

Prestige y Arbitraje europeo: a propósito
de la sentencia London Steam-Ship del TJUE
(asunto C-700/20)

Prestige and European arbitration: about
the Judgment London Steam-Ship of the CJEU
(case C-700/20)

MIGUEL GÓMEZ JENE

Catedrático de Derecho Internacional Privado
UNED

ORCID ID: 0000-0002-4916-5119

Recibido: 00.00.2010 / Aceptado: 00.00.2010

DOI: 10.20318/cdt.2022.7222

Resumen: La sentencia del TJUE objeto de comentario acepta que, en principio, una sentencia judicial dictada “en los términos” de un laudo arbitral (judgment entered in terms of the award) pueda constituir una resolución judicial a los efectos de la aplicación del artículo 45.1 c/ del Reglamento Bruselas I refundido. Lo anterior condicionado a que tal sentencia reúna una serie de requisitos. Estos requisitos conforman y se aprecian en una suerte de test de equiparación respecto de una resolución “genuinamente europea” y se concretan en lo que el TJUE ha dado en calificar como “dos reglas fundamentales” del Reglamento: el efecto relativo del convenio arbitral y la litispendencia.

Palabras clave: Arbitraje europeo. Reglamento Bruselas I *refundido*. Convenio arbitral. Laudo arbitral. Sentencia inconciliable. Litispendencia. Orden público.

Abstract: The judgment of the CJEU accepts that, in principle, a judgment entered in terms of the award may constitute a judicial decision for the purposes of the application of Article 45.1 c/ of the Brussels I Regulation recast. However, in order to be able to effectively attain such status, the judgment must necessarily meet a series of requirements. These requirements must be appreciated in a sort of *test of equivalence* with respect to a “genuinely European” decision and are specified in what the CJEU has described as “two fundamental rules” of the Regulation: the relative effect of the arbitration clause and *lis pendens*.

Keywords: European arbitration. Regulation Brussels I recast. Arbitration clause. Arbitral award. Irreconcilable judgment. *Lis pendens*. Public policy.

Sumario: I. Introducción. II. El supuesto de hecho, estrategia procesal y problemas de calificación. III. La inclusión incidental del arbitraje en el ámbito de aplicación del Reglamento. IV. La sentencia que funde el laudo como resolución judicial a los efectos del artículo 45.1 c/ del Reglamento. 1. Test de equiparación. 2. *Efecto relativo* del convenio arbitral. 3. Litispendencia. 4. Orden público. V. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. La sentencia objeto de comentario constituye un paso más en la configuración jurisprudencial de lo que ya en otra sede hemos denominado *arbitraje europeo*¹. En este nuevo pronunciamiento, la perspectiva desde la que se analiza esta cuestión es muy distinta: en esencia, el TJUE se pronuncia sobre la posibilidad y, en su caso, los requisitos que una sentencia judicial británica dictada en los términos de un laudo arbitral (*judgment entered in terms of the award*) debe reunir para constituir una “resolución judicial” a los efectos del hoy artículo 45.1.c/ del Reglamento Bruselas I *refundido* (en autos, artículo 34.3 del Reglamento Bruselas I). En virtud de este precepto –recuérdese– la sentencia en cuestión sería oponible, en tanto que inconciliable, al reconocimiento de una sentencia dictada en otro Estado miembro de la UE.

2. En efecto, es sabido que el artículo 45 del Reglamento Bruselas I *refundido* (en adelante, RB I *ref.*) establece una lista tasada de motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro. Entre estos motivos, el artículo 45.1.c/ establece que se denegará el reconocimiento y ejecución de una resolución si “*es inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido*”. La cuestión que en consecuencia resuelve el TJUE es la que gira en torno a la consideración de esa resolución judicial dictada en los términos del laudo como resolución a los efectos de este precepto, considerando que el *arbitraje* está excluido del ámbito de aplicación material del Reglamento y considerando también que su artículo 45 no impone ningún requisito a la “resolución judicial” dictada en el foro para que produzca efectos en el concreto contexto del reconocimiento. A la luz por tanto de estas dos cuestiones, el razonamiento del TJUE se divide en dos escalones: en el primer escalón, el TJUE estudia si tal resolución dictada en los términos del laudo (resolución que *funde* el laudo) puede hacerse valer como resolución inconciliable a los efectos del precepto citado, habida cuenta de que el Reglamento no es aplicable a aquellos supuestos en los que se plantea a título principal el reconocimiento de este tipo de resoluciones. Si, como efectivamente ha resuelto el TJUE, tal resolución queda incluida en el concreto ámbito de aplicación del artículo 45 (y no en el ámbito de aplicación del artículo 1), queda todavía por analizar el segundo escalón: el relativo a los requisitos que el TJUE impone a tal sentencia para considerarla como “resolución inconciliable” a los efectos de este precepto, habida cuenta de que el tenor del citado inciso no exige requisito adicional alguno.

3. Antes de abordar el análisis de las dos cuestiones apuntadas y también con carácter previo a una somera descripción de los hechos que subyacen a este fallo, creo importante poner de relieve dos circunstancias que, aunque irrelevantes de cara al sentido del mismo, no dejan de tener cierta trascendencia: la primera circunstancia pasa por constatar que, como viene siendo habitual ante cuestiones que de un modo u otro aparecen vinculadas al arbitraje, el TJUE ha resuelto en Gran Sala. Se constata, por tanto, un especial interés del TJUE por estudiar con detalle todas aquellas cuestiones del Derecho de la UE que aparecen conectadas con el arbitraje². Y en relación con esta primera circunstancia, la segunda pasa por apreciar el reproche explícito que el TJUE hace tanto a la *High Court of Justice* como a la *Court of Appeal* que conocieron del asunto con carácter previo al juez que finalmente decide plantear la cuestión prejudicial: *Tribunales, que, además, no plantearon una remisión prejudicial al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE*³. De nuevo, el reproche en cuestión invita a pensar que el TJUE añora

¹ STJUE 20 junio 2022, C-700/20, *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited*, [ECLI:EU:C:2022:488]. M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje europeo: una crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo”, *CDT*, 2021, Vol. 13, Núm. 2, pp. 745-753. Como primeros comentarios –algunos muy críticos– puede verse: <https://eapil.org/>; en concreto: <https://eapil.org/2022/06/29/london-steam-ship-owners-looking-beyond-the-case-through-the-lens-of-res-judicata/>, las aportaciones de A. BRIGGS, G. CUNIBERTY y A. LEANDRO.

