

LA SENTENCIA *WEST TANKERS* Y SU JURISPRUDENCIA DERIVADA. LA INCLUSIÓN DEL ARBITRAJE EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA*

JUAN IGNACIO MARCUELLO SALTO**

Resumen: La histórica exclusión del arbitraje del sistema del Reglamento Bruselas I está siendo objeto de revisión por parte de la Comisión después de diez años de funcionamiento de la norma comunitaria. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha dejado un clima de inseguridad jurídica dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia. Los procedimientos arbitrales están siendo menoscabados a favor del correcto funcionamiento del sistema establecido por el Reglamento Bruselas I. La Propuesta de Revisión de la Comisión busca dar una solución a esta situación de incertidumbre. Sin embargo, el texto propuesto cuenta con la oposición de muchos operadores jurídicos y del propio Parlamento Europeo. Los distintos casos que suceden al fallo del Tribunal de Justicia en el asunto *West Tankers* ponen en evidencia la necesidad de una solución de tipo normativo y de la más que posible necesidad de un perfeccionamiento de la exclusión de arbitraje del Reglamento Bruselas I. **Palabras clave:** Reglamento Bruselas I, Arbitraje, Propuesta de revisión, Acciones torpedo, Medidas antiproseso.

Abstract: Historically arbitration has not been included within the system of Brussels I Regulation. However, after several decisions of the Court of Justice, this exclusion is not as clear as it seemed in the past. Arbitration proceedings are suffering the consequences of these decisions in favour of the correct application of Brussels I system. The Revision Proposal of the European Commission tries to find out a solution to the situation of insecurity created after *West Tankers* decision. This Proposal does not count with many supporters, but it shows the need of a change in the common space of Freedom, Security and Justice.

Keywords: Brussels I Regulation, Arbitration, Proposal of revision, Antisuit injunction.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL; 1. Pronunciamiento previos a *West Tankers*; A. Jurisprudencia inicial; B. Medidas antiproseso y el asunto *Turner*; 2. El asunto *West Tankers*; A. Antecedentes; B. Consecuencias del fallo; III. LA NECESIDAD DE UN CAMBIO; 1. El Libro Verde de la Comisión; 2. Reacciones a las propuestas de cambio; IV. LA PROPUESTA DE REVISIÓN DEL REGLAMENTO DE BRUSELAS I; 1. Fundamento; 2. Perfeccionamiento de la exclusión; 3. Una litispendencia especial; 4. Puntos fuertes y débiles de la reforma; V. LAS ENMIENDAS DEL PARLAMENTO EUROPEO; VI. CONCLUSIÓN.

* Fecha de recepción: 7 de marzo de 2012.

Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2012. Este artículo es fruto del trabajo dirigido por la profesora Elena Rodríguez Pineau, presentado en el ámbito del I Premio Joven Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

** Licenciado en Derecho y Administración de Empresas por la Universidad Autónoma de Madrid. Máster oficial en Derecho de la UE (UAM-Posgrado). Abogado en ArcelorMittal S.A. Email: marcuellosalto@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto estudiar el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n°44/2001 de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materias civil y mercantil (a partir de ahora Reglamento Bruselas I). En concreto se centrará en el análisis de una materia excluida, en principio, del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I, en su artículo 1.2.d), el arbitraje. Y digo en principio excluida porque, como se va a exponer, la jurisprudencia europea ha sufrido una evolución a lo largo de estos últimos años extendiendo el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I y confiriéndole una nueva eficacia que podríamos catalogar como indirecta en algunas materias excluidas como el arbitraje. El asunto C-185/07, *West Tankers*¹, ha causado un profundo impacto en esta materia, hasta tal punto que ha tenido una incidencia notable en la Propuesta de Revisión del Reglamento 44/2001², realizada por la Comisión Europea en diciembre de 2010, y que tiene como objetivo reformar ciertos aspectos del citado Reglamento.

La exclusión del arbitraje del Reglamento Bruselas I se explica históricamente por la relación existente entre dicha norma comunitaria y un texto internacional, la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York de 1958). A la hora de la negociación del antiguo Convenio de Bruselas de 1968 –precedente del Reglamento 44/2001–, se llegó al consenso de que la Convención de Nueva York era un instrumento muy válido para regular la materia arbitral y por ello se consideró que no era necesario volver a abordar esta cuestión a nivel europeo.

II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

1. Pronunciamientos previos a *West Tankers*

A. *Jurisprudencia inicial*

Para entender correctamente la sentencia *West Tankers* es preciso abordar brevemente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los elementos más importantes de la sentencia: el arbitraje y las medidas antiproseso (ver siguiente epígrafe B).

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2009, *Allianz SpA, formerly Riunione Adriatica di Sicurtà and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*, as. C-185/07, Rec. 2009, p. I-663.

² Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters. (European Commission, Brussels 14.12.2010) disponible en http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/com_2010_748_en.pdf

Comenzando por el arbitraje, éste ha sido objeto de varias decisiones del Tribunal de Justicia. En un primer pronunciamiento, en el asunto C-190/89 *Marc Rich*, el Tribunal de Justicia establece un concepto amplio de arbitraje manteniendo que no sólo el arbitraje en sí estaba excluido de la regulación de Bruselas, sino que también lo estaba “una medida que estaba dentro de la esfera del arbitraje”³. Cualquier medida que tuviese una estrecha relación con la esfera del arbitraje iba a ser considerada excluida del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas.

Sin embargo unos años más tarde, en el asunto C-391/95 *Van Uden*⁴, el Tribunal de Justicia interpreta de forma mucho más restrictiva la excepción del arbitraje. En dicho fallo se considera que un procedimiento cautelar (v. gr. la adopción de medidas de aseguramiento) no forma parte de un procedimiento de arbitraje, sino que simplemente se dedica a apoyarlo. En este caso, aunque el asunto central esté excluido del Convenio al haber sido sometido a arbitraje, el Tribunal admite que en el caso de las medidas cautelares se puede interpretar que no se trata de un mismo procedimiento sino de uno paralelo. En caso de que las medidas provisionales que se quieran adoptar tengan por objeto la protección de derechos que estén dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, entonces dicha normativa se podrá aplicar al procedimiento cautelar. Es decir, ya no se mantiene de forma tan estricta como en el asunto *Marc Rich* la unidad del procedimiento. A partir de este momento va a ser la naturaleza del derecho cuya protección se pretende la que determinará cuándo un procedimiento entrará en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas y cuándo no.

B. Medidas antiproceso y el asunto *Turner*

La génesis de los problemas suscitados en el asunto *Turner* y en *West Tankers* se encuentra en la existencia en el sistema anglosajón de las denominadas *antisuit injunction*, también conocidas como medidas antiproceso⁵. Estas medidas son propias de los ordenamientos del *Common law* y carecen de equivalente en los sistemas continentales⁶.

Mediante las *antisuit injunction* se invita a la parte que ha abierto otro procedimiento en otro Estado miembro a concluirlo o a abstenerse a comenzar, si es que aún no lo ha hecho. Con ello se busca evitar que las partes participen en procedimientos que pueden ralentizar

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, *Marc Rich & Co. AG v. Societa Italiana Impianti P.A.* (“*Atlantic Emperor*”), as. C-190/89, Rec. 1991, p. I-3855.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, as. C-391/95, Rec. 1998, p. I-7091.

⁵ ELVIRA BENAYÁS, M.J., “¿Existe alguna posibilidad, por pequeña que sea, de salvar lo nuestro? Las *antisuit injunction* y el Convenio de Bruselas a propósito de la STJCE de 27 de abril de 2004, C-159/02”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 9, 2005, pp. 1-11.

⁶ TEIXEIRA DE SOUSA, M., “A incompatibilidade das *anti-suit injunction* com o regulamento (CE) N° 44/2001”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2010, vol. 2, n. 1, pp. 419-424, disponible en <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/972/442>

de forma inapropiada la resolución de cualquier asunto. Esta es la razón por la cual los tribunales de los sistemas jurídicos anglosajones, incluidos Estados Unidos e Inglaterra, han estado históricamente dispuestos a prohibir a las partes que comiencen procedimientos en el extranjero violando una cláusula de elección de foro específica o una cláusula de arbitraje. Estas medidas tienen un cierto efecto coactivo porque, de no cumplirse la sugerencia hecha por el tribunal anglosajón, la parte puede resultar sancionada.⁷ Se les puede atribuir más efectos, ya que además sirven para declarar que el órgano que las ordena considera que está mejor posicionado para enjuiciar el objeto del litigio. No obstante se podría afirmar que el fin intrínseco de estas medidas de los tribunales del *Common law* es evitar la litispendencia que regula el Reglamento Bruselas I. Ello es una muestra más de la difícil convivencia entre el sistema procesal británico y el Reglamento.

