



## El Arbitraje y el Reglamento Bruselas I Refundido, las Anti-Suit Injunction, y ahora... el Brexit

### Abstract.-

In accordance with article 1.2.d of the Regulation 1215/2012, known as Brussels I Regulation Recast, the Regulation shall not apply to arbitration. Nevertheless, the interference between arbitration and ordinary jurisdiction is undeniable as there are matters such as interim measures or even the nullity of the arbitration clause that can be heard both by arbitrators or courts. A successive number of the Court of Justice of the European Union judgments, sometimes clear and other times not that clear, had created the case law on which lawyers have based for their cases and commentators have used to construe the legal framework. Recital 12 of the Regulation could have shed light on the matter but commentators do not coincide on some basic issues. This article intends to clarify what the current status of the matter is.

### 1.- Introducción.-

Uno de los aspectos más sensibles del arbitraje cuyo rasgo esencial, no lo olvidemos, es el veto de la intervención de los tribunales, es precisamente el de la inevitable participación de éstos en determinados supuestos. Dejando al margen esa función de "apoyo" de los tribunales de la que nuestra Ley de Arbitraje habla y que está más o menos acotada, existe un ámbito que lleva largos años preocupando a la comunidad arbitral mundial y en mayor medida a aquellos que practicamos el arbitraje en Europa, cual es el de su afectación o no por la normativa procesal comunitaria.

### 2.- Antecedentes.-

Dentro de las normas comunitarias en materia procesal civil y mercantil, quizá la más relevante por referirse tanto a la competencia como al reconocimiento y ejecución, sea el Reglamento 1215/2012, conocido como Bruselas I refundido, o Bruselas I bis. Consciente de la relevancia que en cuestiones internacionales tienen las materias relativas, en primer lugar, a la determinación de qué tribunal resulta competente y, en segundo lugar, la facilitación del reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales, el legislador europeo inició en 1968 un camino dando una serie de pautas para determinar la competencia judicial en los casos que afectasen a ciudadanos domiciliados en la Unión Europea, y estableciendo asimismo los cauces para facilitar el reconocimiento y la ejecución en los estados miembros de las resoluciones dictadas en otro estado miembro. Este camino iniciado con el Convenio de Bruselas en 1968 tuvo otro hito importante al

promulgarse el Reglamento 44/2001 sobre las mismas materias, pero clarificando algunos puntos y dando un paso más hacia la armonización procesal, y ha tenido su último episodio –hasta la fecha– con la promulgación del ya mencionado Reglamento 1215/2012.

Centrándonos en la materia arbitral, debemos señalar que desde el primer momento, y así se ha mantenido en las posteriores modificaciones, el Convenio estableció con rotundidad ya en su primer artículo que el arbitraje se excluía de su ámbito de aplicación. El legislador europeo tuvo claro que la Convención de Nueva York de 1958 era un mecanismo idóneo para la ejecución de los laudos arbitrales y por ello dejó esta materia extramuros de la regulación del Convenio. Esto, dicho así, podría parecer que simplifica enormemente la cuestión, e incluso hace innecesario el análisis de posibles implicaciones: si el arbitraje queda excluido, cerremos el Convenio, guardémoslo en un cajón y atendamos al resto de la normativa que sí es aplicable al arbitraje. Pero la cuestión no es tan sencilla pues, tratándose de un mecanismo para la resolución de disputas, son inevitables los encuentros e incluso colisiones con los órganos jurisdiccionales ordinarios. Pensemos, por ejemplo, en la adopción de medidas cautelares en el seno de un arbitraje o el planteamiento de la declinatoria de jurisdicción, como casos típicos en el que tal encuentro se produce y en el que no queda tan claro si se excluye la aplicación del Convenio y los posteriores reglamentos.

La dificultad de la cuestión se ha puesto de manifiesto a lo largo de sucesivas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). La cuestión arrancó de manera más o menos pacífica: en el año 1991 en el clásico caso *Marc Rich*<sup>1</sup>, el Tribunal parecía abundar en la tesis de que al arbitraje no se le había perdido nada en el Convenio de Bruselas. Se trataba de un caso que versaba sobre la designación de un árbitro por los tribunales ingleses en un supuesto en el que se cuestionaba la validez del convenio arbitral, y el Tribunal vino a manifestar que cualquier medida que estuviera relacionada con el arbitraje quedaba fuera del ámbito de aplicación del Convenio. No obstante, en 1998 al pronunciarse el Tribunal sobre los efectos de las medidas cautelares dictadas en un arbitraje (caso *Van Uden*<sup>2</sup>), consideró que éstas no eran propiamente parte de un proceso arbitral sino que eran unas medidas de apoyo y, en consecuencia, sí que entrarían dentro del

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, *Marc Rich & Co. AG v. Societa Italiana Impianti P.A.*

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*.