² STJUE 10 febrero 2009, C-185/07, *Allianz* (también conocida como *West Tankers*), [ECLI:EU:C:2009:6]; STJUE 13 mayo 2015, C-536/13, *Gazprom*, [ECLI:ES:C:2015:316]; STJUE 6 de marzo 2018, C-284/16, *Achmea*, [ECLI:EU:C:2018:158]; STJUE 2 septiembre 2021, C-741/19, *Komstroy*, [ECLI:EU:C:2021:655]; STJUE 26 octubre 2021, C-190/20, *PL Holding*, [ECLI:ES:C:2021:875].

³ Numeral 71 *in fine* de la sentencia.

cierto compromiso de los órganos judiciales de los Estados miembros en este concreto ámbito y que, además, quiere ser protagonista principal en la delimitación e interpretación del marco legal que de un modo u otro afecta al arbitraje.

II. El supuesto de hecho, estrategia procesal y problemas de calificación

4. No por desconocidas procede hacer una breve descripción de las circunstancias que rodean al supuesto de hecho así como a la estrategia procesal de defensa que el asegurador inglés planteó ante el procedimiento de reconocimiento de la sentencia española que se sustanció en aplicación del entonces en vigor Reglamento Bruselas I. La estrategia se plantea como consecuencia de la incompatibilidad que, en principio, existe entre la *acción directa* prevista en el ordenamiento jurídico español (reclamación *extracontractual*) y la calificación *contractual* que el Derecho inglés hace de este supuesto.

5. Tal y como describen tanto los numerales 24 y siguientes del fallo como los numerales 13 y siguientes de las Conclusiones del Abogado General (AG)⁴, a raíz del naufragio del buque *Prestige* se incoaron una serie de diligencias penales ante los tribunales españoles contra el capitán del buque y contra otras personas. En el contexto ya del procedimiento penal, el Estado español ejercitó acciones civiles contra el capitán y los propietarios del barco, así como contra el asegurador de la responsabilidad del buque y sus propietarios: *The London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited* (en adelante, el London P&I Club). La base jurídica de esta acción se encuentra en el artículo 117 del Código Penal español (CP), a cuyo tenor: “*Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien proceda*”.

6. La sentencia dictada en su día por la Audiencia Provincial (AP) de A Coruña (de 13.11.2013) fue recurrida ante el Tribunal Supremo (TS) que, finalmente, declaró civilmente responsables al capitán y a los propietarios del *Prestige*, así como, en virtud del artículo 117 del CP, al London P&I Club hasta el límite suscrito en el contrato de seguro⁵. Establecida la responsabilidad, el TS devolvió el asunto a la AP de A Coruña para que fijase las respectivas cuantías de las indemnizaciones a cargo de los encausados. Por lo que ahora importa, y tras una serie de resoluciones judiciales, la AP dictó auto de ejecución en el que fijaba el importe de las cuantías reclamables (auto de 1.3.2019). El Reino de España solicitó el reconocimiento de este auto en el Reino Unido. Es cuestión pacífica, en este sentido, que la parte de la resolución penal que reconoce la responsabilidad civil es reconocible en otro Estado miembro por aplicación del Reglamento⁶.

7. El contrato de seguro referido, suscrito por el London P&I Club con los propietarios del buque, preveía una cobertura de P&I (protección e indemnidad) con respecto a cualquier siniestro que diese lugar a responsabilidad por contaminación con un límite de indemnización de 1.000 millones de dólares (USD). Del mismo modo, el contrato en cuestión incluía una cláusula denominada “*pay to be paid*”: cláusula que, en aplicación del Derecho inglés, crea una condición previa para poder recuperar un importe que deben respetar tanto las partes del contrato como cualquier tercero y que consiste, básicamente, en que, *antes* de recuperar una cantidad frente al asegurador, el asegurado debe haber pagado al perjudicado la indemnización correspondiente. Pero no solo eso; también conforme al Derecho inglés,

⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. ANTHONY MICHAEL COLLINS presentadas el 5 de mayo de 2022, C-700/20 [ECLI:EU:C:2022:358].

⁵ STS 14 enero 2016 [ECLI:ES:TS:2016:11].

⁶ Artículo 1 RB I ref.: *El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional*. Anteriormente, STJUE 21 abril 1993, C-172/91, *Volker Sonntag*, [ECLI:EU:C:1993:144].

un tercero perjudicado debe respetar el convenio arbitral previsto en el mismo contrato, en la medida en que, en realidad, el tercero perjudicado que reclama directamente está reclamando una indemnización al amparo de un contrato de seguro específico y determinado que incluye el convenio arbitral. En consecuencia, en caso de que la indemnización solicitada por el tercero perjudicado sea controvertida, la disputa debe solventarse en el arbitraje al que remite el convenio arbitral inserto en el contrato de seguro a cuya luz demanda el tercero perjudicado.

8. Conscientes de los efectos que esta aproximación *contractual* hace el Derecho inglés, con *posterioridad* a que se hubieran ejercitado las acciones civiles ante los tribunales españoles, pero con *anterioridad* a la demanda de reconocimiento del auto español ante los tribunales del Reino Unido, el London P&I entabló en Londres un arbitraje con el objeto de que se declarara que, en virtud del convenio arbitral incluido en el contrato de seguro, el Reino de España estaba obligado a formular sus pretensiones en el arbitraje. En el mismo sentido, también solicitó la exención de cualquier tipo de responsabilidad, en la medida en que la cláusula “*pay to be paid*” no había sido satisfecha por el asegurado. Pese a ser invitado a participar en el arbitraje, el Reino de España decidió no hacerlo.