En relación con este tipo de medidas, nos encontramos en el año 2004 con el asunto C-159/02, *Turner*⁸, en el que el Tribunal de Justicia sostiene que cuando las medidas anti-proceso de Derecho inglés sean utilizadas para restringir los procedimientos ante tribunales de otros Estados Miembros, se estará alterando el mecanismo de la litispendencia previsto en el artículo 27 del Reglamento Bruselas I. Además, el Tribunal de Justicia indica que el recurso a este tipo de medidas atenta contra el principio general de confianza mutua entre los Estados Miembros.

Con este caso se observa que el Tribunal de Justicia ya tenía su punto de mira colocado sobre las medidas antiproceso del ordenamiento inglés. El Tribunal de Justicia quiere hacer prevalecer la coherencia y unidad del sistema de Bruselas I sobre las especialidades procesales de los Estados Miembros. Para el Tribunal no tiene sentido que en el ámbito de aplicación del Reglamento ciertos órganos de los Estados Miembros tengan la capacidad de limitar la competencia de los demás tribunales de la Unión Europea. No quiere sistemas privilegiados dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo recurre al principio de confianza mutua entre ordenamientos y tribunales de los Estado Miembros para justificar la prohibición de esta clase de medidas conminatorias. No obstante uno puede preguntarse la razón por la que se acude a este principio si las medidas antiproceso van dirigidas a las partes y no a los tribunales de los Estados. Los tribunales ingleses no prohíben nada a los tribunales continentales. Las prohibiciones van dirigidas a las partes del proceso, no al órgano jurisdiccional. ¿Por qué se vulnera entonces el efecto útil del Reglamento Bruselas I? ¿En qué afecta a la competencia de un tribunal de otro Estado miembro el hecho de que una de las partes infrinja las órdenes del tribunal inglés? Un incumplimiento por una de las partes de una medida

⁷ En el ámbito de los ordenamientos civilistas, lo más parecido, y salvando las distancias, sería una promesa a no iniciar una acción judicial o de retirarse de un juicio pendiente, acciones que en todo caso emanan de una voluntad individual y nunca de la voluntad de un tribunal como ocurre con las medidas antiproceso.

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2004, *Turner v. Grovit*, as. C 159/02. Muy relacionado con este caso nos encontramos también la Sentencia de 9 de diciembre de 2003, *Erich Gasser GMBH v. MISAT*, asunto C-116/02, Rec. 2003, p. I-4693.

antiproseso inglés no afecta en nada a la competencia del tribunal de otro Estado miembro para conocer sobre el asunto. No obstante podríamos decir que una medida conminatoria de esta clase produce un efecto sobre las partes, un efecto subjetivo inmediato⁹, que consiste en verse condicionado a la hora de poder acudir a otro tribunal. Así, de modo indirecto, se estaría afectando la competencia de ese otro tribunal para conocer del asunto. Debido a la existencia de estas medidas, en teoría no se iba a poder realizar ni siquiera un examen de la propia competencia que tuviese o dejase de tener el tribunal del otro Estado Miembro. Por todo ello, y al menos en el caso *Turner*, se puede decir que efectivamente este tipo de medidas antiproseso van en contra del espíritu del sistema del Reglamento Bruselas I. Uno de los principios que guían el Reglamento es la imposibilidad de que ningún tribunal pueda examinar la competencia de otro tribunal. Aunque no se haga de forma directa, porque la medida antiproseso va dirigida a las partes, efectivamente se comprueba que con esta clase de medidas se está vulnerando la confianza mutua en la que se fundamenta el Reglamento Bruselas I al permitir que un tribunal de un Estado Miembro esté en posición de prohibir cuándo otro tribunal puede o no conocer del asunto.

El asunto *Turner* no excluye la pervivencia de las medidas antiproseso para los casos en los que no nos encontrásemos dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I. Una de esas materias es el arbitraje, excluido del sistema del Reglamento en virtud del artículo 1.2.d). Podría afirmarse que, a raíz de la sentencia *Turner*, el arbitraje se vio favorecido por la decisión del Tribunal de Justicia. Las partes que buscasen rapidez a toda costa se verían más atraídas a elegir el arbitraje, en vez de la vía jurisdiccional, porque en el marco de los procedimientos arbitrales no estaba prohibido el dictar medidas antiproseso, lo cual aún hacía del Reino Unido un sitio atractivo para la celebración de arbitrajes a nivel europeo.

Sin embargo, con la sentencia *West Tankers* ese pequeño hilo de esperanza, que aún albergaban los tribunales anglosajones, fue cortado. La balanza volvió a estar nivelada y ya el arbitraje no era más atractivo que un procedimiento jurisdiccional ordinario. Como pasamos ahora a analizar, el Tribunal de Justicia afirma la incompatibilidad de las medidas antiproseso con el Reglamento Bruselas I incluso cuando se adopten en apoyo de procedimientos arbitrales.

2. El asunto *West Tankers*

A pesar de la exclusión expresa del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I con respecto de la materia del arbitraje, a partir de la sentencia *West Tankers* se ha perdido la

⁹ GÓMEZ JENÉ, M., “Propuestas de inclusión del arbitraje en el Reglamento 44/2001”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2010, vol. 2, n. 1, p. 355, disponible en <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/view/986/457>

certeza de que dicha exclusión sea absoluta. Y ello ha reabierto el debate sobre la necesidad de incluir en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I el arbitraje.

A. *Antecedentes*

Los antecedentes del caso pueden resumirse de la siguiente forma: En agosto de 2000 un buque propiedad de West Tankers Inc. provocó daños en un embarcadero propiedad de la empresa Erg Petroli SpA. El contrato de fletamento estaba sujeto a Derecho inglés y contenía una cláusula de arbitraje. Erg se dirigió a sus aseguradoras (Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA) para obtener la indemnización del daño y, para cobrar el resto, inició un arbitraje contra West Tankers. Una vez pagada la indemnización, las aseguradoras interpusieron demanda contra West Tankers ante un tribunal italiano. A su vez West Tankers inició un procedimiento ante la *High Court of Justice* para solicitar que el procedimiento se llevase mediante un arbitraje tal como se establecía en el contrato con Erg Petroli SpA. Para ello solicitó que se dictase una orden conminatoria para que las aseguradoras interrumpiesen el procedimiento iniciado en Italia. La *High Court* dictó la medida antiproseso por la que se prohibía que las aseguradoras pudiesen proseguir con el procedimiento entablado. Estas últimas invocaron la contrariedad de la medida con el Reglamento 44/2001 en los términos vistos en la sentencia *Turner*. La *House of Lords* sin embargo considera que esta lectura no es correcta ya que la materia relativa a arbitraje se encuentra totalmente excluida del Reglamento de Bruselas I. Sin embargo, ante la duda planteada, el tribunal inglés suscita la cuestión prejudicial para que el Tribunal de Justicia aclare si es compatible con el Reglamento Bruselas I una medida conminatoria que prohíba continuar un procedimiento cuando ese procedimiento está infringiendo un convenio arbitral.

B. *Consecuencias del fallo*

Del fallo del Tribunal de Justicia se pueden extraer tres consecuencias principales:

a) Las medidas antiproseso son incompatibles con el Reglamento de Bruselas I y con su efecto útil.

b) Cuando nos encontremos ante una cuestión a título incidental que se refiere a la existencia y validez de un convenio arbitral y además conozca de la misma un Tribunal de un Estado Miembro, dicha cuestión incidental queda comprendida dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I.

c) Por último, pero no por ello menos importante, se puede considerar consecuencia de la sentencia *West Tankers* el hecho de que el Tribunal ante el que se presenta la demanda

sobre el fondo del asunto va a tener competencia exclusiva para resolver sobre la cuestión incidental relativa a la aplicabilidad y validez del convenio arbitral.

a) Incompatibilidad de las medidas antiproceso con el Reglamento Bruselas I y con su efecto útil

A la vista de los casos que han antecedido a la sentencia *West Tankers* se podría decir que esta consecuencia no ha sido una gran sorpresa. Basta estudiar la sentencia *Turner* para comprobar que esta clase de medidas no eran del agrado del Tribunal de Justicia.