ámbito del Convenio si los derechos que se pretendían asegurar por medio de las medidas cautelares sí que estaban dentro del ámbito de protección del Convenio. El criterio parece ser que el procedimiento de medidas cautelares no es un procedimiento arbitral en sí, sino una especie de procedimiento paralelo, de manera que si los derechos objeto de protección en esas medidas sí que entran dentro del ámbito de aplicación del Convenio, entonces éste será aplicable.

### 3.- Las *anti-suit injunctions* o medidas anti-proceso.-

Una de las cuestiones que más quebraderos de cabeza han dado en esta materia es la de la validez de las conocidas en el derecho anglosajón como "*anti-suit injunctions*" o medidas anti-proceso. Estas medidas, que no tienen homólogo en el derecho continental, consisten en que el juez que está conociendo de un litigio informa al demandado de que su jurisdicción es la mejor posicionada para conocer del litigio y le sugiere que no inicie otro procedimiento ante otro tribunal o, si ya lo hubiera iniciado, que renuncie a él. De no hacerlo así, la parte incurrirá en desacato ("*contempt*") al tribunal y podrá tener sanciones pecuniarias<sup>3</sup>.

Aunque estas medidas son aplicables en una amplia gama de supuestos, centrándonos en el arbitraje es claro que éste puede verse afectado en no pocos supuestos pues es una medida idónea para paralizar o evitar el inicio de un arbitraje o, a la inversa, de un procedimiento judicial por quien considere que existe un compromiso arbitral válido. Pero no debemos perder de vista el hecho de que, en el marco de la Unión Europea, la posibilidad de que un tribunal de un estado pueda inmiscuirse o restringir la competencia de un tribunal de otro estado va en contra del principio de confianza mutua que debe imperar entre los tribunales de los estados miembros, a la vez que afecta de lleno a la regulación de la litispendencia y conexidad que contiene el Convenio. Dadas las circunstancias, parece que el Tribunal de Justicia Europeo tenía puesto el foco en las *anti-suit injunctions* y no iba a dejar pasar la oportunidad de sentar doctrina en la materia cuanto se presentase la ocasión. En este escenario se cruzó en el año 2004 el conocido como caso *Turner*<sup>4</sup> y el Tribunal concluyó que si las *anti-suit injunctions* se utilizaban para restringir procedimientos en otros estados miembros, se estaría afectando a la regulación de la litispendencia en el Convenio y al principio de confianza mutua. Pero el arbitraje no se veía afectado por este régimen, lo cual constituía una buena noticia para el sector puesto que

se hacía incluso recomendable acudir a él y más aún en el Reino Unido donde podrían dictarse válidas medidas anti-proceso.

Por el camino, los tribunales nacionales se hacían eco de esta doctrina y, por ejemplo, nuestro Tribunal Supremo<sup>5</sup> declaraba que el Reglamento 44/2001 – Bruselas I- no era aplicable al control incidental de un convenio arbitral, dado que el arbitraje era materia excluida del mismo.

Pero esa tranquilidad se fue al traste cuando el Tribunal extendió al arbitraje la incompatibilidad con el Reglamento de Bruselas de las medidas anti-proceso en la sentencia conocida como *West Tankers*<sup>6</sup>, la cual vino a decir –a reiterar– que las medidas anti-proceso son incompatibles con el Reglamento, que las cuestiones incidentales sobre la validez de un convenio arbitral conocidas por un tribunal de un estado miembro, sí entran dentro del ámbito de aplicación del Convenio, y que el tribunal competente para resolver la cuestión incidental sobre la validez del compromiso arbitral, será el tribunal ante el que se presente la demanda sobre el fondo del asunto<sup>7</sup>. Esto obligó a asumir, de manera prácticamente unánime, a la comunidad arbitral internacional, que en lo sucesivo las medidas anti-proceso no podrían ser reconocidas ni ejecutadas fuera del Reino Unido, a la vez que se clamaba por una solución legislativa para el riesgo de que una parte quisiera eludir el arbitraje al que se hubiera sometido, por medio de la iniciación de un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, lo que se ha venido denominando "acción torpedo".