9. El árbitro interpretó que el supuesto debía resolverse considerando la aproximación *contractual*, pues conforme a las normas de conflicto inglesas, el Derecho inglés era el Derecho aplicable al contrato; es decir, no aceptó la aproximación *extracontractual* que la acción directa implica. En consecuencia, dictó laudo en el que afirmó que el London P&I Club no podía incurrir en responsabilidad frente al Reino de España si antes los propietarios del buque no habían satisfecho el pago de los daños al Reino. En concreto, el laudo estableció: *A) I AWARD AND DECLARE that, as regards all claims arising out of the loss of the M/T PRESTIGE and the resulting loss and damage which are currently brought in Spain by the Respondent [Spain] against the Claimant [the Club] by way of alleged direct public liability under the Spanish Penal Code: 1) The Respondent is bound by the arbitration clause contained in Rule 43.2 of the Club Rules and such claims must be referred to arbitration in London; 2) (i) actual payment to the Respondent of the full amount of any insured liability by the Owners and/or Managers (out of monies belonging to them absolutely and not by way of loan or otherwise) is a condition precedent to any direct liability of the Claimant to the Respondent in consequence of the 'pay as may be paid clause' contained in Rule 3.1; and accordingly (ii) pursuant to the 'pay as may be paid clause', and in the absence of any such prior payment, the Claimant is not liable to the Respondent in respect of such claims, 3) The Claimant's liability to the Respondent shall, in any event, not exceed the amount of US\$1,000,000,000 (US Dollars One Billion)*⁷.

10. A continuación y habida cuenta del sentido del laudo arbitral, London P&I Club solicitó ante los tribunales ingleses que autorizarse la ejecución del mismo en el territorio nacional y que, además, dictase sentencia en los términos del laudo (*judgment entered in terms of the award*). Ambas peticiones fueron aceptadas por la *High Court of Justice* en su sentencia de 22 de octubre de 2013⁸. De esta forma, London P&I Club consiguió disponer de dos títulos –además del mismo laudo arbitral– para intentar frenar el reconocimiento del auto español que lo condenaba a satisfacer la indemnización establecida: la sentencia judicial dictada en los términos del laudo, en tanto que resolución inconciliable con la sentencia española según lo previsto en el artículo 45.1.c/ del RB I *ref.* y la sentencia judicial que declaraba ejecutable el laudo (títulos que, como se verá, quedan neutralizados con esta sentencia del TJUE). Como puede observarse, la estrategia de defensa del asegurador ante este procedimiento de reconocimiento del auto dictado por la AP de A Coruña se plantea en dos niveles: en un primer nivel, se defiende el carácter inconciliable de las resoluciones judiciales inglesas con el auto español cuyo reconocimiento se solicita; en un segundo nivel (por resolver), se podrá defender la existencia del mismo laudo arbitral, cuyo efecto de cosa juzgada a la luz del artículo 45.1.a/ (orden público) queda todavía por determinar (*infra* IV.4).

⁷ Vid. el fragmento del laudo en: *High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court*, 12.05.2021, *The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd v. The Kingdom of Spain*, [2021] EWHC 1247 (Comm).

⁸ *High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court*, 22.10.2013, *The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd v. (1) The Kingdom of Spain (2) The French State*, [2013] EWHC 3188 (Comm).

11. A los efectos de abordar la complicada cuestión de la calificación del supuesto de hecho en virtud de las normas de conflicto aplicables y mejor entender las posiciones sobre el particular, merece cierta atención la sentencia de la *High Court* arriba citada, que accedió a las peticiones del London P&I Club. Destacan de ella, las siguientes consideraciones en torno a la naturaleza contractual de la controversia: **83.** *In the light of my findings as to the nature of the direct action under Spanish law I turn to consider the proper characterisation of the right as a matter of English law.* **84.** *The Defendants’ case was that the crux of the answer to this question lies in the admitted fact that the right arises from the law and not the contract. The juridical basis of this right of action is non-contractual and therefore independent.* **85.** *Further, the law not only creates the right of action, it also defines its contents and limits. Even though the contents of the right may be referable to the contract it is the law which permits that. It is also the law which sets out the limits to those contractual rights through the Article 76 exceptions. These have the effect of creating a different and greater right for the third party than that possessed by the insured.* **86.** *The Defendants also stressed that the legal mechanism by which the third party acquires his direct action rights is not assignment of or subrogation to the insured’s rights, but the imposition of an obligation to compensate the third party subject to prescribed limits.* **87.** *In all these cases both the law creating the right of direct action and the existence and validity of the contract made subject to the direct action will be essential pre-requisites of the third party’s right. Both are necessary to the existence of that right. In my judgment, in deciding whether or not the direct action right is “in substance” a claim to enforce the contract or a claim to enforce an independent right of recovery, what is likely to matter most is the content of the right rather than the derivation of that content. It is the content of the right which will be the most telling guide to what “in substance” that right is.* **88.** *The essential content of the right is provided by the contract. Save for the Article 76 exceptions, the third party’s right is as set out in and defined by the contract. It is the contract that must be looked to in order to determine whether there is any right to recover from the insurer and, if so, on what basis and with what limitations. In many cases the contract is all that will need to be considered. In the present case, for example, there is no suggestion of willful misconduct by the assured or of “personal” defences arising. In those circumstances the third party’s rights will be determined solely by reference to and by the contract.*

12. Por fin, señalar que el reconocimiento del auto solicitado por el Reino de España fue concedido por los tribunales británicos en primera instancia (resolución de 28.5.2019). Esta resolución fue recurrida en apelación, y es en el contexto de la apelación donde se plantea la cuestión prejudicial que da origen a esta sentencia del TJUE. Dicha cuestión gira, esencialmente, sobre el carácter inconciliable de la resolución inglesa dictada en los términos del laudo con el auto español cuyo reconocimiento se insta ante los tribunales del Reino Unido y sobre la posibilidad de invocar la cosa juzgada del auto de ejecución del laudo arbitral en el marco del orden público como motivo de denegación del reconocimiento (art. 45.1.a/ RB I *ref.*).