Los tribunales ingleses defienden que las medidas antiproceso impiden técnicas procesales fraudulentas por parte de las partes. Los tribunales ingleses buscan evitar comportamientos de mala fe de las partes que ralenticen el correcto discurrir del proceso. Ha de ser destacado que en el caso *West Tankers* no existe mala fe procesal en el comportamiento de las partes. Simplemente éstas no conocían exactamente hasta dónde llegaban los efectos del convenio arbitral que habían suscrito (v. gr. las aseguradoras no tenían claro si a ellas les afectaba el convenio arbitral que habían suscrito *West Tankers* con Erg), de ahí que se abriese otro proceso ante el Tribunal de Siracusa en virtud del artículo 5 del Reglamento Bruselas I.

Lo destacable de este fallo es que las medidas antiproceso que buscan salvaguardar la eficacia de un proceso de arbitraje son, sin embargo, incompatibles con el Reglamento de Bruselas I. Aunque el arbitraje está excluido de su ámbito de aplicación, de la lectura del fallo del tribunal se puede deducir que las medidas antiproceso referidas a la protección del arbitraje son contrarias al efecto útil del Reglamento. Ello se debe a que la clasificación de un hecho incidental (existencia y validez del acuerdo arbitral) es irrelevante, ya que el procedimiento extranjero (italiano en este caso) cae dentro de la esfera del Reglamento en virtud del artículo 5.¹⁰ Ningún tipo de acción procesal nacional puede menoscabar el efecto útil del Reglamento.

La sentencia *West Tankers* no supone la eliminación total de las medidas antiproceso, pues van a poder ser aplicadas cuando nos encontremos ante la apertura de procedimientos frente a un tribunal de un tercer Estado o en el ámbito interno de los países que las contemplan en su ordenamiento procesal nacional. Lo que no va a ser posible es invocarlas dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia.

Bien es cierto que las medidas antiproceso en muchas ocasiones agilizaban el ritmo de las resoluciones de distintos asuntos. El asunto más destacado como consecuencia de la sentencia *West Tankers* es el denominado caso *Endesa Generation*, resuelto ante los tribunales británicos¹¹. Esta sentencia constituye un ejemplo claro de cómo se puede me-

¹⁰ ILLMER, M., "Brussels I and Arbitration Revisited - The European Commission's Proposal", *Rabelsz*, vol. 75, n. 3, 2011, pp. 645-670.

¹¹ Sentencia de la *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, de 1 de abril de 2009, *National Navigation Co v. Endesa Generación SA*, [2009] EWHC 196.

noscabar un procedimiento de arbitraje cuando no se cuenta con el apoyo de estas medidas antiproceso, consideradas tan nocivas para el efecto útil del Reglamento Bruselas I por el Tribunal de Justicia.

La empresa española Endesa y la empresa británica *NNC* tenían una relación contractual en la que, en principio, se establecía que para la resolución de conflictos se utilizaría el arbitraje en Londres. Un buque fletado para transportar carbón terminó en un puerto distinto al establecido. Fue entonces cuando la sociedad española comenzó un proceso ante un Tribunal de Almería reclamando los gastos derivados del retraso de la entrega del carbón que estaba siendo transportado en el barco (en ese momento *NNC* no pudo demostrar la existencia de la cláusula arbitral). Mientras tanto, unos meses después y tras haber conseguido la documentación necesaria referente a la existencia de una cláusula arbitral, *NNC* inició un proceso arbitral en Londres. A su vez solicitó a los Tribunales ingleses que dictasen una medida antiproceso con el fin de detener el procedimiento iniciado ante el juez almeriense, todo ello con el fin de proteger el arbitraje ya iniciado. Sin embargo, dichas medidas no pudieron ser tomadas como consecuencia del reciente fallo del Tribunal de Justicia en *West Tankers*, quedando por lo tanto el arbitraje sin protección del tribunal británico.

El hecho de que el conocimiento de embarque del buque no contuviese cláusula arbitral alguna hizo que el juez español se declarase competente para conocer del supuesto en virtud del Reglamento Bruselas I. Una vez emitido, el fallo no fue reconocido en Inglaterra en primera instancia en virtud del artículo 34.1 del Reglamento que hace referencia al orden público como excepción al reconocimiento de sentencias extranjeras. La razón de ello es que el Estado requerido para la ejecución del fallo había considerado como válida la cláusula arbitral y la decisión española, que no lo consideraba así, contravenía el orden público inglés. La decisión de la *Court of Appeal* consideró posteriormente que dicha remisión al orden público había sido del todo improcedente y, por lo tanto, cabía reconocerle eficacia a la sentencia española.

De este modo, Endesa utiliza la sentencia *West Tankers* para conseguir una resolución que le sea favorable y eludir un arbitraje en Londres. La reacción del Inglaterra en un primer momento fue hasta cierto punto lógica, ya que no concebía cómo podía ignorarse de tal forma una cláusula arbitral válida¹², que no había podido proteger con sus medidas antiproceso, imponiéndose la aplicación del Reglamento Bruselas I. El arbitraje por lo tanto ya no se encuentra tan protegido como antes lo estaba y todo ello consecuencia de la sentencia *West Tankers*, que impide las medidas antiproceso frente a los procedimientos que tengan como cuestión incidental el examen de la existencia y validez de una cláusula arbitral.

b) Inclusión dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001 de la decisión sobre un juicio incidental que versa sobre la validez de un convenio arbitral

¹² CARELLI, S., "The Front Comor - The end of arbitration as we know it", *Cambridge Student Law Review*, vol.6, n.1, 2010, pp. 214-227.

La segunda de las consecuencias del asunto *West Tankers* es sin duda la que más va a afectar a los tribunales europeos en general. El Tribunal Supremo en el año 2007 se pronunció de una forma totalmente distinta a lo que ha hecho el Tribunal de Justicia en el asunto *West Tankers*¹³. El Tribunal Supremo optó por no aplicar el Reglamento comunitario al control incidental de un convenio arbitral, argumentando, como podría entrar dentro de los márgenes de la lógica, que el arbitraje era una materia excluida del ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I.

Desde hace años se llevaba planteando incluir dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I la materia del arbitraje¹⁴. Parece que con la sentencia *West Tankers* se pueden dar por satisfechos los deseos de partidarios de dicha inclusión, ya que la decisión del Tribunal de Justicia ha supuesto que la Comisión Europea realice una propuesta de modificación del Reglamento Bruselas I, en donde se incluye parcialmente el arbitraje dentro del ámbito de aplicación de la norma.

Ahora bien, cabe plantearse si el razonamiento dado por el Tribunal de Justicia tiene suficiente peso como para justificar este cambio normativo, lo que es discutible. La poca solidez del fallo se observa por ejemplo cuando, en el párrafo 26 de la sentencia *West Tankers*, el Tribunal de Justicia se apoya en el Informe *Evrigenis/Kerameus*¹⁵ al Convenio de Adhesión de Grecia al Convenio de Bruselas. En dicho documento se defiende que el control incidental de la validez de un acuerdo arbitral es un asunto que debe de ser propio del Convenio. Al mencionar este informe el Tribunal demuestra que es consciente del problema que tenía entre manos pero, sorprendentemente, no profundiza ni menciona más documentos¹⁶ o jurisprudencia comparada, que existe, para dar peso a sus argumentos.

Puede que tal vez esa falta de argumentación más elaborada se deba a que el Tribunal de Justicia considera que su fallo es una simple continuación de su jurisprudencia anterior. Esta es la opinión de cierta parte de la doctrina¹⁷, que opina que la sentencia *West Tankers* es un desarrollo de lo que ya dijo el Tribunal de Justicia en la sentencia *Marc Rich*. En dicha sentencia el Tribunal de Justicia dio un concepto amplio del concepto de arbitraje, tal como se puede observar de la lectura del párrafo 19 de la misma. No obstante, en la segunda parte de la sentencia, en los párrafos 27-29, el Tribunal de Justicia sugiere que el hecho de que se

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2007, n. 558/2007, rec. 4733/2000.

¹⁴ ARENAS GARCÍA, R., "La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento 44/2001: de Van Uden a *West Tankers* y sus consecuencias", *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 2, n. 2, 2009, pp. 401-427.

¹⁵ "Informe de los profesores D. Evriyenis y K.D. Kerameus sobre 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, 28 de julio de 1990.

¹⁶ "Informe Schlosser sobre el Convenio de 9 de octubre de 1979 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino de Gran Bretaña 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 la interpretación por el Tribunal de Justicia" DOCE, 28 de julio de 1990.

¹⁷ Ver nota 9.

plantee una cuestión incidental sobre la validez del convenio arbitral no va a afectar al litigio principal, el cual se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I. Por el hecho de plantear una cuestión incidental (relativa a la existencia de una arbitraje) en relación con un litigio principal, al que se le aplica el sistema del Reglamento, no se va a excluir la aplicación de dicha norma, la cual seguirá rigiendo esa cuestión principal. En ningún momento se dice expresamente que la cuestión incidental relativa a la validez del convenio arbitral sea materia incluida dentro del ámbito de aplicación del Convenio. Sin embargo de la lectura de los párrafos indicados se puede extraer dicha conclusión.