Hablando de los efectos de las medidas anti-proceso de los sistemas anglosajones, podría cuestionarse la relevancia de la discusión sobre su admisión o no con arreglo al Reglamento por afectar sólo al Reino Unido e Irlanda dentro del marco comunitario. Pero a nadie debe escapársele la importancia de la jurisdicción inglesa en materia arbitral pues dado, por un lado, su grado de madurez y seguridad que la convierte en el foro de elección para múltiples inversores internacionales y, por otro lado, su relevancia, cuando no monopolio, en determinados sectores como el financiero, marítimo o de seguros, un buen número de los arbitrajes internacionales tienen lugar en Inglaterra. Lógicamente, el hecho de que pueda utilizarse o no el recurso a las *anti-suit injunctions*, tiene una extraordinaria relevancia en este campo del arbitraje internacional. De hecho, la elevada afluencia de arbitrajes en territorio inglés se ha visto en buena medida favorecido por la existencia de

<sup>3</sup> Elvira Benayás, M.J., "¿Existe alguna posibilidad, por pequeña que sea, de salvar lo nuestro? Las *antisuit injunctions* y el Convenio de Bruselas a propósito de la STJCE de 27 de abril de 2004, C-159/02", Revista Electrónica de Estudios Internacionales.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2004, *Turner v. Grovit*.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2007.

<sup>6</sup> STJUE 10 de febrero de 2009.

<sup>7</sup> Marcuello Salto, Juan Ignacio, "La Sentencia *West Tankers* y su jurisprudencia derivada. La inclusión del arbitraje en el espacio de libertad, seguridad y justicia". RJUAM nº 24, 2011 II.



estas anti-suit injunctions, pues en una jurisdicción tan favorable al arbitraje como es la inglesa, este tipo de medidas eran consideradas como algo positivo para evitar dilaciones o incluso actuaciones de mala fe procesal.

El último episodio de este proceso lo constituyó la sentencia del caso *Gazprom*<sup>8</sup>, la cual reiteró –por si quedaba alguna duda- las conclusiones alcanzadas en *West Tankers*, pero abordaba una cuestión nueva hasta la fecha, cual era la del supuesto en el que la medida anti-proceso hubiera sido dictada por un tribunal arbitral y no jurisdiccional.

En cuanto a primer aspecto, el Tribunal reitera que la adopción de la medidas anti-proceso por tribunales de Estados miembros en apoyo del arbitraje, queda excluida del Reglamento de Bruselas I porque el mismo no autoriza el control de la competencia de un Estado miembro por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, y además lo contrario iría en contra del principio de confianza mutua<sup>9</sup>.

En cuanto al segundo aspecto, el Tribunal sostiene que cuando la orden conminatoria procede de un organismo arbitral, no puede existir conflicto de competencias entre tribunales de Estados miembros, no operara el principio de confianza mutua y no resulta de aplicación el Reglamento 44/2001 –Bruselas I-. El caso concreto se refería a la controversia surgida entre Gazprom y el Ministerio de Energía de Lituania en relación con la

empresa conjunta Lietuvos Dujos AB, en virtud de la cual, el Ministerio presentó una demanda ante un tribunal lituano aunque en el acuerdo de accionistas con Gazprom existía una sumisión a arbitraje. Posteriormente, Gazprom presentó demanda de arbitraje ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo solicitando que el Ministerio retirase sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria. En buena lógica, la Corte de Arbitraje dictó laudo por el que ordenaba al Ministerio que retirase o limitase algunas de las demandas pendientes en tribunales locales lituanos. Estos tribunales se negaron a ejecutar esta medida anti-proceso, lo que motivó el recurso ante el Tribunal Supremo Lituano el cual elevó la cuestión al Tribunal Europeo que falló en el sentido ya comentado de dejar la cuestión al margen del Reglamento.

Por el camino se había producido la entrada en vigor del nuevo Reglamento de Bruselas I refundido – Reglamento 1215/2012- pero el mismo es aplicable sólo a las acciones ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, y la controvertida emisión de las conclusiones del Abogado General Melchior Wathelet, favorable a la validez de las medidas anti-proceso en apoyo del arbitraje –lo cual fue ignorado por el Tribunal- y a la posibilidad de que un tribunal de un Estado acepte una medida anti-proceso dictada por un tribunal arbitral –lo que sí fue acogido por el Tribunal Europeo.