III. La inclusión *incidental* del arbitraje en el ámbito de aplicación del Reglamento.

13. Con estos antecedentes a la vista, la primera cuestión que resuelve el TJUE es si la resolución británica que *funde* el laudo está o no incluida en el ámbito de aplicación del RB I *ref.* Sobre esta primera cuestión, la coincidencia entre las Conclusiones del AG y la sentencia del TJUE es, como no podía ser de otro modo, absoluta. Y es que, tanto los Informes al hoy sustituido Convenio de Bruselas de 1968⁹, como el Considerando 12 del RB I *ref.*, como la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento son coincidentes: cuando se pretende a título principal el reconocimiento de esa sentencia que *funde* el laudo, el Reglamento *no* es de aplicación (*ex art. 1 del texto*)¹⁰. De hecho, una breve referencia a la sentencia *Marc Rich*¹¹, a la senten-

⁹ *Vid.* numerales 42 ss. de las Conclusiones del Abogado General.

¹⁰ Lo anterior no implica necesariamente -aunque de ordinario no será así- que dicha resolución judicial sí puede reconocerse por aplicación de las normas de reconocimiento de fuente interna.

¹¹ STJUE 25 julio 1991, C-190/89, *Marc Rich*, [ECLI:EU:C:1991:319].

cia *Gazprom*¹² así como al Considerando 12 del RB I *ref.* le bastan al TJUE para llegar a esta previsible conclusión. Ni siquiera necesita en este contexto del apoyo de la relevante sentencia *Van Uden*¹³, que sigue siendo la sentencia de referencia para determinar cuándo una cuestión vinculada al arbitraje queda excluida o incluida del ámbito de aplicación material del Reglamento¹⁴.

14. Establecido lo anterior (numerales 41 a 46 del fallo), el TJUE confirma a renglón seguido (numeral 48), y como premisa de su razonamiento posterior, que este tipo de resoluciones sí pueden constituir, en principio -y solo en principio-, “resoluciones judiciales” a los efectos del artículo 45.1.c/ RB I *ref.*: la sentencia dictada en los términos de un laudo (excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento cuando su reconocimiento se plantee a título principal) “*puede tener la consideración de resolución a los efectos del artículo [45.1.c/ del Reglamento Bruselas I refundido]*”. Es decir, aun sin argumentarlo todavía, aborda la cuestión relativa a la aplicación *incidental* del Reglamento a las resoluciones que *funden* un laudo arbitral desde un prisma *prima facie* favorable. También en este punto hay cierta coincidencia con las Conclusiones del AG, si bien -y como veremos en el siguiente epígrafe- el orden de exposición de la sentencia ya aventura un razonamiento mucho más sofisticado que el empleado por el Abogado General (que, en términos generales, se limita a defender la consideración de la resolución judicial que *funde* el laudo como resolución judicial a los efectos del artículo 45.1.c/ RB I *ref.* en todo caso).

15. La anterior afirmación del TJUE se sustenta en dos argumentos que desarrolla a continuación. Por un lado, en el concepto particularmente amplio que la misma jurisprudencia del TJUE ha otorgado al término “resolución”. Por otro, porque no es en absoluto necesario que las dos resoluciones implicadas pertenezcan al ámbito de aplicación material del Reglamento para considerarse inconciliables: el carácter inconciliable no deriva del ámbito material sobre el que versa la sentencia, deriva de que las consecuencias jurídicas que de cada una de ellas se deriven “se excluyan recíprocamente”¹⁵.

16. En efecto, para ser mínimamente coherente con su jurisprudencia, el TJUE no podía excluir de inicio la resolución que *funde* el laudo del amplio concepto de “resolución” que el mismo Tribunal ha desarrollado. Así, el TJUE ya estableció que “*para poder ser calificado como ‘resolución’, en el sentido del [Reglamento], el acto debe proceder de un órgano jurisdiccional perteneciente a un Estado contratante y que, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, resuelva sobre los puntos controvertidos por las partes*”¹⁶. En sentido muy similar estableció también que para que las resoluciones estén comprendidas dentro del ámbito del Reglamento, “*basta con que se trate de resoluciones judiciales que, antes del momento en que su reconocimiento y ejecución se solicita en un Estado distinto del de su origen, hayan sido o pudieran haber sido objeto en dicho Estado de origen de un procedimiento contradictorio, en cualquiera de sus formas*”¹⁷. Teniendo en cuenta lo anterior, el Abogado General se esforzó particularmente en sus Conclusiones por demostrar que la resolución judicial que *funde* el laudo no es, precisamente, una resolución que se obtenga de forma automática y que pueda calificarse de “mera formalidad”. Antes al contrario, se trata de una resolución que se dicta tomando en consideración alegaciones de las partes y que, además, se pronuncia sobre decisiones relativas a la competencia del árbitro, sobre el interés en dictar la resolución en sí, así como posibles intereses de terceros y cuestiones de orden público¹⁸.

17. Por lo que se refiere a la necesidad de que las resoluciones judiciales inconciliables deban o no estar incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento, cabe destacar que ya existía jurisprudencia del TJUE al respecto; jurisprudencia que, además, era perfectamente extrapolable al caso, por lo que

¹² STJUE 13 mayo 2015, C-536/13, *Gazprom*, [ECLI:EU:C:2015:316].

¹³ STJUE 17 noviembre 1998, C-391/95, *Van Uden*, [ECLI:EU:C:1998:543]. En sus Conclusiones, el Abogado General sí apoya su argumentación en este fallo.

¹⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2018, pp. 316-317.

¹⁵ STJUE 4 febrero 1988, 145/86, *Hoffmann* [EU:C:1988:61]; STJUE 6 junio 2002, C-80/00, *Italian Leather* [EU:C:2002:342].

¹⁶ STJUE 2 junio 1994, C-414/92, *Solo Kleinmotoren* [EU:C:1994:221].

¹⁷ STJUE 2 abril 2009, C-394/07, *Gambazzi* [EU:C:2009:219].