Tomando dicho punto de vista, efectivamente podría considerarse la sentencia *West Tankers* como un desarrollo de la fugaz idea expresada en la sentencia *Marc Rich* en la década de los noventa. En *West Tankers*, el Tribunal de Justicia ya indica expresamente y no de modo implícito, como en *Marc Rich*, que la cuestión incidental de validez de un convenio arbitral se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Convenio (párrafo 26). La justificación que se da para incluirlo es el denominado efecto útil, que es el nexo de unión entre la cuestión prejudicial y la determinación de la competencia que analizaré a continuación.

Los efectos de esta segunda consecuencia del asunto *West Tankers* pueden apreciarse en otro caso inglés, *Youell vs La Reunion Aerienn*¹⁸, decidido por la *English Court of Appeal* y en donde se resuelve un conflicto entre el mercado francés e inglés de seguros, todo ello en el marco de un convenio arbitral. Las aseguradoras inglesas entablaron una acción contra las aseguradoras francesas (domiciliadas en Francia) para que se declarase la inexistencia de responsabilidad por incumplir un contrato cuya existencia era negada por las demandantes. El supuesto lugar de cumplimiento del contrato debía ser el Reino Unido, por lo que el tribunal inglés se declaró competente para conocer del asunto. Sin embargo las aseguradoras francesas invocaron la cláusula arbitral que existía en el contrato –cuya existencia se cuestionaba– y, por lo tanto, el asunto caería fuera de la esfera del Reglamento Bruselas I. El acuerdo cuestionado consistía en asegurar a las compañías francesas del sector aeronáutico. El contrato de seguro estipulaba que el 75% de la cobertura era dada por las aseguradoras francesas y el 25% por las aseguradoras británicas.

El grupo de aseguradoras francesas e inglesas había estado participando en un programa conjunto de seguros. La póliza francesa de seguros contenía una cláusula arbitral en París, la británica no. Dicho grupo de empresas aseguran el sector de ingeniería aeronáutica francés en los Estados Unidos. Uno de los fabricantes asegurados (francés) tuvo que pagar ciertas indemnizaciones debido a un accidente de uno de sus helicópteros. Las reclamaciones contra el asegurado se resolvieron en el año 95, pero cinco años más tarde se emitieron una serie de diligencias contra el mismo por una tergiversación fraudulenta de la cobertura del seguro que tenía contratado. Debido a ello las compañías inglesas redujeron su cobertura

¹⁸ Sentencia de la *Court of Appeal* de 11 de marzo de 2009, asunto *Youell v. La Reunion Aerienn* [2009] EWCA Civ 175.

al asegurado. En cambio, las compañías francesas sí que pagaron las cantidades necesarias. Debido a que las compañías inglesas no habían pagado su parte proporcional, las aseguradoras francesas buscaban recuperar una cantidad de 2.450.000 dolares litigando en Estados Unidos. Las aseguradoras inglesas consideraron que el pago se había realizado sin autoridad por parte de las aseguradoras francesas. Por ello se inició el proceso de declaración de inexistencia de responsabilidad que se ha comentado anteriormente.

El Reglamento Bruselas I establece reglas especiales para la materia de seguros que obligan al asegurador a demandar al asegurado en el domicilio de éste último. Las aseguradoras francesas, al amparo de estas normas, exigían que el procedimiento se desarrollara en Francia. Asimismo las aseguradoras francesas invocaron la existencia de un arbitraje y que, por lo tanto, el procedimiento estaba fuera del régimen de Bruselas I. Las aseguradoras inglesas no reconocían la validez de la cláusula francesa de arbitraje.

El juez de la *High Court* no consideró que las reglas especiales de los seguros se pudiesen utilizar en aquellos casos donde no está justificado, tal como es el caso de un reaseguro en conflicto con una reaseguradora (caso *UGIC v. Group Josi*¹⁹), y como sucedería también en este caso, en el que una compañía líder reclama reembolso al resto de compañías de un acuerdo. El litigio se encontraría fuera de las reglas especiales de los seguros.

No existía un contrato entre las aseguradoras pero, claramente, las cuestiones que se trataban eran relativas a un acuerdo entre ellas. Por ello tendría jurisdicción el tribunal inglés. El tribunal británico señaló que la exclusión del arbitraje no se aplica por el mero hecho de que en el contrato ante el que nos encontremos exista una cláusula de arbitraje, cuya validez se cuestiona por parte de las aseguradoras inglesas.

En la apelación las aseguradoras francesas no discutieron la jurisdicción inglesa en el asunto y limitaron su apelación a la cuestión del arbitraje. Se argumentó que la exclusión del arbitraje debe aplicarse sin lugar a dudas porque el acuerdo, cuya existencia se había admitido, remitía para la solución de las disputas el arbitraje. La *Court of Appeal* confirmó lo establecido por el juez de la instancia inferior, es decir, la exclusión del arbitraje no se aplica en este caso. Ello se debe a que una reclamación sobre un contrato o acuerdo que contenga una cláusula arbitral no priva siempre a un tribunal de su jurisdicción según el Reglamento Bruselas I (conclusiones Abogado General Kokott en *West Tankers*, párrafo 62). El tribunal lo que tiene que hacer es estudiar cual es el objeto material de la acción (asunto *Van Uden*²⁰). Si ese objeto principal se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, el mero hecho de que las partes hayan sometido a arbitraje la solución de sus disputas no implica que el asunto no se encuentre dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I y que no haya que aplicar las normas de competencia del mismo. Cualquier cuestión previa incidental relativa a la existencia y validez de un acuerdo de ar-

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2000, caso *UGIC v. Group Josi*, asunto 412/98, Rec. 2000, p. I-5925.

²⁰ Ver nota 6.

bitraje también deviene dentro del ámbito de aplicación de la regla comunitaria cuando el objeto principal esté dentro del mismo. Es por lo tanto crucial el determinar la naturaleza de la acción ante la que se enfrenta el juez. En el presente asunto, las acciones buscaban la declaración de no responsabilidad frente al pago de una cantidad en el marco de un contrato de seguro. En esencia se trata de una deuda, la cual encaja sin duda dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I y no cabe afirmar que se puede aplicar la exclusión del artículo 1.2.d). Vemos en este punto la influencia de la jurisprudencia anterior a la sentencia *West Tankers* y de la misma, en la inclusión o no del arbitraje en el Reglamento Bruselas I²¹. De haberse seguido el tenor literal del Reglamento, el litigio, al estar sometido a una cláusula de arbitraje (cuya existencia es cuestionada) para la resolución de las disputas, hubiese caído fuera del ámbito material del Reglamento. Sin embargo, debido a la naturaleza de la acción, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha conseguido que en este tipo de situaciones, lo realmente importante sea la naturaleza del objeto principal la que determine la norma aplicable, tal como se dijo en el asunto *Van Uden*, razonamiento que se ha visto reforzado con las conclusiones de la Abogada General en el asunto *West Tankers* y por el propio fallo del Tribunal de Justicia en el mencionado caso.

c) Competencia exclusiva para pronunciarse a título incidental sobre la validez y aplicabilidad del convenio arbitral

Esta consecuencia se extrae del párrafo 27 de la sentencia *West Tankers*, en el que se otorga al Tribunal de Siracusa competencia exclusiva para pronunciarse sobre la cuestión incidental y también para hacerlo sobre su propia competencia. Es decir, el tribunal al que se le ha otorgado la competencia para el fondo, a partir de lo establecido por el Reglamento Bruselas I, también va a poder conocer de las cuestiones incidentales, aunque se encuentren fuera del ámbito de aplicación material de la norma comunitaria. En este caso la cuestión incidental (validez de un convenio arbitral) se encuentra entre las materias excluidas por el artículo primero del Reglamento. ¿Puede extraerse alguna consecuencia práctica de todo esto? Poca, porque lo más probable es que los ordenamientos otorguen competencia al tribunal que conoce la cuestión principal sobre las cuestiones incidentales, pero he considerado que merece la pena considerar este punto.

Esta decisión favorece el llamado *forum shopping* (o búsqueda del foro más conveniente para las partes) y suscita la duda de hasta dónde llega esta competencia exclusiva ya que el Tribunal no define sus límites, lo que proporciona muy poca seguridad jurídica.