#### 4.- El Reglamento de Bruselas I Refundido.-

El 12 de diciembre de 2012 se promulgó el Reglamento 1215 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, también conocido como "Reglamento Bruselas I bis" o "Reglamento Bruselas I refundido", el cual se aplica desde el día 10 de enero de 2015. Este reglamento sigue manteniendo la exclusión expresa del arbitraje en su ámbito de aplicación, pero introduce la novedad de dedicar su Considerando 12 por completo al arbitraje. El contenido de este considerando ha llevado a algunos comentaristas a considerar, en cierta medida llevados por el tono imperativo con el que está redactado el Considerando y en cierta medida por su deseo, que debe realizarse un nuevo análisis de la cuestión de la inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación del Reglamento y, en consecuencia, reinterpretar la jurisprudencia de casos como *West Tankers* y *Gazprom*. En este bando se encontraría el mismo Abogado General Wathelet, quien considera que el Considerando deja claro que cualquier tribunal de un Estado miembro puede dictar una medida anti-proceso frente a un procedimiento seguido en otro Estado miembro. Esta afirmación la hizo en sus conclusiones en el asunto *Gazprom* ya comentado y, si bien es cierto que la resolución del Tribunal no tuvo en consideración esta parte de su argumentación, no es menos cierto que

<sup>8</sup> STJUE, *Gazprom c. Lituania*, 13 de mayo de 2015.

<sup>9</sup> STJUE cit. Ap 33 y 34:

"33 En efecto, una orden conminatoria dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, por la que se obliga a una parte en un procedimiento arbitral a no proseguir un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro no observa el principio general que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según el cual, cada órgano jurisdiccional ante el que se presenta una demanda determina, por sí sólo, en virtud de las normas aplicables, si es competente para resolver el litigio que se le somete. A este respecto, debe recordarse que, al margen de algunas excepciones limitadas, el Reglamento nº 44/2001 no autoriza el control de la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro. Esa competencia está determinada directamente por las normas establecidas en dicho Reglamento, entre las que se encuentran las relativas a su ámbito de aplicación. Por consiguiente, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro no está en ningún caso en mejores condiciones para pronunciarse sobre la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro (véase la sentencia *Allianz y Generali Assicurazioni Generali*, C-185/07, EU:C:2009:69, apartado 29).

34 En particular, el Tribunal de Justicia ha declarado que un obstáculo, mediante una orden conminatoria de este tipo, al ejercicio por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de las facultades que le confiere el citado Reglamento va en contra de la confianza que los Estados miembros otorgan mutuamente a sus sistemas jurídicos y a sus instituciones judiciales y puede impedir al demandante, que considere que una cláusula arbitral es nula, ineficaz o inaplicable, el acceso al órgano jurisdiccional estatal ante el que hubiera acudido (véase, en este sentido, la sentencia *Allianz y Generali Assicurazioni Generali*, C-185/07, EU:C:2009:69, apartados 30 y 31)."



tal resolución se produjo en un momento en el que si bien ya estaba en vigor el Reglamento 1215, al fondo del asunto le era aplicable el Reglamento 44/2001.

Otros autores, por el contrario, consideran que no hay nada nuevo bajo el sol y que un considerando simplemente puede aportar criterios interpretativos, pero no normativos ni muchos menos contrarios a los principios de la norma en la que se inserta<sup>10</sup>.

Así las cosas, en tanto que una nueva resolución del TJUE se pronuncie en distinto sentido, puede decirse que el estado actual de la cuestión se resume en que no existe ninguna garantía de que una medida anti-proceso dictada por un tribunal anglosajón vaya a ser cumplida por un tribunal de otro estado miembro, pero que si esa medida dimana de un organismo arbitral, la misma será ejecutiva vía Convenio de Nueva York.

## 5.- Los posibles efectos del Brexit en esta situación.-

Dentro del análisis de esta cuestión, no debe pasarse por alto el hecho de que el Reino Unido ha decidido salirse de la Unión Europea y que, por consiguiente, en una franja de tiempo aún por determinar, la regulación comunitaria no le será de aplicación a las resoluciones dictadas por los tribunales de este estado. En este momento tan inicial, sería prematuro pretender hacer un análisis concluyente de la situación final, la cual dependerá de los acuerdos que se alcancen en la materia, pero sí que podría apuntarse que si las disposiciones del Reglamento Bruselas I refundido no le fueran aplicable al Reino Unido, sus anti-suit injunctions no se verían afectadas por la regulación aquí analizada, y las resoluciones conteniéndolas serían ejecutables en el marco de los tratados internacionales aplicables y tendrían el mismo carácter que cualquier otra resolución judicial dimanada de un tribunal británico<sup>11</sup>.

