho de que él mismo proponga la eliminación de uno de los dos filtros tradicionales por los que puede o debe pasar el laudo internacional –anulación y/o exequátur– da buena prueba de ello.

En segundo lugar, no se vislumbran serios obstáculos o inconvenientes contra su adopción. Antes al contrario, de la promulgación de un reglamento comunitario en este ámbito podrían derivarse consecuencias muy positivas para los Estados miembros de la UE: fijando la sede del arbitraje en un Estado miembro, el operador se estaría asegurando un título ejecutable en todos los demás Estados miembros.

Por fin, tampoco debe plantear problemas ante quienes tradicionalmente se han mostrado hostiles hacia una regulación comunitaria del arbitraje –sobre todo, los defensores de una concepción *transnacional* del mismo–. Y es que, uno de los argumentos tradicionales de este sector a favor del exequátur del laudo anulado en origen ha sido siempre la necesidad de eliminar el doble control del laudo –anulación y exequátur–. Por eso, sólo reconocen el control del laudo que ejercen los tribunales del lugar donde aquél deba desplegar sus efectos<sup>49</sup>. Pues bien, como quedara dicho anteriormente, esa supresión del doble control es, precisamente, lo que persigue la propuesta. Pero cambiando la referencia: en vez de situar dicho control en el país de destino del laudo, lo sitúa en el país de origen del mismo.

Lo cual, a su vez, también es coherente con el arbitraje internacional. En virtud de la autonomía de la voluntad que lo informa, serán las partes las que decidan el nivel de control que quieren para su controversia.

## VII. A modo de conclusión

**64.** No es objeto de esta aportación extraer conclusiones definitivas en torno al marco propuesto tanto por la Comisión como por otras entidades –ya sean públicas o privadas– para regular en perspectiva comunitaria determinadas cuestiones conexas al arbitraje.

**65.** Una lectura neutra –sin los prejuicios propios de quienes conciben el arbitraje internacional desde una u otra perspectiva– permite afirmar que las propuestas en cuestión buscan ante todo fomentar, apoyar y controlar mínimamente el arbitraje internacional.

En concreto, las propuestas en torno a la ampliación del ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001 se conciben desde el respeto a la cultura arbitral de cada Estado miembro. Y desde esta perspectiva, sólo pretende regular los supuestos más controvertidos. Aportando mayor seguridad jurídica. Desde esta perspectiva, es difícil imaginar algún motivo convincente contra el reconocimiento de la sentencia judicial que anula un laudo arbitral o contra la litispendencia o conexidad de la jurisdicción con el ámbito arbitral.

**66.** La concepción de un instrumento comunitario *ad hoc* para regular el laudo arbitral como una suerte de *título ejecutivo europeo* es particularmente sugerente. Supondría tanto como instaurar a nivel comunitario un solo control judicial del laudo arbitral, que recaería –exclusivamente– ante los tribunales del Estado sede del arbitraje.

---

<sup>49</sup> En este sentido, E. GAILLARD, « L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine », *JDI*, 1988, pp. 645-652.