

PROPUESTA DEL CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE (CEA) Y DE LA SECCIÓN ESPAÑOLA DE LA INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA SE) A LA REFORMA DEL REGLAMENTO 44/2001

El Libro Verde de 21 de abril de 2009 de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la revisión del *Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante “el Reglamento”) tiene por objeto abrir una consulta a las partes interesadas sobre posibles mejoras en la aplicación del Reglamento. Por esta razón la Comisión Europea ha invitado a todos los interesados a hacerle llegar sus observaciones antes del 30 de junio de 2009.

A tal efecto, el Club Español del Arbitraje (“CEA”) y la Sección Española de la ILA (ILA SE) desean formular las siguientes observaciones al punto 7 del libro Verde, relativo a la **“correlación entre el Reglamento y el arbitraje”**:

1. La Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (“CNY 1958”) representa, tanto por el número de Estados que lo han ratificado como por su aceptación por los círculos profesionales, la columna vertebral del arbitraje comercial internacional. La Convención funciona de forma satisfactoria entre los Estados miembros y este es un valor que debe preservarse.
2. El arbitraje está excluido del Reglamento, aunque esta exclusión no es completa. Así, conforme a la jurisprudencia del TJCE entran en el ámbito del Reglamento:
 - (i) las medidas cautelares en apoyo de un arbitraje cuando su objeto se refiere a una cuestión comprendida en su ámbito de aplicación (Sentencia TJCE de 17 de noviembre de 1998, asunto C-391/95 “Van Uden”); y
 - (ii) si el objeto del procedimiento está comprendido en el Reglamento, la cuestión previa relativa a la aplicabilidad de un convenio arbitral, inclusive su validez (Sentencia TJCE de 10 de febrero de 2009, asunto C-185/07 “West Tankers”).

3. El primer grupo de casos (medidas cautelares) no suscita especiales problemas de relación. Todas las legislaciones modernas de arbitraje contemplan la posibilidad de pedir medidas cautelares a los tribunales de justicia en apoyo de procedimientos de arbitraje.
4. En cambio sí suscita problemas el segundo grupo (convenio arbitral). De hecho, la sentencia “West Tankers” da carta de naturaleza a la estrategia procesal de demandar ante los tribunales estatales a pesar de la existencia de un convenio arbitral para de este modo, aunque la otra parte alegue el acuerdo de arbitraje, discutir ante el juez nacional su validez o aplicabilidad al caso. De este modo, las normas sobre litispendencia del Reglamento, que dan prioridad al primer tribunal que conoce del asunto, pueden ser utilizadas para frustrar (o intentar frustrar) la vía arbitral pactada en el contrato (en lo que se conoce coloquialmente como el “torpedo italiano” por la frecuencia de su utilización en ese país).
5. Paradójicamente, la sentencia del TJCE en el asunto “West Tankers” al declarar contrario al Reglamento el remedio contemplado en el Derecho inglés frente a estrategias de escape del arbitraje (las *antisuit injunctions*), consagra esta posibilidad. Mientras que las partes habían pactado la solución arbitral de sus controversias, una de las partes consigue plantear el litigio ante los tribunales de justicia y con ello frustrar las ventajas de la sumisión al arbitraje.
6. Conflictos de jurisdicción y procedimientos paralelos no sirven ningún interés legítimo e implican un derroche de recursos que el espacio judicial europeo no puede permitirse. La sentencia del TJCE pone de manifiesto la necesidad de revisar el Reglamento para evitar que se convierta en un poderoso instrumento de “forum shopping” y dilaciones en la solución de disputas.
7. Dos vías se han planteado con ese objetivo.
8. La primera de ellas, en la que el Libro Verde se detiene especialmente, es **suprimir la exclusión** del arbitraje del Reglamento y hacer que sus disposiciones se

apliquen, con las debidas adaptaciones, al arbitraje. El “informe Heidelberg”¹ explica las modificaciones que serían necesarias a juicio de sus autores. Estas modificaciones sin embargo, con toda la buena voluntad e inteligencia que las inspira, implican una interfaz entre el arbitraje y la jurisdicción diferente de la que siguen varios países miembros: la idea de que pactado el arbitraje debe reconocerse la prioridad de la vía arbitral y reservarse a los tribunales de justicia un “*second look*”, se vería probablemente alterada y con ello la filosofía que inspira el arbitraje comercial internacional.