Además del citado asunto *National Navigation Co v. Endesa Generation S.A.*, otro caso inglés puede servir para ilustrar de forma bastante clara esta repercusión concreta del fallo del Tribunal de Justicia. Se trata del caso *DHL v. Fallimento*²² relativo a la disputa

²¹ TUMBRIDGE, J., "European Anti-Suit Injunctions in favour of Arbitration – A Sea Change", *Comercial Litigation Review*, vol. 8, n. 1, 2010, pp. 4-6.

²² Sentencia de la *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, de 20 de febrero de 2009, asunto *DHL v. Fallimento Finmatica*, [2009] EWHC 291.

existente por el mantenimiento de una licencia de software en el marco de un convenio arbitral que había de celebrarse en Londres. Fallimento abre un procedimiento en Italia por los impagos de DHL en vez de utilizar el procedimiento de arbitraje previsto en el contrato. El juez italiano estimó que tenía competencia en virtud del efecto combinado del Reglamento de insolvencia 1364/2000 y de la ley de insolvencia italiana. El fallo del tribunal fue contrario a DHL, por lo que la parte italiana solicitó ejecución de la sentencia en el Reino Unido. En el recurso de apelación contra el reconocimiento de la sentencia DHL invocó que el arbitraje se encontraba fuera de la esfera de Bruselas I y que además, el no reconocer una cláusula arbitral válida era contrario al orden público inglés. Mientras el proceso tenía lugar, el Tribunal de Justicia tomó su decisión en el asunto *West Tankers*, lo que cambió el rumbo del caso. La *High Court* que conocía del recurso interpuesto por DHL contra el reconocimiento de la sentencia italiana tendría que esperar hasta que el tribunal italiano, ante el cual se había apelado la sentencia, que se pretendía ejecutar en el Reino Unido, tomase una decisión sobre el asunto, ya que si ésta era favorable a los intereses de DHL, entonces el procedimiento inglés no sería necesario. Lo que hubiese durado meses en el Reino Unido, en Italia tarda tres años en ser determinado. En este caso, la decisión en *West Tankers*, que impide a los tribunales ingleses tomar medidas conminatorias, ha ralentizado el proceso y ha hecho que el arbitraje pierda una de sus facetas más importantes, la rapidez, ya que ahora ante la mínima duda sobre la existencia del convenio arbitral se puede acudir ante el tribunal judicial de otro Estado Miembro y frenar el procedimiento en tanto que dicho órgano decide sobre su competencia. Esta es una nueva forma de torpedo italiano que nació tras la sentencia *Gasser*²³. Como el Tribunal Italiano tiene exclusividad para decidir sobre su competencia en un asunto relacionado con la validez de una cláusula arbitral, presentada de modo incidental en un proceso, entonces la parte que pueda ampararse en un foro del Reglamento Bruselas I podrá ralentizar de forma importante el procedimiento. Esta decisión del Tribunal incita claramente el *forum shopping* de las partes, que sin duda no es uno de los objetivos del Reglamento.

III. LA NECESIDAD DE UN CAMBIO

Los efectos prácticos de las sentencias del Tribunal de Justicia que hemos analizado, en especial la sentencia *West Tankers*, no son a mi parecer del todo satisfactorios ya que no resulta claro qué está incluido y qué no dentro del ámbito material del Reglamento Bruselas I. A esto se añade la incertidumbre de cómo va a decidir el Tribunal de Justicia en futuras decisiones relativas a la materia del arbitraje cuando entre en conflicto con el sistema del Reglamento. A la vista de la jurisprudencia analizada, a fecha de hoy se puede decir que pueden incluirse en el ámbito material de la norma comunitaria: 1) las medidas cautelares en apoyo de un arbitraje cuando su objeto se refiere a una cuestión comprendida en su ám-

²³ Ver nota 8.

bito de aplicación; 2) la cuestión previa relativa a la aplicabilidad de un convenio arbitral, incluida su validez.

Se respira un ambiente de inseguridad jurídica tras las distintas resoluciones que ha tomado el Tribunal de Justicia, por lo que son muchas las voces que abogan por un cambio:

a) En referencia con el caso *West Tankers*, es obligatorio hacer mención a la opinión de la Abogada General Kokott, en el párrafo 73 de sus conclusiones, en las que solicita una solución de tipo normativo, más que una solución de tipo coercitivo y expresamente reclama la necesidad de incluir en el sistema normativo del Reglamento Bruselas I la materia del arbitraje.

b) El informe Heidelberg de 2007 plantea igualmente propuestas respecto de la relación entre jurisdicción y arbitraje.²⁴ La primera constatación que realiza el informe es la de la conformidad que tienen la mayoría de los países con la Convención de Nueva York de 1958, la cual está funcionando de forma correcta. Por ello cualquier modificación que se adopte en el Reglamento Bruselas I no debe interferir en el mencionado Convenio, el cual prevalecerá sobre el Reglamento si llega a ser modificado en la materia de arbitraje. Debido a esta plena confianza de los países en el Convenio de Nueva York, el Informe no plantea que se incluya el arbitraje como un todo dentro del ámbito material del Reglamento Bruselas I, sino que únicamente propone incluir los procedimientos que son conexos al arbitraje (párrafo 120): a) reconocimiento del convenio arbitral; b) reconocimiento y ejecución; c) conflictos entre laudos; d) procedimiento conexos (nombramiento de árbitros, apoyo judicial, decisiones sobre los costes del arbitraje).

c) Además hay que añadir la existencia de un marco legal en materia de exequátur del laudo arbitral muy desarmonizado en la Unión Europea²⁵. La Convención de Nueva York no es el único texto vigente en materia de arbitraje comercial internacional. En 1961 entró en vigor el Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional. El problema de este último convenio es que no ha sido ratificado por todos los Estados Miembros, lo cual ha supuesto una desarmonización en materia del exequátur del laudo arbitral. Además de estos dos Convenios, existe un tercer marco normativo en esta materia, los ordenamientos internos de cada uno de los Estados Miembros. Ello supone que las normas de los otros dos Convenios son interpretados bajo la luz de normas nacionales (cláusula de nación más favorecida), en vez de bajo un denominador común.

²⁴ El informe (*Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*. Estudio JLS/C4/2005/03; profesores Hess, Pfeiffer, Schlosser, versión final septiembre de 2007) es el resultado de lo previsto en el art. 73 del Reglamento Bruselas I (que prevé que la Comisión presentará al Consejo, Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social un informe donde se ha de reflejar como se ha aplicado la norma comunitaria durante esos cinco años en los distintos países miembros).

²⁵ GÓMEZ JENÉ, M., “Exequátur del laudo arbitral europeo: una propuesta de regulación para la Presidencia Española”, *La Presidencia española de la Unión Europea en 2010: Propuestas para una agenda ambiciosa. Cuadernos de la Escuela Diplomática*, núm. 38, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 407-415.

No es de extrañar que a la luz de todo lo analizado la Comisión Europea decidiera sugerir en su propuesta de Libro Verde relativo a la revisión del Reglamento Bruselas I, la inclusión del arbitraje en el sistema del Reglamento, propuesta que pasamos a analizar.

Lo que hay que tener claro a la hora de practicar una modificación del Reglamento Bruselas I es que el arbitraje es un sistema completamente aparte de solución de conflictos, donde las partes han elegido resolver sus problemas de manera distinta a los mecanismos propuestos por los tribunales estatales. El papel del principio de la autonomía de la voluntad ha de ser respetado a la hora de tomar decisiones sobre las reformas que se quieren llevar a cabo.

1. El Libro Verde de la Comisión²⁶

De la lectura del mencionado documento se extrae la idea de que la Comisión desea intervenir lo mínimo posible en materia de arbitraje, tal como indicaba en su día el Informe Heidelberg. No obstante, ello no quita que se deban incluir varios puntos en materia arbitral dentro del ámbito de regulación de Bruselas I, con el fin de evitar procedimientos paralelos y facilitar la circulación de resoluciones entre los distintos Estados Miembros.

La forma de llevar a cabo este propósito, según el Libro Verde de la Comisión, es la eliminación parcial de la exclusión del arbitraje en el Reglamento 44/2001, mientras que al mismo tiempo se introducirá una regla especial donde se garantice la exclusiva competencia de los tribunales del Estado Miembro donde se haya elegido celebrar el arbitraje.

Se observa por lo tanto que la propuesta de la Comisión sigue al Informe Heidelberg en lo que se refiere a la eliminación parcial de la exclusión del arbitraje como algo beneficioso. Las consecuencias que traería por lo tanto la propuesta de la Comisión serían las siguientes:

1) La cuestión relativa sobre la validez de las cláusulas arbitrales entraría en el ámbito material del Reglamento Bruselas I, con lo que la incertidumbre quedaría solucionada. Entrarían dentro y además estarían sujetos a la jurisdicción de un único tribunal, el de la sede arbitral.