¹⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. ANTHONY MICHAEL COLLINS, *cit.*, numeral 55.

difícilmente el TJUE podía abstraerse de su consideración. En efecto, constituye jurisprudencia consolidada del TJUE y pacíficamente aceptada a nivel doctrinal, que las materias excluidas a título principal del ámbito de aplicación material del Reglamento (*ex art. 1*) quedan incluidas en el mismo cuando se plantean a título incidental (*ex art. 45.1.c/*)¹⁹. La sentencia de referencia en este contexto -citada tanto por el TJUE como por el Abogado General- es, todavía hoy, la sentencia *Hoffmann*²⁰.

18. A los meros efectos ilustrativos de cómo juega este tipo de inclusión / exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento cuando las materias excluidas se plantean a título *incidental*, cabe describir someramente el supuesto de hecho que dio lugar a la sentencia *Hoffmann*. Así, se dicta sentencia alemana en materia de alimentos entre dos cónyuges en agosto de 1979 (por aquel entonces materia incluida en el ámbito de aplicación del hoy Reglamento). Por su parte, el cónyuge condenado instó el divorcio ante los tribunales holandeses, obteniendo sentencia favorable en mayo de 1980 (sentencia excluida del ámbito de aplicación del hoy Reglamento). El ejecutivo de la sentencia alemana de alimentos se solicitó y concedió en primera instancia mediante sentencia dictada en julio de 1981. A la luz de este marco jurisprudencial, se planteó ante el TJUE si la sentencia holandesa de divorcio (que -insisto- no estaba incluida en el ámbito de aplicación del hoy Reglamento) podía invocarse en el marco del hoy artículo 45.1.c/ RB I *ref.*, en tanto que sentencia inconciliable con la sentencia alemana en materia de alimentos. El TJUE admitió que la sentencia alemana era inconciliable con la sentencia holandesa en la medida en que aquella se dictó presuponiendo la existencia del vínculo matrimonial y siendo, además, que su ejecutivo se solicitó cuando el vínculo ya había quedado disuelto por la sentencia holandesa. Desde esta perspectiva, el TJUE apreció la aplicación del hoy artículo 45.1.c/ RB I *ref.* en la medida en que ambas resoluciones implicaban consecuencias jurídicas excluyentes recíprocamente. Es decir, el TJUE advirtió que la sentencia en materia de divorcio (que no puede reconocerse por el cauce del Reglamento al estar el divorcio excluido del ámbito de aplicación material del Reglamento) sí podía, sin embargo, hacerse valer en el contexto del ejecutivo de la sentencia alemana de alimentos. *Mutatis mutandis*, por tanto, un supuesto teóricamente muy similar al planteado en autos.

19. La posterior sentencia *Marc Rich*, por su parte, insiste sobre esta cuestión, pero esta vez desde la perspectiva de la materia excluida a título principal y tomando en consideración la materia excluida cuando se presenta como cuestión previa -a diferencia de lo debatido en la sentencia *Hoffmann*, donde los alimentos estaban incluidos a título principal y la materia excluida (divorcio) se planteaba a título incidental-. Desde esta otra perspectiva, el TJUE estableció que: “*Para determinar si un litigio está incluido en el ámbito de aplicación del [Reglamento], únicamente debe tenerse en cuenta el objeto de dicho litigio. Si debido a su objeto -por ejemplo, la designación de un árbitro- un litigio está excluido del ámbito del [Reglamento], la existencia de una cuestión previa sobre la que deba pronunciarse el Juez para resolver el litigio no puede justificar la aplicación del [Reglamento], sea cual sea el contenido de la cuestión*”. En consecuencia, el juego de la inclusión / exclusión de las materias incluidas / excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento se resuelve, en general, del siguiente modo: (i) Si la materia que se plantea a título principal está excluida del ámbito de aplicación del texto (*ad ex.* nombramiento de árbitro), la cuestión incidental que esté incluida en el ámbito de aplicación del texto queda excluida; y al contrario (ii) si la materia que se plantea a título principal está incluida en el ámbito de aplicación del texto (*ad ex.* responsabilidad del árbitro), la cuestión incidental que está excluida del ámbito de aplicación material del texto queda incluida. La sentencia objeto de comentario es totalmente coherente con este planteamiento.

20. Todavía en relación con lo anterior cabe señalar que, en apoyo a la interpretación hecha en favor de una inclusión *prima facie* incidental de las resoluciones judiciales que *funden* el laudo en el ámbito de aplicación del artículo 45.1.c/, no hubiera estado de más una mención al “**efecto útil**” del

¹⁹ *Vid.* con más detalle, M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid, Civitas, 2ª Ed., 2007, pp. 96-102.

²⁰ STJCE 4 febrero 1988, 145/86, *Hoffmann* [EU:C:1988:61].

Reglamento. Y es que, como ya estableciese el TJUE en la citada sentencia *Marc Rich*, “*resultaría contrario al principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los objetivos del [Reglamento] el que la aplicabilidad de la exclusión prevista en el punto 4 del párrafo segundo del artículo 1 dependiese de la existencia de una cuestión previa, que las partes pueden plantear en cualquier momento*”.

21. En consideración de lo hasta aquí dicho, y a modo de conclusión parcial, puede afirmarse que todo el razonamiento de la sentencia hasta considerar que la resolución dictada en términos de un laudo está, en principio, incluida en el ámbito de aplicación del artículo 45.1.c/ del RB I *ref.* es coherente con todo lo establecido por el TJUE en su jurisprudencia. De hecho, puede también afirmarse que, hasta este punto (en concreto, hasta el marginal 53 del fallo), la sentencia no aporta nada realmente nuevo. La verdadera aportación de esta sentencia se manifiesta a partir del numeral 54, donde, siempre a la luz de las particularidades de este caso, plantea una serie de condicionantes muy relevantes para conceder “*eficacia europea*” a aquella sentencia. De tal forma, además, que con el establecimiento de estas condiciones el TJUE se desmarca -a mi juicio, certeramente- de las Conclusiones del AG (*infra* IV). A estudiar tanto estos condicionantes como las consecuencias que a futuro puedan tener en el ámbito arbitral, dedicamos las siguientes líneas.