9. Más allá del análisis de las concretas propuestas de modificaciones al Reglamento para incluir al arbitraje, cabe hacer una reflexión de orden más general. El Reglamento no ha sabido, hasta la fecha, hacer respetar los acuerdos de elección de foro en favor de los tribunales de justicia de un Estado miembro, a pesar de ser estos acuerdos un magnífico instrumento para evitar el *forum shopping* y los procedimientos judiciales paralelos. El propio Libro Verde lo reconoce como un problema a resolver (vid. págs. 5 y 6). Integrar el arbitraje en un sistema que no ha sido capaz de hacer respetar los acuerdos de elección de foro no parece una buena decisión de política legislativa. Una vez que el Reglamento sea modificado y se compruebe en la práctica si se logran mejoras en este sentido, habrá llegado el momento de pensar si ese sistema se puede o no extender en favor del arbitraje. Pero ahora mismo la incorporación del arbitraje al Reglamento se haría a un sistema que no funciona bien y que requiere modificaciones no testadas. No hay razones objetivas que justifiquen someter al arbitraje, que es un mecanismo sofisticado que se ha desarrollado de forma ejemplarmente eficiente en diversos Estados miembros, a un sistema no testado en la práctica y a riesgos que son difíciles de anticipar.

10. La alternativa que, a juicio del CEA y la ILA SE, parece más razonable desde este punto de vista es la de **desarrollar la exclusión** del arbitraje del Reglamento para,

¹ Study JLS/C4/2005/03: Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States presentado por los profesores *Hess, Pfeiffer* y *Schlosser* (“Informe Heidelberg”).

al menos, evitar los efectos perversos de la situación actual, ejemplificada en el caso *West Tankers* y reforzar en el ámbito comunitario la eficacia de los acuerdos de arbitraje, de modo que el Reglamento no sea utilizado como un instrumento para interferir en el arbitraje.

11. Para ello bastaría proyectar sobre el arbitraje una solución análoga a la que ya se aplica en el contexto del Reglamento para los acuerdos de elección de foro cuando ninguna de las partes está domiciliada en la Unión Europea, en el art. 23.3 del Reglamento². La idea sería que el Reglamento asegure que, cuando se esté ante un convenio arbitral en favor de un arbitraje con sede en un Estado miembro, los tribunales judiciales de los demás Estados miembros se abstendrán de conocer del litigio, inclusive toda cuestión relativa a la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo arbitral, hasta que el tribunal arbitral haya resuelto no conocer del litigio (i.e. deniegue su propia competencia) o dicte un laudo sobre el fondo que no sea susceptible de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro en cuestión.
12. Esta norma es compatible con el CNY de 1958, que permite jugar con normas más favorables, y permite minimizar los conflictos y estrategias procesales obstaculizadoras o destructivas.
13. Las condiciones que debería reunir el convenio arbitral para gozar de esta eficacia reforzada en la comunidad deberían ser las mismas que establece el Art. II del CNY 1958 (aunque puestas al día en cuanto a medios electrónicos de comunicación), que representan el mínimo común denominador entre todos los Estados miembros. Como regla de mínimos, nada impediría a un Estado Miembro aplicar una doctrina más favorable sobre la base de su propio Derecho nacional, de modo que la excepción no se convierta en un obstáculo a las diferentes tradiciones nacionales y a su evolución.

² “Cuando ninguna de las partes que hubieren celebrado un acuerdo de este tipo estuviere domiciliada en un Estado miembro, los tribunales de los demás Estados miembros sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal o los tribunales designados hubieren declinado su competencia”.

14. Para evitar abusos, la norma debería tener una cláusula de escape que opere en casos excepcionales de modo que la regla de que los tribunales nacionales no entren a conocer del asunto o del acuerdo arbitral hasta que los árbitros se hayan pronunciado (la idea del *second look*) opere siempre que el tribunal estatal no encuentre motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma. Un ejemplo de cláusula de escape podría ser la del art.6 letra (c) del Convenio sobre acuerdo de elección de foro, firmado por la Comunidad Europea (Decisión del Consejo de la Unión Europea de 26 de febrero de 2009, DOUE L 133, págs. 1 y ss): cuando “*dar efecto al acuerdo conduciría a una manifiesta injusticia o sería manifiestamente contrario al orden público del Estado del tribunal al que se ha acudido*”. Otro modelo de cláusula de escape sería el del art. VI.3 del Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional hecho en Ginebra en 1961: “*siempre que el tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma*”.
15. **En conclusión**, la propuesta del CEA y la ILA SE sería completar la exclusión del arbitraje del Reglamento que ahora contiene el art.1.2c, con una regla del siguiente tenor:

Artículo XX: Respeto de los acuerdos de arbitraje

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

[*redacción alternativa*: Esta regla no será de aplicación cuando dar efecto al acuerdo de arbitraje conduciría a una manifiesta injusticia o sería

manifiestamente contrario al orden público del Estado del tribunal al que se ha acudido].

3. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula incluida en un contrato o un acuerdo de arbitraje, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas, telegramas o de cualquier otro medio de telecomunicación que deje constancia del acuerdo en soporte escrito, electrónico o de otro tipo.