## 6.- Conclusión

Con arreglo al contenido de los sucesivos Reglamentos de Bruselas y la jurisprudencia del TJUE, los tribunales de los Estados miembros no tendrán que ejecutar las medidas anti-proceso dictadas por un tribunal de otro Estado miembro y serán competentes para decidir a título incidental sobre la validez de un convenio arbitral. Estemos o no de acuerdo, este es el estado actual de la cuestión. Como juristas prácticos, una vez analizados todos los elementos, y sin perjuicio de que pudiéramos dar nuestra opinión subjetiva en cualquier sentido, el hecho es que debemos atenernos a esta situación y actuar con arreglo a la conducta que mayor seguridad

práctica pueda darnos. A fecha de hoy no tiene sentido promover una media anti-proceso ante un tribunal anglosajón en un arbitraje internacional, por lo que si la situación lo requiere, lo aconsejable será presentar la demanda solicitando este tipo de medidas ante el tribunal arbitral que consideremos competente ya que el tribunal del Estado miembro afectado no tendrá base legal para ignorarla con arreglo a la doctrina establecida en la sentencia *Gazprom*.

Esto hace que la resolución arbitral adoptando la medida anti-proceso deba ser ejecutada por medio del Convenio de Nueva York, pero aquí surge otra cuestión para terminar de dificultar la situación: si el TJUE afirma que las anti-suit injunctions son contrarias al principio de confianza mutua, ¿podrían suponer una violación del orden público europeo? No se nos puede escapar la relevancia que el TJUE da a este principio, pues se considera que coloca a todos los Estados miembros en situación de igualdad e implica la presunción de que todos aplican correctamente el Reglamento<sup>12</sup>. Si consideramos pues que el principio de confianza mutua forma parte del orden público europeo, y las medidas anti-proceso suponen una vulneración del mismo, entonces podría operar el artículo V. 2. b del Convenio de Nueva York que autoriza la denegación de la ejecución del laudo en estos casos<sup>13</sup>. También podría alegarse que una anti-suit injunction no atenta contra el principio de confianza reciproca, o que si lo hace, será de manera leve y no violentadora del orden público, puesto que el tribunal que acuerda la medida no interfiere en la competencia del otro tribunal, sino que actúa sobre la esfera privada de los litigantes ordenándoles a ellos y no al tribunal que paralicen o no inicien el procedimiento, pero todo esto queda en la esfera de la disquisición doctrinal.

En todo caso, aún queda la laguna, no resuelta por el Considerando 12 ni por la jurisprudencia del TJUE, de la posible coexistencia de un procedimiento arbitral y uno jurisdiccional en el caso de que un juez decidiese, a título incidental, la invalidez del compromiso arbitral y entrase en el fondo del asunto y, a su vez, el tribunal arbitral en virtud del principio kompetenz-kompetenz decidiera que el convenio arbitral sí es válido y entrara también a conocer el fondo del asunto, pues se llegaría al absurdo de que arbitraje y jurisdicción estarían conociendo paralelamente del mismo asunto.

<sup>10</sup> Gómez Jené, M. "Comentarios al Reglamento (UE) nº 1215/2012..." págs. 71 y ss.

<sup>11</sup> De Miguel Asensio, Pedro Alberto. "Brexit y litigios internacionales. Primeras reflexiones". Diario La Ley nº 8791, 27 de junio de 2016.

<sup>12</sup> "procede recordar que el principio de confianza mutua entre Estados miembros tiene una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permite la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores", Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 18 de diciembre de 2014, par. 191.

<sup>13</sup> Ortolani, Pietro. "Los efectos de una orden anti-suit dictada por un órgano arbitral...". La Ley Unión Europea nº 29, 30 de septiembre de 2015.



---

Queda patente que la cuestión de las relaciones del arbitraje con la jurisdicción en el marco de la Unión Europea no está ni mucho menos solucionada y que se ha dejado escapar una inmejorable ocasión con el Considerando 12 del Reglamento Bruselas I refundido, que no sólo no ha clarificado la situación sino que ha servido para introducir nuevas dudas al haber dado lugar a interpretaciones contradictorias.