IV. La sentencia que funde el laudo como resolución judicial a los efectos del artículo 45.1 c/ del Reglamento

22. Ciertamente, podría sostenerse que el artículo 45.1.c/ del RB I *ref.* no exige requisito alguno a la resolución judicial del foro para hacerla valer como *resolución inconciliable* en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de la resolución extranjera; de tal forma que, en el supuesto de autos, no habría por qué exigir requisitos adicionales para hacer eficaz en este contexto de reconocimiento del auto español la sentencia dictada “en términos” del laudo arbitral (o que *funde* el laudo arbitral). Sin embargo, y precisamente por lo que esa sentencia dictada “en términos” del laudo implica -una resolución que, nada menos, “convierte” en sentencia judicial un laudo que, de este modo, pasa a beneficiarse de todo lo que supone el principio de *confianza mutua* en la UE- estimo que el control adicional que el TJUE impone a esa suerte de “desdoblamiento” del título -nace una resolución judicial sin que se extinga el laudo- es tan proporcionado como necesario. De otro modo, se estaría dando carta de naturaleza a un título que, en puridad, se ha originado al margen de la estructura judicial que está en la esencia del espacio de cooperación judicial en materia civil y de cuyo seno nace ese principio de *confianza mutua o recíproca*. El hecho de que el legislador no haya impuesto requisito adicional alguno a este tipo de resolución solo evidencia que no tuvo en cuenta este tipo de supuestos a la hora de redactar la norma; pero nada más. De hecho, no puede obviarse que este tipo de resolución fundiendo el laudo es totalmente desconocida en la mayoría de los ordenamientos arbitrales o procesales de la Europa continental.

23. Por tanto, para que el laudo en forma de sentencia no entre por “la puerta de atrás” al espacio de cooperación judicial en materia civil, el TJUE impone un riguroso *test de equiparación* entre una sentencia que *funde* el laudo y una resolución judicial “típica” que circula por el espacio de cooperación; es decir, impone un control de requisitos que, siempre y en todo caso, cumple la resolución “típica” que circula por el espacio europeo, pero que no es evidente que cumpla la sentencia que *funde* el laudo; y mucho menos el laudo que subyace a la sentencia en el que se funde. Tan es así, que el TJUE no repara en recordar que, en el espacio de cooperación, el laudo no está al mismo nivel que la sentencia: “*la confianza recíproca en la justicia dentro de la Unión... no alcanza a las decisiones de los tribunales arbitrales ni a las resoluciones judiciales dictadas en los términos de tales decisiones*”.

24. Por lo demás, es de destacar también que el TJUE afronta el control del laudo arbitral desde el plano de la “tutela judicial efectiva”: “*un laudo arbitral solamente puede desplegar efectos, en el marco del artículo [45.1.c/ del RB I ref.], a través de una sentencia dictada en sus términos si ello no obstaculiza el derecho a la **tutela judicial efectiva** reconocido en el artículo 47 de la Carta de los*

Derechos Fundamentales de la Unión Europea”²¹. Evidentemente, si la resolución judicial que funde el laudo solo puede desplegar efectos si no obstaculiza el derecho a la *tutela judicial efectiva*, lo mismo debe predicarse respecto del laudo que está en el origen de tan particular resolución judicial. Y asumiendo entonces que estas implicaciones de “*tutela judicial*” son extensibles al laudo, habremos de convenir también que éstas habrán de tenerse en consideración, en supuestos de arbitraje *europeo*, tanto en sede de anulación como en sede de ejecutur. Una perspectiva muy distinta -y quizá incompatible- con la adoptada por el TC²².

1. Test de equiparación

25. En cualquier caso, para que la sentencia que *funde* el laudo arbitral pueda “entrar” en el “circuito cerrado” que supone el espacio de cooperación judicial en materia civil debe respetar los principios que inspiran tan particular espacio: entre otros y en general, principio de libre circulación de resoluciones, confianza recíproca en la justicia, previsibilidad de los órganos jurisdiccionales, seguridad para los justiciables y reducción al máximo de riesgos de procedimientos paralelos. Se trata, en definitiva, de determinar si la sentencia que *funde* el laudo se dictó -o no- en unas circunstancias de respeto a esos principios que, por definición, cumplen las resoluciones judiciales incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento. Y ese control de la sentencia dictada en términos del laudo se lleva a cabo aplicando el *test de equiparación* enunciado y se concreta en “dos reglas fundamentales” del Reglamento: el *efecto relativo del convenio arbitral* y la *litispendencia*.

26. Con carácter previo al estudio de ambas reglas, conviene detenerse en el alcance que puede llegar a tener el hecho de que para el TJUE tanto el *efecto relativo del convenio arbitral* como la *litispendencia* constituyan “dos reglas fundamentales del Reglamento”. Y es que, la calificación de ambas reglas como “fundamentales” puede suponer a futuro que su infracción en supuestos muy excepcionales -como en autos- implique tanto como la activación de la cláusula de *orden público* -en su vertiente procesal-. Sea como fuere, procede analizar ahora la compatibilidad de este *test* con una serie de supuestos o -situaciones- puestos de relieve por el AG en sus Conclusiones y que solo son concebibles en un escenario en el que no se reconociese la sentencia que funde el laudo como resolución a los efectos del artículo 45.1.c/ RB I *ref.*

27. En efecto, cabe todavía preguntarse si someter a la sentencia que *funde* el laudo al *test de equiparación* respecto de las resoluciones judiciales “genuinamente europeas” para, de este modo, permitir que se tome en consideración en el espacio europeo, puede dar o no lugar a situaciones anómalas como las advertidas por el AG en sus Conclusiones. Así, sostiene el AG que no incluir estas resoluciones *en todo caso* en el ámbito de aplicación del artículo 45.1.c/ del RB I *ref.* podría suponer que el laudo quedase “privado de efectos jurídicos en la jurisdicción de la sede del arbitraje, pero podría sin embargo ejecutarse en otro Estado miembro con preferencia frente a la resolución española.... En caso de que los órganos jurisdiccionales franceses considerasen que el Convenio de Nueva York de 1958 [CNY] los obliga a reconocer el laudo, el Reglamento... no impediría su ejecución en Francia y los órganos jurisdiccionales franceses no tendrían obligación alguna de reconocer la resolución española en la medida en que resulte inconciliable con el laudo”²³.