2) La decisión sobre la validez de un convenio arbitral no se verá prolongada en el tiempo en caso de que las partes, intentando obrar de mala fe, busquen comenzar el procedimiento en otro Estado.

²⁶ *Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) N 44/2001.*

2. Reacciones a las propuestas de cambio

Si entramos a considerar la compleja naturaleza del asunto, no es sorprendente la cantidad de reacciones que provocaron los cambios propuestos²⁷.

Así, una de las primeras reacciones es expresada por el Comité de Arbitraje de la Internacional Bar Association, muy escéptica respecto a la propuesta de la eliminación de la excepción de arbitraje, ya que ésta puede causar contradicciones con otros convenios existentes, como puede ser el Convenio de Lugano²⁸. Además, se insinúa que el nuevo sistema no tiene en cuenta el carácter internacional que tiene el arbitraje en nuestros días, ya que la propuesta elaborada por la Comisión tiene un enfoque estrictamente europeo, lo cual hace que se pierda la visión global del arbitraje que, por ejemplo, sí tiene el Convenio de Nueva York.

Igualmente es interesante señalar el punto de vista del Comité Francés de Arbitraje, que considera que los problemas que ha generado la excepción del arbitraje no son suficientemente poderosos como para justificar su eliminación y los problemas que conllevaría semejante cambio.²⁹ Asimismo pueden apuntarse las respuestas dadas por el Club Español de Arbitraje (CEA) y de la Sección Española de la International Law Association (ILA SE) a la reforma propuesta para modificar el Reglamento Bruselas I donde se considera la idea de que, una vez pactado el arbitraje, debe darse prioridad a la vía arbitral y reservarse a los tribunales de justicia una *second look*. Esta idea se vería con casi toda seguridad alterada ya que la relación entre arbitraje y jurisdicción propuesta es distinta en muchos países³⁰. Además se considera que el Reglamento Bruselas I no es un sistema adecuado, hoy en día, para integrar el arbitraje. Ello se debe a que el Reglamento no ha sido capaz de hacer respetar los acuerdos de elección de foro, por esa razón se ha de esperar a que dicha situación mejore tras una hipotética y futura reforma, para poder proceder a incluir el arbitraje dentro del sistema de Bruselas I³¹.

Existen muchas más respuestas al Libro Verde de la Comisión, pero con las enunciadas se puede observar que existe en general un sentimiento de que el Libro Verde intenta llegar demasiado lejos, en detrimento del arbitraje comercial internacional³².

²⁷ Las distintas reacciones se encuentran publicadas en el siguiente website de la Comisión: http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0002_en.htm

²⁸ Reacción de la International Bar Association - Arbitration Committee. Párrafo octavo de la respuesta.

²⁹ Reacción de French Arbitration Committee. En términos similares se expresa la IBA.

³⁰ Párrafo octavo de la propuesta del Club Español de Arbitraje (CEA) y de la Sección Española de la International Law Association (ILA SE) a la reforma del Reglamento 44/2001.

³¹ Ver nota 30, párrafo noveno.

³² SANTOMAURO, P., "Sense and sensibility; Reviewing West Tankers and dealing with its implications in the wake of the Reform of EC Regulation 44/2001", *Journal of Private International Law*, vol. 6, n. 2 2010, pp. 290-301.

IV. LA PROPUESTA DE REVISIÓN DEL REGLAMENTO DE BRUSELAS I

1. Fundamento

Tras finalizar el periodo de consultas del Libro Verde de la Comisión, la propuesta de revisión del Reglamento Bruselas I fue presentada el 14 de diciembre del año 2010³³. La construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia, no es una tarea fácil ni ha de hacerse de un modo precipitado, por ello parece que según algunos autores la nueva propuesta de revisión del Reglamento Bruselas I es más cautelosa de lo que hacía prever el Libro Verde del año 2009, especialmente debido a la no eliminación de la excepción de orden público como causa de no reconocimiento de las resoluciones de otros Estados.

La Comisión tenía tres opciones: mantener la exclusión dejando el sistema con la incertidumbre que había dejado la sentencia *West Tankers* y teniendo graves problemas para coordinar los sistemas judiciales y arbitrales; eliminar la exclusión de forma total contraviniendo todas las respuestas dadas al Libro Verde; perfeccionar la exclusión en materia arbitral y poner solución a la incertidumbre generada durante los años de funcionamiento del Convenio³⁴.

Al final, tal como todos los indicios estaban señalando, la excepción del arbitraje del artículo 1.2.d del Reglamento Bruselas I ha sido excluida desde el principio. Por lo tanto la Comisión ha optado por la última de las opciones presentadas en el párrafo anterior, perfeccionar la exclusión del arbitraje.

Antes de entrar con la modificación de la excepción ha de destacarse uno de los principios propuestos que han de guiar la aplicación del Reglamento.

“La efectividad de los acuerdos arbitrales debe ser también mejorada para poder dar un efecto completo a la voluntad de las partes. Este debe de ser el caso, en particular, en el que el asiento arbitral se encuentra fijado en un Estado Miembro. Esta normativa debe por lo tanto contener normas especiales destinadas a evitar procedimientos paralelos y tácticas procesales abusivas en ciertas circunstancias. El asiento arbitral se refiere al asiento elegido por las partes o al asiento designado por un tribunal arbitral por una institución arbitral o por cualquier otra autoridad directa o indirectamente elegida por las partes”³⁵.

³³ Ver nota número 2.

³⁴ AZCÁRRAGA MONZONES, C., “Heiderlberg, West Tankers, Endesa. La revisión del Reglamento Bruselas I en materia arbitral. ¿reforma para mejorar?” *Arbitraje*, vol. IV, 2010, pp. 405-453.

³⁵ Considerando número 20 de la Propuesta de la Comisión para la modificación del Reglamento Bruselas I.

Se observa con este principio propuesto para guiar la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas I se buscan evitar los procedimientos paralelos y por lo tanto las resoluciones contradictorias, en resumen, una mejora de la litispendencia en materia arbitral. Con este principio se quiere conseguir lo que los tribunales ingleses buscaban con las medidas anti-proceso pero a nivel global europeo, no con el fin de evitar la litispendencia del Reglamento que pretendían los órganos británicos. Para conseguir llevarlo a cabo se proponen una serie de medidas que procederé a analizar en las próximas líneas.

2. El perfeccionamiento de la exclusión

Entrando ya al análisis de la exclusión del arbitraje por parte del Reglamento Bruselas, tras la propuesta el apartado 2.d) del artículo primero queda de la siguiente forma:

*Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Reglamento:
d) el arbitraje, salvo lo previsto para los artículos 29, párrafo cuarto y el artículo 33, párrafo tercero.*

La regla general es la exclusión del arbitraje. Sin embargo dicha excepción es perfeccionada por parte de la Comisión, remitiéndose a otros artículos de la propuesta. Finalmente tal y como se podía desprender de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, del Informe Heidelberg y de las reacciones al Libro Verde de la Comisión, el arbitraje solo ha sido excluido de forma parcial del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I. Los motivos que justificaron la exclusión total en el año 1968 siguen siendo problemas en la actualidad y por ello la Comisión no ha visto conveniente el incluir el arbitraje de forma completa dentro de su ámbito de aplicación. El principal motivo de esta decisión en la propuesta legislativa ya ha sido indicado a lo largo del presente trabajo, el buen funcionamiento de la Convención de Nueva York de 1958.

3. Un sistema de litispendencia especial

El pilar básico de la reforma en esta materia está compuesto por el artículo 29 párrafo cuarto de la Propuesta de Revisión, situado en la sección 10, relativa a la litispendencia, junto al artículo 33 párrafo tercero.

La Comisión está buscando en este punto del Reglamento que haya un mayor respeto a las cláusulas compromisorias que las partes han establecido. Esta decisión de la Comisión supone que haya que introducir la matización en la excepción que acabo de comentar en el

artículo 1.2.d). Esta excepción no es una sorpresa ya que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha allanado mucho el camino como se desprende de las sentencias analizadas.