28. Pues bien, más allá del desafortunado ejemplo francés (los tribunales franceses aplican sus normas internas de reconocimiento y no estrictamente el CNY), no creo que la inclusión del citado *test* deba producir situaciones anómalas. Antes al contrario; si bien se entiende su verdadero alcance, creo

²¹ Numeral 58.

²² Al respecto, M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje europeo: una crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021...”, *cit.*, pp. 747-753.

²³ Numeral 68.

que coadyuvará a introducir coherencia en el sistema europeo de cooperación judicial en materia civil. Cuestión distinta es que los operadores afectados estén o no de acuerdo con el tipo de coherencia que introduce, pues otorga a la sentencia europea una clara preponderancia sobre el laudo y “rebaja” hasta donde sea necesario la eficacia del CNY respecto del Reglamento (por lo demás, cuestión en absoluto novedosa²⁴). En efecto, es evidente que, si el convenio arbitral no pasa el *test del efecto relativo*, el laudo no debe desplegar eficacia ni en el Estado miembro donde se dictó ni en ningún otro Estado miembro donde se pretenda su reconocimiento o ejecución (*infra* 36 ss). En este contexto, tanto el motivo basado en la ineficacia del convenio arbitral como el motivo basado en el *orden público* pueden ser de aplicación²⁵. La relevancia de este hecho exige, por tanto, estudiar con detenimiento las consecuencias que se derivan de estas nuevas “reglas fundamentales” del Reglamento, pero sin perder de vista que el *test* solo restará eficacia al convenio arbitral en supuestos extremos (como el supuesto de autos).

2. Efecto relativo del convenio arbitral

29. La aportación a mi juicio más relevante -a la vez que controvertida- que realiza el TJUE en esta sentencia es la que pasa por extender “la regla fundamental” del *efecto relativo* de la cláusula de sumisión a tribunales al ámbito del convenio arbitral. Y es que, no deja de llamar poderosamente la atención el hecho de que, estando excluido el arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento, el TJUE extienda sin razonamiento alguno tal efecto al convenio arbitral.

30. Con todo, si bien se mira, estimo que tampoco es necesaria mucha justificación a esta suerte de extrapolación automática. Así, cabe advertir, de entrada, que el *efecto relativo* se circunscribe al ámbito del contrato de seguro, por lo que no parece que vaya a tener un efecto inmediato en otros ámbitos. Y aceptando esta delimitación, tiene mucho sentido extender al *convenio arbitral* lo que ya en su momento estableció respecto de la *cláusula de jurisdicción* en el ámbito del contrato de seguro: “*En efecto, por lo que atañe... al efecto relativo de la cláusula compromisoria insertada en un contrato de seguro, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que un acuerdo atributivo de competencia celebrado entre un asegurador y un tomador de seguro no puede vincular a la persona perjudicada por el daño asegurado que, allí donde el Derecho nacional lo permita, desee entablar acción directa de responsabilidad delictual o cuasidelictual contra el asegurador ante el tribunal del lugar en que se produjo el hecho dañoso o ante el tribunal del lugar de su domicilio*”.

31. No parece justificado que el TJUE debiera en autos apartarse del razonamiento arriba transcrito y desarrollado en su anterior sentencia *Assens Havn*²⁶ (supuesto muy similar) por el solo hecho de que en este último caso se tratase de una cláusula de jurisdicción en vez de un convenio arbitral. En tan particular ámbito -de seguros- no hay por qué hacer de mejor condición al convenio arbitral frente a la cláusula de jurisdicción. Y es por ello que, en este punto concreto, las Conclusiones del AG merecen un reproche, pues ni tan siquiera toma en consideración el posible alcance de tan determinante fallo para resolver este caso. Ya entonces estableció el TJUE -recuérdese-: “40. ... *procede considerar que el acuerdo atributivo de competencia celebrado entre un asegurador y un tomador del seguro no puede vincular a la persona perjudicada por el daño asegurado que desee entablar acción directa contra el asegurador ante el tribunal del lugar en que se produjo el hecho dañoso*”.

32. Habida cuenta de lo anterior es tan lógico como coherente extender el efecto relativo de la cláusula de jurisdicción al convenio arbitral. De lo contrario, precisa el TJUE, “*el objetivo de protec-*

²⁴ Sobre la limitada eficacia que el TJUE ha impuesto a los convenios internacionales en determinados supuestos en los que su aplicación puede restar efectividad a los textos europeos, *vid.* M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2018, pp. 339-340. Para una crítica al resultado alcanzado por el TJUE, A. BRIGGS, *cit.*, nota núm. 1.

²⁵ Recuérdese que, según el TEDH, el control del consentimiento del convenio arbitral es cuestión de orden público. Al respecto *vid.*, M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2018, pp. 172-173.

²⁶ STJUE, 13.7.2017, C-368/16, [EU:C:2017:546].

ción de los perjudicados por los daños se vería comprometido". Considerar sin más que la sentencia que *funde* el laudo puede enfrentarse a la sentencia judicial dictada en otro Estado miembro "a raíz de una acción directa de responsabilidad que ha ejercitado el perjudicado privaría a éste de la reparación efectiva del daño"²⁷.

33. No es cuestión menor, todavía en este contexto, la relativa al **consentimiento** de las partes para quedar obligado ya sea a la cláusula de jurisdicción ya sea al convenio arbitral. De nuevo, esta sentencia deja traslucir que, para el TJUE, el consentimiento expreso de las partes afectadas es la condición necesaria para considerar la validez de uno u otro. No entra el TJUE, por tanto, a analizar el conflicto de calificaciones que plantea el supuesto de hecho entre la acción contractual y la acción extracontractual (acción directa). Pareciera que al TJUE solo le interesa en este supuesto concreto la cuestión relativa al consentimiento. Y así interpretado, quizá el fallo pueda considerarse como una referencia -siquiera indirecta- para abordar la cuestión relativa a la extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros.