Si se impugna la competencia de un tribunal de un Estado Miembro tomando como base un acuerdo arbitral, dicho tribunal tiene que suspender el procedimiento cuando se incoe un procedimiento sobre la existencia, la validez o eficacia del acuerdo ante el tribunal del Estado Miembro donde se encuentra la sede del arbitraje o ante el propio órgano arbitral. No importa que sea una cuestión principal o incidental para que se tenga que suspender el procedimiento abierto ante el tribunal del Estado Miembro que no es sede del arbitraje. Se establece por lo tanto una obligación para el tribunal del Estado donde se ha abierto un procedimiento que busca ralentizar el arbitraje o impedir que discurra con normalidad. Es una obligación que protege la voluntad de las partes. Será ahora el tribunal de donde se haya establecido la sede del arbitraje o el órgano arbitral, el que tenga que decidir sobre la existencia y validez de la cláusula arbitral.

Tras la lectura de este nuevo artículo se puede observar que la Comisión quiere mantener un régimen parecido al de la litispendencia que regula el actual Reglamento para las resoluciones judiciales, pero esta vez, enfocado al arbitraje. La suspensión y la inhibición juegan de nuevo un papel central en este punto del ordenamiento³⁶. Se busca un sistema uniforme dentro del propio Reglamento, aunque se trate de cuestiones sustancialmente distintas, lo que es un punto de vista bastante acertado e incluso original por parte de la Comisión. No obstante es un sistema que presenta alguna particularidad con respecto al sistema de litispendencia del Reglamento para las resoluciones judiciales. No se trata de una litispendencia basada en un criterio temporal, sino que más bien utiliza un criterio territorial, el lugar de la sede donde se haya establecido el arbitraje, el cual va a tener prioridad siempre sobre cualquier otro tribunal.

Se busca también una agilidad a la hora de proceder y no se quiere entrar en conflicto con ningún ordenamiento interno. Ello se desprende de la lectura del segundo párrafo del artículo 29.4 de la propuesta, donde se propone una inhibición, que podría catalogarse como directa, cuando un ordenamiento interno así lo indique. En otras palabras, si un ordenamiento ordena a los tribunales de su Estado a inhibirse directamente en esta clase de supuestos, no será necesario que se acuda a la suspensión del procedimiento.

Esta propuesta de la Comisión tiene un claro objetivo: hacer que las partes elijan meticulosamente el lugar donde fijan la sede del arbitraje. Así se refuerza la autonomía de la voluntad de la partes, ya que éstas tienen la responsabilidad de la elección indirecta del tribunal judicial, que puede que conozca de su convenio en caso de que haya algún problema con el mismo. A partir de ahora las partes no se verán sorprendidas por la apertura de procedimientos en distintos Estados Miembros, debido al hecho de que estos habrán de ser suspendidos en los términos que dicta el artículo 29 de la propuesta de modificación. Eso sí, es necesario demostrar la existencia de ese acuerdo arbitral y sobre todo el haber fijado

³⁶ LEANDRO, A., “La proposta per la reforma del regolamento “Bruxelles I” e l’arbitrato”, en www.isdi-isil.it.

el sitio en el que se va a celebrar el arbitraje, de lo contrario el artículo 29.4 no podrá actuar correctamente.

El arbitraje se va a ver reforzado si finalmente se aprueba la propuesta. Una elección precisa del lugar de la sede del arbitraje va a reducir los problemas conexos, ya que la resolución que tome el tribunal judicial de Estado Miembro donde esté situada la sede de arbitraje no va a poder ser discutida por los tribunales de otros Estados. Esto parece salvar la situación que se había creado tras la sentencia *West Tankers*. Sobre el papel parece que el nuevo sistema creado por la Comisión puede funcionar de forma eficiente. El peso del mismo va a recaer sobre las partes y su autonomía de la voluntad al elegir la sede del arbitraje.

La propuesta de la Comisión se basa en esencia en los límites territoriales que han establecido las partes a la hora de acordar la sede del arbitraje³⁷. El artículo 29.4 de la propuesta sólo está diseñado para aquellos casos en los que exista un elemento de internacionalidad, que exista conexión comunitaria, es decir que haya varios Estados Miembros implicados, porque de lo contrario estaríamos ante un caso eminentemente interno (se aplicaría la ley de arbitraje de cada país). Es importante destacar también que sólo se aplicará este artículo si la sede de arbitraje está en uno de los Estados Miembros de la Unión, de lo contrario tendríamos que acudir al Convenio de Nueva York. Cuando nos encontremos con una acción ante el tribunal de un tercer Estado que busque entorpecer el arbitraje será cuando se podrán utilizar las medidas antiproseso. El Tribunal de Justicia solo ha prohibido su utilización dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia, pero no con respecto a terceros países. Así que si la normativa nacional de los Estados Miembros tiene prevista la existencia de estas normas, éstas podrán ser utilizadas para proteger el arbitraje, si así lo estima conveniente el juez.

4. Puntos fuertes y débiles de la reforma

Las ventajas de la propuesta son numerosas y que pueden aportar en general un mayor clima de seguridad jurídica al conjunto del espacio de libertad, seguridad y justicia. El arbitraje va a seguir estando excluido del régimen de Bruselas I, salvo ciertas cuestiones puntuales. Es un perfeccionamiento de la exclusión, por lo que hay ciertas cuestiones que seguirán estando claramente fuera del ámbito de aplicación del Reglamento (por ejemplo el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales) al tener esos procedimientos como cuestión principal un arbitraje.

En primer lugar se establece una nueva competencia exclusiva a favor de los tribunales del Estado Miembro donde se haya designado la sede de arbitraje. Lo cual va a suponer una mayor seguridad jurídica ya que las partes tendrán claro que o bien va a resolver el tribunal

³⁷ Ver nota 10.

arbitral o el tribunal del Estado Miembro donde se ha designado la sede de arbitraje. En este punto podemos observar que se va más lejos de lo propuesto en el Informe Heidelberg donde solo se preveía esa competencia exclusiva para el tribunal judicial del Estado Miembro de la sede, no para el tribunal arbitral.

Se han logrado paliar los efectos nocivos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que incitaba a las partes a “take part in the race”³⁸. Ahora ya las partes saben que aunque intenten “torpedear” el procedimiento de arbitraje, el tribunal ante el que acudan va a tener que suspender o inhibirse a favor de los tribunales antes citados. Con la medida del artículo 29.4 se ha logrado paliar los efectos del *forum shopping* nacidos a partir de la jurisprudencia en *West Tankers*.

Con esta propuesta de la Comisión se puede decir que hay un perfeccionamiento de la litispendencia internacional en su conjunto³⁹. Antes no había ninguna cláusula relativa a cómo se debía actuar en estos supuestos presentados, en los que no se tenía claro donde enmarcar el arbitraje en relación con los procedimientos judiciales. Ahora los tribunales que conocen de una acción que busca entorpecer un arbitraje tendrán la obligación de suspender o inhibirse en favor de otro tribunal ya establecido por el convenio arbitral. Es una litispendencia no basada en un criterio cronológico, sino en un criterio más bien territorial, lo cual es un criterio objetivo para delimitar el lugar donde se ha de conocer del asunto.

Sin duda alguna es un hecho positivo que la Comisión haya decidido hacer frente a los problemas planteados tras la sentencia *West Tankers*, en particular la posible existencia de procedimientos paralelos. Pero da la sensación de que quedan algunos cabos sin atar tras la lectura de la propuesta de modificación del Reglamento. La Propuesta de Revisión aún no ha sido aprobada por lo que no es posible remitirse a la jurisprudencia que se haya podido producir a raíz de la misma, pero de antemano cabe destacar ciertos problemas.

En primer lugar hay que hacer referencia al último párrafo del artículo 29.4, donde se dice que este apartado no se aplicará para los supuestos agrupados en las secciones 3,4 y 5 del Capítulo II; en otras palabras, los foros especiales de protección de la parte débil. Se entiende que en principio se quiera dar una mayor protección a estas materias, pero al decir que no se les aplica esta nueva regulación surge la duda de cuál ha de ser aplicada a estos supuestos especiales en caso de existencia de un convenio arbitral. El arbitraje sigue estando excluido del ámbito material del Reglamento Bruselas I, salvo en lo que respecta al apartado 29.4 y 33.3 de la nueva regulación propuesta. Entonces si no se les aplica el artículo 29.4 solo cabe pensar que en este tipo de materias, cuando se encuentren en el marco de un convenio arbitral, no son contempladas dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento. Ello parece un poco contradictorio con el fin que tiene esta normativa de ofrecer mayor protección en los supuestos contenidos en las secciones mencionadas, ya

³⁸ Ver nota 32.

³⁹ Ver nota 34.

que se deja estos casos a merced de medidas torpedo que ralenticen el proceso. El único motivo razonable que tiene la Comisión para excluir estas materias es que no está claro que las mismas sean susceptibles de arbitraje y que pueden no ser disponibles libremente conforme a Derecho⁴⁰.

En segundo lugar no queda claro qué hacer en los casos en que la cláusula compromisoria sea manifiestamente nula o no válida. Como no se dice nada, cabe pensar que hay que completar el sistema establecido en la propuesta, pero ello quitará rapidez al propio sistema, lo cual hace perder la efectividad que busca el legislador con esta propuesta. Al no decir nada la propuesta de Reglamento sobre este aspecto concreto, habrá que estar a lo que digan las leyes nacionales. Lo que ocurre normalmente cuando nos encontramos ante cláusulas manifiestamente nulas es que ni siquiera se llega a nombrar a los árbitros (como en nuestro país en el artículo 15.5 de la Ley 60/2003 de Arbitraje o en el artículo 1444 CPCi Francés). Sin embargo las soluciones en cada uno de los Estados Miembros pueden llegar a ser divergentes, por lo que se echa de menos por parte de la Propuesta una uniformización de este aspecto, ya que las cuestiones de validez de las cláusulas arbitrales, aunque sean a título incidental, van a estar incluidas dentro del ámbito de aplicación del Reglamento y este punto en concreto es de bastante relevancia en relación con la eficacia del conjunto del sistema.

En tercer lugar no queda del todo claro que ocurre cuando las partes han establecido una cláusula arbitral pero no se ha designado el lugar donde se ha de celebrar el arbitraje. Al no decir nada tendrán que entrar de nuevo en juego las leyes nacionales, lo cual complica el sistema, que se supone que ha de ser sencillo.

Otro punto débil de la propuesta de revisión es la relativa a las medidas cautelares en apoyo al arbitraje. En el artículo 36 la novedad es que puede haber medidas en auxilio de un procedimiento arbitral⁴¹. Es este punto cabe preguntarse por qué no se hace mención de esta nueva medida del artículo 36 en la exclusión parcial del arbitraje del artículo 1.2.d) junto al 29.4 y 33.3 de la Propuesta. Este aspecto debilita en cierto grado la coherencia del sistema que ha de crear una norma comunitaria de este tipo. No se sabe si con este artículo 36 la Comisión busca habilitar a jueces para tomar medidas cautelares en apoyo al arbitraje solo en lo que respecta a los artículos 29.4 y 33.3, o sobre todo el arbitraje en su conjunto, el cual está excluido del ámbito de aplicación de la norma comunitaria. Es obvio que se busca mejorar la eficacia de las cláusulas de arbitraje y los procedimientos que contienen, pero no tiene demasiada coherencia que una norma habilite a los tribunales para que puedan tomar medidas cautelares en una materia que está excluida de forma prácticamente completa del ámbito de aplicación de dicha norma.

Partiendo de la base de que la Convención de Nueva York se encuentra por encima del Reglamento Bruselas I, cabe presentar la duda sobre si el procedimiento de suspensión

⁴⁰ Artículo 2 de la Ley 60/2003 de Arbitraje.

⁴¹ Ver nota 7.

propuesto por la Comisión no es incompatible con la mencionada Convención, ya que en ésta no se plantea en ningún momento un procedimiento de este tipo. Como la suspensión del procedimiento se trata de una obligación importante para el tribunal del Estado Miembro que no es sede del arbitraje y que además posteriormente tendrá que reconocer automáticamente la sentencia arbitral en la que se establezca la validez, existencia o eficacia del acuerdo arbitral o de la cláusula compromisoria, se puede plantear si el hecho de que tenga que suspenderse el procedimiento anterior es una “condición apreciablemente más rigurosa” (artículo III de la Convención de Nueva York) para dicho Estado Miembro.

Con todo, a pesar de estas dudas planteadas, hay que decir que es el hecho de que la Comisión haya decidido el regular esta cuestión es un gran paso y aunque no sea perfecta siempre es mejor que las soluciones actuales⁴² y a cualquier ausencia total de regulación. Las ideas de la Comisión son bastante acertadas, pero tienen el inconveniente de que no son aplicadas a nivel universal, como la Convención de Nueva York.

V. LAS ENMIENDAS DEL PARLAMENTO EUROPEO

El 19 de octubre del 2011 el Parlamento Europeo presentó, en el marco del proceso legislativo al que se está sometiendo la revisión del Reglamento Bruselas I, una serie de enmiendas a la propuesta de la Comisión⁴³. Parece que el perfeccionamiento de la exclusión del arbitraje diseñado no es del agrado de la institución comunitaria. En las enmiendas se propone dejar la exclusión tal y como está actualmente en el Reglamento. Esta postura va a implicar que sea de difícil solución el problema de las denominadas acciones “torpedo”. Este punto de vista del Parlamento Europeo es difícil de entender a la vista de los serios problemas existentes a día de hoy entre el mundo judicial y arbitral.

El sistema especial de litispendencia diseñado por la Comisión también ha sido enmendado, proponiéndose sustituir el mecanismo que hemos analizado durante este trabajo por una multa. La parte que abra un procedimiento abusando de los foros de competencia y retardando el proceso al violar una cláusula atributiva de jurisdicción, que conoce o que debería de conocer (negligencia), podrá ser objeto de una multa, no superior al 10% del valor del litigio, cuando el juez ante el que ha interpuesto la acción “torpedo” decline su competencia a favor de otro tribunal.

A mi parecer estas enmiendas realizadas rompen la lógica del sistema del Reglamento Bruselas I, que la Comisión había logrado mantener en cierta medida, a pesar de incluir de forma parcial el arbitraje en su propuesta. El poder intimidatorio que puede tener el pago de un 10% del valor del litigio puede ser bastante eficaz, no obstante no encaja del todo dentro

⁴² PULLEN, A., “The future of international arbitration in Europe: West Tankers and the EU Green Paper”, *Int. A.L.R.*, vol. 12, n. 4, 2009, pp. 56-61.

⁴³ [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2010/0383\(COD\)](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2010/0383(COD))

del sistema de Bruselas I, que no utiliza este tipo de instrumentos para lograr la coherencia y unidad de criterios en el sistema. No obstante el Parlamento no tiene la última palabra en el procedimiento legislativo, por lo que habrá que esperar a que las negociaciones entre instituciones finalicen para saber cual va a ser el devenir de la materia del arbitraje en el espacio de libertad seguridad y justicia de la Unión.

VI. CONCLUSIÓN

Del análisis jurisprudencial realizado se puede deducir una situación de inseguridad jurídica. Por ello la originalidad y necesidad de la propuesta de la Comisión es indiscutible, sin embargo cabe plantearse si el Reglamento Bruselas I es la sede normativa más idónea para incorporar en un futuro la materia de arbitraje de forma completa⁴⁴ porque históricamente esta materia ha estado excluida de su ámbito de aplicación y además el Reglamento no ha sabido hacer respetar en la última década el sistema de acuerdos de elección de foro. El Parlamento Europeo y la mayoría de los operadores son contrarios, con cierta parte de razón⁴⁵, a la introducción parcial del arbitraje en el sistema del Reglamento debido al buen funcionamiento de la Convención de Nueva York de 1958. Ello hace que es probable que la medida no sea aprobada tal y como se ha descrito a lo largo de este trabajo. No obstante, en la situación actual en la que nos encontramos una solución es necesaria, por lo que es de alabar el desarrollo hecho por la Comisión en la Propuesta de Revisión del Reglamento en materia arbitral. Con el sistema de litispendencia especial diseñado por sus servicios jurídicos, la Comisión logra paliar los efectos nocivos derivados de la sentencia *West Tankers*. Sin embargo si en un futuro próximo se quiere regular la materia arbitral de forma completa a nivel europeo, habrá de ser en un instrumento aparte o bien en el propio Reglamento una vez se haya comprobado que el sistema del Reglamento efectivamente funciona; de lo contrario podría ser una mala decisión legislativa el intentar ir más lejos. Si se quiere mejorar el funcionamiento del arbitraje, el punto de partida debería de ser la Convención de Nueva York, no una norma que regula la jurisdicción en materia civil y mercantil⁴⁶. La autonomía del arbitraje con respecto a los procesos judiciales parece cada día una meta más utópica que factible, a pesar de ser un método de solución alternativo y en teoría independiente de la vía judicial.

⁴⁴ RADICATI DI BROZOLO, L., "Choice of Court and Arbitration Agreements", *IPRax*, 2010, pp. 121-127.

⁴⁵ DRAETTA, U., y SANTINI, A., "Arbitration exception and Brussels I Regulation: no need for change", *Diritto del commercio internazionale*, 2009, pp. 547-556.

⁴⁶ PULLEN, A., "The reform of the Brussels Regulation: a crossroads for arbitration in Europe", en www.practicallaw.com.