3. Litispendencia

34. La segunda regla "fundamental" que establece esta sentencia es la relativa a la litispendencia. En su virtud, el árbitro debió respetar el hecho de que los tribunales españoles hubieran entrado a conocer sobre el fondo del asunto antes que él mismo. Lo anterior con mayor motivo si tanto el procedimiento abierto en España como el arbitraje iniciado en Londres tenían el mismo objeto y la misma causa.

35. A este respecto, cabe señalar lo siguiente. Si bien es cierto que la regla de litispendencia esgrimida como "regla fundamental" aparece fuertemente anclada al supuesto de hecho, su misma invocación en este caso me parece innecesaria. En efecto, si bien se mira, basta con acreditar una vulneración del *efecto relativo* del convenio arbitral para que la sentencia que *funde* el laudo no pueda invocarse, ex artículo 45.1.c/ RB I *ref.*, para impedir el reconocimiento en Reino Unido del auto español. No haría falta, por tanto, alegar la infracción de ninguna regla fundamental más. De hecho, no debería hablarse propiamente de litispendencia cuando el mismo supuesto se ventila ante la jurisdicción y el arbitraje²⁸. Por ello, creo también que la regla de litispendencia -favorable en autos al sentido del fallo- tiene un papel mucho más limitado, si no distorsionador, fuera de este supuesto.

36. En relación con lo anterior puede todavía señalarse que, cuando sea el árbitro el primero que entre a conocer sobre el fondo del asunto, su juicio previo sobre la eficacia del convenio arbitral deberá tener en cuenta -en el ámbito de seguros- el posible *efecto relativo* del convenio arbitral y decidir en consecuencia. Juicio que, evidentemente, puede ser objeto de control tanto en sede de anulación como en sede de ejecutur.

4. Orden público

37. Establecidos los límites de la sentencia que *funde* el laudo arbitral para tenerlo en consideración como resolución inconciliable del foro a los efectos de la aplicación del artículo 45.1.c/ RB I *ref.*, queda todavía por determinar los efectos que puede desplegar también en el foro la resolución que declara ejecutable el laudo (efecto de cosa juzgada). En tan particular contexto, la solución ya venía dada por la misma jurisprudencia del TJUE. De entrada, tal jurisprudencia tenía establecido que la aplicación de la cláusula de orden público está descartada cuando el problema planteado es el de la compatibilidad

²⁷ Numerales 62 y 63 del fallo.

²⁸ Sobre esta cuestión, con más detenimiento, M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2018, pp. 265-272.

de una resolución extranjera con una resolución nacional²⁹. Es por ello por lo que solo el artículo 45.1.c/ o d/ RB I *ref.* puede ser aplicado en este contexto.

38. Hasta aquí el análisis de la importante sentencia del TJUE que, como ha podido constatarse, se caracteriza por crear dos criterios “de control” muy relevantes para el concreto ámbito del arbitraje de seguros. Queda sin embargo por determinar si la sentencia en cuestión puede o debe desplegar algún efecto en la segunda línea de defensa del asegurador; a saber, si debe desplegar algún efecto cuando se esgrima el efecto de cosa juzgada del mismo laudo arbitral. A mi juicio, debería desplegarlo, en la medida en que el laudo emana de un convenio arbitral que no ha tenido en consideración su *efecto relativo* en el ámbito de los seguros; cuestión que tanto a la luz de la jurisprudencia del TEDH como del TJUE, sí podría considerarse de *orden público*. Repárese en que aquí se discute la fuerza de cosa juzgada del laudo -no de una resolución judicial previamente dictada-, por lo que no es de aplicación el artículo 45.1.c/ o d/ RB I *ref.*

V. A modo de conclusión

39. El supuesto de hecho que subyace a esta sentencia del TJUE es un supuesto realmente excepcional y complicado. Por ello, las soluciones que da el TJUE deben interpretarse en su concreto y limitado contexto; sin pretender una expansión ilimitada de esta jurisprudencia a cualquier caso. La sentencia es -eso sí- coherente con su jurisprudencia: tanto con la jurisprudencia relativa a la inclusión / exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento; como con la jurisprudencia relativa a la identificación de “resoluciones inconciliables”, como con la jurisprudencia relativa a las particularidades que subyacen a tan complicado asunto. Con todo, estimo que de este fallo del TJUE pueden extractarse ciertas coordenadas que están en el origen de las siguientes ideas:

- El *efecto relativo* de la cláusula de jurisdicción es directamente aplicable al convenio arbitral; con independencia absoluta de que el arbitraje como tal esté excluido del ámbito de aplicación material del Reglamento. A partir de aquí, debe repararse también en que, para el TJUE, el criterio relevante para resolver la cuestión relativa a la extensión de los efectos del convenio arbitral a un tercero ajeno al contrato que lo incluye es el *consentimiento*. Este criterio está en línea con el criterio asumido por el TEDH y supone, por tanto, que otros criterios de extensión de los efectos del convenio arbitral a un tercero (en autos, el hecho de que el tercero perjudicado reclamara una obligación prevista en un contrato de seguro que, a su vez, incluía el convenio arbitral) no es aceptable en el espacio judicial europeo.
- Como consecuencia de lo anterior, un laudo (como en autos) que vincula al tercero no firmante del contrato que incluye el convenio arbitral no puede reconocerse en los demás Estados miembros, pues el convenio arbitral no cumple el efecto relativo (*consentimiento*) que el TJUE exige.
- La sentencia judicial esta, en determinados supuestos, por encima del laudo. De hecho, en casos extremos, la misma aplicación del CNY en los Estados miembros queda condicionada por las condiciones que imponga el Derecho de la UE al supuesto.

²⁹ STJCE 4 febrero 1988, 145/86, *Hoffmann* [EU:C:1988:61].